

PRECISIONES SOBRE ALGUNOS DESARROLLOS RECIENTES DE LA POLÍTICA AMBIENTAL EUROPEA

Iñigo SANZ RUBIALES

Profesor Titular de Derecho Administrativo.

Universidad de Valladolid

SUMARIO

I.-INTRODUCCIÓN. II.-LA CREACIÓN DE LA POLÍTICA AMBIENTAL EUROPEA: EL IMPULSO NORMATIVO. A. Nuevos enfoques del derecho derivado. B. El derecho originario: Nuevas aportaciones del Tratado de Lisboa. III.-APLICACIÓN ESTATAL DE LA POLÍTICA AMBIENTAL EUROPEA: IMPULSO «APLICATIVO». A. Son los Estados los que aplican LA Política ambiental europea. B. El control de la aplicación estatal por la Comisión Europea. C. Aspectos problemáticos de la aplicación de los principios ambientales de la Unión Europea. IV.-CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La política ambiental europea, en términos generales y sobre la base de los Tratados, se concreta en medidas normativas (fundamentalmente, Directivas) e indicativas (en especial, los Programas de Acción) emanadas de las instituciones europeas. Pero son los Estados los que tienen que aplicar normalmente dicha política ambiental. Y no se trata solo de la transposición, en su caso, de las Directivas, sino de la concreción de los principios generales ambientales europeos.

Esta política, evidentemente dinámica, está en un proceso de continua adaptación a la realidad ambiental. Pero esta adaptación opera, tanto en el nivel «creativo» como en el «aplicativo». De esta doble perspectiva y con referencia a los últimos años se ocupa el presente trabajo.

II. LA CREACIÓN DE LA POLÍTICA AMBIENTAL EUROPEA: EL IMPULSO NORMATIVO

A. NUEVOS ENFOQUES DEL DERECHO DERIVADO

1. *Los programas de acción: Mayor duración y mayor implicación de lo económico*

Los Programas de Acción en Medio ambiente constituyen el marco de la política ambiental europea e indican el camino por el que deben ir las institucio-

nes –en primer lugar, la propia Comisión- en la determinación de prioridades y objetivos ambientales y de instrumentos para conseguirlo¹.

Con la maduración de la política ambiental europea, se ha venido produciendo un fenómeno perceptible en la configuración de los Planes de Acción; mantienen el ámbito objetivo o material de actuación: siguen dirigiendo (son indicativos) dicha política, señalando los instrumentos mas oportunos para alcanzar los fines y estimulando la iniciativa «legislativa» de la Comisión; pero el ámbito temporal se ha ido ampliando forzosa o voluntariamente, de forma que ya no son planes mas o menos «quinquenales» sino que ejercen su influencia sobre periodos de ocho o diez años: el V Programa tuvo su vigencia entre 1993 y 2000, aunque se extendió hasta la aprobación del VI (2002-2012, actualmente en vigor)². Y el próximo tendrá también una vigencia larga: en principio, deberá alcanzar hasta el año 2020.

Desde la perspectiva del contenido, los programas de acción en medio ambiente han ido progresivamente incorporando técnicas de protección vinculadas al mercado. Esta implicación de lo «económico», que nunca ha dejado de estar en la política ambiental comunitaria, es mayor cada vez. Ya el Quinto Programa (1993-2000) puso de relieve las carencias de los instrumentos jurídicos de protección ambiental y la necesidad de su *sustitución* «por otros elementos mejores como los de mercado»³. Se partía de una clasificación entre los instrumentos de «orden y control» (*command-and-control*, en la terminología anglosajona) y los instrumentos económicos o de mercado, errónea, pero interesante en cuanto destacaba el cada vez mayor del mercado⁴. Esta implicación del mercado –intensa en el Programa 2002-2012- se extenderá incluso más en el futuro VII Programa, a la luz de las propuestas surgidas del reciente Consejo de Medio Ambiente de junio de 2012⁵. El futuro Programa potenciará la llamada «economía verde», mediante la eficiencia en el uso de los recursos, y la ruptura de la tradicional relación directamente proporcional entre la actividad económica y los impactos ambientales relacionados con su uso de los recursos naturales.

¹ En 1972 se aprobó el 1º Programa de Acción en Medio Ambiente, vigente hasta 1976. Después de este siguieron otros, con un ámbito de aplicación temporal reducido: el II (1977-1981), el III (1982-1986), el IV (1987-1992). Estos Programas, que determinan los elementos y fines de la política ambiental comunitaria para su periodo de vigencia, han venido impulsando la normativa comunitaria, que se ha desenvuelto realmente en el marco que han establecido. Cfr., LÓPEZ RAMÓN, F., «Caracteres del Derecho Comunitario Europeo Ambiental», *Revista de Administración Pública*, n. 142 (1997), págs. 55 y ss.

² Aprobado por Decisión n.º 1600/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de julio de 2002 (*DOUE*, L 242 10.09.2002).

³ De forma embrionaria, ya estaba en el IV Programa cuando señalaba que un alto nivel de protección del medio ambiente constituye un imperativo de carácter económico. Cfr., PÉREZ MORENO, A., «Las bases de un Derecho Ambiental europeo», en VV.AA., *Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid 1989, pág. 1015.

⁴ CARO-PATÓN CARMONA, I., «Mercados sobre cuotas», en VV.AA., *El mercado de derechos a contaminar*, Lex Nova, Valladolid 2007, pág. 38.

⁵ *Conclusions on setting the framework for a Seventh EU Environment Action Programme*, 3173rd Environment Council meeting, Luxembourg, 11 June 2012.

Para ello el Consejo insta a la Comisión a que adopte medidas que apoyen el desarrollo del Mercado único mediante la promoción de productos y servicios sostenibles, entre los que destacan la corrección de fallas del mercado, supresión progresiva de ayudas con efectos contrarios a la calidad ambiental, fomento de la contratación verde, etc.

2. *La evolución de la normativa sectorial*

La Unión Europea, en su política ambiental, se encuentra condicionada por los principios y criterios establecidos en los Tratados, pero no por la obligación de utilizar unas u otras técnicas que los Tratados no concretan. Sin perjuicio de la posibilidad de elección de unos u otros instrumentos normativos (Directivas o Reglamentos), las instituciones europeas no han dejado de ensayar aquellas técnicas que podrían resultar eficaces para alcanzar los fines de la política ambiental. Tanto es así que la Unión cumple una evidente función de «experimentación» de nuevas técnicas jurídicas que obliga en muchos casos a algunos Estados miembros más inmovilistas a transformar radicalmente su *modus faciendi* ambiental, tanto al transponer como, en su caso, al ejecutar la regulación europea.

En primer lugar⁶, tradicionalmente, la regulación europea ambiental se ha basado en lo que se conoce en Derecho interno como «policía»: normas generales y actos de limitación de derechos para asegurar que la actuación de los destinatarios se ajusta al interés general.

En esta categoría hay que destacar los instrumentos preventivos: las prohibiciones de emisiones o vertidos, complementadas con los «permisos» o autorizaciones condicionadas de vertidos a las aguas o de emisiones a la atmósfera; con el tiempo, se han ido creando nuevos instrumentos preventivos más perfeccionados mediante la ampliación de los parámetros de control: esto se hizo mediante las técnicas holísticas de la Evaluación de Impacto y de las autorizaciones ambientales integradas (Directivas 85/337, 96/61). En los últimos años destaca la puesta en ejecución de la denominada «Evaluación estratégica de Planes y Programas» (Directiva 2001/42, de 26 de junio), que viene a complementar los anteriores instrumentos integrados.

Un paso más lo constituye la imposición a los Estados miembros de la obligación de elaborar planes (en ejercicio de la potestad planificadora): en primer lugar, de zonas protegidas (Directiva 79/409), pero posteriormente se han venido exigiendo la elaboración de planes de gestión de determinados residuos (Directiva 2008/98), de asignaciones de derechos de emisión (Directiva 2003/87), etc.

⁶ Es imprescindible, por lo sugerente y sistemático de la categorización que presenta, la lectura del capítulo XIII de la obra de BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Instituciones de Derecho Ambiental*, La Ley, Madrid 2001, relativo a la clasificación de la actividad administrativa y las peculiaridades de la actividad ambiental, págs. 821 y ss.

También están los instrumentos económicos: aunque se ha planteado la posibilidad de crear impuestos «ambientales», esto es, de imponer prestaciones públicas patrimoniales vinculadas al ejercicio de actividades con incidencia ambiental (art. 192.2.a) TFUE)⁷, lo cierto es que las reticencias de algunos Estados han dado al traste con estas iniciativas; sin embargo, como instrumento sustitutivo cabe destacar el evidente éxito de los mercados de cuotas (derechos de emisión, cuotas pesqueras, slots de aviación, etc.), que conjugan el otorgamiento de un ámbito mayor de libertad a los sujetos (posibilidad de comerciar con cuotas) con la imposición de un límite global de la actividad y de una obligación de respaldar la actividad con la tenencia de las cuotas (es paradigmática, a estos efectos, la Directiva 2003/87), que crea el mercado de derechos a emitir gases de efecto invernadero. Los mercados de derechos de emisión tienen la ventaja de la «posibilidad»: la adopción de disposiciones de carácter fiscal en la materia ambiental exige unanimidad en el Consejo (art. 192.2.a) TFUE); sin embargo, para crear un mercado de emisiones basta con la mayoría cualificada. Por otra parte, frente a las medidas tributarias, el mercado otorga una mayor flexibilidad a las empresas. Sin embargo, en la medida en que las asignaciones de derechos son todavía mayormente gratuitas, su eficacia es mínima⁸. Sin embargo, cuando, a partir de 2013 se generalicen las subastas de cuotas de emisión y se afecten los ingresos a la lucha contra el cambio climático, se potenciará su función «internalizadora».

Pero también aquí deben incluirse instrumentos «correctivos» desde la perspectiva estrictamente jurídica, esto es, instrumentos «*a posteriori*», como la imposición de obligaciones a los Estados miembros de configurar sanciones administrativas o penales por la infracción de la normativa comunitaria (mandato incluido en diversas Directivas ambientales). Hasta que se dictó la reciente Directiva 2008/99/CE, de 19 de noviembre (que entró en vigor a finales de 2010), las normas comunitarias ambientales solían disponer que los Estados miembros utilizaran la potestad sancionadora administrativa o, en su caso, penal, para asegurar el cumplimiento de los objetivos marcados por las correspondientes Directivas comunitarias. Sin embargo, en muchas ocasiones la aplicación de las sanciones administrativas se ha mostrado insuficiente para atajar las infracciones atentatorias al medio ambiente. Por eso, con esta Directiva se obliga a los Estados a considerar determinadas actuaciones contrarias al medio ambiente susceptibles de sanción penal y no meramente administrativa. A mayores, la Directiva impone la posibili-

⁷ Sobre esta posibilidad y sus problemas, véase PLAZA MARTÍN, C., *Derecho Ambiental de la Unión Europea*, Tirant lo blanch, Valencia 2005, págs. 598 y ss.

⁸ No falta quien critica –con buena dosis de razón– que el mercado comunitario, transitoriamente, infringe este principio «contaminador-pagador» porque la asignación gratuita de derechos por criterios históricos supone, precisamente, el otorgamiento de mas cantidad de derechos a las instalaciones más contaminantes: ANTUNES, T., *O Comércio de Emissões Poluentes à luz da Constituição da República Portuguesa*, AAFDL, Lisboa 2006, págs. 185 y ss.

dad de que las personas jurídicas (normalmente, empresas) puedan ser penalmente responsables (art. 7), rompiendo de esta forma con el tradicional dogma del Derecho penal español (*societas delinquere non potest*)⁹.

Finalmente, en los últimos años han adquirido extraordinaria importancia la regulación de la responsabilidad ambiental, concretada en las previsiones de restauración e indemnización por daños ambientales «puros» (Directiva 2004/35) o en la novedosa responsabilidad «climática» regulada en la Directiva 2009/31 de captura y almacenamiento de carbono¹⁰, atribuida a los titulares de instalaciones de almacenamiento de dióxido de carbono en previsión de las posibles «fugas» de dicho gas, que si bien, en principio, son inocuas para la salud y el ambiente, pueden contribuir (aportando su granito de arena) lejanamente al cambio climático.

No han faltado, desde luego, potenciadas en los últimos años, técnicas voluntarias, típicas de la actividad de fomento o estímulo de actuaciones privadas, como las ayudas públicas. La UE es reticente a su utilización por los efectos distorsionantes que pueden tener sobre el mercado (cfr., art. 107 TFUE). Sin embargo, el fomento, los incentivos son en muchas ocasiones necesarios para hacer frente a costes extraordinarios de protección ambiental.. Y desde los años noventa, a estas ayudas o subvenciones se han ido añadiendo otras técnicas de mercado, voluntarias, como son las ecoauditorías (Reglamento 1221/2009) o las ecoetiquetas (Reglamento 66/2010); también deben incluirse aquí los acuerdos voluntarios, que carecen de una regulación general, pero que han permitido a la Comisión y a organizaciones de productores alcanzar compromisos de reducción de la contaminación en el tiempo a costa de no establecer normas de obligatorio cumplimiento, como en el caso de las emisiones de CO₂ de los vehículos automóviles¹¹.

Ya en el ámbito de la «prestación» cabe destacar, por una parte, la imposición a las Administraciones públicas de los Estados miembros de fuertes deberes de información ambiental al público (Directiva 2003/4, de 28 de enero)¹²; y por otra, a causa de su peculiar naturaleza, la denominada «externalización» de los servicios de control ambiental: para evitar que el incremento regulatorio de origen europeo provoque una excesiva burocratización en los Estados miembros, el Derecho comunitario ha venido potenciando la externalización de las activi-

⁹ En concreto, la Directiva citada ha obligado a modificar en este aspecto concreto el Código Penal español mediante la introducción del nuevo art. 31 bis por LO 5/2010, de 22 de junio.

¹⁰ En contra, A. BETANCOR RODRÍGUEZ niega que el Derecho sancionador pueda ser calificado instrumento de protección ambiental, porque lo es de castigo, precisamente por la falta de protección del medio ambiente (*Instituciones de Derecho Ambiental*, cit., pág. 826).

¹¹ Los acuerdos voluntarios pueden verse también como técnicas de «negociación», categoría distinta a la promoción y, por supuesto, a las de planificación e intervención: BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Instituciones de Derecho Ambiental*, cit., págs. 833-834.

¹² A. BETANCOR RODRÍGUEZ (op. cit., págs. 823, 826, 832 y ss) incluye esta actividad «informativa» entre las actividades de promoción (ilustración).

dades de control, supervisión y verificación técnica que pueden llevarse a cabo por empresas privadas siempre que cumplan determinados requisitos de independencia funcional y que, en algunos casos, podrían menoscabar poderes típicos de autoridad de los Estados miembros.

Son muchas más las técnicas jurídicas utilizadas en este ámbito de la política ambiental, pero únicamente se han pretendido aquí apuntar algunos ejemplos que muestran la variedad de posibilidades de que disponen las instituciones comunitarias para lograr alcanzar eficazmente los objetivos de protección ambiental marcados por los Tratados.

B. EL DERECHO ORIGINARIO: NUEVAS APORTACIONES DEL TRATADO DE LISBOA

Lo señalado hasta ahora se puede analizar como un fruto progresivo de la evolución constante de la política ambiental europea. Pero esta evolución progresiva se altera de vez en cuando por el impulso –en ocasiones, importante– derivado de las reformas de los Tratados.

En materia de medio ambiente, el Tratado de Lisboa aporta algunas novedades de interés, concretadas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)¹³: clarifica el sentido del «*desarrollo sostenible*»; por otra parte, el principio de integración de las exigencias ambientales en las políticas de la UE cobra más «visibilidad» porque, además de su reconocimiento general (art. 11 TFUE), algunas disposiciones prevén expresamente la implicación de la protección ambiental en algunas políticas sectoriales: así, p. ej., la política exterior de la UE debe apoyar el desarrollo sostenible de los países en desarrollo (art. 21.2 d) TUE).

El Tratado incorpora también la Carta Europea de Derechos Fundamentales¹⁴, cuyo art. 37 (Protección del medio ambiente) impone a las instituciones europeas el principio de integración del medio ambiente y el establecimiento de un alto nivel de protección ambiental (esta última obligación se configura, como señala B. LOZANO, como un «derecho de prestación»):

«En las políticas de la Unión se integrarán y garantizarán, conforme al principio de desarrollo sostenible, un nivel elevado de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad».

Al margen de estas cuestiones generales, cabe destacar algunos aspectos innovadores o «reforzadores» del Tratado de Lisboa.

¹³ Sigo en esta apartado la excelente síntesis de LOZANO CUTANDA, B., *Derecho Ambiental Administrativo*, 1.ª edic. en La Ley, Madrid 2010, págs. 228 y ss.

¹⁴ Con el Tratado de Lisboa se da valor jurídico vinculante a la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, aprobada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007 y se le reconoce el mismo valor jurídico que a los Tratados (art. 6.1 TFUE)

1. *El reforzamiento de la política contra el cambio climático y de la política energética*

Los principales sectores de actuación ambiental de la Unión Europea, que han sido reforzados por su reconocimiento expreso en el Tratado de Lisboa son, básicamente, el cambio climático y la política energética¹⁵; sectores que, además, están estrechamente vinculados porque la eficacia en la lucha contra el cambio climático pasa por un cambio de paradigma de la política energética, que potencie la eficiencia energética y las fuentes renovables y reduzca las emisiones de gases de efecto invernadero por combustión para producir energía.

El TFUE alude expresamente a la lucha contra el cambio climático dentro de los objetivos de la política ambiental: como señala el art. 191.1, «La política de la Unión en el ámbito del medio ambiente contribuirá a alcanzar los siguientes objetivos: (...) el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente. y en particular a *luchar contra el cambio climático*». A este objetivo último contribuyen también algunos de los objetivos inmediatos de la política energética, como el fomento de la eficiencia energética y el desarrollo de las energías renovables (art. 194.1 c) TFUE: vid. *infra*, 5.2).

a. El liderazgo europeo en la lucha contra el cambio climático

Posiblemente, la mayor novedad del Tratado de Lisboa en materia ambiental consiste en la introducción de una referencia expresa a la temática de las alteraciones climáticas (art. 191.4º TFUE), por lo que la lucha contra el cambio climático pasa a figurar así entre los objetivos de la Unión¹⁶.

Estamos, propiamente, ante la única alteración introducida en el título del TFUE relativo al ambiente, al margen de algunas actualizaciones terminológicas o de otras modificaciones en otros títulos.

Aunque se trata de un simple «cambio cosmético»¹⁷, que viene a confirmar la existencia de esta realidad del cambio climático y de la propia política de lucha de la Unión Europea contra dicho fenómeno, lo cierto es que esta previsión se configura como un símbolo del liderazgo que ha buscado la Unión Europea en la lucha contra el cambio climático, hasta el punto de que, permane-

¹⁵ Es cierto también que otras novedades del Tratado de Lisboa pueden tener importante incidencia en lo ambiental, aunque no formen parte de la política de medio ambiente europea. Es el caso de la iniciativa ciudadana prevista por el art. 11.4 TUE para que la «la Comisión Europea, en el marco de sus atribuciones, a que presente una propuesta adecuada sobre cuestiones que estos ciudadanos estimen que requieren un acto jurídico de la Unión para los fines de la aplicación de los Tratados». Cfr., VEDDER, H., «Analysis. The Treaty of Lisbon and European Environmental Law and Policy», *Journal of Environmental Law*, n. 22 (2010), pág. 292.

¹⁶ AMADO GOMES, C., y ANTUNES, T., «O ambiente no Tratado de Lisboa: uma relação sustentada», *Revista Cadernos O Direito*, n. 5 (2010), pág. 48.

¹⁷ Cfr., VEDDER, H., «Analysis. The Treaty of Lisbon...», cit., págs. 290-291.

ciendo todavía la incertidumbre sobre el «post-Kioto» a nivel internacional, la Unión Europea no ha dudado en asumir unilateralmente numerosos compromisos vinculados a la reducción de emisiones en el ámbito europeo, a pesar del escepticismo y pasividad de USA y de otros Estados desarrollados.

Desde una perspectiva temporal, pocos años después de la suscribir el Protocolo de Kioto en 1997 (y antes de su entrada en vigor), la Comunidad Europea aprobó el *Primer Programa Europeo sobre el Cambio Climático* adoptado en el año 2000 (con un horizonte temporal de 2000 a 2004)¹⁸, que propuso la adopción de una panoplia de medidas para alcanzar los objetivos de Kioto. De acuerdo con ello, ha venido haciendo en el último decenio un esfuerzo extraordinario para adoptar medidas que permitan frenar el proceso de cambio climático, mediante la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero. La Comunidad asumió en Kioto un recorte de un 8%, como un objetivo común para el conjunto de los Estados miembros, con la posibilidad de reasignar internamente las reducciones comprometidas a efectos del cumplimiento conjunto del compromiso, comportándose, así, como una «burbuja». Esta distribución interna de las emisiones se llevó a cabo mediante el denominado «Acuerdo comunitario de reparto de carga» adoptado por el Consejo Europeo de Luxemburgo el 16 de junio de 1998 y plasmado con posterioridad en la Decisión del Consejo 2002/358/CE, de 25 de abril.

Finalmente, los acuerdos adoptados por el Consejo Europeo en marzo de 2007 dentro del denominado «paquete energía y medio ambiente» desembocaron, posteriormente, en diversos actos jurídicos; hay que destacar especialmente las Directivas aprobadas el 23 de abril de 2009: la de fomento de las energías renovables (2009/28), la de reforma del mercado de emisiones (2009/29) y la de captura y almacenamiento de carbono (2009/31)¹⁹. Lo más destacable del contenido de las Directivas del «paquete» es su desvinculación respecto de las incertidumbres provocadas por el futuro del Protocolo de Kioto: ante la inseguridad generada en relación con el «post-Kioto», las autoridades europeas han aposta-

¹⁸ Comunicación de la Comisión *sobre Políticas y Medidas para reducir las emisiones* (COM(2000) 0088 final). Véase igualmente la posterior Comunicación *acerca de la ejecución de la primera fase del Programa Europeo sobre el Cambio Climático*, COM (2001) 580 final, Bruselas, 23 de octubre de 2001.

¹⁹ La primera, a caballo entre la materia ambiental y la energética, crea diversos instrumentos de fomento de la generación renovable, y pone un objetivo obligatorio para cada Estado (a modo de «reparto de carga»), de tal forma que en el año 2020, la energía de fuentes renovables constituya un 20% de la energía primaria consumida en Europa; la Directiva sobre captura y almacenamiento regula los requisitos para el transporte e inyección subterránea del dióxido de carbono como una técnica de transición aplicable mientras se va «descarbonizando» la economía europea en los próximos decenios. Finalmente, la Directiva de reforma del mercado de emisiones contiene importantes modificaciones que deberán aplicarse a partir de 2013: ampliación del ámbito de aplicación del mercado, con más sectores industriales y más gases; ampliación progresiva de la asignación de derechos por subasta (y consecuente reducción de la asignación gratuita), desaparición de los Planes Nacionales de Asignación, ampliación del ámbito temporal del mercado (la siguiente fase llega hasta el 2020) y fortísima reducción del volumen total de GEI a emitir en Europa (un 20% menos en 2020).

do por la adopción de exigentes medidas «unilaterales» (esto es, no «convencionales») de reducción de emisiones.

Entre las medidas que la Comunidad ha ido adoptando para hacer frente al cambio climático (vid., *infra*) destaca, sin duda alguna, el mercado de emisiones, regulado por la Directiva 2003/87, que es el marco «flexible y rentable» de las demás medidas que ha adoptado o propuesto la Comunidad²⁰ y que alcanza a cerca del 50% de las emisiones totales de gases de efecto invernadero producidas en el territorio europeo. Este mercado, frente a lo que pueda parecer, no es una medida desreguladora, sino todo lo contrario: es un mercado «*cap and trade*» que se configura como una técnica de «policía», restrictiva de derechos, que impone valores límite de emisión globales para todo el territorio europeo (el denominado «*cap*») y que obliga a cerca de doce mil instalaciones en todo el territorio europeo a respaldar sus emisiones de dióxido de carbono con «derechos de emisión» asignados por los Estados o adquiridos en el mercado. El mercado de emisiones, que comenzó a modo de prueba en el trienio 2005-2007, viene funcionando correctamente y, de acuerdo con las previsiones de la Directiva de reforma, se modificará en profundidad a partir de enero del año 2012, mediante la ampliación de su ámbito de aplicación al transporte aéreo, y de enero del año siguiente (2013) por el aumento progresivo de la subasta de derechos, frente a la asignación gratuita, la introducción de un «*cap*» europeo por la Comisión, etc.

La necesidad de una mayor flexibilidad y liquidez del mercado europeo de cuotas de emisión llevó a la Comunidad a posibilitar que las empresas europeas utilizaran algunos mecanismos «flexibles» previstos por el Protocolo de Kioto (PK) para respaldar sus emisiones, lo que genera una fuerte imbricación entre el mercado interno europeo y el Derecho Internacional Público. En concreto, hay dos mecanismos «basados en proyectos»: el mecanismo de aplicación conjunta (AC, art. 6 PK) y el mecanismo de desarrollo limpio (MDL, art. 12 PK), que implican la transferencia de los créditos de reducción de las emisiones acumulados gracias a proyectos de reducción de las emisiones de otros países. Para posibilitar su utilización en el mercado europeo, la Directiva 2003/87 fue parcialmente modificada por la Directiva 2004/101, «*linking*», dirigida a impulsar estos mecanismos mediante diversos incentivos y a permitir la conversión de los créditos AC y MDL en derechos de emisión del mercado comunitario²¹.

Más tarde, ya en 2008, la Comunidad decidió ampliar el mercado de emisiones comunitario a un sector no industrial, como es el del transporte aéreo. Mediante la Directiva 2008/101, de 19 de noviembre de 2008, a partir del 1 de

²⁰ *Libro Verde sobre la Estrategia Europea para una energía sostenible*, n. 2.4. No faltan autores para los que el gran mérito de Kioto ha sido permitir la introducción del mercado de cuotas a un nivel nunca logrado en las políticas ambientales (BARON, R., y PHILIBERT, C., «Climat, énergie et marchés de quotas échangeables », *Revue de l'énergie*, n. 575 (2007), págs. 22-23).

²¹ VV.AA., *El mercado de derechos a contaminar...*, cit., págs. 423 y ss.

enero de 2012, las compañías que realicen un determinado número de vuelos hacia o desde aeropuertos europeos deberán someterse a un específico mercado de derechos de emisión, vinculado con el general. A algo más de un año de la terminación del periodo de Kioto y segundo del mercado europeo de emisiones (2008-2012), la Unión Europea ha alcanzado ya las metas de reducciones comprometidas por ella y sus Estados miembros en Kioto.

b. La política energética: Energías renovables y seguridad en el abastecimiento

La política energética ha sido la otra gran apuesta del Tratado de Lisboa en relación con el medio ambiente. El Tratado introduce un nuevo Título XXI del TFUE, relativo a la Política energética. Esta nueva política se dirige, no sólo a la consecución de un mercado único de la energía, sino también a la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero.

Se trata de una importante novedad, porque el Tratado originario no contenía una base jurídica específica para ello, dada la histórica reticencia de los Estados a permitir que otros puedan intervenir en la elección del *mix* energético, por razones de soberanía, seguridad de abastecimiento y dependencia geoestratégica²².

Uno de los nuevos objetivos de la política energética, a medio plazo, es el aseguramiento del suministro energético en Europa, reduciendo la dependencia exterior, especialmente respecto de aquellos países políticamente inestables, que pueden condicionar arbitrariamente el consumo energético europeo²³. Lógicamente, este proceso dirigido hacia el autoabastecimiento sólo puede hacerse mediante la promoción de energías renovables (y en su caso, de la nuclear). Se matan, así, «dos pájaros de un tiro»: se potencia la producción limpia, no emisora de gases de efecto invernadero y se reduce la dependencia energética exterior. La Directiva 2009/28 lo señala ya en el propio Preámbulo, donde defiende las renovables desde una perspectiva ambiental para confirmar, posteriormente, la importancia de la seguridad del abastecimiento energético y el desarrollo tecnológico (cdo. 1):

«El control del consumo de energía en Europa y la mayor utilización de la energía procedente de fuentes renovables, junto con el ahorro energético y una mayor eficiencia energética (...) pueden desempeñar un papel importante para fomentar la seguridad del abastecimiento energético, el desarrollo tecnológico y la innovación y ofrecer oportunidades de empleo y desarrollo regional, especialmente en zonas rurales y aisladas»²⁴.

²² AMADO GOMES, C., y ANTUNES, T., «O ambiente no Tratado de Lisboa...», cit., págs. 35 y ss.

²³ VV.AA., *El mercado europeo de derechos de emisión. Balance de su aplicación desde una perspectiva jurídico-pública (2008-2012)*, Lex Nova, Valladolid 2010, págs. 30-31.

²⁴ Véanse, igualmente, los cdos. 2 *in fine*, 16 *in fine*, 58, etc.

Así, «la dependencia cada vez mayor de la Unión Europea de las importaciones energéticas amenaza la seguridad del abastecimiento e implica precios más altos. Por el contrario, impulsar las inversiones en eficiencia energética, energías renovables y nuevas tecnologías aporta beneficios importantes y contribuye a la estrategia de la UE en favor del crecimiento y el empleo»²⁵.

En definitiva, la lucha contra el cambio climático es un pretexto oportuno para adoptar medidas dirigidas a reducir la dependencia de la UE respecto de los países productores y de tránsito de petróleo, como la inversión en energías renovables y en eficiencia energética.

2. *El bienestar animal*

Al margen de los aspectos anteriores, el TFUE incluye el novedoso principio del «bienestar de los animales», que se reconoce como principio integrador de algunas políticas de la Unión (las de agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio: art. 13 TFUE). Ahora bien, a pesar de que algunos autores incluyen el «bienestar animal» dentro de la materia «medio ambiente» en sentido amplio²⁶, lo cierto es que la realidad material y jurídica demuestra que son ámbitos diferentes: por una parte, el propio TFUE, al referirse a los principios de integración de políticas, trata el medio ambiente y el bienestar animal en preceptos distintos (art. 11, medio ambiente; art. 13, bienestar animal); por otra parte, desde una perspectiva material, el bienestar animal está vinculado a la actividad «ganadera», esto es, al trato de los animales que no están en régimen de libertad; en ocasiones puede hablarse de actividad «cuasi industrial» en el caso de determinadas explotaciones intensivas de ganado. Finalmente, el principio del bienestar animal tiene límites de los que carece la regulación ambiental, como los ordenamientos de los Estados miembros y las tradiciones culturales (como los festejos taurinos en España): art. 13 TFUE en relación con el art. 3.3 TUE. Y en otros casos, el bienestar animal está estrechamente vinculado con consideraciones éticas, que pueden llevar a las Instituciones comunitarias a prohibir incluso la comercialización de determinados productos, como los derivados de las focas²⁷.

²⁵ Exposición de Motivos de la *Propuesta de Directiva relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables*, Bruselas, 23.1.2008 COM (2008) 19 final, n. 1.

²⁶ P. ej., VEDDER, H., «Analysis. The Treaty of Lisbon...», cit., págs. 288-289. En algunos casos la inclusión del «bienestar animal» dentro del «medio ambiente» puede estar lastrada por un sedicente ecologismo –ciertamente ideologizado– que pugna por los denominados «derechos de los animales».

²⁷ Véase el Reglamento 1007/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009 sobre el comercio de productos derivados de la foca, cuya justificación se expone con claridad desde el primero de los considerandos: «Las focas –comienza así el cdo 1.º– son seres sensibles que pueden experimentar dolor, angustia, miedo y otras formas de sufrimiento (...). En su Recomendación n. 1776 (2006), de 17 de noviembre de 2006, sobre la caza de focas, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa recomendó que se pidiera a aquellos Estados miembros del Consejo de Europa que practican la caza de focas que prohíban todos los métodos crueles de caza que no garantizan la muerte instantánea y sin sufrimiento de los animales (...).

Aunque, sin duda alguna, también hay puntos de conexión entre el medio ambiente y el bienestar animal, como las medidas de protección de la fauna silvestre frente a métodos de caza no selectivos o, indirectamente, las medidas de protección de los animales en los parques zoológicos²⁸.

III. APLICACIÓN ESTATAL DE LA POLÍTICA AMBIENTAL EUROPEA: IMPULSO «APLICATIVO»

El medio ambiente es calificado por el TFUE como una «competencia compartida» (art. 4.2.e) TFUE); los titulares son los Estados miembros y la UE, pero además, el hecho de que la UE actúe no elimina la capacidad de los Estados miembros de ejercer sus competencias ambientales, siempre que no frustren los objetivos declarados por los Tratados.

A. SON LOS ESTADOS LOS QUE APLICAN LA POLÍTICA AMBIENTAL EUROPEA

Así como la creación normativa corresponde a las instituciones europeas, la ejecución es responsabilidad, principalmente, de los Estados miembros, con un control dual de dicha ejecución, compartido por la Comisión (y el Tribunal de Justicia, en última instancia) y por los propios Estados²⁹. En todos los ámbitos en que la UE dicte normas de carácter medioambiental, debe tenerse en cuenta lo que dispone el art. 192.4 TFUE:

«Sin perjuicio de determinadas medidas de carácter comunitario, los Estados miembros tendrán a su cargo la financiación y la ejecución de la política en materia de medio ambiente».

– *Ejecución.* En lo que se refiere a la ejecución, esta previsión implica que, además de adecuar el ordenamiento interno a las disposiciones europeas (tanto Directivas como, en su caso, Reglamentos), los Estados miembros deberán adoptar las medidas administrativas necesarias para asegurar la ejecución de dichas disposiciones europeas. A la Unión únicamente le queda la vía del control de la ejecución de los actos normativos, a través de los datos aportados por los Estados miembros a la Comisión y de los procesos que se ventilen ante el TJUE, principalmente vía recurso de incumplimiento (arts. 258 y ss. TFUE).

²⁸ Sobre el alcance del título de «bienestar animal» y sus puntos de conexión con el medio ambiente, véase MARTÍNEZ PÉREZ, E., «La acción de la Comunidad Europea en materia de protección y bienestar de los animales», en VV.AA., (coord. ALONSO MARTÍNEZ, J.M., y HERRERO DE LA FUENTE, A.A.), *El Tratado de Roma en su cincuenta aniversario (1957-2007)*, Comares, Granada 2007, págs. 175 y ss., especialmente 182 y ss.

²⁹ Cfr., PLAZA MARTÍN, C., *Derecho Ambiental de la Unión Europea*, cit., págs. 113 y ss.

– *Financiación*. En lo que se refiere a la financiación, a diferencia de otras políticas comunitarias que se articulan sobre la base del presupuesto comunitario (PAC, Fondos de cohesión, política regional, etc.), la articulación de la política ambiental no puede reposar sobre este presupuesto, lo que ha dado lugar a la potenciación de los aspectos ambientales de otras políticas comunitarias y a la financiación con cargo a los presupuestos comunitarios en algunos casos, como los Fondos del programa LIFE³⁰ o los supuestos incluidos en el art. 192.5 TFUE³¹.

B. EL CONTROL DE LA APLICACIÓN ESTATAL POR LA COMISIÓN EUROPEA: ÚLTIMAS REFERENCIAS

Si la política ambiental europea emana de las Instituciones europeas y es aplicada –con las excepciones previstas– por los Estados, deben ser aquéllas las que comprueben que la actuación de estos se adecua correctamente a aquélla. Y dentro de las instituciones europeas el protagonismo lo tiene, sin duda, la Comisión «órgano de vigilancia de los Tratados», aunque ayudada, en su caso, por el Parlamento (vid., *infra*) y por el Tribunal de Justicia, en los casos de conflicto.

Los Informes anuales de la Comisión sobre el control de la aplicación del Derecho de la Unión Europea constituyen un elemento clave para valorar la responsabilidad estatal en la puesta en práctica de las disposiciones comunitarias. Tienen, así, la virtualidad de señalar los puntos débiles del Derecho comunitario en su aplicación. No es un fenómeno nuevo –así lo señala el último Informe (28º) sobre la aplicación del Derecho europeo en 2010– que en «lo que se refiere a la legislación medioambiental de la UE, un gran número de Estados miembros incumple regularmente los plazos [de transposición], lo que normalmente se resuelve tras el inicio de los procedimientos de infracción, y los retrasos prolongados se dan en una minoría de Estados miembros» (3.1.2)³². De hecho, el medio

³⁰ El programa LIFE es el instrumento financiero de la Comisión Europea de apoyo a la política medioambiental. El objetivo general de LIFE es contribuir al desarrollo e implementación de legislación y políticas relativas al medio ambiente. Este programa de ayuda fue adoptado por primera vez en 1992 (LIFE I, Reglamento CEE n.º 1973/92 del Consejo, de 21 de mayo), y cubría el periodo 1992-1995. Esta primera etapa estuvo dotada con 400 millones de Ecus, de los que un 45 % fueron destinados a las acciones de Medio Ambiente. El programa hoy vigente está regulado por el Reglamento (CE) n.º 614/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de mayo de 2007, relativo al instrumento financiero para el medio ambiente (LIFE+).

³¹ En lo que respecta a los supuestos del art. 192.5 TFUE, esta disposición establece: «Sin perjuicio del principio de quien contamina paga, cuando una medida adoptada con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 implique *costes que se consideren desproporcionados para las autoridades públicas de un Estado miembro*, dicha medida establecerá las disposiciones adecuadas en forma de: –excepciones de carácter temporal–, *apoyo financiero con cargo al Fondo de Cohesión* creado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177, o ambas posibilidades». Son, en definitiva, los Estados miembros los que con carácter general asumen los costes derivados de la aplicación de la política ambiental europea, salvo las excepciones señaladas.

³² *Vigésimo octavo informe anual sobre el control de la aplicación del Derecho de la UE (2010)*, Bruselas, 29.9.2011, COM(2011) 588 final.

ambiente es la materia en la que hay más procedimientos de infracción abiertos: los tres ámbitos más propensos a la infracción (medio ambiente, mercado interior y fiscalidad) representan el 52% de todos los casos de infracción. Más de una quinta parte de los casos activos (444) guardan relación con la legislación de medio ambiente; en el caso de los nuevos expedientes incoados en 2010, fueron 229 los relativos al medio ambiente (229 (n. 2.2.2.)). Lo mismo puede decirse de los asuntos vinculados a la transposición tardía de Directivas: ahí también se lleva la palma el medio ambiente, con 115 casos activos (3.1.2): como señala el Informe de la Comisión, «por lo que se refiere a la *legislación medioambiental* de la UE, un gran número de Estados miembros incumple regularmente los plazos, lo que normalmente se resuelve tras el inicio de los procedimientos de infracción, y los retrasos prolongados se dan en una minoría de Estados miembros».

Pero junto a la actividad de supervisión de la Comisión sobre la aplicación del Derecho ambiental comunitario operada por Estados miembros, también el Parlamento Europeo asume una función de control de dicha actuación (las cifras lo dicen por sí solas: en el año 2010 correspondieron al ámbito del medio ambiente la mayoría de las peticiones presentadas al Parlamento Europeo³³).

Finalmente, el Tribunal de Justicia contribuye a la correcta aplicación del derecho ambiental comunitario, aunque siempre desde la perspectiva del conflicto: a través de las diversas vías de recurso (en nuestro caso, sobre todo mediante los recursos de incumplimiento y las cuestiones prejudiciales de interpretación) puede condenar a los Estados por no aplicar el Derecho comunitario o por hacerlo de forma incorrecta, y declarar cuál debe ser el sentido de una determinada norma comunitaria cuya aplicación es necesaria en vía judicial interna.

En definitiva, la aplicación estatal del Derecho comunitario ambiental deja mucho que desear. A pesar de que la distribución de competencias en esta materia otorga la ejecución y financiación en su práctica totalidad a los Estados miembros, éstos no han asumido con carácter general el rigor necesario para la correcta aplicación de esta legislación, de acuerdo con los parámetros determinados por la Comisión Europea y, en su caso por el Tribunal de Justicia.

C. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DE LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS AMBIENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

Los principios ambientales del Tratado, introducidos por el Acta Única (1986) y por el Tratado de Maastricht de 1992 (el de precaución o cautela) informan el derecho emanado de las Instituciones europeas. Constituyen una pauta

³³ En concreto, 120. Solo los problemas relativos a la evaluación del impacto medioambiental de los proyectos fueron objeto de 42 peticiones, seguidos de la conservación de la naturaleza (32) y la gestión de residuos (20). En el ámbito de la calidad del agua y los recursos marinos se presentaron otras 14 peticiones (*Informe...* n. 2.3).

clara para el legislador comunitario y imponen límites a su discrecionalidad. En este sentido, el Tribunal de Justicia los aplica como parámetros de interpretación de la normativa comunitaria. Y en la medida en que modelan la normativa comunitaria, inciden de forma indirecta en la legislación nacional. Es decir, tienen un indudable valor informador de la legislación estatal, aunque carezcan de eficacia normativa directa en cuanto tales principios.

A continuación queremos únicamente destacar algunos aspectos actuales relativos a la interpretación y aplicación de estos principios.

1. *El excesivo protagonismo del principio de precaución y la prevención ambiental ambiente como excepción a las libertades comunitarias*

El art. 191.2 TFUE trata conjuntamente los principios de cautela-precaución y de acción preventiva, y de igual modo lo hace con frecuencia la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Ambos principios tienen un matiz eminentemente «preventivo», y podrían considerarse dos caras de la misma moneda: mientras el de prevención actúa en los casos en que los daños temidos son ciertos, el de precaución lo hace cuando dichos daños son potenciales. Ahora bien, en todo caso, la diferencia no es sólo cuantitativa –el de precaución «anticipa» las medidas preventivas– sino también cualitativa, porque, a diferencia del de prevención, se basa en la técnica de la administración del riesgo³⁴.

El principio precautorio ha llegado a convertirse, en los últimos años, en el principio «estrella», el principio siempre invocado pero nunca completamente definido; el principio (como el de protección de la confianza legítima) al que siempre se acude cuando no se pueden invocar otros de contenido determinado. Se trata de un principio «ampliador» de la discrecionalidad administrativa y, en su caso, judicial.

De hecho, se puede afirmar que el principal efecto de la aplicación de este principio sobre los poderes de la Administración encargada de gestionar el riesgo es la potenciación de la discrecionalidad administrativa en la apreciación del interés ambiental, que relativiza los principios de legalidad y tipicidad³⁵.

Pero va más allá: en concreto, el principio lleva a una dilución de la tradicional distinción entre discrecionalidad técnica y discrecionalidad política, al implicar los elementos volitivos (característicos de la segunda) en la primera (potenciando, así, el poder de elección y la valoración comparativa de intereses³⁶). En ocasiones es utilizado a modo de amenaza, porque está construido sobre el miedo;

³⁴ DE LEONARDIS, F., *Il principio de precauzione nell'Amministrazione di rischio*, Giuffrè Editore, Milano 2005, págs. 179-180.

³⁵ *Vid.*, entre otros, CARRILLO DONAIRE, J.A., «Seguridad y calidad productiva: de la intervención policial a la gestión de riesgos», *RAP* n. 178 (2009), págs. 130 y ss.

³⁶ DE LEONARDIS, F., *Il principio de precauzione...*, cit., págs. XVII-XVIII, 333-334. Cfr., la STJUE 14.12.2004, *Comisión. c. Alemania*, n. 74.

se usa y se abusa de él; por eso los jueces, al aplicarlo, se deben esforzar por delimitar su alcance, para asegurar que suscita las adhesiones necesarias³⁷.

Además, el principio precautorio, aunque nacido en el ámbito del medio ambiente, ha extendido su aplicación a la protección de los consumidores y a la protección sanitaria, en bastante medida justificada por el desconocimiento global de todos los efectos de las actividades humanas.

Por su parte, el principio de prevención complementa, como hemos visto, al anterior. En los últimos años se ha puesto de manifiesto el carácter de excepción que la tutela ambiental tiene con respecto al desarrollo de algunas libertades comunitarias. En efecto, la Directiva Servicios (2006/123) señala, en su Preámbulo, que «la disposición sobre la libre prestación de servicios no impide que el Estado miembro en el que se presta el servicio aplique (...) sus requisitos específicos por razones de orden público o seguridad pública o para la protección de la salud pública o del medio ambiente». Esta previsión se plasma en el articulado (art. 16.2): «Los Estados miembros no supeditarán el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio en sus respectivos territorios a requisitos que no respeten los principios siguientes: (...) b) necesidad: el requisito deberá estar justificado por razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección del medio ambiente». El medio ambiente se configura, pues, como un criterio de control preventivo de servicios que, si no fuese por ello, deberían estar sometidos únicamente a controles *a posteriori*.

En todo caso, se permite la existencia de regímenes autorizatorios propios. La autorización se configura como la técnica característica de la prevención ambiental, junto con la evaluación ambiental. De acuerdo con ello, la correcta aplicación de la política comunitaria no puede prescindir de la técnica autorizatoria en la materia ambiental (o de técnicas similares de control previo, como la Evaluación de Impacto Ambiental)

2. *El principio contaminador pagador: Algunos problemas*

Este principio, que juega un papel esencial en la política comunitaria de Medio Ambiente, genera también fuertes interrogantes su aplicación³⁸. Ha sido objeto de críticas, con razón, por su carácter extraordinariamente mediático pero poco operativo desde el punto de vista jurídico, que admitiría –en abstracto– interpretaciones peligrosas para la integridad ambiental como la de que «quien paga, puede contaminar»³⁹. Sin embargo, la doctrina se ha preocupado, desde la

³⁷ GUETTIER, Ch., « Le principe de précaution », VV.AA., (dir. J-B. AUBY), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, Paris 2010, pág. 593.

³⁸ Cfr., MORENO MOLINA, A.M., *Derecho comunitario del medio ambiente: marco institucional, regulación sectorial y aplicación en España*, Marcial Pons, Madrid 2006, pág. 54.

³⁹ ESTEVE PARDO, J., *Derecho del medio ambiente*, 2ª edic., Marcial Pons, Madrid 2008, pág. 75.

plasmación normativa del principio, de recordar que no constituye una licencia para contaminar⁴⁰.

- a. Cambio climático: Entre la internalización de la contaminación y las ayudas públicas

En general, el principio incluido en el Tratado busca evitar que la política de protección del Medio Ambiente se base en subvenciones y ayudas públicas, imputando al eventual contaminador el costo de las medidas necesarias para eliminar la contaminación. Lo que se pretende es «internalizar» los costes que la contaminación conlleva, dentro del proceso productivo: el que contamina, debe sufragar el coste de dicha acción y de las medidas adoptadas para prevenir el daño.

Las técnicas para internalizar los costes de la contaminación son conocidas: el establecimiento de cánones o tasas por vertidos o emisiones contaminantes lícitas o, en su caso, la reposición de los bienes dañados a su situación original o el pago de indemnizaciones sustitutorias, o también el pago de sanciones pecuniarias derivadas de infracciones ambientales, en el caso de actuaciones contaminantes ilícitas. Las Directivas ambientales comunitarias no suelen imponer estas técnicas en concreto: normalmente son los Estados los que deciden cuáles establecen y con qué alcance. Lo que, sin embargo, ha creado e impulsado la Comunidad ha sido una técnica distinta de internalización de costes derivados de daños ambientales: el mercado de derechos de emisión. En efecto, como instrumento europeo de lucha contra el cambio climático se creó el mercado de emisiones por la Directiva 2003/87. Frente a la ya tradicional internalización de costes vía impuestos (basada en los postulados de PIGOU), el mercado permite la internalización vía compraventa de cuotas o derechos a contaminar (de acuerdo con las tesis de COASE).

Pero la aplicación estatal del mercado de emisiones, mediante la asignación gratuita de derechos decidida por el Estado (en virtud del principio de subsidiariedad) hizo fracasar el mercado por un exceso de derechos asignados por los Estados a las empresas propias. En definitiva, la asignación gratuita de derechos se convirtió en un sistema de ayudas a las empresas nacionales. No es casual, por eso, que las *Directrices comunitarias de 2008 sobre ayudas estatales en favor del medio ambiente* hayan dispuesto que «los regímenes de permisos negociables pueden conllevar una ayuda estatal de diversas maneras, por ejemplo cuando los permisos y las autorizaciones se conceden a un precio inferior a su valor de mercado, y dicha concesión es atribuible a los Estados miembros» (n. 139)⁴¹. Para

⁴⁰ Cfr., VV.AA. (dir: SANZ RUBIALES, I.), *El mercado de derechos a contaminar. Régimen jurídico-público del mercado comunitario de derechos de emisión en España*, Lex Nova, Valladolid 2007, págs. 102-103.

⁴¹ «*Directrices comunitarias sobre ayudas estatales en favor del medio ambiente*» (DOUE, C, n. 81, de 1 de abril de 2008), n. 3.1.12. *Ayudas en el marco de regímenes de permisos negociables*.

evitar este problema, a partir de 2013 la asignación la realizará la propia Comisión Europea, dejará progresivamente de ser gratuita y los Estados perderán el protagonismo.

b. El principio de recuperación de costes en materia de aguas

La Directiva Marco de Aguas (2000/60) trajo consigo la previsión del principio de recuperación de costes por el uso del recurso agua. Así lo establece en su art. 9 (*Recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua*):

1. Los Estados miembros tendrán en cuenta el principio de la recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua, incluidos los costes medioambientales y los relativos a los recursos, a la vista del análisis económico efectuado con arreglo al anexo III, y en particular de conformidad con el principio de que quien contamina paga.

Por lo tanto, la Directiva comunitaria mantiene como criterio general la repercusión íntegra de los costes a los usuarios. Pero, a la vez que reconoce el principio, admite con gran generosidad las eventuales excepciones (art. 9.4): «Los Estados miembros no incumplirán la presente Directiva si deciden no aplicar [el principio], (...), siempre y cuando ello no comprometa ni los fines ni el logro de los objetivos de la presente Directiva». Ahora bien, para ello, deberán motivar en los correspondientes Planes Hidrológicos las razones por las que no repercuten íntegramente los costes ambientales (art. 9.4).

La alusión de los costes medioambientales y de los relativos a los recursos supone que están incluidos los costes de depuración, en su caso, y los que acarrean las medidas de protección ambiental de las aguas cuyo caudal se aprovecha⁴². En concreto, como recuerda CARO-PATÓN, en el precio del agua, de acuerdo con el principio de repercusión de costes, deben integrarse los costes del agua apartada de los cauces y utilizada en los servicios de abastecimiento y saneamiento (*blue water*) y los costes de gestión de las masas de agua en su conjunto, en cuanto recurso que asegura la vida de las especies, incluida la humana (*green water*)⁴³: estos últimos son los costes estrictamente ambientales y que propiamente se integran en el principio «quien contamina, paga».

Estos costes ambientales hacen referencia a los daños que el uso del agua impone en el medio ambiente, en los ecosistemas y en aquellos sujetos que usan el medio ambiente (reducción de la calidad ecológica de los ecosistemas acuáti-

⁴² CARO-PATÓN CARMONA, I., «El precio del servicio público del agua», VV.AA., *Derecho Administrativo y Regulación Económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz*, La Ley, Madrid 2012, pág. 1440. Sobre la naturaleza jurídica de la tarifa de abastecimiento de aguas, véase FERNÁNDEZ FARRE-RES, G., «Sobre la naturaleza jurídica de la tarifa de la prestación del servicio público domiciliario de aguas», en VV.AA., *El precio del agua. Aspectos jurídicos y financieros en la gestión urbana del agua en España*, Fundación Agbar, Barcelona 2012, págs. 229 y ss.

⁴³ *Ibidem*.

cos y aquellas afecciones y externalidades no valoradas por el mercado)⁴⁴; en concreto, integraría entre otros conceptos el mantenimiento de los caudales ecológicos, el coste de la recarga artificial de acuíferos, la reducción de la calidad ecológica de los ecosistemas acuáticos y la salinización y deterioro de suelos⁴⁵.

Este principio, en todo caso, sólo tiene reconocimiento a efectos del uso de los recursos hídricos y, como acabamos de ver, su exigencia es limitada, porque la propia Directiva no lo impone inexcusablemente, sino que sólo impulsa su aplicación, exigiendo la motivación de su exclusión. Su lugar propio son los Programas de Medidas previstos en la Directiva Marco de Aguas (art. 11) y su transposición en el ordenamiento español no se ha llevado a cabo, sustancialmente: el art. 111 bis.3 TRLA establece únicamente:

«Para la aplicación del principio de recuperación de costes se tendrán en cuenta las consecuencias sociales, ambientales y económicas, así como las condiciones geográficas y climáticas de cada territorio, siempre y cuando ello no comprometa ni los fines ni el logro de los objetivos ambientales establecidos. Los planes hidrológicos de cuenca deberán motivar las excepciones indicadas».

Poco más. Hasta la fecha, el derecho interno no ha aclarado el sistema de toma de decisiones para los programas de medidas. El precepto transcrito, como señala CARO-PATÓN, no es más que la «sombra» de la DMA⁴⁶.

3. *El principio de no regresión como corolario del principio de desarrollo sostenible. Su reconocimiento matizado en el ordenamiento español*

Tras su reconocimiento por la Cumbre de Río (1992), el Quinto Programa de Acción de Medio Ambiente lo acogió. El Tratado de Maastricht incluyó el objetivo del «*crecimiento sostenible*» (no exactamente equiparable al «*desarrollo sostenible*») en los arts. B del TUE y 2 del TCE y, finalmente, el Tratado de Ámsterdam asumió ya el «desarrollo sostenible» como un objetivo fundamental de la Unión y de la Comunidad (art. 1 TUE y art. 2 TCE). Alude a aquel tipo de desarrollo económico y social (no simple «crecimiento» sino «desarrollo») que puede preservar los recursos naturales y el medio ambiente para las futuras generaciones y permitirles también un adecuado desarrollo socioeconómico⁴⁷.

⁴⁴ *Ibidem*. La cita la recoge del estudio, publicado por el Ministerio de Medio Ambiente español en 2007 bajo la coordinación de J. MAESTU y A. DEL VILAR titulado «*Precios y costes de los servicios del Agua en España. Informe integrado de recuperación de costes de los servicios de agua en España. Art. 5 y anejo III de la Directiva Marco de Agua*».

⁴⁵ RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, B., «La aplicación del principio de recuperación de costes en la gestión del agua en el Derecho interno español», en VV.AA. (AGUDO CONZÁLEZ, J., coord.), *El Derecho de Aguas en clave europea*, La Ley, Madrid 2010, Pág. 404.

⁴⁶ CARO-PATÓN CARMONA, I., «El precio del servicio público del agua», cit., pág. 1442.

⁴⁷ FERNÁNDEZ DE GATTA, D., «La política ambiental y sobre desarrollo sostenible en la Unión Europea: de sus orígenes a la estrategia de desarrollo y al Tratado de Lisboa», en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n. 13 (2008), pág. 25.

En este marco, la Comisión elaboró una Estrategia de desarrollo sostenible para la Unión Europea, que fue aprobada por el Consejo Europeo de junio de 2001 y revisada posteriormente. La nueva Estrategia revisada se aprobó por el Consejo Europeo en junio de 2006⁴⁸. En el Tratado de Lisboa el objetivo del «desarrollo sostenible» se concreta más que con la normativa anterior: se reconoce en el propio Preámbulo del TUE (considerando n. 9) y el nuevo art. 3 de este Tratado alude a él desde el plano interno (art. 3.3), cuando se refiere al desarrollo sostenible de Europa donde incluye, como novedad muy bien traída, la «solidaridad entre generaciones»⁴⁹; y desde el plano externo (art. 3.5), que se refiere a las relaciones de Europa con el resto del mundo y que alude al «desarrollo sostenible del planeta» entre otros objetivos⁵⁰. También aparece en el TFUE, junto al principio de integración (art. 11), como objetivo parcial de la política exterior de la Unión en relación con los países en desarrollo en el art. 21 d) e, incluso, en el art. 177, relativo al Fondo de Cohesión, pero curiosamente (¿) está ausente del Título XX, relativo a la política ambiental⁵¹.

Este principio «promete mucho pero concreta poco» y «su fama es inversamente proporcional a su utilidad práctica». Es un principio más económico («desarrollo») que ambiental («sostenibilidad») a pesar del carácter notoriamente «ambientalista» que un cierto discurso benévolo y crédulo le otorga. Ha tenido éxito en su reconocimiento por el Derecho europeo, pero este éxito es fruto de la contaminación del Derecho «duro» por directrices de *soft law*, de «derecho suave»⁵².

Recientemente, Michel PRIEUR ha querido llamar la atención de los especialistas en Derecho Ambiental en relación con la evolución temporal del Derecho Ambiental. ¿El Derecho Ambiental puede ser «regresivo»? O lo que es lo mismo, ¿se puede reducir la tutela ambiental a lo largo del tiempo?⁵³.

El profesor francés apoya dicho principio en los clásicos del derecho ambiental (prevención, precaución, sostenibilidad, que están, a su vez, reconocidos por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea): «la prevención impide volver hacia atrás, la sostenibilidad y las generaciones futuras remiten a

⁴⁸ FERNÁNDEZ DE GATTA, D., «La política ambiental...», cit., págs. 31 y ss.

⁴⁹ «La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en ... un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente.... La Unión... fomentará... la solidaridad entre las generaciones...»:

⁵⁰ «En sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses y contribuirá a la protección de sus ciudadanos. Contribuirá a la paz, la seguridad, el desarrollo sostenible del planeta ...».

⁵¹ Cfr., AMADO GOMES, C., y ANTUNES, T., «O ambiente no Tratado de Lisboa...», cit., pág. 35, que aluden a la invocación casi obsesiva de esta noción en el art. 21.2, c) y d) TUE.

⁵² Esta visión crítica, que suscribo en su integridad, la tomo nuevamente de AMADO GOMES, C., y ANTUNES, T., «O ambiente no Tratado de Lisboa...», cit., págs. 43, 44, 47.

⁵³ PRIEUR, M., «El nuevo principio de «no regresión» en derecho ambiental», *Acto de investidura del Grado de Doctor Honoris Causa*, Prentas Universitarias de Zaragoza, Universidad de Zaragoza 2010, págs. 59 y ss. (el original en francés, págs. 123 y ss).

la duración y la intangibilidad para conservar los derechos de nuestros descendientes a disfrutar de un medio ambiente sano, y la *precaución* permite evitar situaciones irreversibles que constituirían por sí mismas regresiones...»⁵⁴.

PRIEUR entiende además que el principio de no-regresión se puede deducir del Derecho comunitario; la consideración conjunta del articulado de los Tratados constitutivos así como del acervo comunitario debe llevar a impedir cualquier regresión en las exigencias ambientales. En concreto, el art. 193 TFUE recoge la cláusula de «salvaguardia» o de «subsidiariedad», que permite a los Estados ir más allá que la norma comunitaria en la protección del medio ambiente; el art. 37 de la Carta de Derechos Fundamentales exige un «*alto nivel de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad*». De acuerdo con ello, el ambientalista francés afirma la imposibilidad de regresión en materia ambiental, a pesar de que dicho principio de no-regresión no figure entre los principios rectores de la acción comunitaria ambiental⁵⁵.

Parece, en todo caso, evidente, la estrecha ligazón entre el principio de desarrollo sostenible (reconocido en el Preámbulo del TUE y en diversos preceptos de los Tratados) y el de no regresión, que vendría a ser un corolario de aquél⁵⁶. No obstante lo anterior, cuesta trabajo pensar en que la Unión Europea no pueda reducir coyunturalmente y en aspectos concretos sus exigencias ambientales, por razones de carácter social o ante un eventual conflicto con otros principios comunitarios básicos. Este principio de no-regresión, aun con evidentes puntos de «anclaje» en los Tratados, no puede tener carácter absoluto y debe ponderarse con los demás principios, algunos de ellos, explícitos, del derecho de la Unión Europea.

A pesar de la argumentación de PRIEUR, la normativa ambiental demuestra que no cabe en el Derecho comunitario una interpretación estricta del principio de no reversión. La prueba mas evidente está en los instrumentos de tutela ambiental regulados por el propio Derecho comunitario, entre los cuales destaca la Evaluación de Impacto, que no busca impedir los proyectos que incidan en el medio ambiente, sino reducir, en la medida de lo posible, el impacto ambiental provocado por ellos, impacto que en todo caso existe. Si se reconocen los impactos, se está admitiendo un daño –bien que mínimo– al medio ambiente: hay que ponderar la importancia del proyecto frente a los perjuicios que sufre el medio ambiente como consecuencia de este.

El Parlamento Europeo ha reconocido expresamente la existencia de este principio de no regresión, que vincula (con buen criterio técnico) con el principio de desarrollo sostenible y así lo ha hecho constar en la Resolución de 29 de

⁵⁴ PRIEUR, M., «El nuevo principio de «no regresión...», cit., pág. 67.

⁵⁵ PRIEUR, M., «El nuevo principio de «no regresión...», cit., págs. 80-84.

⁵⁶ Así lo pone de manifiesto la escasa y reciente jurisprudencia española que se ha ocupado del principio: vid., STS de 30 septiembre 2011 (FD 8º), STS de 23 de febrero de 2012 (FD 9.º), STS de 29 marzo de 2012 (FD 7.º): vid., in extenso, *infra*.

septiembre de 2011, sobre la elaboración de una posición común de la UE ante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río+20), Conferencia que se centra en dos grandes temas unidos por el principio del desarrollo sostenible: «Una economía ecológica en el contexto del desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza» y «Un marco institucional para el desarrollo sostenible». En ese contexto, el Parlamento «pide el reconocimiento del principio de no regresión en el contexto de la protección del medio ambiente y de los derechos fundamentales» (n. 97).

Pero poco más dice el Derecho comunitario. En el ámbito interno, la jurisprudencia y la doctrina españolas han traducido diversos preceptos legales en materia ambiental como manifestaciones del principio de no regresión⁵⁷. En este sentido, el Tribunal Supremo ha venido reconociendo este principio –como manifestación del también principio comunitario de desarrollo sostenible– en varias sentencias sobre materia urbanística (en concreto, sobre desclasificación de espacios protegidos o zonas verdes) dictadas en los últimos meses. Es paradigmática la STS de 30 septiembre 2011 (RJ\2012\1042) que deduce este principio de la propia legislación urbanística estatal; tras señalar la importancia del mantenimiento de las zonas verdes, de acuerdo con la propia naturaleza de éstas y con las previsiones de la ley del suelo⁵⁸, pasa a reconocer el principio de no regresión, su fundamento y su ámbito de aplicación:

⁵⁷ LÓPEZ RAMÓN, F., «El principio de no regresión en la desclasificación de los espacios naturales protegidos en el Derecho español», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental* n. 20 (2011), págs. 1 y ss.

⁵⁸ FD 8º: «(...) debemos igualmente significar la conexión que la protección de las zonas verdes tiene con el carácter sostenible y medioambiental del urbanismo actual, si bien esta condición se proyecta, de forma más directa y efectiva, en relación con la protección de los suelos rústicos de especial protección.

Este plus de protección se nos presenta hoy –en el marco de la amplia, reciente y variada normativa sobre la materia, en gran medida fruto de la transposición de las normas de la Unión Europea– como un reto ciertamente significativo y como uno de los aspectos más sensibles y prioritarios de la expresada y novedosa normativa medioambiental. Ya en el Apartado I de la Exposición de Motivos de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo (hoy Texto Refundido de la misma aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio –TRLR08–) se apela en el marco de la Constitución Española –para justificar el nuevo contenido y dimensión legal– al «bloque normativo ambiental formado por sus artículos 45 a 47». (...) Igualmente, en el mismo Apartado I, último párrafo, el reciente legislador apela a que «el crecimiento urbano sigue siendo necesario, pero hoy parece asimismo claro que el urbanismo debe responder a los requerimientos de un desarrollo sostenible, minimizando el impacto de aquel crecimiento y apostando por la regeneración de la ciudad existente», y se remite, a continuación, a los mandatos de la Unión Europea sobre la materia (...); y, todo ello, porque, según expresa la propia Exposición de Motivos «el suelo, además de un recurso económico, es también un recurso natural, escaso y no renovable», añadiendo que «desde esta perspectiva, todo el suelo rural tiene un valor ambiental digno de ser ponderado y la liberalización del suelo no puede fundarse en una clasificación indiscriminada...

(...) El actual análisis de la cuestión relativa a las zonas verdes que nos ocupa –y a su reducción por el planeamiento– debe, pues, partir del mensaje que, en relación con el suelo, se contiene –como hemos expresado– en la propia Exposición de Motivos del Texto Refundido; esto es, que «el suelo, además de un recurso económico, es también un recurso natural, escaso y no renovable». Pues bien, dentro de ese suelo, escaso y no renovable, el suelo verde urbano –esto es, sus zonas verdes– constituye uno de los componentes más frágiles del mismo, pues, su alteración o supresión –en el ámbito de la ciudad existente– como consecuencia de las modificaciones o revisiones que el planificador puede orquestar, determinan unos efectos y consecuencias definitivas e inamovibles».

«Ello nos sitúa en el ámbito, propio del Derecho Medioambiental, del principio de no regresión, que, en supuestos como el de autos, implicaría la imposibilidad de no regresar de –o, de no poder alterar– una clasificación o calificación urbanística –como podría ser la de las zonas verdes– directamente dirigida a la protección y conservación, frente a las propias potestades del planificador urbanístico, de un suelo urbano frágil y escaso. En el Fundamento Jurídico anterior ya lo hemos mencionado, como principio «standstill», y que, en otros países, ha sido entendido como «efecto trinquete», como «intangibilidad de derechos fundamentales» o «de derechos adquiridos legislativos», o, incluso como principio de «carácter irreversible de derechos humanos».

También, este principio de no regresión, ha sido considerado como una «cláusula de statu quo» o «de no regresión», con la finalidad, siempre, de proteger los avances de protección alcanzados en el contenido de las normas medioambientales, con base en razones vinculadas al carácter finalista del citado derecho medioambiental.

Pues bien, la viabilidad de este principio puede contar con apoyo en nuestro derecho positivo, tanto interno estatal como propio de la Unión Europea (...).

En consecuencia, y sin perjuicio de su particular influencia en el marco de los principios, obvio es que, con apoyo en los citados preceptos constitucional (artículo 45 Constitución Española) y legales (artículo 2 y concordantes del TRLS08), el citado principio de no regresión calificadora de los suelos especialmente protegidos –como serían las zonas verdes junto a los terrenos rústicos especialmente protegidos–, implica, exige e impone un plus de motivación exigente, pormenorizada y particularizada en el marco de la potestad discrecional de planificación urbanística de la que –por supuesto– se encuentra investido el planificador».

Ahora bien, este principio –tal y como lo define la doctrina y la jurisprudencia españolas en relación con el urbanismo y la protección de espacios– no es absoluto; el principio de no regresión no impide (como vimos arriba) que haya actuaciones públicas con incidencia («impacto») ambiental, siempre que dichas actuaciones vengan justificadas por un interés público superior. En concreto, sigue señalando el Tribunal Supremo en el mismo Fundamento de Derecho:

«En consecuencia, y sin perjuicio de su particular influencia en el marco de los principios, obvio es que, con apoyo en los citados preceptos constitucional (artículo 45 Constitución Española) y legales (artículo 2 y concordantes del TRLS08), el citado principio de no regresión calificadora de los suelos especialmente protegidos –como serían las zonas verdes junto a los terrenos rústicos especialmente protegidos–, implica, exige e impone un plus de motivación exigente, pormenorizada y particularizada en el marco de la potestad discrecional de planificación urbanística de la que –por supuesto– se encuentra investido el planificador».

En idéntico sentido, pueden verse las SSTS de 23 de febrero de 2012 y de 29 marzo de 2012 (JUR\2012\127865) sobre el principio de no regresión en relación con el urbanismo y la protección de montes declarados de utilidad pública (la primera) y de zonas verdes (la segunda) frente a las pretendidas desclasificaciones de dichos suelos protegidos. En definitiva, la no-regresión no se puede considerar con carácter absoluto, pero se configura como un principio deducible de la legislación interna en materia de espacios protegidos, que exige una especial motivación para poder desclasificar dichos espacios.

IV. CONCLUSIONES

La política ambiental europea debe estudiarse desde la perspectiva de su creación, en el Derecho originario y derivado europeo, y desde la perspectiva de su aplicación, fundamentalmente estatal. En el último decenio el impulso normativo principal ha venido del Tratado de Lisboa (especialmente por el reconocimiento de la política contra el cambio climático); el derecho derivado, a la luz de los últimos programas de acción, ha profundizado en las diversas técnicas ya conocidas y en especial en las económicas y de mercado.

Desde la perspectiva de la aplicación, al margen de los problemas que pone de manifiesto la Comisión en sus informes anuales, debe destacarse, en el ordenamiento español, la aplicación muy limitada del principio de recuperación de costes (vinculado al contaminado-pagador) en el uso del agua y la, en cambio, generosa aplicación del de no regresión (vinculado al desarrollo sostenible) en espacios protegidos.

Abstract

In this paper we analyze some aspects of the current European environmental policy from two perspectives: firstly, in its origin, which requires taking into account the recent amendments to the primary law (Lisbon Treaty) and secondary legislation in the light of action programs and on the other hand, application state, which examines the interpretation and application of European environmental principles and their corollaries (in particular the controversial principles of cost recovery and non-regression).

Résumé

L'objet de cet article est d'analyser la politique environnementale européenne en vigueur en partant d'une double approche: D'une part, en tenant compte de son origine et, donc, des récentes modifications tant du droit originnaire (Traité de Lisbonne) que du droit dérivé, en particulier des programmes d'action pour l'environnement. D'autre part, en examinant son application par les Etats, tout en étudiant l'interprétation et l'application des principes environnementaux ainsi que de leurs corollaires (surtout des plus polémiques, comme est le cas du principe de récupération de coûts et de non-régression).

