

# La reforma del Derecho administrativo

Primeras experiencias:  
el ejemplo del Derecho ambiental

**SUMARIO:** A. LA REFORMA DEL DERECHO COMO TAREA. I. Algunos campos de referencia del Derecho administrativo especial como estímulos innovativos para el Derecho administrativo. II. La protección del medio ambiente como catalizador de las necesidades reformistas. B. LA CIENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO (TAMBIEN) COMO CIENCIA DE CONTROL. C. POSIBILIDADES Y LIMITES DEL CONTROL JUDICIAL. I. El Derecho administrativo como mandato de conducta y rasero de control. II. Los límites del control judicial: el ejemplo del Derecho del medio ambiente. D. ORIENTACIONES NORMATIVAS DE LA ACCION ADMINISTRATIVA. I. Legalidad de la acción administrativa. II. Optimalidad de la acción administrativa. III. Carácter optimizador de la acción administrativa. IV. La acción administrativa como garantía de aceptación. E. LA PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE A TRAVES DE LA ACCION ADMINISTRATIVA: ENFOQUES DE DIRECCION. I. Acción administrativa imperativa. II. Acción administrativa estimulante. 1. Estímulos de evitación. 2. Estímulos orientados hacia el mercado. 3. Potenciación de los estímulos a través de mezcla de instrumentos. 4. Estímulos de fomento de las innovaciones. III. Acción administrativa consensual. 1. Creación de consenso y empleo del poder. 2. Decisiones consensuales singulares. 3. Procedimientos consensuales de normación y sustitución de normas. IV. Acción administrativa compensatoria. V. Acción administrativa orientada hacia el riesgo. 1. Incertidumbre en el análisis del riesgo. 2. El trato con la incertidumbre. 3. Comunidad de riesgos y de compensaciones. VI. Acción administrativa abierta a revisiones y fomentadora de la innovación.

## A. LA REFORMA DEL DERECHO COMO TAREA

### I. ALGUNOS CAMPOS DE REFERENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPECIAL COMO ESTÍMULOS INNOVATIVOS PARA EL DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL

En la línea de la tradición europea del Estado de Derecho está concebir los enfoques de solución de los problemas jurídicos de forma tal

que no sólo constituyan un remedio útil para los problemas diarios, sino que también conduzcan a la formulación de unas pautas de actuación generalizables. Y un repertorio de modelos orientativos susceptibles de universalización o generalización lo representan las figuras argumentativas, las instituciones y las reglas de la dogmática jurídica<sup>1</sup>. También tienen una «vocación» de generalizabilidad las leyes, sobre todo en la medida en que, como «partes generales», reclaman aplicación en distintos campos.

La abstracción frente a las situaciones y problemas concretos si bien permite una cierta capacidad de adaptación a situaciones cambiantes, puede también llevar a la ceguera frente a las transformaciones producidas en la realidad social, política, económica y cultural<sup>2</sup>. Hasta qué punto —y, sobre todo, si acaso— en el ordenamiento jurídico existen déficits adaptativos es algo que resulta posible apreciarlo con la mayor facilidad en el momento en que nuevos problemas o simplemente nuevas formas de percibir viejos problemas crean una nueva necesidad de resolver un problema. Esto constituye un desafío para el Derecho.

En relación con ese desafío se puede poner en evidencia el hecho de que las teorías y doctrinas generales desarrolladas hasta la fecha proceden de ámbitos pertenecientes a una fase anterior de la evolución del Derecho, a los que entretanto se han superpuesto —si no los han sustituido— otros nuevos campos de referencia<sup>3</sup>, de manera que se requieren nuevos acentos a la hora de crear Derecho y estructuras dogmáticas generalizables. El Derecho administrativo general continúa en buena medida orientado fuertemente por campos referenciales propios de la Administración interventora, en los que por regla general la intervención se decide a iniciativa de la Administración. Algunos de sus institutos jurídicos —como es el caso del acto administrativo de fomento o del procedimiento de concreción de un planeamiento— van más lejos, ciertamente, y permiten la inclusión de problemas de la Administración prestadora y planificadora, pero esto sigue limitado a ámbitos aislados. Ilustrativamente sigue faltando una penetración del Derecho administrativo general por los impulsos de la Administración de infraestructuras<sup>4</sup>, como también se echa en falta un ajuste de los institutos de la dogmática jurídica a los distintos tipos procedimentales, entre ellos el hasta la fecha descuidado procedimiento de solicitud o

<sup>1</sup> Acerca del concepto de dogmática jurídica, *vid.* por todos W. BROHM: «Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung», *VVDSiRL*, 30, 1971, 245, 146, con referencias adicionales en la n. 3.

<sup>2</sup> Sobre la interacción entre norma y ámbito de la realidad, *vid.*, en general, F. MÜLLER: *Normstruktur und Normativität*, 1966; *id.*: *Juristische Methodik*, 3.ª ed., 1989.

<sup>3</sup> Sobre el concepto de campos de referencia, *vid.* en este mismo número la contribución de E. SCHMIDT-ASSMANN.

<sup>4</sup> En torno a ella, *vid.* H. FABER: *Verwaltungsrecht*, 2.ª ed., 1992.

instancia. La sugerencia de WAHL de distinguir al efecto al menos cuatro tipos de procedimiento —a saber: procedimiento de declaración, autorización preventiva de control, aprobación de excepción y concreción de planeamiento—<sup>5</sup> apunta hacia una dogmática del Derecho administrativo dotada de la consiguiente diferenciación de los mandatos regulativos.

Las necesidades de adaptación del Derecho administrativo general pueden ilustrarse echando una mirada a distintos campos de referencia actualmente importantes, como son, por ejemplo, el Derecho del medio ambiente, el Derecho social, el Derecho de la ciencia<sup>6</sup> o el Derecho de la información y la comunicación<sup>7</sup>. Hoy en día el Derecho del medio ambiente constituye un campo de referencia especialmente importante, una especie de «laboratorio de regulación del ordenamiento jurídico en su conjunto»<sup>8</sup>. El borrador de parte general del Código del Derecho del medio ambiente, elaborado por un conjunto de catedráticos<sup>9</sup>, ha dado un nuevo empuje desde el campo académico para reflexionar acerca de lo susceptible de generalización que existe en el Derecho del medio ambiente. Es probable que esta discusión pase al Derecho administrativo en su conjunto. En todo caso, podría representar para éste un impulso de innovación.

En consonancia con todo ello, el presente trabajo se esfuerza por plantear la cuestión de la reforma del Derecho administrativo tomando como ejemplo al Derecho del medio ambiente. Para ello recurriremos a campos de problemas que resulten aptos para su regulación jurídica en una «parte general» del Derecho administrativo y para una dogmática jurídica a ella referida, con independencia de si esto se puede plasmar sólo a través de nuevas codificaciones o también mediante modificaciones en la aplicación del Derecho sobre institutos ya existentes. En lo que sigue no tenemos, por lo demás, ningún afán de exhaustividad.

## II. LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE COMO CATALIZADOR DE LAS NECESIDADES REFORMISTAS

En la era del progreso científico-natural y técnico y de su utilización al servicio de la economía, la protección del medio ambiente en

<sup>5</sup> Formulada en la reunión celebrada en Hamburgo en 1991, citada en el prólogo de este volumen (5).

<sup>6</sup> Vid. SCHMIDT-ASSMANN, en este mismo número.

<sup>7</sup> A este respecto, *vid.* también PITSCHAS, en este número (7).

<sup>8</sup> M. KLOEPFER: «Zu den neuen umweltrechtlichen Handlungsformen des Staates», en *JZ*, 1991, 737.

<sup>9</sup> M. KLOEPFER/E. REHBINDER/E. SCHMIDT-ASSMANN: *Umweltgesetzbuch - Allgemeiner Teil*, Oficina Federal para el Medio Ambiente, 1991.

cuanto protección de las condiciones de vida actuales y futuras no se plantea por sí misma, sino que está abocada a un comportamiento de los actores privados, semiestatales y estatales comprometidos con ese objetivo. En la medida en que no se vea propulsado por sus propias fuerzas, ese comportamiento ha de inducirse desde el Estado. Como quiera que éste sólo puede actuar valiéndose de medios admitidos por el Derecho y en un marco jurídicamente contorneado, el Derecho se convierte en instrumento (también) de la protección del medio ambiente. Ahora bien, las normas jurídicas por sí solas no bastan para controlar el comportamiento de los actores individuales y colectivos. El éxito en el ejercicio de influencia sobre los comportamientos presupone un proceso multiestratificado que está marcado por una diversidad de condiciones enmarcantes de carácter procedimental, organizacional y situacionales, repercute en las estrategias de actuación de una serie de agentes decisorios y se ve, por tanto, remitido a un complejo entramado de constelaciones de poder, expectativas, actitudes valorativas y restricciones<sup>10</sup>. Como instrumento de gobierno o dirección, el Derecho sólo interviene si está ajustado a los específicos modos de funcionamiento, estructuras organizacionales, orientaciones axiológicas y demás criterios de racionalidad del correspondiente ámbito social<sup>11</sup>.

Actualmente resulta dudoso si el Derecho administrativo general, situado en la tradición formalista del Estado de Derecho de Otto MAYER y, entretanto, polarizado en torno a la garantización de una amplia tutela judicial frente a actos individuales, tiene el suficiente grado de sensibilidad a los problemas de dirección hoy en día existentes. Resultaría de escaso valor directivo en la medida en que de lo que se trata es de la elección optimizadora entre opciones de acción, del aseguramiento de las innovaciones a través de sistemas de estímulos, de la superación de conflictos vía consenso y cooperación y de la protección de bienes jurídicos no individuales. El Derecho administrativo especial, orientado por las amenazas existenciales de las situaciones de guerra y postguerra o por las filosofías desarrollistas de los años de auge —por ejemplo, el Derecho del control de la economía—, mues-

<sup>10</sup> Vid. la más detallada exposición de R. MAYNTZ: *Implementation politischer Programme. Empirische Forschungsberichte*, vol. 1, 1979; *id.*: *Implementation politischer Programme. Ansätze zur Theoriebildung*, vol. 2, 1983; H. WOLLMANN (ed.): *Politik im Dickicht der Bürokratie*, 1980; E. BLANKENBURG/K. LENK (eds.): *Organisation und Recht. Organisatorische Bedingungen des Gesetzesvollzugs - Jahrbuch zur Rechtssoziologie und Rechtslehre*, vol. 7, 1980.

<sup>11</sup> Vid. a este respecto, G. TEUBNER: «Verrechtlichung - Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege», en ZACHER/SIMITIS/KÜBLER/HOPT/TEUBNER (eds.): *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, 1984, 334 y ss. Vid. también en general la bibliografía relativa a la dirección política y la efectividad del Derecho y, muy especialmente, las contribuciones reunidas en T. ELLWEIN/J. HESSE R. MAYNTZ/F. W. SCHARPF (eds.): *Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft*, vol. 1, 1987; K. F. RÖHL: *Rechtssoziologie: Ein Lehrbuch*, 1987, 252; A. GÖRLITZ (ed.): *Politische Steuerung sozialer Systeme*, 1989; D. GRIMM: *Wachsende Staatsaufgaben, sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, 1990.

tra déficits en una fase de progresivo socavamiento de las condiciones existenciales de todos los hombres que se produce al unísono de un notable bienestar. El incremento del potencial de conflictividad social que se experimenta precisamente en ámbitos de relevancia para el medio ambiente, la aparición de nuevos movimientos sociales, la apelación más intensa a la comunicación social y una eliminación de la confianza en la capacidad del Estado para atender a las necesidades del futuro señalan un cambio parcial de valores frente al que el Derecho hasta la fecha ha reaccionado sólo limitada y específicamente. La unificación alemana crea nuevos y adicionales motivos de regulación, justamente también en el ámbito del medio ambiente, que se han de dominar en el seno del campo de tensión de dos órdenes jurídicos y sociales llamados a trabarse entre sí.

No se puede excluir que la humanidad —y eso, si acaso— sólo pueda defenderse de problemas como el de la creciente destrucción del medio ambiente<sup>12</sup> procediendo a un giro de sus orientaciones axiológicas y de las pautas e instrumentos de acción del Estado y de los particulares. Dentro de ese giro deberá figurar también, como una tarea global, una reforma del Derecho que vaya desde el Derecho civil hasta el Derecho internacional y el europeo, pasando por el Derecho constitucional y el Derecho administrativo<sup>13</sup>. Un objetivo como la protección del medio ambiente se puede perseguir presumiblemente con tanto mayor empeño cuanto más se consiga integrar el Derecho del medio ambiente en el conjunto del ordenamiento jurídico, de tal modo que las cuestiones de medio ambiente no queden confiadas meramente a un Derecho especial y a una Administración igualmente especial, sino que se puedan perseguir con la máxima efectividad en el proceso general de creación y aplicación del Derecho. Esto nos lleva a plantearnos la pregunta de si y en qué medida la dogmática jurídica y el Derecho administrativo general están preparados al efecto o deben experimentar los cambios pertinentes.

Que el Derecho administrativo general sólo reacciona de un modo muy lento frente a los nuevos problemas es algo que queda ilustrado por el hecho de que los manuales de Derecho del medio ambiente<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Por lo que hace a la República Federal de Alemania baste con consultar el *Umweltatlas der Bundesrepublik. Daten zur Umwelt*, editado por la Oficina Federal del Medio Ambiente, 1988-89; a escala mundial: D. H. MEADOWS/D. L. MEADOWS/J. RANDORS: *Die neuen Grenzen des Wachstums*, 1992.

<sup>13</sup> Especial atención merece el Derecho europeo, que aquí no podemos incluir. Para una concisa panorámica cfr. M. KLOEPFER: *Umweltrecht*, 1989, 286 y ss.; *vid.* también P. BEHRENS/H. J. KOCH (eds.): *Umweltschutz in der Europäischen Gemeinschaft*, 1991. El desarrollo de un Derecho administrativo general en Europa —*vid.* al respecto, J. SCHWARZE: *Europäisches Verwaltungsrecht*, dos vols., 1988— debería utilizarse de antemano para satisfacer las necesidades de modernización del Derecho administrativo.

<sup>14</sup> En especial W. HOPPE/M. BECMANN: *Umweltrecht*, 1989 (más en particular §§ 6-9); M. KLOEPFER (n. 13), sobre todo § 4; también B. BENDER/R. SPARWASSER: *Umweltrecht. Grund-*

describen una multiplicidad de instrumentos y procedimientos nuevos o dotados de nuevos acentos que los manuales de Derecho administrativo general hasta la fecha no trataban y que si ahora lo hacen es sólo en apuntes y, por lo demás, casi siempre con las categorías tradicionales<sup>15</sup>. Para explicar la diferencia no basta con la alusión a la circunstancia de que las figuras jurídicas generales —como la del acto administrativo— también siguen teniendo relevancia en el Derecho del medio ambiente. Tampoco se pone en tela de juicio que muchos de los nuevos instrumentos se pueden reconducir a formas jurídicas de aplicabilidad general. Pero queda en todo caso la duda de hasta qué punto el Derecho administrativo actual y la dogmática jurídica tradicional contienen un potencial suficiente para el tratamiento adecuado de los problemas.

De una manera más agresiva también se puede preguntar si una eficaz protección del medio ambiente reclama una reforma del Derecho administrativo, así como de sus doctrinas y teorías generales. En esa medida, la puesta en peligro del medio ambiente estaría actuando como un catalizador de la necesidad de la reforma. En la medida en que las reformas se anuncian en el ámbito del Derecho administrativo deberían configurarse de manera tal que pudieran mostrarse útiles en otros campos de acción y para la consecución de otros fines del Estado. También la protección del medio ambiente es un manojito de otros intereses, frecuentemente enfrentados.

## B. LA CIENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO (TAMBIEN) COMO CIENCIA DE CONTROL

Quienes se ocupan de los servicios que el Derecho presta en orden al logro de un objetivo han de diferenciar varios campos de incidencia. Por un lado, resulta importante alcanzar los fines perseguidos y evitar los efectos marginales disfuncionales. Las deficiencias en este plano apuntan a *déficits de programación*. En el caso de que las normas existentes no se plasmen en la realidad, esto es, sus destinatarios de dentro o fuera de la Administración no las apliquen, lo que se produce son *déficits de aplicación de programas*. Una de las varias causas de no observancia de las normas puede constituir un *déficit de aceptación*, esto es, especialmente la falta de comprensión por parte de los afec-

*züge des öffentlichen Umweltschutzrechts*, 2.ª ed., 1990; R. SCHMIDT: *Einführung in das Umweltrecht*, 2.ª ed., 1989; H. P. PRÜM: *Umweltschutzrecht*, 1989.

<sup>15</sup> *Vid.*, a título de ejemplo, H. MAURER: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7.ª ed., 1990; H. U. ERICHSEN/W. MARTENS (eds.): *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9.ª ed., 1992; H. P. BULL: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3.ª ed., 1991; H. J. KOCH/R. RUBEL: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2.ª ed., 1992; H. FABER (n. 4).

tados de lo correcto y justo de la decisión. Se puede intentar imponer la observancia de la norma por medio de controles y sanciones. Si esto no se da, nos encontramos entonces ante *déficits de control y sanción*. En la medida en que las normas no sólo actúan limitativamente, estableciendo, por ejemplo, prohibiciones, sino también tratan de estimular el aprovechamiento de las opciones de actuación de los afectados, estamos ante un *déficit de estimulación*.

Constituye un lugar común afirmar que en todos los campos de la política estatal se dan déficits en todos esos planos. Si se advierten déficits básicos de programación y aplicación de los programas y, en especial, de logro de objetivos, habrá que preguntarse si las normas y sus condiciones de aplicación no disponen de suficientes posibilidades de aprendizaje y adaptación como para poder reaccionar adecuadamente ante esas circunstancias o incluso si no resulta indicado proceder a reformas o modificaciones en las restantes condiciones enmarcantes. Cuando falta una capacidad para llevar a cabo ese tipo de reacomplamientos lo que existe es un *déficit de aprendizaje e innovación*.

Sería errado interpretar los problemas de déficits de ejecución<sup>16</sup> observables en el ámbito del medio ambiente sólo como déficits de control y sanción y defender propuestas pomposas de un agravamiento de las sanciones que se pudiera contemplar como una muestra de activismo, tal y como a veces sucede en la política. Los estudios acerca de la problemática de la implementación<sup>17</sup> han evidenciado que la implementación de las normas se encuentra enmarcada en un complejo proceso de dirección político-administrativa. En conformidad con ello, si se quiere analizar la capacidad del Derecho de incidir en la realidad social, los tradicionales estudios sociológico-jurídicos deberían simultanearse con estudios de implementación<sup>18</sup>. Los consiguientes ensanchamientos vienen indicados en el ordenamiento jurídico, así como también en la propia dogmática del Derecho. El Derecho ha de poder desplegar sus potencialidades en los distintos planos de dirección del comportamiento individual y colectivo al objeto de alcanzar los objetivos propuestos. Resulta así oportuno entender la ciencia del Derecho desde el prisma de una ciencia que trata del control y dirección de com-

<sup>16</sup> Vid. por toda otra bibliografía los informes medioambientales de 1978 y 1987 (BT-Drs. 8/1938 y 11/1568, respectivamente); R. MAYNTZ/E. BOHNE/J. HESSE/J. MUCKE/A. MÜLLER: *Vollzugsprobleme der Umweltpolitik*, 1978.

<sup>17</sup> Vid. *supra* n. 3; vid. también la concisa panorámica de la discusión acerca de los problemas de dirección contenida en R. MAYNTZ: «Politische Steuerung und gesellschaftliche Steuerungsprobleme - Anmerkungen zu einem theoretischen Paradigma», en T. ELLWEIN *et al.* (*supra* n. 4), 89, 95 y ss.

<sup>18</sup> Vid., a este respecto, W. HOFFMANN-RIEM: «Zur notwendigen Verbindung von Effektivitäts- und Implementationsforschung», en W. HOFFMANN-RIEM/K. A. MOLLNAU/H. ROTTLEUTNER (eds.): *Rechtssoziologie in der Deutschen Demokratischen Republik und in der Bundesrepublik Deutschland*, 1990, 126 y ss.

portamientos, como una ciencia de dirección<sup>19</sup>. Esto vale también para el Derecho administrativo. Un aspecto central de la discusión sobre la reforma lo ha de representar, pues, la cuestión de si se ha conseguido, y en qué medida, configurar a la ciencia del Derecho administrativo (también) como una ciencia de dirección que se ocupa de las condiciones de incidencia de las normas jurídicas en sus destinatarios dentro y fuera de la Administración, así como de las condiciones de incidencia de las medidas administrativas sobre el comportamiento de sus destinatarios y de terceros afectados. Los instrumentos del Derecho administrativo han de orientarse de acuerdo con las necesidades actuales de dirección en el Estado y la sociedad y con las posibilidades reales en ese mismo orden.

No hay ninguna ley de contenido administrativo que se enfrente de una manera global a una tarea así de compleja. El Derecho administrativo actual se dirige predominantemente al resultado de las decisiones más que al proceso decisorio y de implementación. Especialmente la Ley de Procedimiento Administrativo, que de modo contrario a lo que sugiere su título no da forma al proceso decisorio, no es una ley que se proponga regular jurídicamente todos los factores importantes para la dirección de la actividad de la Administración. Es así que esta ley casi no contiene normas relativas al empleo de los factores de dirección que la ciencia administrativa considera como relevantes para la actuación de la Administración desde el punto de vista deci-

<sup>19</sup> El concepto de dirección se ha hecho de uso corriente en los últimos tiempos en la ciencia del Derecho (*vid.*, por ejemplo, H. DREIER: *Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat*, 1990, 5 y ss., 164 y ss.), pero se utiliza especialmente en las ciencias sociales, por lo demás (también) en varios sentidos. *Vid.* al respecto, R. MAYNTZ (n. 10), 89 y ss.; F. W. SCHARPF: «Verhandlungssysteme, Verteilungskonflikte und Pathologien der politischen Steuerung», en M. SCHMIDT (ed.): *Staatstätigkeit. International und historisch vergleichende Analysen*, número especial 19 de la *Politische Vierteljahresschrift*, 1988, 61, 63 y ss. SCHARPF entiende por dirección política la «coordinación internacional de la acción para una conformación orientada hacia el bien común de las circunstancias sociales». MAYNTZ subraya perspectivas distintas según que se esté partiendo de un enfoque propio de teoría de sistemas o de otro en términos de teoría de la acción. Por otra parte, también subraya la necesaria separación entre dirección como comportamiento y como resultado. Para el jurista resulta útil el enfoque de la teoría de la acción, que tiene como punto de mira actores y objetivos (intenciones) de dirección y busca también establecer una interacción entre las actividades y los resultados de la dirección. El concepto de dirección es más amplio que el de decisión (jurídica), ya que, y en tanto en cuanto también incluye el plano de las consecuencias, como, por ejemplo, la influenciación de las conductas o el logro de determinados efectos a través de esa influenciación, no se trata sólo de la adopción de decisiones por parte del Estado en cuanto tales decisiones —el dictado, por ejemplo, de un acto administrativo—, sino de la generación de efectos por medio de las actuaciones de la Administración. Sin embargo, hemos de subrayar que todavía está por desarrollar un concepto de dirección que resulte practicable para la ciencia del Derecho, máxime cuando cada vez se reconoce más que un modo de pensar en términos de efectos orientado por un modelo de causalidad lineal y de entender la «dirección» en tal sentido resultan demasiado estrechos. *Vid.* sobre este particular, C. BÖHRET: «Neuartige Folgen -eine "andere" Verwaltung?», en *VerwArch*, 1989, 13 y ss., así como el epígrafe V de este artículo y G. F. SCHUPPERT: «Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft?», recogido en este mismo volumen.

sorio, a saber: de factores como el personal, la organización, el procedimiento y los recursos de la Administración, que en capacidad directiva pueden rivalizar en parte incluso con la del contenido del propio programa normativo<sup>20</sup>.

A la vista del necesario carácter abierto de muchas normas<sup>21</sup>, estos factores resultan irrenunciables en cuanto reserva de capacidades directivas. Pueden interpretarse como elementos entrelazados de la autoprogramación parcial de la Administración que, además, dan cabida a impulsos de dirección procedentes de instancias externas a la propia Administración (en especial grupos de presión y otros agentes de intereses).

El Derecho administrativo y la ciencia administrativa no se ocupan de un modo precisamente exhaustivo de los pasos de la toma de decisiones incrementalista que se han descrito y sistematizado en la teoría de la decisión, pongamos por caso, de la formulación de problemas y objetivos, la selección de criterios y la búsqueda de alternativas. Y otras cuestiones importantes para el comportamiento discrecional —por ejemplo, la procuración de informaciones— se tratan de una manera a lo sumo rudimentaria.

El grado mayor de reacción frente a la importancia que para las decisiones la ciencia<sup>22</sup> y la práctica<sup>23</sup> asignan ya a la organización y el procedimiento se da en el Derecho administrativo *especial*. Las normas del Derecho administrativo especial acerca de la puesta de acuerdo entre organismos de la Administración o la participación ciudadana constituyen rudimentos de una doctrina del procedimiento. En la ciencia del Derecho, sin embargo, se tratan más bien desde la perspectiva de una doctrina de los *vicios* del procedimiento<sup>24</sup>, pero no de una

<sup>20</sup> En relación con la forma en que actúan esos factores *vid.* también F.-X. KAUFMANN/G. MAJONE/V. OSTROM (eds.): *Guidance, Control, and Evaluation in the Public Sector*, 1985; W. KIRSCH: *Einführung in die Theorie der Entscheidungsprozesse*, 1972; J. HUCKE/A. MÜLLER/P. WASSEN: *Implementation kommunaler Umweltpolitik*, 1980; P. KNOEPFEL: *Öffentliches Recht und Vollzugsforschung*, 1979; R. MAYNTZ: *Soziologie der öffentlichen Verwaltung*, 3.ª ed., 1985.

<sup>21</sup> Baste con ver H. DREIER (n. 19), 168 y ss.

<sup>22</sup> De la abundante bibliografía jurídico-administrativa, *vid.* por todos H. GOERLICH: *Grundrechte als Verfahrensgarantien*, 1981; W. BROHM (n. 1), 261; R. WAHL: «Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag», en *VVDStRL*, 41, 1983, 155, 166 y ss.; J. PIETZKER: «Das Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag», *ibid.*, 193, 201 y ss.; J. BURMEISTER: *Grundgesetzliche Verfahrensstrukturierungsgebote komplexer Verwaltungsentscheidungen*, UTR, vol. 5, 1988, 121 y ss.; F. E. SCHNAPP: «Der Verwaltungsvorbehalt», en *VVDStRL*, 43, 1985, 174, 192 y ss.; R. WAHL: «Die bürokratischen Kosten des Rechts- und Sozialstaates», en *Die Verwaltung*, 1980, 273, 277; D. GRIMM: «Verfahrensfehler als Grundrechtsverstöße», en *NVwZ*, 1985, 865 y ss.

<sup>23</sup> *Vid.*, por ejemplo, J. PETERS: «Organisatorische Alternativen der Koordination von Umweltschutzaufgaben im Kommunalen Bereich», en *Zeitschrift für Umweltpolitik & Umweltrecht*, 1986, 49 y ss.

<sup>24</sup> Sobre esta doctrina hay notables estudios. *Vid.* por todos F. HUFEN: *Fehler im Verwaltungsverfahren*, 1986. Este trabajo apunta una preocupación por no reducir la teoría del procedimiento a una teoría de sus vicios.

doctrina o teoría del *decurso* del procedimiento, ni mucho menos aún de una teoría de la dirección. La discusión acerca de la interpretación del § 46 *VwVfG* muestra ejemplarmente déficits en esta línea <sup>25</sup>. El Derecho administrativo, por su orientación en buena medida hacia los resultados, se encuentra limitado a la adopción de una decisión y a la conformación de la tutela jurídica, lo que también limita al correspondiente instrumental de vigilancia y sancionatorio. Otros factores importantes en orden a la implementación (la aceptación, la motivación, la retroalimentación y varios más por el estilo) quedan marginados. Algunas leyes concretas —por ejemplo, la Ley Reguladora de las Ejecuciones Administrativas o la Ley de Contravenciones Administrativas— complementan las normas del Derecho administrativo general y especial en interés, ciertamente, de la implementación de las normas, pero en todo caso se limitan al arsenal negativo del Derecho sancionatorio.

Posibilitar frente a ello una orientación del Derecho hacia las condiciones reales de las conductas decisorias y de la implementación constituye una tarea del siglo que en lo que viene a continuación no estamos en condiciones de llevar a cabo. Sin embargo, se ha de intentar señalar —con la vista puesta en los instrumentos de la acción de la Administración— necesidades regulativas y arrojar claridad sobre los primeros pasos a dar en orden a nuevos desplazamientos del énfasis, y ciertamente, en primer lugar, aquéllos que ya se sirven de los apuntes presentes y tratan de hacerlos avanzar cuidadosamente. Las innovaciones revolucionarias no son asunto de este ensayo.

## C. POSIBILIDADES Y LIMITES DEL CONTROL JUDICIAL

### I. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO MANDATO DE CONDUCTA Y RASERO DE CONTROL

La reducción del Derecho administrativo que hasta la fecha más se puede observar, esto es: su conversión en rasero o criterio (solamente) de los vicios, pareja a la que hace de la ciencia del Derecho administrativo una teoría de los vicios, no está ínsita siempre en la propia formulación de las normas. Las más de las veces las leyes administrativas se encuentran formuladas de tal manera que, por medio de la indicación de objetivos, instrumentos y restricciones, «programan» un comportamiento, ya sea de destinatarios privados ya de instancias estatales. En esta medida, las normas «funcionan» como normas de conducta. Ahora bien, comoquiera que la corrección de un comportamiento

<sup>25</sup> Para la crítica y simultáneamente el intento de un cambio de interpretación del § 46, *VwVfG*, *vid.* por otros F. HUFEN: «Zur Systematik der Folgen von Verfahrensfehlern - Eine Bestandsaufnahme nach zehn Jahren *VwVfG*», en *DVBL*, 1988, 69, 75 y ss.

viene entendida sobre todo (negativamente) como evitación de defectos jurídicos —y no de una forma positiva, por ejemplo, como la optimización del logro de los objetivos— salta al primer plano una perspectiva distinta: la contemplación de la norma como rasero para el control del comportamiento, tanto del control interno de la Administración, del control presupuestario y del control que supone la publicidad, como sobre todo también del control jurisdiccional. Fieles al anclaje tradicional del Derecho administrativo en el concepto del Estado de Derecho formal, los análisis científicos de las normas y los esfuerzos de la dogmática jurídica se ocupan primariamente de la función de control de normas (limitándose, por lo general, al control judicial) y menos con su significado como normas de conducta.

Las posibilidades de la tutela judicial contienen efectos anticipados y mensajes de advertencia para el comportamiento de todos los destinatarios de las normas, en especial la Administración, que en la mayoría de los casos hacen superfluo tener que acudir a los tribunales. Excepcionalmente, sin embargo, es el juez quien tiene que decidir. Entre las convicciones nucleares del modo de entender en Alemania el Derecho administrativo figura, pues, el postulado de que «la efectividad de la tutela judicial condiciona la efectividad del Derecho material»<sup>26</sup>.

El modelo de tutela judicial tiene tantas consecuencias que los críticos incluso se quejan de la hipertrofia del Estado de Derecho<sup>27</sup>, constatan el planteamiento de unas exigencias excesivas a los jueces<sup>28</sup> y recomiendan en parte una reducción de la densidad del control judicial<sup>29</sup> o incluso de la propia tutela judicial.

Los mismos tribunales tienden a seguir esas recomendaciones a la hora del control incidental de disposiciones administrativas que concretan los conceptos jurídicos indeterminados del Derecho administrativo<sup>30</sup>. Sin embargo, las propuestas de reducción de la tutela judicial

<sup>26</sup> Así, ilustrativamente, J. MARTENS: «Der Bürger als Verwaltungssuntertan?», en *KritV*, 1986, 104, 119, donde se remite a D. LORENZ: «Der grundrechtliche Anspruch auf effektiven Rechtsschutz», en *AÖR*, 105 (1980), 623, 638 y ss., así como *id.*: *Der Rechtsschutz der Bürger und die Rechtsweggarantie*, 1973, 151.

<sup>27</sup> *Vid.* por todos H. A. ALBERS: «Verwaltungsgerichte - Hindernisse bei der Einrichtung technischer Großanlagen?», en *DVBt*, 1983, 1039 y ss.

<sup>28</sup> *Cfr.* W. SCHMITT GLAESER: «Planende Behörden, protestierende Bürger und überforderte Richter», en *Der Landkreis*, 1976, 466 y ss.; F. OSSENBUHL: «Die gerichtliche Überprüfung der Beurteilung technischer und wirtschaftlicher Fragen in Genehmigungen des Baus von Kraftwerken», en *DVBt*, 1978, 1 y s., 4 y s.; W. SKOURIS: «Grundfragen des Sachverständigenwissens in Verwaltungsverfahren und im Verwaltungsprozeß», en *AÖR*, 197 (1982), 215 y ss., 256.

<sup>29</sup> Sólo a título de ejemplo, permítasenos remitirnos a la bibliografía relativa al reconocimiento de márgenes de discrecionalidad de la Administración no revisables en detalle por los tribunales. *Vid.* a este respecto, por todos, M. BULLINGER: «Das Ermessen der öffentlichen Verwaltung», en *JZ*, 1984, 1001, 1005 y ss., donde se contienen otras referencias en la n. 62 y *passim*; W. ERBGUTH: «Anmerkungen zum administrativen Entscheidungsspielraum», en *DVBt*, 1992, 398 y ss.

<sup>30</sup> En torno a esta discusión, *vid.*, por ejemplo, W. BROHM: «Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit als Steuerungsmechanismen in einem polyzentrischen System der Rechtserzeu-

posiblemente ponen en peligro determinadas garantías brindadas por el Estado de Derecho y podrían condicionar un debilitamiento de las oportunidades de alcanzar los objetivos, por ejemplo, de la protección del medio ambiente <sup>31</sup>.

Frente a ello se hace necesario preguntarse si lo indicado no es más bien una ampliación de la tutela judicial. Viendo las cosas con más detenimiento se podría evidenciar incluso que la posibilidad de control judicial no crea por sí misma los problemas, sino la reducción de la capacidad directiva del Derecho a aquellos factores que en el modelo tradicional de tutela judicial pasan por ser susceptibles de esa tutela. Por el contrario, otros factores de dirección de los comportamientos quedan las más de las veces fuera de contemplación. En esta medida, por lo demás, se deberían contemplar también esas modificaciones. Así, la inteligencia de la capacidad de dirección de la organización y del procedimiento <sup>32</sup> pone de manifiesto un cambio en el modo de pensar que comienza también a tener consecuencias en el plano de la tutela judicial <sup>33</sup>.

El modelo norteamericano de tutela judicial estuvo siempre concentrado en el aspecto procedimental <sup>34</sup>, pero descuidaba en todo caso los controles de contenido <sup>35</sup>. Sin embargo, pone de manifiesto que puede haber también otros modelos de Estado de Derecho distintos del de la República Federal. Cuando en ésta se intenta también entender el Derecho administrativo predominantemente como una ayuda para la dirección y, por ende, las normas en su papel de normas de conducta, se puede preguntar además hasta qué punto el sistema de tutela judicial puede contribuir de modo indirecto a la efectivización de los distintos factores de dirección. Los ya mencionados efectos de prevención y alarma de la posible tutela jurídica ponen de manifiesto

---

gung», en DÖV, 1987, 265 y ss.; W. ERBGUTH: «Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften. Rechtsdogmatische Grundlagen einer originären Rechtserzeugung durch die Exekutive», en DVBl, 1989, 473 y ss.; F. OSSENBÜHL: «Autonome Rechtsetzung der Verwaltung», en J. ISENSEE/P. KIRCHHOF (eds.): *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 3, 1988, 425 y ss. En todos los trabajos citados se contienen por lo demás referencias adicionales cuya consulta se recomienda.

<sup>31</sup> Sobre las consecuencias de un debilitamiento de la tutela judicial así como, en general, sobre la problemática de las medidas para disciplinar el procedimiento administrativo que implican una reducción de la participación ciudadana, vid. W. BROHM: «Beschleunigung des Verwaltungsverfahrens - Straffung oder konsensuales Verwaltungshandeln», en NVwZ, 1991, 1025 y ss. (recogido en el presente número), esp. 1028 (en lo relativo a la reducción de la tutela judicial).

<sup>32</sup> Vid. *supra* n. 22.

<sup>33</sup> Señalando el camino en ese sentido *Bverfge*, 53, 30, 65, 72 y ss.; *id.* 63, 131, 143.

<sup>34</sup> Vid. al respecto F. W. SCHARPF: *Die politischen Kosten des Rechtsstaats. Eine vergleichende Studie der deutschen und amerikanischen Verwaltungskontrollen*, 1970.

<sup>35</sup> En esta medida se pueden constatar algunas aproximaciones, ya que los tribunales estadounidenses también proceden a efectuar un cierto control de contenido en las decisiones discrecionales y ponderativas, especialmente por la vía de la llamada *hard look doctrine*; de entre la bibliografía alemana vid. por todos G. METZGER: *Umweltverträglichkeitsprüfung. Umweltschutz und räumliche Nutzung in den USA*, 1989, 220 y ss.

que una importante función estriba en una dirección indirecta de los comportamientos cuyo éxito hace superflua la invocación en concreto de los tribunales. Si la tutela jurídica se ha de utilizar en orden a la efectivización de los distintos factores directivos del Derecho, en tal caso resulta importante dejar que surjan señales de anticipación y alarma para todos esos factores de dirección. Es así que, correspondientemente, parece recomendable un desarrollo de la tutela jurídica. A esta observación se puede conectar la afirmación (sólo aparentemente) paradójica de que un desarrollo así podría llevar incluso a dominar conflictos de una forma más amplia y más temprana que hasta la fecha. Si de esta manera se consiguiera una contemplación más compleja de los intereses en juego y, a consecuencia de ello, una aceptación mejorada, los tribunales podrían incluso quedar liberados de trabajo.

El ordenamiento jurídico debe concebirse de modo tal que las señales de anticipación y alarma sean por regla general suficientes para orientar el comportamiento de acuerdo a los requisitos prefijados por el ordenamiento jurídico y posibilitar así el dominio social de los conflictos. Ahora bien, los tribunales no pueden desempeñar su función adecuadamente más que si su actuación extrema se limita al papel de unos auxiliares de emergencia para supuestos excepcionales. Si por lo general fallan los restantes equipos de tratamiento de conflictos, tampoco los tribunales podrán ayudar cabalmente.

En la actualidad, la situación se ve dificultada adicionalmente por la circunstancia de que la posibilidad de tutela jurídica presenta lagunas. Si la efectividad del Derecho material estuviera condicionada sólo o, sobre todo, por la efectividad del sistema de tutela jurídica, el Derecho material debería fracasar en múltiples sentidos, sobre todo allí donde no se puede alcanzar una tutela jurídica efectiva o esto ni siquiera se pretende.

## II. LOS LÍMITES DEL CONTROL JUDICIAL: EL EJEMPLO DEL DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE

A causa de lo reducido de las posibilidades de control, los efectos monitorios y correctores de la tutela jurídica son limitados precisamente en el caso del medio ambiente. Por todos es conocido que la tutela jurídica (casi) sólo puede ser una tutela jurídica individual. Las reglas sobre el derecho a recurrir y sobre el estrechamiento condensado en la teoría de la norma de protección<sup>36</sup> del ámbito de control y enmien-

<sup>36</sup> Vid. al respecto especialmente H. BAUER: «Die Schutznormtheorie im Wandel», en D. HECKMANN/K. MESSERSCHMIDT (eds.): *Gegenwartsfragen des öffentlichen Rechts*, 1988, 113 y ss., con más referencias en la n. 2.

da excluyen en la más amplia medida tomar bajo la protección de los tribunales los bienes jurídicos no individuales, importantes justamente en la esfera del medio ambiente<sup>37</sup>, aunque sólo fuera en el procedimiento «multiuso» que genera la tutela jurídica individual. Una debilidad inmanente de la protección del medio ambiente deriva, en especial, de que el ordenamiento jurídico contempla predominantemente a los derechos individuales como derechos de rechazo frente al Estado, pero apenas lo hace como mandatos de protección y actuación<sup>38</sup>. Los daños, los riesgos y las sobrecargas medioambientales, sin embargo, tienen su origen sólo en parte en el Estado, de manera que se requieren especiales transformadores jurídicos para poder también hacer frente a los riesgos que parten de particulares —o también de terceros Estados—. Incluso allí donde la Constitución impone excepcionalmente al Estado deberes de protección<sup>39</sup>, necesitan una transformación en Derecho ordinario que, en la medida en que se produce, en la mayoría de los casos se queda en un ámbito jurídico-objetivo. A consecuencia de todo ello se llega a la construcción de unos deberes jurídicos de la Administración no controlables judicialmente<sup>40</sup>.

Por lo demás, los tribunales acostumbra a respetar —por consideraciones jurídico-competenciales o, en su caso, de política de Estado— los márgenes de actuación de la Administración, como sucede, por ejemplo, en el marco de habilitaciones de apreciación discrecionales o planificadoras<sup>41</sup>. En la esfera del Derecho del medio ambiente

<sup>37</sup> Baste con mencionar aquí que el ordenamiento jurídico estadounidense procede de una manera tanto más generosa —*vid.* al respecto la exposición de G. METZGER (n. 35), 206 y ss., con referencias adicionales. Pero también en Alemania hay indicios cautelosos de una voluntad de extensión de la tutela judicial. Al respecto *vid.*, por ejemplo, *BverwGE*, 67, 74, 77 y s., y *BverwGE BauR*, 1987, 422, 424.

<sup>38</sup> Sobre esta clase de mandatos, por completo susceptibles de desarrollo, *vid.*, por ejemplo, A. MURSWIECK: *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik*, 1985, 101 y ss.; W. HOPPEL/M. BECKMANN (n. 14), 64 y ss.; H. D. JARASS: «Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektiv-rechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», en *AÖR*, 110 (1985), 363. En general sobre los deberes de protección, aunque sólo en relación con el artículo 2.2, *LF*, *vid.* G. HERMES: *Die Grundrechte auf Schutz von Leben und Gesundheit*, 1987; *vid.* también R. ALEXY: *Theorie der Grundrechte*, 1985, 410 y ss. (hay traducción española de E. GARZÓN VALDÉS: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993); G. ROBBERS: *Sicherheit als Menschenrecht*, 1987, 12 y ss.; R. WAHL/J. MASING: «Schutz durch Eingriff», en *JZ*, 1990, 553 y ss. Desde una perspectiva comparativista, *vid.* D. CLASSEN: «Die Ableitung von Schutzpflichten des Gesetzgebers aus Freiheitsrechten - Ein Vergleich von deutschem und französischem Verfassungsrecht sowie der Europäischen Menschenrechtskonvention», en *JÖR*, n. F. 36 (1987), 29 y ss.

<sup>39</sup> En la jurisprudencia se da una respuesta afirmativa a la posibilidad de las correspondientes obligaciones legales de transformación. *Vid.*, por ejemplo, *BverwGE*, 49, 89, 142; 53, 30, 57; 56, 54, 73 y s.; o las más recientes sentencias que se pueden encontrar en: *Nwuz*, 1988, 427, 428, y *NJW*, 1988, 478, 481.

<sup>40</sup> *Vid.*, sobre este extremo, R. ALEXY: «Ermessensfehler», en *JZ*, 1986, 701.

<sup>41</sup> *Vid.* *BVerwGE*, 72, 38, 52 y ss. De la bibliografía puede bastar con la consulta de E. SCHMIDT-ASSMANN, en T. MAUNZ/G. DÜRIG: *Grundgesetz*, comentario al artículo 19.4, *LF*, marg. 180 y ss.; G. F. SCHUPPERT: «Self-Restraints der Rechtsprechung», en W. HOPPE/W. KRAWITZ/M. SCHULTE: *Rechtsprechungslehre*, 1992, 143 y ss.

los márgenes de actuación pueden presentarse con especial frecuencia y, por lo general, de forma acumulativa. En esta medida sólo hay un control judicial negativo que apunta a si se han observado determinadas reglas o, en su caso, límites<sup>42</sup>. En el marco de las habilitaciones de apreciación lo que se comprueba es si el organismo de la Administración ha partido de unos datos de hecho establecidos correcta y completamente, si ha aplicado bien el criterio de apreciación determinante y si no han resultado decisivas consideraciones ajenas al supuesto. Especialmente precaria es la comprobación del manejo del rasero de apreciación. En la medida en que a tal efecto se precisa de ponderaciones, resultan puntos de contacto con el control de la ponderación en el marco de la discrecionalidad de la planificación, pero también de la discrecionalidad «habitual»<sup>43</sup>. Hablando en líneas muy generales, la revisión judicial se limita a la observancia de los límites que —en lo que concierne, por ejemplo, a la discrecionalidad de la planificación— se reflejan en las tres conocidas preguntas por la falta de ponderación (¿ha tenido lugar una ponderación?), el déficit de ponderación (¿se ha contemplado en la ponderación lo que se debía contemplar?) y la desproporcionalidad de la ponderación (¿se ha apreciado el significado de los asuntos públicos y privados concernidos y se los ha sopesado entre sí de manera adecuada?)<sup>44</sup>.

En el caso de que los tribunales se contenten con comprobar si el fenómeno decisorio en su conjunto (esto es: el proceso ideal, volitivo y argumentativo) y el resultado de la decisión están libres de vicios o, lo que es lo mismo, están fundamentados o son fundamentables suficientemente<sup>45</sup>, quedaría abierto un margen de ponderación y conformación a rellenar por la Administración en desarrollo bajo su propia responsabilidad del mandato legal (*vid. infra* D. II y III). La tutela jurídica decae por lo demás, en la práctica, en la medida en que los implicados prescinden de una apelación a los tribunales. Resultan, por ello, significativas las estrategias que persiguen eliminar el riesgo que comportan los eventuales recursos buscando obtener el consenso con el afectado por una medida de la Administración por la vía de —a cambio de su renuncia a los recursos— prescindir de imponer frente a él

<sup>42</sup> *BVerwGE*, 39, 197, 204; 72, 52, 54; *DVB1*, 1989, 517, 518 y ss.

<sup>43</sup> Sobre la discusión acerca de si entre ambos ámbitos existen realmente diferencias, cfr., por una parte, F. OSSENBUHL: «Welche normativen Anforderungen stellt der Verfassungsgrundsatz des demokratischen Rechtsstaates an die planende staatliche Tätigkeit?», *DJT*, 1974, vol. 1, B, 184 y, por la otra, R. ALEX: *JZ*, 1986, 701, 711. Sobre la problemática, *vid. también* M. BULLINGER, en *JZ*, 1984, 1001 y s.

<sup>44</sup> *BVerwGE*, 34, 301, 308; 45, 309, 314; 48, 56, 63 y s.

<sup>45</sup> En torno a la debatida cuestión de la posibilidad de diferenciar entre control de fundamentabilidad o, en su caso, control del proceso y control del resultado, *vid. especialmente* *BVerwGE*, 41, 67, 71; 47, 311, 312 (que recoge la opinión dominante) y, por otra parte, H. J. KOCH: «Abwägungsvorgang und Abwägungsergebnis als Gegenstände gerichtlicher Plankontrolle», en *DVB1*, 1989, 399 y ss.; *id.*: «Das Abwägungsgebot im Planungsrecht», *ibid.*, 1983, 1125 y ss.

la plena efectividad del Derecho. Esto se da, sobre todo, en las negociaciones informales sobre cuestiones de relevancia para el medio ambiente. Campos ilustrativos son las renunciaciones a los recursos (por lo general, dotadas de fuerza vinculante meramente fáctica), como las que se presentan, por ejemplo, en el marco de las negociaciones sobre el saneamiento, en las que, a cambio de una renuncia temporal a la implementación de la ley en relación con una instalación, se prometen acciones de saneamiento en otras <sup>46</sup>, o como contraprestación por medidas compensatorias (ecológicas, por ejemplo) prometidas <sup>47</sup>.

Un límite adicional de la tutela jurídica consiste en el hecho de que sólo puede darse al final de un proceso decisorio las más de las veces costoso. Las normas jurídicas, sin embargo, en lo que tienen de normas de conducta, tratan de dirigir las conductas en un momento más temprano, y los tribunales lo que nunca pueden hacer es revisar las pérdidas de tiempo.

#### D. ORIENTACIONES NORMATIVAS DE LA ACCION ADMINISTRATIVA

Los límites de la tutela jurídica ponen en evidencia que sigue siendo importante desarrollar el modo operativo de las normas como mandatos programáticos y como límites de la acción. Esto presupone superar la reducción de la dogmática jurídico-administrativa al Derecho administrativo como rasero de tutela jurídica y activar con mayor intensidad otros factores de dirección como garantes de la corrección de la decisión. Las orientaciones normativas de la Administración exceden de la mera legalidad.

A todo ello, otras formas de control adicionales desempeñan un papel importante, como sucede con los controles de la carrera de los funcionarios públicos que resultan de los modelos de carrera preestablecidos, los controles disciplinarios dirigidos a los incumplimientos de obligaciones, los controles de publicidad posibilitados por la transparencia y los contactos exteriores e incluso los controles parlamentarios, de naturaleza política. Como ya hemos dicho, sin embargo, a pesar de este potencial de redes de control sería un error enfocar jurídicamente la actividad de la Administración predominantemente desde la perspectiva del control. Una política de Administración funcionalmente

<sup>46</sup> Vid. a este respecto los ejemplos que se ofrecen en E. BOHNE: *Der informale Rechtsstaat*, 1981; P. ARNOLD: «Die Arbeit mit öffentlich-rechtlichen Verträgen im Umweltschutz beim Regierungspräsidium Stuttgart», en *VerwArch*, 80 (1989), 125 y ss.; M. BULLING: «Kooperatives Verwaltungshandeln (Vorverhandlungen, Arrangements, Agreements und Verträge) in der Verwaltungspraxis», en *DÖV*, 1989, 277 y ss.

<sup>47</sup> Cfr. A. BENZ: «Verhandlungen ohne Vermittlung», en *JUR*, 1990, 49 y ss.

adecuada debe dirigir su atención a aquellos factores que influyen en el comportamiento de los actores. Significativas a este respecto son, sin duda, las repercusiones indirectas en la dirección de los comportamientos que presentan los controles tanto actuales como potenciales. Sin embargo, lo primero que hay que detectar son los demás datos previos de la acción administrativa, con independencia de que y hasta qué punto resulten sancionables por la vía del control.

Para el administrado, pero también en términos más generales, son de especial importancia las cuatro siguientes orientaciones.

## I. LEGALIDAD DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA

En un Estado de Derecho la legalidad constituye una orientación imperiosa. También para una efectiva protección del medio ambiente resulta irrenunciable<sup>48</sup>. La legalidad resulta determinante también a la hora de imponer (no sólo) obligaciones jurídicas de carácter objetivo o aquellas otras que no se pueden hacer valer judicialmente —o, si acaso, sólo de forma limitada—. La Administración no se ha de dejar incurrir en negligencia guiándose, pongamos por caso, por la expectativa de que no se va a dar un control externo posterior. Cuestionable es sólo la forma en que puede quedar asegurada la observancia de las normas —con total independencia de la cuestión más amplia de bajo qué premisas el Derecho y su cumplimiento contribuyen al logro de los objetivos fijados por las leyes<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> Por tanto, también desde la perspectiva de la regulación jurídica de la protección del medio ambiente resulta problemático ampliar el ámbito de discrecionalidad o, en su caso, interpretar más intensamente los conceptos jurídicos indeterminados como habilitaciones de discrecionalidad con finalidades de configuración creadora, tal y como se aprecia en una línea difundida entre la bibliografía (*vid. supra* n. 29).

Una ampliación de estas características de las responsabilidades de la Administración sólo resulta, por lo demás, defendible desde puntos de vista democráticos si se puede hacer intervenir a factores de dirección democráticamente legitimados y sometidos a los principios del Estado de Derecho, por ejemplo, en los ámbitos de la organización y el procedimiento. En M. BULLINGER: *JZ*, 1984, 1006, 1008, emerge esa dimensión en todo caso como punto de referencia. Independientemente de ello, la significación de la reforma administrativa también se subraya cada vez más (*vid. supra* n. 22), si bien sólo de una manera marginal ha encontrado acogida en la dogmática del Derecho administrativo.

<sup>49</sup> Da que pensar que autores como P. KNOEPFEL/H. WEIDNER: «Die Durchsetzbarkeit planerischer Ziele auf dem Gebiet der Luftreinhaltung aus der Sicht der Politikwissenschaft», en *ZfU*, 1983, 87, 103 y ss., opinen que la República Federal tiene ciertamente un sistema de tutela judicial especialmente desarrollado en comparación con otros países y que la Administración ejecutiva se encuentra en el punto más elevado en lo que a dotación de personal y medios se refiere, pero que al mismo tiempo los recursos de implementación se emplean de una manera en buena medida equivocada.

## II. OPTIMALIDAD DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA

Como normas de conducta, muchas normas, y entre ellas también las de protección del medio ambiente, no programan la conducta de los destinatarios públicos y privados de una manera estricta, sino que le dejan opciones. Baste con aludir aquí a la muy difundida utilización de programas finalistas, esto es: de la determinación de fines orientados hacia el bien común con opción en cuanto a los instrumentos. A esto se suman los programas relacionales<sup>50</sup> o, lo que es lo mismo, mandatos de poner en adecuada relación entre sí a diversos objetivos e instrumentos o incluso bienes jurídicos en colisión. Para ello, sin embargo, faltan en parte reglas acerca de cómo han de ser esas relaciones, de forma que también la concreción de la relación queda confiada al proceso decisorio. Opciones de conducta se crean también por medio de conceptos jurídicos indeterminados —con y sin habilitación de apreciación— y, naturalmente, a través de las habilitaciones de acción posibilitadas con las normas discrecionales y los mandatos planificatorios<sup>51</sup>. Finalmente, las opciones de conducta nacen, se originan también cuando en el ámbito de lo fáctico, a la hora del diagnóstico o de la configuración del supuesto de hecho, se producen considerables márgenes factuales. En este mismo sentido, para la realización, por ejemplo, de objetivos de protección del medio ambiente las más de las veces se dan las mismas opciones de actuación. El Derecho que se dirige a este tipo de situaciones puede calificarse de «Derecho opcional».

En su análisis es de importancia que las opciones se puedan conceder tanto al destinatario privado como también a la Administración que ha de aplicar las correspondientes normas. Así, el solicitante de una licencia de construcción o de actividad económica se encuentra por regla general con distintas opciones previamente definidas de las que escoge una y hace reposar sobre ella su solicitud. La Administración puede quedar vinculada por esa elección privada de una opción y, por tanto, limitada a una comprobación con sólo dos posibilidades: sí o no, pero también puede por su parte ayudar a plasmar esas opciones —por ejemplo, imponiendo ciertas cargas a los solicitantes o sugiriendo la introducción de determinadas modificaciones en las solicitudes—. También puede actuar incluso en un momento anterior, como pudieran ser unas conversaciones previas, e influir en la selección de una opción que cuenta con su aprobación. Cuando no actúa a instancia de parte o no está vinculada por las solicitudes, la Administración

<sup>50</sup> Tomamos el concepto de G. TEUBNER: *Verrechtlichung* (n. 11), 335, con referencia a WILLKE.

<sup>51</sup> Sobre estos tipos, *vid. BVerwGE*, 72, 38, 52 y ss.

tiene a su disposición un amplio margen dentro del marco de las decisiones discrecionales, ponderativas de planeamientos y en todas las demás de carácter configurador.

Por lo demás, característico del actual Derecho administrativo resulta el dato de que su objeto lo constituye, sobre todo, la conclusión puntual de una actuación administrativa y con sus vicios, pero menos con el proceso de selección de alternativas y de los factores de dirección que allí intervienen. En la medida en que se ocupa de la discrecionalidad (§§ 40 *VwVfG*, 14 *VwGO*), lo que hace es definir los límites, pero no la forma en que propiamente se rellena el margen concedido por la discrecionalidad. Lo mismo se puede decir de las reglas desarrolladas por la jurisprudencia en orden al control de la ponderación (*vid. supra* C. II).

### III. CARÁCTER OPTIMIZADOR DE LA ACCION ADMINISTRATIVA

La Administración no debe —dentro del margen de decisión disponible— escoger arbitrariamente una de las opciones posibles, sino que más bien tiene un mandato programático de rellenar esos márgenes con adecuación a la norma y, por tanto, de la forma «mejor posible», y, en especial, de optimizar los intereses. Esto es así no sólo en el marco de los mandatos de optimización expresamente formulados como, por ejemplo, se hace en el § 50 *BImSchG* (siglas de *Bundesimmissionsschutzgesetz* = Ley Federal de Protección contra Inmisiones)<sup>52</sup>. A diferencia del control ejercido por los tribunales, orientado generalmente de forma *negativa*, la actuación de la Administración se encuentra en verdad vinculada de principio a fin a mandatos de acción de carácter *positivo*. Este es el caso, por ejemplo, del mandato de corrección en la ponderación, en especial de la proporcionalidad, que no es sólo una interdicción de la desproporcionalidad. O el caso del mandato de evitar dentro de lo posible los efectos laterales disfuncionales (latentes) de la decisión, también en la medida en que una ciencia del Derecho orientada hacia los efectos no lo puede integrar en la interpretación de las normas, como ocurre frecuentemente, por ejemplo, con los efectos del mercado.

Los mandatos de comportamiento y las habilitaciones de carácter optimizante ponen de manifiesto lo importante que es distinguir entre la mera legalidad, en el sentido de la evitación de vicios (sancionables), y la «corrección», en el sentido de la ejecución optimizadora y, por lo demás, también adecuada del correspondiente mandato de acción<sup>53</sup>.

<sup>52</sup> Para su interpretación, cfr. *BVerwGE*, 71, 163, 165 y ss.; *BVerwG UPR*, 1988, 346, 347.

<sup>53</sup> Una optimización de estas características va más allá del logro de eficiencia, si por tal se

#### IV. LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA COMO GARANTÍA DE ACEPTACIÓN

La acción administrativa depende en gran medida de la voluntad de cooperación e implementación de otros organismos, pero, sobre todo, de los afectados, en su mayoría sujetos privados<sup>54</sup>. Precisamente en los propósitos relevantes a efectos de la protección del medio ambiente se dan con frecuencia dificultades de implementación que llegan hasta la protesta masiva de los afectados o de otros sujetos (desde grupos empresariales hasta vecinos, pasando por movimientos ciudadanos) y hasta a bloqueos de la plasmación de la decisión. La voluntad de cooperación e implementación no se alcanza sólo a través de la observancia de los vínculos jurídicos y la amenaza con sanciones. También es importante, precisamente en la esfera de la protección del medio ambiente, la aceptación de la decisión<sup>55</sup>. En todo caso, la legalidad de una decisión no depende de su aceptación por los afectados: las intervenciones también resultan admisibles contra la protesta por parte de éstos. Ahora bien, en un Estado democrático de Derecho la optimización, cuando persigue el objetivo de alcanzar aceptación dentro de lo posible, constituye un mandato constitucional<sup>56</sup>. Por encima de ello, la responsabilidad del organismo administrativo en orden a la implementación de las normas jurídicas conduce a que también él haya de calcular cuál es la fuerza motivacional de la aceptación en cuanto factor de ayuda a la implementación.

La necesidad de poder contar con aceptación señala el hecho de que la moderna Administración ya no puede salir adelante con un con-

---

ha de entender la mejor realización posible del mandato jurídico y objetivo de la Administración en las dimensiones temporal, financiera y cuantitativa; *vid.*, en este sentido, R. WAHL: *VVDStRL*, 41 (1987), 163, LS 8. A ellas se suma la dimensión cualitativa de la corrección o acierto material de la decisión que WAHL: *ibid.*, 163, también subraya.

<sup>54</sup> *Vid.* al respecto E. H. RITTER: «Der kooperative Staat. Bemerkungen zum Verhältnis von Staat und Wirtschaft», en *AÖR*, 104 (1979), 389 y ss.; *id.*: «Das Recht als Steuerungsmedium im kooperativen Staat», en D. GRIMM (n. 11), 69 y ss.; E. SCHMIDT-ASSMANN: «Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff», en *AÖR*, 116 (1991), 329 y ss.; J. J. HESSE: «Aufgaben einer Staatslehre heute», en T. ELLWEIN *et al.* (n. 11), 55, 68.

En especial, sobre el principio de cooperación en el Derecho del medio ambiente, *vid.*, por ejemplo, H. W. RENGELING: *Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht*, 1988; M. GRÜTER: *Umweltrecht und Kooperationsprinzip in der Bundesrepublik Deutschland*, 1990; H.-J. MÜGGENBORG: «Formen des Kooperationsprinzips im Umweltrecht der BRD», en *NVwZ*, 1990, 909 y ss.; T. C. PAEFGEN: «Emanationen des kooperativen Umweltstaats», en *GewArch*, 1991, 161 y ss.

<sup>55</sup> Cfr. *BVerwG DVBl*, 1989, 658, 660; *vid.* W. HOFFMANN-RIEM/S. RUBBERT: *Atomrechtlicher Erörterungstermin und Öffentlichkeit. Zum Verhältnis von Bürgerbeteiligung und Öffentlichkeit*, 1984, 28 y ss.; R. WOLF: «Herrschaft kraft Wissen in der Risikogesellschaft», en *Soziale Welt*, 1988, 164, 181 y s.; J. BURMEISTER: «Grundgesetzliche Verfahrensstrukturierungsgebote komplexer Verwaltungsentscheidungen», en *Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts*, 1988, 121, 157 y ss.; T. WÜRTENBERGER: «Akzeptanz durch Verwaltungsverfahren», en *NJW*, 1991, 257 y ss.

<sup>56</sup> Cfr. también F. HUFEN: «Heilung und Unbeachtlichkeit grundrechtsrelevanter Verfahrensfehler?», en *NJW*, 1982, 2160, 2169; R. WAHL: *VVDStRL*, 41 (1987), 164 y s.

cepto paternalista de base, según el cual es ella misma la que mejor puede definir y jerarquizar los intereses relevantes. Por el contrario, el Estado democrático y social de Derecho ha de respetar las exigencias de autonomía de los ciudadanos en orden a definir y concretar sus propios intereses, razón por la que instituye unos procedimientos para la articulación de intereses.

El hecho de poder contar con aceptación, empero, no puede asegurarse mediante una organización del Estado de Derecho que —a través, por ejemplo, de complicados procesos de creación de entramados entre los afectados o por la vía de establecer barreras difíciles de superar para que éstos puedan ejercer su poder de impugnación— consiga que los afectados acaben por no enfrentarse. De lo que se trata es más bien, sobre todo, de la aceptación de los contenidos de las decisiones y, auxiliariamente en todo caso, de la aceptación del procedimiento decisorio. Por tanto, debería ser imprescindible fomentar la convicción de que los intereses propios quedan incluidos en el procedimiento y en el resultado de la decisión a tomar y de que en el marco de lo jurídico y fácticamente posible se alcanzó un compromiso limpio<sup>57</sup>, o de que a la vista de unas condiciones enmarcantes indisponibles no era posible obtener más para los propios intereses. La preocupación de la Administración por encontrar aceptación entre los afectados apunta, pues, a una cambiada calidad de la decisión, que es un plus —un plusvalor— frente a la decisión libre de defectos formales, pero estatuida, impuesta, unilateralmente.

Si se alcanza esa aceptación por parte de los afectados esto constituye, por lo demás, un indicio (irrefutable) de haberse conseguido tener en cuenta los intereses en juego. Y si la decisión se acepta por todos los afectados, esto es, además, un indicio de la optimización de los intereses. Si la Administración no logra garantizar la aceptación, con frecuencia hay que apelar a otras instancias, en especial a los tribunales, para superar el problema. También los tribunales asumen muchas veces y en muchos sentidos el papel de auxiliares a la hora de ganar aceptación y de mediadores en conflictos<sup>58</sup>, ya sea mediante una solución de compromiso o por medio de una decisión discutida, pero aceptada. Si tienen éxito a la hora de asegurar aceptación, ello repercute en beneficio de la implementación de las normas y, en todo caso, también vale para llamar la atención sobre una posible crítica a la de-

<sup>57</sup> Cfr. *BVerwG DVBl*, 1989, 658, 660, cuando en esta sentencia se elogia las medidas sustitutorias de protección del medio ambiente como medio para el aumento de aceptación de la intrusión.

<sup>58</sup> W. Brohm, magistrado del Tribunal Administrativo (una especie de Sala de lo Contencioso-Administrativo de nuestros Tribunales Superiores de Justicia) de Mannheim, dio a conocer en una reunión celebrada en Heidelberg el 7 de abril de 1989 que su Sala resolvía por vías consensuales el 90 por 100 de los litigios.

cisión administrativa: ¿Cómo no fue posible alcanzar antes la aceptación?

## E. LA PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE A TRAVES DE LA ACCION ADMINISTRATIVA: ENFOQUES DE DIRECCION

En lo que sigue nos referiremos a algunos enfoques en relación con la acción administrativa que apuntan a una ejecución optimizante de las opciones de acción, en particular en el ámbito de la protección del medio ambiente.

### I. ACCIÓN ADMINISTRATIVA IMPERATIVA

La crisis tantas veces conjurada de la política regulativa<sup>59</sup> encuentra una ilustración particularmente fácil en el ejemplo de la protección del medio ambiente. Sería, por lo demás, un error entender los análisis sobre el fracaso en la dirección en el sentido de que un Derecho de carácter imperativo, esto es, que opera con mandatos y prohibiciones y que prevé sanciones, estaría superado en lo que a la protección del medio ambiente concierne<sup>60</sup>. Al contrario, se recurre a él muy frecuentemente y con notable éxito en muchos sentidos. Ahora bien, las órdenes, los controles y las coerciones suscitan muchas veces reacciones de rechazo e intentos de soslayarlas. El arte de una política administrativa exitosa consiste en utilizar lo menos posible el látigo de las prohibiciones y sanciones<sup>61</sup> y además hacerlo sólo de modo complementario de otros instrumentos de dirección. Lo preferible es que el Derecho actúe por sí sólo, en cierta manera como un estímulo para la autodirección de la sociedad<sup>62</sup>. En la medida, no obstante, en que esto sólo se consigue a través del empleo de medios imperativos de direc-

<sup>59</sup> R. MAYNTZ: «Regulative Politik in der Krise?», en J. MATTHES (ed.): *Sozialer Wandel in Europa. Verhandlungen des 19. Soziologentages*, 1979, 55 y ss.; H. TREIBER: «Regulative Politik in der Krise?», en *id.*: *Vollzugskosten des Rechtsstaates*, 1989, 189 y ss.; R. WOLF: «Zur Antiquiertheit des Rechts in der Risikogesellschaft», en *Leviathan*, 1987, 357 y ss.; D. GRIMM (n. 11).

<sup>60</sup> *Vid.* por todos M. KLOEPFER, en *JZ*, 1991, 737; K.-H. HANSMEYER/K. SCHNEIDER: *Umweltpolitik: Ihre Fortentwicklung unter marktsteuernden Aspekten*, 1990, 54 y s.

<sup>61</sup> En el ámbito de las sanciones penales existen a todas luces obstáculos para emplearlas, tal y como la praxis penal del Derecho penal del medio ambiente muestra. *Vid.* al respecto, R. GEULEN: «Grundlegende Neuregelung des Umweltstrafrechts», en *ZRP*, 1988, 323 y ss.; M. HÖMBSER-KRUSCHE: *Die strafrechtliche Erfassung von Umweltbelastungen*, 1982; V. MEINBERG: «Strafrechtlicher Umweltschutz in der Bundesrepublik Deutschland», en *NuR*, 1986, 52 y ss.; P. C. MAYER-TASCH: «Recht für die Umwelt?», en *NuR*, 1991, 160.

<sup>62</sup> Este tipo de línea también se sigue en el extranjero. *Vid.*, por ejemplo, R. B. STEWART: «Reconstitutive Law», en 46 *Maryland Law Review* (1986), 86.

ción, debería constituir una tarea de la ciencia y práctica del Derecho administrativo buscar caminos a través de los que no se pusiera en peligro el potencial autorregulativo. El Derecho imperativo debería estar configurado de modo tal que no contrarrestara los efectos autorregulativos dimanantes de otros esfuerzos de dirección.

## II. ACCIÓN ADMINISTRATIVA ESTIMULANTE

La exigencia de autodirección de la sociedad se proclama en la actualidad frecuentemente como una apelación a la desregulación y la privatización y, por ende, a que el mercado económico asuma mayores funciones directivas. Esta es una línea que, en el caso de la protección del medio ambiente, parece ser discutible en alguna medida, ya que muchos daños ambientales resultan explicables precisamente a partir de los déficits de una dirección vía mercado, sobre todo en el ámbito de la utilización de los bienes públicos<sup>63</sup>. En todo caso, también está el dato del fracaso del Estado<sup>64</sup>. El Estado moderno no puede siempre dominar las tareas que le están encomendadas por su propia fuerza y cada vez es víctima en mayor medida de unas pretensiones que lo rebasan<sup>65</sup>, que podría acabar en el abismo de una radical crisis de legitimación<sup>66</sup>. Aumentan por ello —por lo demás en casi todos los sectores políticos— las voces que piden una política estatal consistente en la liberación de cargas del propio Estado<sup>67</sup>, contribuyendo así al renacimiento científico de las banderas de la descentralización y la autorregulación.

<sup>63</sup> Para un análisis de las causas del problema del medio ambiente, *vid.* por todos L. WICKE: *Umweltökonomie*, 3.ª ed., 1991, 41 y ss. (desde una perspectiva de economía de mercado). *Vid.* también las referencias ofrecidas *supra* en n. 16.

<sup>64</sup> A este respecto, *vid.* en general M. JÄNICKE: *Staatsversagen. Die Ohnmacht der Politik in der Industriegesellschaft*, 1986. H. v. ARNIM: «Staatsversagen: Schicksal oder Herausforderung?», en *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B 48/87, de 28 de noviembre de 1987; U. BECK: *Die Risikogesellschaft. Auf dem Wege in eine andere Moderne*, 1986, 305 y ss.; C. OFFE: «Rationalistatskriterien und Funktionsprobleme des politisch-administrativen Handelns», en *Leviathan*, 1974, 333 y ss. Sobre la discusión en términos de economía del bienestar, *cfr.* J. FRANK: «Zur Kritik einer Chicago Doktrin», en *Die Neoklassik und ihre Herausforderungen, Jahrbuch 1 Ökonomie und Gesellschaft*, 1983, 257, 273 y ss.

<sup>65</sup> La bibliografía habla, por ello, de un dilema —o mejor, trilema— de la regulación. Así, por ejemplo, G. TEUBNER (n. 11); *id.*: «Das regulatorische Trilemma. Die Diskussion um post-instrumentales Rechtsmodelle», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1984, s.

<sup>66</sup> Sobre la problemática de la legitimación *vid.*, sobre todo, J. HABERMAS: *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, 2.ª ed., 1973; *id.*: *Theorie des kommunikativen Handelns*, 2.ª ed., 1982, vol. 2, 279 y ss.

<sup>67</sup> *Cfr.*, por ejemplo, C. OFFE: «Die Staatstheorie auf der Suche nach ihrem Gegenstand: Beobachtungen zur aktuellen Diskussion», en T. ELLWEIN *et al.* (n. 11), 309, 317, como una posición más bien «izquierdista». Las exigencias en este sentido de las «derechas» políticas apuntan, por lo demás desde hace bastante tiempo, a la desregulación y la privatización.

Hay un enfoque que consiste en activar un máximo de potencial social de autorregulación por medio de la política estatal estructural y de ordenación y tener preparados al efecto, por parte del Estado, instrumentos de acción específicos, así como reglas de organización y procedimiento<sup>68</sup>. A este contexto pertenece el intento de orientar el Derecho hacia las estructuras de intereses de sus destinatarios de modo tal que, por regla general, alcance observancia «voluntaria» por razones utilitaristas —incluidas las de índole económica—<sup>69</sup>. Si con ayuda del Derecho se consiguiera, por ejemplo, poner de acuerdo con mayor intensidad entre sí intereses orientados unos en términos ecológicos y otros en términos económicos<sup>70</sup>, con ello se habría logrado abrir una brecha, también en lo que a la protección del medio ambiente se refiere. Para poder volver a recurrir a estos efectos a la autorregulación con renovada intensidad se hace necesario completar, una y otra vez, el arsenal de la dirección imperativa con programas normativos indicativos, de sugerencia y que posibiliten el comportamiento<sup>71</sup>. La consecuencia de todo ello puede consistir en un desarrollo de la acción estatal de carácter estimulante, que va de la mano de nuevas formas de Derecho igualmente estimulativo. Por ello, una reforma del Derecho administrativo debería tener como objetivo integrar mejor al Derecho estimulativo en el sistema de la Administración. A tal efecto, se ofrecen varias líneas.

### 1. Estímulos de evitación

Hace tiempo que es conocido el empleo de estímulos negativos y positivos —en forma, por ejemplo, de obligaciones tributarias o bonificaciones fiscales y subvenciones—. En cualquier caso, a la vista de la crisis fiscal del Estado, la actividad subvencionadora ha de experimentar recortes en el futuro. Por ello, aquí prescindiremos de ella, no sin aludir, por lo demás, a la circunstancia de que en el Estado moderno,

<sup>68</sup> Vid. la exposición teórica al respecto de G. TEUBNER (n. 11); G. TEUBNER/H. WILLKE: «Kontext und Autonomie. Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht», en *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 1984, 4 y ss.

<sup>69</sup> Al respecto, vid. también J. FRANK: «Kollektive und individuelle Steuerung der Umwelt?», en *KJ*, 1989, 36 y ss.

<sup>70</sup> Sobre este particular, y desde una perspectiva económica, vid., por ejemplo, L. WICKE: *Die ökologischen Milliarden: das kostet die zerstörte Umwelt - su können wir sie retten*, 1986, un estudio ciertamente criticable en muchos sentidos, pero fecundo en lo que hace al debate y, sobre todo, a la discusión acerca de los instrumentos de mercado.

<sup>71</sup> E. H. RITTER, en D. GRIMM (n. 11), 69; M. KLOEPFER, en *JZ*, 1991, 737 y ss.; H. KNÜPPEL: *Umweltpolitische Instrumente. Analyse der Bewertungskriterien und Aspekte einer Bewertung*, 1989. Sobre las cuestiones de orden constitucional suscitadas por la dirección estatal de carácter no imperativo vid. K. LANGE: «Staatliche Steuerung durch offene Zielvorgabe im Lichte der Verfassung», en *VerwArch*, 1991, 1 y ss.

ante la diversidad de figuras subvencionadoras, ha perdido toda su vigencia una «parte general» del Derecho de las subvenciones.

Un significado reforzado dentro del Derecho estimulativo tienen las figuras detractivas con fines de dirección y otro tipo de exacciones que no tienen como finalidad primaria la recaudatoria<sup>72</sup>, sino la de dirigir comportamientos<sup>73</sup> o de proceder a establecer determinados equilibrios<sup>74</sup>. El manejo jurídico de esta clase de figuras continúa patentizando siempre un cierto grado de desconcierto. La ordenanza tributaria (= Ley General Tributaria; n. del t.) se sitúa en el contexto de la obtención de ingresos y, a causa justamente de esa orientación, no resulta, pues, adecuada como régimen jurídico de las tasas cuya finalidad es directiva. Especialmente criticables son determinados intentos de clasificación jurídica de los tributos que conectan ante todo con el síntoma superficial de la procuración de dinero y, a continuación, elaboran los resultados desde la perspectiva financiero-constitucional de la exacción de los tributos y desde los aspectos defensivos que el hecho fiscal tiene para los sujetos tributarios.

Esta perspectiva sólo resulta adecuada en el caso de los tributos medioambientales que tienen a la financiación como objetivo<sup>75</sup>, pero no en los demás casos. Esto es algo que la jurisprudencia va reconociendo cada vez más<sup>76</sup>. En todo caso, la forma de ver las cosas que hemos criticado yerra en la medida en que desde la perspectiva de la técnica regulativa la fórmula tributaria sea predominantemente un medio para la estimulación del comportamiento —para, por poner un ejemplo, conseguir que no se rebasen los valores máximos (el caso de los tribu-

---

<sup>72</sup> Sobre los campos de aplicación actuales y potenciales, cfr. el borrador de código del medio ambiente citado en la n. 9, memoria justificativa, 340 y s. En general, sobre la fiscalidad medioambiental *vid.* W. KÖCK: *Die Sonderabgabe als Instrument des Umweltschutzes*, 1991; *IUR*, 1991, cuaderno núm. 4, 177 y ss., sobre *Abgaben als Instrument des Umweltschutzes* (Las exacciones fiscales como instrumento de la protección del medio ambiente); M. KLOPPER/R. THULL: «Rechtsprobleme einer CO<sub>2</sub>-Abgabe», en *DVBl*, 1992, 195 y ss.; en relación con estas mismas cuestiones en el Derecho europeo *vid.* M. HILF: «Umweltabgaben als Gegenstand von Gemeinschaftsrecht und -politik», en *NVwZ*, 1992, 105 y ss.

<sup>73</sup> Sobre este tipo de exacciones fiscales en el ámbito medioambiental, *vid.* HOPPE/BECKMANN (n. 14), 153, con referencias adicionales. En general, sobre las exacciones con fines directivos *vid.* *BVerfGE*, 55, 274; 67, 256, 275. Sobre enfoques concretos *vid.*, por ejemplo, F. CHANTÉLAU/U.-H. MÖKER: *Ökologisierung kommunaler Abgaben, Abfall- und Abwassergebühren als Instrumente der Umweltpolitik*, 1989.

<sup>74</sup> Así las tasas compensatorias o por utilización del medio ambiente. *Vid.* HOPPE/BECKMANN (n. 14), 153; *BVerwGE*, 74, 308; *DVBl*, 1989, 5658; sobre las tasas compensatorias, *vid.*, en general, *BVerfGE*, 67, 256, 277; 78, 249, 267.

<sup>75</sup> Sobre esta categoría, *vid.* HOPPE/BECKMANN (n. 14), 152 y ss. El hecho de que la crisis fiscal del Estado lleva a (volver a) situar en el primer plano la finalidad financiera (cfr. M. KLOPPER: *JZ*, 1991, 742) fortalece la exigencia de regular las posibilidades jurídicas de tal manera que se puedan prevenir las «desviaciones» que los institutos jurídicos experimenten frente a sus fines. ¡Los tributos medioambientales en ningún caso deberían convertirse en una decoración ecológica de las exigencias financieras del Estado!

<sup>76</sup> Por todas, *vid.* *BVerfGE*, 78, 249; 81, 156, 186 y s.; *BVerwGE*, 74, 308; *BVerwG DVBl*, 1089, 658.

tos de carácter directivo cuya finalidad ecológica financiera es a lo sumo algo subordinado)—. Si, ello no obstante, las figuras tributarias se siguen midiendo total o parcialmente por conceptos que proceden de los tiempos decimonónicos de la lucha de la burguesía ascendente contra las intromisiones en la esfera de la propiedad, las condiciones de la actividad administrativa de estimulación no se pueden tomar en cuenta adecuadamente. Está mal acentuada, por tanto, la pregunta acerca de si los distintos tributos están o no justificados en cuánto intromisión *por lo que hace a su carga financiera*. La pregunta por la justificación se ha de plantear más bien *con vistas a su objetivo de estimulación*. Lo primero que se ha de examinar es, pues, si el Estado social, en cuanto Estado directivo, puede perseguir legítimamente el fin propuesto, para a continuación preguntar si jurídicamente puede utilizar el *medio de la estimulación de una conducta* —pongamos por caso, para la creación de un incentivo para aliviar la utilización de las aguas procurando que no se alcancen los valores límite o para que no se produzca una conducta que provocaría la obligación de compensar— y si el *modo de proceder* —por ejemplo, la creación de opciones con estímulos para elegir, entre ellas, en lugar de o junto a una fijación de valores límite— está cubierto por los instrumentos con que el Estado cuenta para estatuir Derecho<sup>77</sup>. A estas preguntas se añade la de si se han observado los *límites jurídicos*, esto es, los de carácter competencial o los que representan los derechos fundamentales<sup>78</sup>.

A todo ello, la medida de lo jurídicamente tolerable se fija, y no en última instancia, por la vía de perseguir la estimulación de un comportamiento, no por la de ordenarlo. La intensidad de la intervención es concretamente distinta —y, por lo general, menor— que en el caso de la acción administrativa (exclusivamente) imperativa, ya que se da una posibilidad de tomar otro camino. En el caso de que el destinatario se niegue a considerar la evitación del pago del tributo como un estímulo suficiente, esa negativa es sancionada a través de la exacción fiscal —de modo similar a lo que sucede también cuando hay predisuestas sanciones para la transgresión de reglas imperativas de conducta—. La especialidad estriba en que no se pronuncia abiertamente ningún mandato y ninguna prohibición, sino que, bajo la fórmula de una obligación simplemente opcional, se deja a los destinatarios en libertad de preferir la sanción. Otra particularidad adicional consiste en

<sup>77</sup> Cfr. la alusión del Tribunal Constitucional Federal al carácter «instrumental» de un tributo de finalidad deductiva en *BVerfGE*, 78, 249, 268 y s.; *vid.* también *BVerwG DVBl*, 1989, 658, 660: los tributos de carácter compensatorio como parte integrante del «instrumental» desarrollado legalmente para la protección de la naturaleza y el paisaje.

<sup>78</sup> En este contexto habría que preguntar también si, a la vista de lo inevitable e incluso deseable de la consecución de recursos económicos, no se está produciendo un soslayamiento de los requisitos constitucionales en materia hacendística. *Vid.*, a este respecto, también *BVerfGE*, 78, 249, 269.

que se pueden prever distintas opciones —por ejemplo, en forma de amenazas tributarias distintas según la intensidad de la desviación frente al estándar de la norma—. A los afectados se les concede en diversos sentidos libertad de opción.

De esta manera, se está utilizando el principio de la voluntariedad —aquí en la (refinada) variante de una voluntariedad apoyada por el Estado—. Genera especiales necesidades de garantías en términos de Estado de Derecho y hace referencia al enjuiciamiento del caso en el que el afectado no se somete al estímulo evitativo. Su negativa no conduce a la antijuridicidad de su comportamiento y no debe ser sancionada adicionalmente.

Desde el punto de vista de la técnica regulativa, seguramente es imaginable fijar los requisitos jurídicos de las fórmulas tributarias de carácter estimulativo en una «parte general» específica de las figuras fiscales con finalidad directiva (como hace, por ejemplo, el borrador de código ambiental, §§ 47 y ss.)<sup>79</sup>. Sin embargo, si se ha de conceder la oportunidad de prestar una contribución «excedentaria» en orden al desarrollo, en términos del Estado de Derecho, de los instrumentos de estimulación con que cuenta la Administración, lo recomendable es una integración de la acción administrativa estimulativa. De ayuda al respecto podría consistir el modificar los institutos jurídicos orientados en el sentido de las intromisiones jurídicas basadas en la autoridad y complementarlos mediante una dogmática de la acción administrativa estimulativa preparada para dar cabida a obligaciones jurídicas opcionales<sup>80</sup>. También ha de incluirse la pregunta acerca de cómo puede reaccionar la tutela jurídica, orientada por el carácter regulativo de la acción administrativa (o, en concreto, de un acto administrativo), si el estímulo parte de una norma que sugiere una conducta distinta para la evitación de la aplicación de la norma<sup>81</sup>.

## 2. Estímulos orientados hacia el mercado

Dentro de los instrumentos autodirectivos de nivel superior figura también el intento de crear sistemas autorregulativos de estimulación económica que prevén al efecto elementos de dirección orientados por

<sup>79</sup> Lamentablemente los §§ 72 y ss. del borrador (*supra* n. 9) no hacen de la finalidad directiva punto de arranque de la regulación. El § 29 confirma de alguna manera esto que decimos en la medida en que la cuantía del tributo se pone en conexión con la nocividad y no con el estímulo evitativo al servicio de la estimulación de la conducta. Para una crítica, *vid.* W. HOFFMANN-RIEM: «Instrumente indirekter Verhaltenssteuerung», en H. J. KOCH (ed.): *Auf dem Weg zum Umweltgesetzbuch*, 1992, 108, 118 y ss.

<sup>80</sup> Cfr. también M. KLOEPFER: *JZ*, 1991, 743.

<sup>81</sup> M. KLOEPFER: «Zur rechtlichen Problematik ökonomischer Instrumente im Umweltschutz», en *ZAU*, 1989, 355 y ss.

el mercado cuya finalidad es la de asegurar un manejo ahorrativo e inocuo de los recursos ambientales, configurados por lo general como bienes públicos<sup>82</sup>. Esto presupone contar con una técnica refinada de dirección y, por tanto, con una forma altamente desarrollada de autorregulación estatalmente regulada. Las concepciones relativas a la creación y al manejo de saldos activos en materia de emisiones, experimentadas sobre todo en los Estados Unidos y desarrolladas teóricamente en otros lugares, pero todavía no maduras suficientemente en la práctica, nos ofrecen algunos ejemplos visibles<sup>83</sup>. Apuntan a la búsqueda de estímulos económicamente idóneos, sirviéndose para ello de fórmulas consorciales y compensatorias. No abandonan la protección del medio ambiente al mercado, pero a la hora de hacer efectivas las exigencias medioambientales de la legislación del Estado recurren a elementos del mecanismo del mercado como procedimiento válido para descubrir y concretar esas fórmulas.

Mientras que el planteamiento del certificado todavía no se ha integrado en el ordenamiento jurídico alemán, lo que sí se puede encontrar son algunos apuntes compensatorios, en especial en el Derecho de las inmisiones —así, por ejemplo, en las habilitaciones de los §§ 7.3, 17.3a *BImSchG* y en la *TA-Luft*—<sup>84</sup>. También en el Tratado de la Unión alemana ha encontrado cabida la idea de compensación (*vid.* § 67a.2 *BImSchG*). A todo ello, de lo que se trata es de «complementos flexibilizantes» del instrumental jurídico-ordenador que sigue constituyendo la base<sup>85</sup>. Mención especial merecen las compensaciones de saneamiento (por ejemplo, núm. 2.2.3.2 *TA-Luft*), las compensaciones en el marco de una nueva autorización (por ejemplo, § 67a.II *BImSchG*) y las compensaciones entre instalaciones antiguas (por ejemplo, §§ 7.III y 17.IIIa *BImSchG*). Con las modificaciones introducidas por la tercera ley de reforma de la Ley Federal de Protección contra las Inmisiones (a la que corresponde la abreviación últimamente empleada de *BImSchG*) y por el Tratado de la Unión las normativas de compensa-

<sup>82</sup> En general, sobre este aspecto, *vid.* L. WICKE (n. 63), 129 y ss.; G. HARTKOPF/E. BOHNE: *Umweltpolitik*, vol. 1, 1983, 194 y ss.; A. ENDERS: *Umwelt- und Ressourcenökonomie*, 1985.

<sup>83</sup> A este respecto, *cf.* HANSMEYER/SCHNEIDER (n. 60), 57 y ss.; KNÜPPEL (n. 71), 155 y ss. Sobre la posible transportabilidad a la situación jurídico y político-ambiental de la República Federal, *vid.* E. REHBINDER/R. U. SPRENGER: *Möglichkeiten und Grenzen der Übertragbarkeit neuer Konzepte der US-amerikanischen Luftreinhaltepolitik in den Bereich der deutschen Umweltpolitik*, 1985; A. BLANKENAGEL: «Umweltzertifikate - Die rechtliche Problematik», en E. M. MENZ (ed.): *Ökologie, Ökonomie und Jurisprudenz*, 1987, 71 y s.; *vid.* también W. HOFFMANN-RIEM: «Die Reform staatlicher Regulierung in den USA», en *Der Staat*, 1984, 17 y ss. El borrador de código ambiental (*supra* n. 9) no adopta la fórmula de los certificados; *vid.* la justificación que al respecto se da en pp. 364 y s.

<sup>84</sup> En relación con los instrumentos compensatorios, *vid.* por todos HANSMEYER/SCHNEIDER (n. 60), 58 y ss.; B. HUCKESTEIN: «Anforderungen an Kompensationslösungen im Immissionsschutzrecht der Bundesrepublik Deutschland», en *ZfU*, 1989, 1 y ss.; E. GAWEL/M. VAN MARK: «Kompensationslösungen im Umweltschutz», en *ZAU*, 1991, 52 y ss.

<sup>85</sup> *Vid.* GAWEL/VAN MARK (n. 84), 52.

ción hasta la fecha existentes se vieron en parte liberalizadas, pero también dotadas en líneas generales de un marco estructural previo de rango legal. Aún está por ver hasta qué punto las situaciones de deterioro ambiental que existían previamente en el territorio de la antigua República Democrática Alemana han de llevar a una aplicación más frecuente de unas regulaciones practicadas más bien excepcionalmente en los últimos años antes de la reforma de la Ley Federal de Protección contra Inmisiones a causa de las lagunas que presentaban y de los déficits de información por parte de quienes habían de aplicarlas<sup>86</sup>. En cualquier caso, bien puede dudarse de que las modificaciones legales basten para sacar a las fórmulas compensatorias de la esfera de un Derecho arcano inmunizado en amplia medida frente al control por parte de terceros, como podría hacerse en caso de establecer una estrecha interrelación comunicativa entre la Administración y las empresas implicadas<sup>87</sup>.

Comoquiera que en Alemania hasta la fecha sólo existen unas experiencias limitadas<sup>88</sup> —pero en el área de la purificación atmosférica ya desde 1964— todavía es necesario realizar considerables ensayos. En la medida en que se pretenda garantizar la eficacia de los instrumentos concretos y regularlos en sus detalles se hace inevitable proceder a configuraciones específicas para cada ámbito. Los asuntos especiales de interés ambiental —como podría serlo, por poner un ejemplo, la concretización de la prohibición de empeoramiento prevista en el § 87 del borrador de código ambiental— como mejor se pueden regular es también de modo especial.

Sigue estando necesitado de aclaración hasta qué punto la elevación del potencial de flexibilidad generada por el enriquecimiento del instrumental, tanto en lo que hace a la Administración como a los sujetos (económicos) afectados, repercute a su vez sobre el Derecho administrativo general o, en su caso, exige allí una redacción específica a las necesidades de protección características del Estado de Derecho<sup>89</sup>. Las compensaciones establecidas en orden a la dispersión de instalaciones tal vez puedan hacer que la carga ambiental quede igual o incluso se reduzca; sin embargo, quien viva en las proximidades de la instalación altamente contaminante no se va a ver beneficiado por las modificaciones que puedan experimentar otras emisiones físicamente lejanas: ¿de qué modo se ha de construir su derecho a la tutela jurídica? ¿Hace falta modificar la teoría de la norma de protección a la vista de las situaciones compensatorias multipolares? En la medida en

<sup>86</sup> Vid. HUCKESTEIN (n. 84), 15.

<sup>87</sup> Vid. también M. FÜHR: «Ein Umweltschutzgesetz in den Fesseln des Gewerberechts Das BImSchG nach seiner 3. Novelle», en *IUR*, 1990, 54, 57.

<sup>88</sup> Vid. a este respecto la memoria justificativa del borrador del Código ambiental (n. 9).

<sup>89</sup> Sobre esto, *vid.* M. KLOEPFER, en *JZ*, 1991, 743.

que actúa el dispositivo estimulante y los potenciales destinatarios de mandatos y prohibiciones resultan motivados para extraer las ventajas —y, por ello mismo, evitar las medidas imperativas— desaparece una posibilidad de clarificación judicial en la vía de la tutela jurídica individual: ¿existe alguna posibilidad de otra forma de control de legalidad, por ejemplo, a través de la extensión de la tutela jurídica jurídico-objetiva? Estas preguntas deberían encontrar respuesta en los institutos del Derecho administrativo general, y ciertamente tanto más diferenciadamente cuanto, merced a los instrumentos de estimulación orientados hacia el mercado, más flexible se hace el Derecho administrativo especial. Si no hay una armonización por la vía de principios e institutos aplicables en términos generales, lo que amenaza, surge el riesgo de una anarquía que podría hacer crecer desmesuradamente los riesgos de situaciones de insuficiencia del Estado de Derecho.

### 3. *Potenciación de los estímulos a través de mezcla de instrumentos*

Los sistemas de estimulación no actúan en el ámbito del medio ambiente por sí mismos, sino que sólo lo hacen en conjunción con instrumentos de Derecho imperativo. Ilustrativamente, por un tiempo todavía no previsible, va a ser irrenunciable —no sólo en cuanto reserva de seguridad— seguir estableciendo ciertos valores límite y controlar su observancia. Sin embargo, se los puede complementar mediante sistemas de estímulos orientados hacia el mercado, pero también con sistemas de fiscalidad y fomento, de modo tal que el hecho de quedar por debajo de esos valores se vea recompensado económicamente, por ejemplo, tanto más cuanto más por debajo se sitúan los valores reales de los máximos admitidos. Ahora bien, la mezcla de instrumentos no deja de tener sus riesgos, ya que lo intrincado y opaco de la situación resultante no sólo puede plasmarse en una sobrerregulación de carácter represivo, sino que también puede ser aprovechada para encontrar agujeros que permitan obviar la ley o al menos hagan posible evitar su implementación. También pueden, por lo demás, llevar a una potenciación recíproca. Así, la introducción de una tasa por la utilización del agua, a pesar de todos sus déficits<sup>90</sup>, ha ayudado, a juzgar por todos los indicios, a intensificar la actividad de vigilancia de los organismos administrativos, y la economía se ha sentido, cuando menos ini-

<sup>90</sup> Muy crítico, sobre todo, a causa de las lagunas normativas existentes en lo que atañe a la averiguación de usuarios indirectos, M. BÖHM: *Die Unwirksamkeit von Umweltlenkungsabgaben am Beispiel des Abwasserabgabengesetzes*, 1989, 178 y ss., quien también pone en duda otras virtualidades (*ibid.*, 61 y ss.). Para una crítica de la construcción legal, *vid.* también G. LÜBBE-WOLFF: «Die Dritte Novelle zum Abwassergesetz», en *NVwZ*, 1991, 446 y s.

cialmente, estimulada para evitar en la medida de lo posible el pago de los tributos<sup>91</sup>.

Lo que en buena medida sigue sin estar claro es cuáles son las secuelas para el Estado de Derecho de la combinación y acumulación de distintos instrumentos<sup>92</sup>, en especial cuando persiguen finalidades también distintas. El Derecho administrativo se encuentra concebido en lo esencial desde la hipótesis de que toda medida estatal jurídicamente puede contemplarse adecuadamente en sí y por sí misma. Los institutos del Derecho administrativo no están hoy por hoy preparados para los efectos sumatorios y sinérgicos posibilitados por la combinación de instrumentos, ni con vistas al individuo que se ve afectado cumulativamente ni a los miembros de la comunidad que resultan indirectamente rozados. Así pues, los elementos de la prohibición de la arbitrariedad, la adecuación, la proporcionalidad y la necesidad de la medida, ajustados a medidas singulares, deberían sufrir una reconversión cuando el objetivo de la regulación se pretende alcanzar por la vía de la mezcla de instrumentos. A todo ello surgen nuevos problemas jurídicos, tanto para los destinatarios como para terceros.

La ampliación del arsenal de instrumentos utilizables y la posibilidad de distintas combinaciones, por lo demás, pueden conducir a consecuencias nuevas, directas e indirectas, apenas previsibles y a efectos sinérgicos, como bloqueos recíprocos y otros por el estilo. De este modo, se hace particularmente difícil comparar entre sí los distintos instrumentos y/o combinaciones de instrumentos —a la hora, por ejemplo, de la comprobación de la necesidad y de la adecuación—. En este contexto, resulta problemática la fórmula de la subsidiariedad del borrador del código ambiental, según la cual los instrumentos flexibles, igualmente idóneos y no más intensamente perjudiciales, son preferibles a los mandatos y prohibiciones estatales (§ 6.1, inc. 3). Esto presupone que existe la posibilidad de medir tanto la equiparabilidad como la incidencia sobre el medio ambiente, sin que, sin embargo, se indique de qué manera se va a garantizar esta posibilidad. Cuando además se para uno a pensar que los instrumentos estimulantes por lo general sólo son complementos flexibilizadores de previsiones imperativas, se vuelve claro que hace falta desarrollar una dogmática ajustada a ese entreveramiento para que, en ningún caso, basten las tradicionales concepciones de la subsidiariedad.

<sup>91</sup> Vid. al respecto K.-H. HANSMEYER: «Abgaben und steuerliche Instrumente der Umweltpolitik - Wirkungsweise, Erfahrungen, Möglichkeiten», en *ZfU*, 1987, 251, 257 y ss.; HANSMEYER y SCHNEIDER (n. 60), 65 y s. Vid. también M. METER-RENSCHHAUSEN: «Ökonomische Effizienz und politische Akzeptanz der Abwasserabgabe», en *ZfU*, 1990, 43 y ss., quien llega a la conclusión de que la tasa por uso de las aguas, a pesar de sus múltiples desviaciones frente al tipo ideal de una figura fiscal eficiente también en términos económicos, tiene repercusiones positivas en la calidad de las aguas a causa de su virtualidad en orden a facilitar su puesta en práctica.

<sup>92</sup> Vid. a este respecto también M. KLOEPFER: *ZAU*, 1989, 360 y s.; *Id.*: *JZ*, 1991, 743 y s.

A la vista de las múltiples posibilidades combinatorias cobra un significado especial la capacidad de enjuiciamiento de quienes pueden adoptar decisiones, y más especialmente la de la Administración. Aunque en esta medida se está rechazando la existencia de un margen de apreciación no revisable judicialmente, a la vista de la falta de experiencias fácilmente repetibles es de esperar que los tribunales practiquen cierta reserva a la hora de controlar los efectos y cuando menos reconozcan una prerrogativa de apreciación a favor de la Administración. Ahora bien, por esta vía adquiere (también aquí) una especial relevancia el proceso decisorio dentro de los organismos administrativos en cuanto garantía de la corrección.

#### 4. *Estímulos de fomento de las innovaciones*

Los instrumentos estimulantes se justifican frecuentemente aludiendo a que animan a las empresas a unas reacciones consideradas deseables frente a las medidas de naturaleza imperativa, estableciendo así impulsos innovativos. Hasta ahora, sin embargo, frecuentemente sólo se hicieron observar reacciones empresariales que alimentan la impresión de que los efectos innovativos sólo se asumieron de una manera limitada. Así, por ejemplo, en el campo aplicativo de la tasa por utilización del agua se invirtió menos en tecnologías innovativas de evitación que en la tradicional tecnología de depuración de las aguas. Por principio, los mandatos de proveniencia estatal inducen a que las empresas se comprometan a la observancia de determinados valores límite, hacen también que la perspectiva se quede fijada en tecnologías favorables al *statu quo* y a que se prefiera la disponible *end of the pipe technology*<sup>93</sup>, pero no aciertan a crear estímulos suficientes para esforzarse por quedar por debajo de los valores límite y, por ejemplo, desarrollar nuevos productos o tecnologías de proceso que, a través de la modificación de los procedimientos productivos, conduzcan a la evitación de sustancias nocivas para el medio ambiente.

Hasta la fecha, la ciencia jurídica alemana ha descuidado en gran medida la relación existente entre dirección y fomentos de las innovaciones. En los Estados Unidos, por el contrario, constituye un tema también de la bibliografía administrativista. En la República Federal no ha habido suficiente conciencia de que las innovaciones no son algo

<sup>93</sup> Vid. por todos K. TÖPFER: «Ökologische Modernisierung des Industriestaates aus der Sicht des Bundes», en ELLWEIN, HESSE, MAYNTZ y SCHARF (eds.): *Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft*, vol. 2/1988, 239, 264 y ss.; vid. también B. SAVIOLI: «Restrisiko als Konzept der Risikopolitik - Eine kritische Begriffsanalyse», y W. DÜRRSCHMIDT: «Das Konzept der mittleren Technologie: Von der Begrenzung der Schadstoffe», en: A. KORTENKAMP, B. GRAHL y L. H. GRIMME (eds.): *Die Grenzlosigkeit der Grenzwerte*, 1989, 225 y ss., y 242 y ss.

que se pueda imponer, sino que simplemente se facilita. La línea de arranque inicial para el fomento de las innovaciones debería representarla las normas de carácter opcional. También en el extranjero existe a este respecto cierta necesidad de desarrollo. En el Derecho estadounidense se sigue en parte la problemática vía de la renuncia a la implementación de la ley. La palabra mágica es la de *innovation waiver*, también practicada de tapadillo en la República Federal. Hasta qué punto esto es justificable<sup>94</sup> es algo que hasta la fecha ha merecido la misma escasa atención que la búsqueda de garantías de que las lagunas normativas no se abran tan sólo como medio para librarse de las ataduras legales. Si el Derecho del medio ambiente ha de conducir a una modificación de la conducta de los «pecadores ambientales», es necesario crear vías constructivas que puedan utilizar el Derecho como estímulo para el fomento de las innovaciones<sup>95</sup> sin por ello abandonar la función tuitiva y delimitativa del Derecho.

Esto requiere una nueva concepción de las funciones del Derecho que —presumiblemente sólo tras las correspondientes experiencias y ensayos en los concretos campos— se pueda reflejar también en los institutos del Derecho administrativo general.

### III. ACCIÓN ADMINISTRATIVA CONSENSUAL

En la medida en que la Administración emplea programas estimulativos está abocada a la cooperación de los afectados. Pero también por lo que atañe a los demás planteamientos de dirección presta una gran ayuda el poder contar con la aceptación de aquéllos (*vid. supra* D. IV). Una vía para mejorar esa perspectiva la constituyen los esfuerzos en pro del más amplio posible consenso. Adelantemos que en el caso de intervenciones que supongan una carga medioambiental el consenso —lo mismo que las perspectivas de aceptación— no es un presupuesto de la legalidad de la acción estatal. En el caso de medidas de carácter bonificadorio recibe un reconocimiento expreso —por lo demás, parcial— el principio de consenso.

<sup>94</sup> En términos críticos se manifiesta K.-H. LADEUR: «Umweltrecht und technologische Innovation», en *UTR*, 1988, 305 y ss., 326. En todo caso, su atención se dirige sólo a la esfera de los *standards* de previsión. Que en esferas como ésta existen unos márgenes de acción mayores que en el contexto de la lucha contra peligros es algo que no se suele ignorar. *Vid.* a este respecto, por todos, D. MURSWIEK: «Freiheit und Freiwilligkeit im Umweltrecht», en *JZ*, 1988, 985, 987.

<sup>95</sup> Para su discusión acerca de que las subvenciones son el camino adecuado a tal efecto —cosa que bien se puede poner en duda—, *vid.* K. TÖPFER (n. 93), 269; K. MATTHIESEN: «Umweltpolitik in Nordrhein-Westfalen: Zur ökologischen Erneuerung aus Landessicht», en *ELLWEIN et al.* (n. 93), 277, 288. En cualquier caso, las subvenciones necesitan de un particular cuadro de condiciones para poder desatar efectos innovativos.

En forma de la búsqueda del consenso más amplio posible, los esfuerzos en pro de la aceptación potencial en los supuestos de decisiones gravosas se encuentran legitimados cuando no sancionados normativamente, en la medida en que expresamente se persigue un acuerdo en torno a las objeciones (cfr. §§ 73.6 y 74.2 *VwVfG*) o en la medida en que se mejoran las oportunidades jurídicas de implementación y se observan tanto los límites jurídicos como los mandatos de optimización<sup>96</sup>. Especialmente en situaciones multipolares parece indicado realizar el *clearing* de los intereses que el Derecho impone por la vía de una búsqueda de consenso que al mismo tiempo materialmente es una búsqueda de composición de intereses (*vid.* también *supra* D. IV). Sería una simplificación concebir los esfuerzos en pro del consenso sólo desde la perspectiva de una posterior más fácil implementación<sup>97</sup> y no desde la de la corrección material de la decisión. El consenso, en todo caso, no se produce por sí solo. Si, por ejemplo, se han de tomar unas medidas gravosas, el consenso sobre el fondo se puede alcanzar con la mayor facilidad si acierta a prometer a un mismo tiempo ventajas a los afectados —aunque la ventaja sólo consista en la evitación de otras medidas aún más gravosas.

Los esfuerzos por conseguir consenso se encuentran muy difundidos en la esfera del medio ambiente en particular. El borrador de código ambiental trata de reconocerlo por la vía de concretizaciones de las posibilidades de cooperación (*vid.* especialmente el § 6). De hecho, en la práctica ya se puede encontrar un buen número de decisiones consensuadas. Se han dado a conocer sobre todo en el contexto de lo que se suele denominar acción informal de la Administración, que ha hecho su «carrera» teórica en los años ochenta y continúa provocando sin cesar escalofríos entre muchos juristas por sus implicaciones para el Estado de Derecho<sup>98</sup>. A todo ello, lo que parece objetable no es la búsqueda de consenso en cuanto tal, sino el riesgo de que se soslayan las ataduras jurídicas<sup>99</sup> o el que los intereses se contemplan unilate-

<sup>96</sup> Sobre los elementos del Derecho administrativo que presentan una referencia consensual *vid.*, por ejemplo, P. KUNIG y S. RUBLACK: «Aushandeln statt Entscheiden? Das Verwaltungsverfahren vor neuen Herausforderungen», en *Jura*, 1990, 4 y ss., 11; P. KUNIG: «Alternativen zum einseitig-hoheitlichen Verwaltungshandeln», en W. HOFFMANN-RIEM y E. SCHMIDT-ASSMANN (eds.): *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen*, vol. 1: *Informelle und mittlerunterstützte Verhandlungen in Verwaltungsverfahren*, 1990, 43 y ss.

<sup>97</sup> Esto es, sin embargo, lo que sucede en la memoria justificativa del borrador de código ambiental (n. 9), 155.

<sup>98</sup> A título ilustrativo, permítasenos una referencia a la controvertida discusión que siguió a la ponencia que, sobre «Autovinculaciones de la Administración», presentamos ante la asamblea de profesores de Derecho político de 1981, recogida en *VVDSiRL*, 40 (1982), 273 y ss. La manualística comienza a ocuparse también de la actividad informal de la Administración. *Vid.*, por ejemplo, MAUER (n. 15), § 15 III; ERICHSEN: «Das Verwaltungshandeln», en ERICHSEN y MARTENS (n. 15), § 35 (49 y ss.); KOCH y RUBEL (n. 15), 48 y ss.

<sup>99</sup> *Vid.* también MAUER (n. 15), marg. 15, § 15.

ralmente. La selectividad de intereses amenaza con producirse sobre todo cuando el consenso sólo se busca con algunos (privilegiados) afectados <sup>100</sup>, sin que los titulares de otros intereses puedan intervenir o sin que tengan unas posibilidades equivalentes de ejercer su influencia.

Sería errado excluir del análisis jurídico a dichas selectividades de intereses —esto es, fingir su inobjetablez—, en la medida en que, en el marco del control de fundamentación o fundamentabilidad del resultado de las decisiones <sup>101</sup>, no se presentan como vicios de orden jurídico. Una filosofía como ésta tal vez pueda ser oportuna en el marco del control judicial. Cuando se observa, sin embargo, que las normas contienen mandatos de optimización y también alojan opciones de conducta (*vid. supra D*), un planteamiento que sólo se fije en la *legalidad* del resultado obtenido (esto es, en la observancia de límites externos) e ignore las oportunidades de consenso que ofrece el *clearing* de los intereses ha de resultar muy insuficiente. La praxis de la acción consensual y cooperativa de la Administración constituye un indicador de que no se considera adecuada una fórmula de solución por medio de una decisión unilateral de la propia Administración y que incluso con frecuencia resulta enteramente inviable a la vista de la complejidad de los aspectos en juego. El desplazamiento de la responsabilidad por la «corrección» del resultado hacia los afectados representa además un germen de descarga del Estado. Ahora bien, ésta sólo es defendible desde puntos de vista de Estado social y democrático de Derecho siempre que el Estado siga siendo el fiduciario de los intereses comunitarios y actuando de instancia para la evitación del abuso de poder <sup>102</sup>. Una concepción de autorregulación social sólo resulta compatible con las exigencias del Estado social de Derecho cuando los poderes públicos se ocupan de evitar el problema del abuso de poder y de garantizar que los intereses se persiguen de forma adecuada a las normas. La creación de consenso no es un valor en sí, sino una de las varias vías para hacer realidad las tareas del Estado.

---

<sup>100</sup> Sobre la problemática, *vid. E. BOHNE: «Informales Verwaltungs- und Regierungshandeln als Instrument des Umweltschutzes - Alternativen zur Rechtsnorm, Vertrag, Verwaltungsakt und anderen rechtlich geregelten Handlungsformen?»*, en *Verwaltungsarchiv*, 75 (1984), 343, 372 y s.; W. HOFFMANN-RIEM: «Selbstbindungen der Verwaltung», en *VVDStRL*, 40 (1982), 187, 203 y ss.

<sup>101</sup> *Vid.* al respecto la n. 45.

<sup>102</sup> Sobre la necesidad de una garantía de la responsabilidad del Estado, *vid. W. HOFFMANN-RIEM: Konfliktmittler in Verhandlungen*, 1989, 54 y ss.

## 1. Creación de consenso y empleo del poder

Precisamente en los contextos político-ambientales la Administración ha tenido que aprender que los éxitos regulativos no se pueden alcanzar sólo por la utilización unilateral de su poder regulativo <sup>103</sup>. Así, por ejemplo, a la hora de vigilar instalaciones y comportamientos peligrosos para el medio ambiente, con frecuencia se encuentra abocada a informaciones proporcionadas por los propios vigilados, como también precisa de su iniciativa cuando de lo que se trata es de buscar alternativas realizables técnica y económicamente y a su predisposición para apoyarla al plasmar sus propósitos autoritarios. Con frecuencia no podrá imponer los proyectos discutidos más que si se esfuerza por apartar la protesta de terceros y (también) atender a sus intereses. Tiene que pedir, pues, la aceptación de sus decisiones. Con frecuencia la Administración intentó establecer una relación de cooperación a ser posible sobre bases duraderas no sólo, pero sí especialmente, con los titulares de instalaciones necesitadas de inspección y vigilancia. Esto se consigue con la mayor facilidad si los implicados sacan ventajas de su comportamiento cooperativo, lo que también implica riesgos. Así, una empresa afectada por medidas estatales que la gravan, por regla general sólo manifestará una predisposición consensual y cooperadora si la Administración también accede a sus deseos. También pretenderá aprovechar la comunicación con la Administración para transmitir su propia visión de la problemática, influir en las premisas de la negociación administrativa, hacer propaganda de una alternativa menos gravosa o cuando menos para adquirir un bono que utilizar a su favor en ulteriores decisiones <sup>104</sup>.

Las concesiones recíprocas producidas a través de las opciones de acción consentidas, sin embargo, no suelen gestarse como discursos libres de dominación, sino que son expresión de las correspondientes relaciones de mercado. Así, por ejemplo, el titular de un proyecto puede, si fuera necesario, «amenazar» con la obstrucción, con la activa-

<sup>103</sup> Una vez más hemos de remitirnos a los resultados de los estudios sobre implementación, *vid.* al respecto la n. 10.

<sup>104</sup> Sobre estas cuestiones y otras ventajas e inconvenientes de la cooperación y la consensuación, *vid.*, W. HOFFMANN-RIEM: *VVDStRL*, 40 (1982), 201 y ss.; *id.* (n. 102), 9 y ss.; H. BAUER: «Informelles Verwaltungshandeln im öffentlichen Wirtschaftsrecht», en *VerwArch*, 1987, 241, 250 y ss.; C.-E. EBERLE: «Arrangements im Verwaltungsverfahren», en *Die Verwaltung*, 1984, 439, 440 y ss.; P. KIRCHHOF: «Kontrolle der Technik als staatliche und privatliche Aufgabe», en *NVwZ*, 1987, 98, 102; E. BOHNE: *VerwArch*, 1984, 343, 344 y s., 352 y ss.; R. WOLF: *Der Stand der Technik*, 1986, 205 y ss.; G. LÜBE-WOLF: «Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht - Rechtsgrundsatz oder Deckmantel des Vollzugsdefizits?», en *NuR*, 1989, 295 y ss.; G. DAUBER: «Möglichkeiten und Grenzen kooperativen Verwaltungshandelns», en BECKKER-SCHWARZE (n. 24), 67 y ss.; H. BUSSFELD: «Informales Verwaltungshandeln - Chancen und Gefahren», en H. HILL (ed.): *Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen*, 1990, 39 y ss.

ción de sus aliados políticos, con recursos o con la negativa de informaciones o, en otro sentido, a cambio de una cesión de la Administración, brindar facilidades para una generosa imposición del consenso. De modo semejante, la Administración cuenta con sus propios potenciales de amenaza e intercambio. Ninguna de las dos partes acostumbra a referirse a esas capacidades de forma expresa, pero saben que es así.

De forma correspondiente, los derechos, los mandatos de acción y las opciones anclados en las normas jurídicas tienen durante la puesta en práctica de la acción de la Administración una calidad enteramente distinta que para los tribunales —o que para los estudiantes que sólo se han introducido en el ordenamiento jurídico desde la perspectiva judicial—. En el plano de los comportamientos cooperativos prácticos las normas jurídicas constituyen poder de intercambio y amenaza<sup>105</sup>. Su valor lo adquieren de modo mediato, pues, también por el sistema de tutela jurídica<sup>106</sup>, ya que, por ejemplo, el poder de amenaza que representan los recursos sólo es suficiente en la medida en que no se puede excluir que los tribunales habrán de apoyar la posición respectiva. Este poder de conminación puede emplearse incluso o precisamente cuando ambas partes temen sobremanera los recursos, como sucede por lo general en relaciones duraderas en el marco de instalaciones necesitadas de autorización y vigilancia.

Por lo demás, los manuales de Derecho administrativo apenas suelen tratar el Derecho como potencial conminativo y de negociación<sup>107</sup>, si prescindimos de la referencia a límites como el de la prohibición de atentar contra las buenas costumbres (así, por ejemplo, §§ 44.2.6.º y 59 *VwVfG*). Pero no por eso deja de ser real el recurso a posiciones de amenaza y negociación, tan difundido en la práctica<sup>108</sup>. El Derecho administrativo se limita a fingir que el poder jurídico de la Administración basta para imponer unilateralmente las decisiones de autoridad al objeto de no exponer a una presión indefendible por parte de

<sup>105</sup> Vid. G. WINTER: «Bartering Rationality in Regulation», en *Law and Society Review*, 19 (1985), 219 y ss.; *id.*: «Perspektiven des Umweltrechts», en *DVBl*, 1988, 664; R. WOLF (n. 104), 205 y ss., 232 y ss. P. ARNOLD: *Verwaltungsarchiv*, 1989, 125, 133, 135, 140 y s.; M. BULLING: *DÖV*, 1989, 277, 282 y ss.; J. H. BURMEISTER: *Der Schutz von Natur und Landschaft vor Zerstörung*, 1988, 164 y ss. y *passim*. ERICHSEN (n. 98), 370, remite al carácter de *do ut des*. Desde el punto de vista de la práctica, *vid.* el informe de N. BAHR y M. FUHR: «Der Fall "Basta". Ein Modell für Bürgerbeteiligung bei Genehmigungsverfahren», en *Öko-Mitteilungen*, 4/1986, 10 y ss.

<sup>106</sup> *Vid.*, por ejemplo, WOLF (n. 104), 255.

<sup>107</sup> De un modo mucho menos cauteloso procede, por lo demás, el resto de la bibliografía. *Vid.* las alusiones referidas *supra* n. 46, 100, así como, por ejemplo, C. BAUDENBACHER: «Kartellrechtliche und verfassungsrechtliche Aspekte gesetzersetzender Vereinbarungen zwischen Staat und Wirtschaft», en *JZ*, 1988, 689, 691, y, por supuesto, la bibliografía iussociológica, de la que podemos mencionar representativamente a K. F. RÖHL: *Rechtssoziologie*, 1987, 144 y s., 455 y ss., 473 y ss., 565 y s.

<sup>108</sup> Una vez más hemos de remitirnos a P. ARNOLD (n. 46) y M. BULLING (n. 46).

terceros o, en su caso, que las pocas normas de procedimiento —por ejemplo, las relativas a participación, derecho de audiencia, derecho de información sobre el expediente administrativo— resultan suficientes para neutralizar las posiciones de poder de cada uno de los implicados (de los promotores de los proyectos, por ejemplo).

La bibliografía científico-social acerca de la autonomía real de la acción del Estado y, en especial, sobre las relaciones de fuerza entre Administración y economía <sup>109</sup>, justifica que se tengan dudas sobre si se puede operar siempre con la hipótesis de un mayor poder estatal o, cuando menos, de una posición de poder equivalente del Estado frente a influyentes promotores privados de proyectos. Cuando la premisa del poder suficiente del Estado se convierte en una mera ficción y un sujeto particular adquiere un poder de intervención inadecuado surge el peligro de la selectividad de intereses y, por consecuencia, de que se malogren los objetivos de bien común. Y cuando los objetivos se acoplan —como frecuentemente sucede— con renuncias a los recursos, desaparece incluso la posibilidad de control.

Un problema especial es el que surge con el riesgo de obtenidos a cargo de terceros y, con ello, a través de la conversión de situaciones multipolares de intereses en sistemas bipolares de negociación y consensuación. En los procesos de consensuación quienes no participan en ellos tienen pocas oportunidades de introducir sus propios intereses con éxito. El *clearing* consensual de intereses amenaza en tales casos con resultar demasiado corto también desde el punto de vista de los contenidos. Cuando las consultas consensuales se producen con exclusión de terceros afectados, se hace altamente probable que el consenso que se ha alcanzado bipolarmente acto seguido venga defendido por la Administración y los promotores privados de los proyectos frente a terceros —cosa que sucede, por ejemplo, con los procedimientos aún pendientes de concreción de planeamientos—. La plasmación del consenso que ha de seguir puede, pues, convertirse con facilidad en una mera ratificación ritual del consenso. En la medida en que hay terceros con derechos de participación y posibilidades de tutela jurídica o que pueden movilizar apoyos políticos todavía queda una cierta, pero por lo general reducida, oportunidad de ejercer influencia. Las oportunidades en este sentido, sin embargo, habrían sido mayores en caso de haber conseguido aprovechar su potencial de conminación para imponer su participación en la consensuación previa. Contar con derechos de participación y de reclamación constituye una ayuda impor-

<sup>109</sup> Vid. a este respecto las referencias de la n. 64, así como W.-D. NARR (ed.), *Politik und Ökonomie - Autonome Handlungsmöglichkeiten des politischen Systems*, número especial 6/1975 de la *Politische Vierteljahresschrift*; C. OFFE: «Politische Herrschaft und Klassenstruktur», en G. KRESS y D. SENGHAAS (eds.): *Politikwissenschaft. Zur Analyse spätkapitalistischer Gesellschaftssysteme*, 1972, 135 y ss., así como las colaboraciones contenidas en ELLWEIN *et al.* (n. 11).

tante para la apertura del consenso en sus aspectos procedimentales y de contenido a todos quienes en el ordenamiento jurídico vienen reconocidos como afectados. Si se llega a ver que la participación en la búsqueda (por lo general informal) del consenso es un factor relevante en cuanto a la dirección y control del resultado decisorio, el siguiente paso que se sugiere es el de considerar como una deficiencia jurídica grave la no participación en este plano, siendo indiferente a este respecto que se plasme o no de una manera mensurable en el resultado de la decisión en cuestión <sup>110</sup>.

La participación, sin embargo, no basta por sí sola, ya que los desequilibrios de poder también pueden repercutir en los mismos procesos de creación de consenso. Por eso, es importante que se prevean garantías frente a esos desequilibrios, por ejemplo, en relación con las debilidades que se puedan apreciar para acceder al saber de los expertos o a otras informaciones importantes. En todo caso, en este punto se requieren medidas de apoyo. Como instrumento para la contención del poder son recomendables también precauciones tradicionales, como el refuerzo en la generación de transparencia y la introducción de potenciales de contrarrestación del poder a través del reconocimiento de derechos de participación <sup>111</sup>. En la medida en que para la decisión también son relevantes intereses (objetivos) no individualizados, cobran importancia las posibilidades de su realización, como la que, por ejemplo, representaría la extensión de la participación y derecho de impugnación de asociaciones y grupos. Sólo de esta manera se puede conseguir pasar de un procedimiento de ajuste y composición de intereses orientado en términos exclusivamente antropocéntricos a otro también centrado ecológicamente <sup>112</sup> o contemplar también los intereses de las futuras generaciones <sup>113</sup>. Que la Administración asuma fiduciariamente estos intereses o que los pueda asumir es algo que se vuelve tanto más improbable cuanto más intensamente se esfuerza por ob-

---

<sup>110</sup> Ha de bastar la posibilidad de atacar el defecto a lo largo del proceso decisorio y, por ende, con repercusión en el resultado. Aun en el caso de que el resultado decisorio al que se ha llegado quede todavía dentro de los márgenes de lo legal, una transgresión del procedimiento ha de conducir a la antijuricidad del resultado. Por tanto, es necesario referirnos aquí al planteamiento jurídico formulado en relación con la anulación de un acto administrativo en el § 46 VwVfG, que también se ha de aprovechar cuando se trató de la forma de proceder en los estadios preliminares de un acto administrativo. Para la interpretación y aplicación del § 46 VwVfG, *vid.* las referencias contenidas en la n. 25.

<sup>111</sup> A este respecto, y específicamente en relación con la esfera de la producción de normas, *vid.* E. DENNINGER: *Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Normsetzung im Umwelt- und Technikrecht*, 1990, 170 y ss.

<sup>112</sup> Sobre la diferencia entre ambos modelos, *vid.* HOPPE y BECKMANN (n. 14), 20 y s.

<sup>113</sup> Sobre la necesidad de proteger también estos intereses, *vid.* W. SALADIN y C. A. ZENGER: *Rechte künftiger Generationen*, 1988; H. HOFFMANN: «Nachweltschutz als Verfassungsauftrag», en *ZPR*, 1986, 87 y ss.

tener el consenso (sólo) de determinados titulares de intereses <sup>114</sup>. La Administración podría incluso verse tentada a utilizar la renuncia a la protección fiduciaria de los intereses como «pieza de cambio» para una cesión por parte de otros implicados, los promotores de un proyecto, por poner un ejemplo <sup>115</sup>.

## 2. Decisiones consensuales singulares

### a) Formas de presentación

El consenso se persigue tanto a la hora de establecer normas (a este respecto *vid. infra* 3) como de adoptar decisiones concretas y singulares. Decisiones consensuales singulares las hay con diferente intensidad de eficacia vinculante y en diferentes formas de acción con inclusión de los contratos de Derecho público y los actos administrativos consentidos.

Esta búsqueda de consenso no fue hasta la fecha algo problemático en la medida en que por esta vía no se generaban vicios de orden jurídico en el resultado de la decisión. Las objeciones derivan, pues, del hecho de que las negociaciones consensuales entrañan unos riesgos acrecentados de elección de opciones que no están previstas o incluso vienen desaprobadas por el ordenamiento jurídico. En una zona límite problemática se mueve, por ejemplo, la tolerancia temporal por parte de los organismos administrativos de rebasamiento de los valores máximos o mínimos o la renuncia, también temporal, a la implementación de medidas de protección del medio ambiente para —en compensación— alcanzar mejoras como, pongamos por caso, determinados saneamientos de instalaciones antiguas. En conjunción con las empresas y recurriendo argumentativamente a la interdicción del exceso, la Administración alemana ha desarrollado una notable creatividad a la hora de imaginar tales construcciones y establecer consensos <sup>116</sup>. También hay propuestas de sistematización. Así, por ejemplo, el anterior jefe de Gobierno de Stuttgart, M. Bulling, particularmente amigo de contactos con los medios de comunicación, propone una clasificación de los acuerdos en «prenegociaciones, arreglos o compromi-

<sup>114</sup> Acerca de esta problemática, *vid.* H. TREIBER: «Probleme der Neutralität staatlichen Handelns; Sicherung von Akzeptanz», en W. HOFFMANN-RIEM y E. SCHMIDT-ASSMANN (eds.): *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen*, vol. II, 1990, 287 y ss.

<sup>115</sup> *Vid.* los temores expresados a este respecto por G. WINTER (n. 105), 219 y ss.

<sup>116</sup> De entre la bibliografía *vid.* las referencias contenidas *supra* en n. 46, así como, E. BOHNE (n. 100); H. D. JARASS: «Effektivierung des Umweltschutzes gegenüber bestehenden Anlagen», en *DVBt*, 1985, 193 y ss.; *id.*: «Reichweite des Bestandschutzes industrieller Anlagen gegenüber umweltrechtlichen Massnahmen», en *DVBt*, 1986, 314 y 320 s.

sos (*arrangements*), pactos (*agreements*) y contratos <sup>117</sup> y se muestra interesado por conseguir una regulación «a la medida» de cada una de estas figuras. No sólo los mismos conceptos, con sus innegables resonancias francesas y anglosajonas, están dando a entender que no han pasado el filtro de la conceptualidad alemana establecido en el procedimiento legislativo, por no decir el proceso de la legislación democrática. También se esbozan estrategias utilizables con flexibilidad de sabiduría práctico-administrativa cuyos resultados pueden contar a buen seguro con el aplauso político, pero que no siempre se encuentran a la altura de los raseros tradicionales del Derecho administrativo <sup>118</sup>. Como quiera que, por razón de los vínculos establecidos por la vía del consenso, son inmunes frente al control judicial <sup>119</sup>, amenaza con prender aquí una forma de «ilegalidad utilizable» <sup>120</sup> en clave política ante la que además de los tribunales también se encuentra desarmada la ciencia del Derecho administrativo con todo su bagaje académico <sup>121</sup>.

El dato de unas negociaciones informales que casi siempre son también consensuales indica una necesidad práctica de modos de proceder flexibles y, sobre todo, de nuevas fórmulas de solución que optimicen los intereses. Esta necesidad se ha de tomar en serio y no ha de considerársela ficticiamente irrelevante a causa de su satisfacción en las sombras del Derecho establecido académicamente. Posiblemente sólo vaya serpenteando el Derecho administrativo tradicional porque este campo del Derecho ha dejado de estar a la altura de las actuales exigencias de la moderna actuación de la Administración. Se impone proceder a una reforma del Derecho administrativo que ayude a satisfacer esa necesidad sin dejar en evidencia a la fuerza vinculante de la ley y saltarse otros mecanismos de garantía característicos del Estado de Derecho.

---

<sup>117</sup> *Vid. supra* n. 46.

<sup>118</sup> También manifiesta objeciones a este respecto H. D. JARASS: *DVBl*, 1986, 314 y 320.

<sup>119</sup> JARASS: *DVBl*, 1986, 314 y 340.

<sup>120</sup> Tomo el concepto de N. LUHMANN: «Lob der Routine», en *VerwArch*, 55 (1964), 1, 15; cfr. también F. WAGENER: «Der öffentliche Dienst im Staat der Gegenwart», en *VVDStRL*, 37 (1979), 215 y 243.

<sup>121</sup> La bibliografía jurídica está muy afanada por contornear los límites jurídicos (*vid. supra* nn. 96, 99, 104), pero topa a tal efecto con dificultades considerables y se muestra particularmente impotente en la medida en que la cooperación conduce a la exclusión del control judicial o público.

## b) *Requisitos de legalidad y necesidad jurídica de adaptación*

Quedan todavía muchas cuestiones por aclarar. Así, la acción consensual de la Administración opera frecuentemente con vínculos fácticos<sup>122</sup>. En el *Flachglasurteil*<sup>123</sup> el Tribunal Administrativo Federal ha desarrollado criterios de legalidad en relación con este tipo de vínculos. Según esa sentencia, los vínculos previos de una conducta planificadora resultan inobjetables cuando están justificados objetivamente, se han adoptado preservando el orden jurídico competencial de la planificación y son impecables en cuanto a su contenido (esto es: ¡desde la perspectiva del resultado!). Estas piezas maestras son trasladables por principio a ámbitos fuera del control de la planificación; por lo demás, las fórmulas utilizadas arrojan considerables problemas de operatividad. Por encima de ello, los requisitos de legalidad desarrollados se adecúan sobre todo al control jurisdiccional de los vicios, pero apenas valen para el gobierno optimizador del comportamiento de la Administración. En el caso de que algunos de los intereses legitimados para tomar parte en el procedimiento formal queden excluidos, por ejemplo, del proceso informal de ajuste, esto puede influir decisivamente en la forma de la elección de las alternativas, aunque en el marco del control de fundamentación posterior en relación con la decisión formal no haya de apreciarse ningún defecto de ponderación objetable. Por ello, ha de asegurarse que tales vicios de procedimiento no han de perder su relevancia jurídica aun cuando el resultado alcanzado se mueva dentro de los márgenes jurídicos del resultado<sup>124</sup>.

Pero, además, también se impone integrar la forma de acción que es el vínculo anticipado en el sistema del Derecho administrativo y, a tal efecto, regular también jurídico-materialmente unos requisitos de legalidad adecuados. Ni siquiera como remedio de transición resultaría aceptable que los distintos niveles de intensidad del vínculo practicados por la Administración se extrajeran de la dogmática jurídico-administrativa. No es convincente que se haga referencia a que los vínculos sólo tienen relevancia jurídica en la medida en que se adecúan al arsenal tradicional de la Ley de Procedimiento Administrativo. Así, sin necesidad de recurrir a los §§ 54 y ss. *VwVfG*, debería ser admisible

<sup>122</sup> Vid. E. BOHNE: *VerwArch*, 75 (1984), 231; W. HOFFMANN-RIEM: *VVDStRL*, 40 (1982), 194 y ss.; R. STEINBERG: «Komplexe Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag», en *DÖV*, 1982, 619 y 626; *Umweltgutachten*, 1978, Tz. 1540; 1987, Tz. 167.

<sup>123</sup> *BVerwGE*, 45, 309, 320 y ss.; vid. también *BVerwG DÖV*, 1981, 878 *BauR*, 1982, 30, 31 y s.; 75, 214, 230 y s.; *OVG Münster*, *BauR*, 1977, 100, 101; *BGZH*, 66, 322, 326.

<sup>124</sup> Con toda razón se propone, pues, ver en la participación de los terceros afectados un presupuesto de legalidad de los vínculos fácticos. Cfr. J. ERBSEN: «Der Bauplanungsgarantievertrag - Ein neues Mittel vertraglicher Bindung der Gemeinde bei der Bauleitplanung?», en *JZ*, 1985, 57, 59; E. BOHNE: *VerwArch*, 75 (1984), 194 y 224.

adoptar acuerdos orales y escritos <sup>125</sup> que hagan referencia a detalles procedimentales y materiales o también a la determinación de objetivos, a fechas clave, normas de procedimiento, etc. <sup>126</sup>, y que deban cerrarse con la voluntad de vinculación práctica, si bien sin la posibilidad de recurrir a sanciones jurídicas. Han de estar (todavía) exentas de revisión sobre la base del ordenamiento jurídico, ya que se dirigen a una ulterior plasmación en autorizaciones, acuerdos de concreción de planeamientos o contratos de Derecho público. Aquí se desarrolla un cuasi-derecho del que no se ha de excluir que soslaye los impulsos directivos y las garantías del Estado de Derecho del Derecho escrito. Así como en Derecho civil han surgido las figuras jurídicas de los compromisos precontractuales y de las relaciones jurídicas de hecho, en el Derecho público de lo que se ha de tratar es de fijar los requisitos y las consecuencias jurídicas de las conductas consensuadas también, aunque no tengan todavía cabida inmediata en las formas tradicionales de acción del Derecho administrativo <sup>127</sup>. Sin su anclaje jurídico (y, por ello mismo, dogmático-jurídico), lo que amenaza es una entrega de las relaciones de poder extraestatales, así como las correspondientes selectividades a la hora de hacer valer los intereses <sup>128</sup>.

Esto vale especialmente cuando los vínculos fácticos se escogen para consensos que no tendrían acceso a una vinculación de orden jurídico. Ahora bien, a la vista de los mandatos de optimización del Derecho esto vale también cuando los consensos se mantienen dentro del margen de lo que todavía no es ilegal <sup>129</sup>.

Tal vez sirva a la causa de la protección del medio ambiente que la Administración aproveche su poder decisorio, pongamos por caso, en orden a la autorización de una nueva instalación para alcanzar el saneamiento de otra o la imposición más fácil de otros deberes que de otro modo se piensa que no se podría conseguir. Ahora bien, ¿acaso es tolerable en un Estado de Derecho que la Administración busque cobijo en la ilegalidad, esto es: que acepte acuerdos con vínculos fá-

<sup>125</sup> A este respecto se hace mención de correspondencia confirmatoria de notas y actas de reuniones aceptadas como correctas o también declaraciones conjuntas, *vid.* M. BULLING: *DÖV*, 1989, 280 y n. 20.

<sup>126</sup> M. BULLING: *DÖV*, 1989, 277 y 281.

<sup>127</sup> Anterior es propiamente la exigencia de un Derecho especial de la contratación administrativa; a este respecto, *vid.* por todos E. SCHMIDT-ASSMANN: «Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns», en *DVBl*, 1989, 533, 535 (y en este mismo número, bajo el título de «La legitimación de la Administración como concepto jurídico»).

<sup>128</sup> Este riesgo no desaparece porque los implicados por parte del Estado actúen con la conciencia de tener que comportarse correctamente; así, por ejemplo, *vid.* M. BULLING: *DÖV*, 1989, 277 y ss., 288 y ss.

<sup>129</sup> Los requisitos de legalidad tratados en el borrador de parte general del código ambiental (n. 9), 160 y s. (memoria justificativa), merecen aprobación. Sin embargo, sería adecuado establecer normativas expresas, ya que los requisitos esbozados en modo alguno disfrutaban de aceptación general.

ticos que no podría aceptar si de vinculaciones jurídicas se tratara? ¿Qué contraprestaciones tiene que hacer para inducir a las otras partes del acuerdo a un «exceso» en el cumplimiento de los objetivos estatales legalmente regulados? <sup>130</sup>. Si se llegara a evidenciar que hay posibilidades de acción que llevan a una mejor realización de objetivos públicos, como los del medio ambiente, que el ordenamiento jurídico no persigue suficientemente, en tal caso habría que examinar hasta qué punto no están las normas vigentes necesitadas de reforma. En este contexto se debería comprobar también, por ejemplo, si las necesidades de acoplamiento surgidas en la práctica se pueden satisfacer por medio de una suavización de la prohibición en tal sentido (§§ 36.3, 56. 1 *VwVfG*) o, en su caso, hasta qué punto esa prohibición sigue teniendo justificación <sup>131</sup>. Ahora bien, el resultado de este examen lo debe traducir el legislador en institutos jurídicos inobjetables. En la medida en que las normas se muestran a este respecto contraproducentes o disfuncionales, es recomendable su revisión, al objeto de procurar tanto más afanosamente la observancia de la norma una vez que ésta se ha rectificado <sup>132</sup>.

La actuación consensual de la Administración lleva especialmente a una revitalización de la figura del contrato de Derecho público (§§ 54 y ss. *VwVfG*, también § 124 *BauuGB*) <sup>133</sup>, que la propia ley de procedimiento administrativo ha tratado con cierto desdén, en la línea siempre de Otto MAYER, a quien la figura resultaba sospechosa <sup>134</sup>. En otros ordenamientos jurídicos —en el francés, por ejemplo, y más claramente en los de los países del sur de Europa— el contrato de Derecho público se ha establecido como una forma de acción perfectamente desarrollada. El Derecho administrativo alemán les va a la zaga renqueando y amenaza con quedar —a lo más tardar a partir de 1993, debido a los impulsos del mercado único europeo— en situación de retraso y

<sup>130</sup> Así la formulación de M. BULLING: *DÖV*, 1989, 277, 288.

<sup>131</sup> Sobre la prohibición de acoplamiento, *vid. BVerwGE*, 42, 331, 338 y ss.; C. DEGENHART: «Der öffentlich-rechtliche Abfindungsvergleich», en *NVwZ*, 1982, 71, 74; V. GÖTZ: «Hauptprobleme des verwaltungsrechtlichen Vertrages», en *JuS*, 1970, 1, 5 y s.

<sup>132</sup> HOFFMANN-RIEM (n. 102), 72 y ss.

<sup>133</sup> *Vid. W. BEYER: Der öffentlich-rechtliche Vertrag, informales Handeln der Behörden und Selbstverpflichtung Privater als Instrumente des Umweltschutzes*, tesis doctoral, Colonia, 1986; P.-M. ESFRATION, *Die Bestandskraft des öffentlich-rechtlichen Vertrags*, 1988; E. SCHMIDT-ASSMANN y W. KREBS: *Städtebauliche Verträge*, 1988; J. PUNKE: *Verwaltungsbandeln durch Vertrag*, tesis doctoral, Kiel, 1988; H. MAURER y B. HÜTTER: *Die Praxis des Verwaltungsvertrages im Spiegel der Rechtsprechung*, 1989; H. MAURER: «Der Verwaltungsvertrag - Probleme und Möglichkeiten», en *DVBf*, 1989, 798 y ss.; U. DI FABIO: «Vertrag statt Gesetz?», en *DVBf*, 1990, 338 y ss.; W. ERBGUTH y A. RAPSCH: «Der öffentlich-rechtliche Vertrag in der Praxis», en *DÖV*, 1992, 45 y ss.; H. W. RENGELING y M. GELLERMANN: «Kooperationsrechtliche Verträge im Naturschutzrecht», en *ZG*, 1991, 317 y ss.

<sup>134</sup> *Vid. O. MAYER: «Zur Lehre vom öffentlich rechtlichen Verträge»*, en *AÖR*, 3 (1988), 3 y ss.; ERGUTH y RAPSCH (n. 133); RENGELING y GELLERMANN (n. 133).

expuesto a la necesidad de adaptación también en lo que concierne al arsenal de formas jurídicas de acción.

La acción consensual de la Administración en forma de un acto administrativo negociado y consensuado en sus contenidos se encuentra muy difundida en cuestiones, por ejemplo, como la autorización de proyectos. La generalmente habitual subsunción de tales procesos de negociación exclusivamente bajo las rúbricas de asesoramiento e información (*vid.*, en este sentido, el § 25 *VwVfG*) muestra impotencia ante la práctica de la acción consensual de la Administración y conduce a tapar el problema del poder. A la vista de su necesidad de contar con aceptación, parece no haber más remedio que reconocer el acto administrativo consensuado como una especial forma de la actividad administrativa. A este tipo de acto administrativo se lo ha de clasificar en el contexto de una relación jurídica de negociación que viene caracterizada por la presencia de un manajo de derechos y deberes recíprocos, establecidos por lo general de forma duradera. A todo ello ha de clarificarse si y en qué medida el acto administrativo consentido por los afectados ha de tratarse de modo distinto a los actos administrativos no consentidos. Por ello, en una revisión judicial de la ponderación un determinado consenso podría ser utilizado, por ejemplo, como un indicio irrefutable de que los asuntos de las partes implicadas en el acuerdo han sido contemplados debidamente, mientras que podría estar indicada una revisión intensificada de la ponderación con vistas a los intereses de terceros no envueltos en el consenso.

Ahora bien, siempre se han de respetar las necesidades de flexibilidad, que es lo que ha llevado a los modos de proceder informales. Equivocada resultaría una nueva formalización que provocara inevitablemente nuevas estrategias para soslayar las formas. Esto no excluye la búsqueda de garantías de la concretización del bien común. Por ello mismo, no se recomienda la eliminación de la diversidad de opciones, pero sí la compensación de los fallos de la programación normativa por medio de precauciones adecuadas de índole organizativa y procedimental.

El examen de compatibilidad ambiental <sup>135</sup> —exigido por el Derecho comunitario europeo y plasmado en la correspondiente ley (siglas alemanas: *UVPG*) <sup>136</sup>— podría crear un punto de arranque para la mejora de la depuración multipolar y consensual de los intereses en jue-

<sup>135</sup> Sobre este examen de compatibilidad ambiental, *vid.* J. CUPEI: *Umweltverträglichkeitsprüfung*, 1986; T. BUNGE: *Die Umweltverträglichkeitsprüfung im Verwaltungsverfahren*, 1986; H. D. JARASS: *Die Umweltverträglichkeitsprüfung bei Investitionsvorhaben*, 1987; *id.*: «Die Umsetzung der EG-Richtlinie zur UVP in nationales Recht», en *KritikV*, 1991, 7 y ss.; W. ERBGUTH: «Das UVP-Gesetz des Bundes», en *Die Verwaltung*, 1991, 283 y ss.

<sup>136</sup> Los §§ 36 y ss. del borrador de código ambiental (n. 9) contienen ligeras desviaciones que apuntan, en especial, a una participación más temprana, pero enteramente limitada, de la esfera pública; *vid.* la memoria justificativa del código, esp. 326 y ss.

go. Así, la puesta de acuerdo sobre el marco del examen (§ 5 UVPG) no ha de limitarse a unas negociaciones bilaterales entre el promotor del proyecto y el organismo competente, sino que también podría incluirse en este proceso a terceros<sup>137</sup>. En todo caso, la participación de la esfera pública se ha de ordenar dentro del marco de las normas sobre participación pública en los procedimientos de concreción de planeamiento, sólo parcialmente susceptibles de aplicación a este otro caso, como se puede apreciar, a título de ejemplo, en el plazo de examen fijado en el § 9.1, inc. 2, UVPG, apenas apto para una depuración de los intereses en juego tanto por lo que hace a sus aspectos puramente cronológicos como a sus condiciones enmarcantes de hecho<sup>138</sup>. Ha de ponerse en duda que esto ayude a crear posibilidades suficientes, sobre todo anticipadas y multipolares, de depuraciones de intereses.

c) *En especial: empleo de mediadores de procedimiento y de conflicto*

Al mismo tiempo que se hacen esfuerzos en pro de una racionalidad administrativa orientada hacia el consenso, también se debería tratar de desarrollar nuevos procedimientos de creación de consenso y someterlos a prueba, inicialmente mediante ensayos «de laboratorio». Se insinúa así la posibilidad de integrar en el Derecho administrativo alemán los planteamientos de mediación en conflictos por parte de terceros (*mediation*) ya experimentados con notable éxito en los países de la órbita anglosajona y utilizados ocasionalmente también en Alemania y otros países europeos<sup>139</sup>. El § 5, inc. 2, UVPG y los §§ 54.5 y 73. 2e del borrador del código ambiental acogen germinalmente esa idea<sup>140</sup>.

<sup>137</sup> A todo ello, el concepto de «terceros» no se reduce a los afectados por las repercusiones del proyecto en cuestión, no debiéndose excluir que también pudieran intervenir mediadores (*vid. infra c.*).

<sup>138</sup> Para una crítica de la práctica relativa al plazo de examen, cfr., por ejemplo, R. STREINTZ: «Materielle Präklusion und Verfahrensbeteiligung im Verwaltungsrecht», en *VerwArch*, 79 (1988), 272, 311 y ss.; HOFFMANN-RIEM y RUBBERT (n. 55), 30 y s.

<sup>139</sup> Sobre esto, *vid.* con más detalle HOFFMANN-RIEM (n. 102); B. HOLZNAGEL: *Konfliktlösung durch Verhandlungen*, 1990; *id.*: «Der Einsatz von Konfliktmitlern, Schiedsrichtern und Verfahrenswaltern im amerikanischen Umweltrecht», en *Die Verwaltung*, 1989, 421 y ss.; A. BENZ: «Verhandlungen, Verträge und Absprachen in der öffentlichen Verwaltung», en *Die Verwaltung*, 1990, 83 y ss.; L. SUSSKIND y J. CRUIKSHANK: *Breaking the Impasse. Consensual Approaches to Resolving Public Disputes*, 1987; D. J. MAY: *The Politics of Environmental Mediation*, 1987; W. HOFFMANN-RIEM y E. SCHMIDT-ASSMANN (eds.): *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen*, vols. I y II, 1990; W. BROHM: «Verwaltungsverhandlungen mit Hilfe von Konfliktmitlern», en *DVBf*, 1990, 321 y ss.; M. STRIEGNITZ: «Mediation: Lösung von Umweltkonflikten durch Vermittlungen», en *ZAU*, 1990, 51 y ss.

<sup>140</sup> El borrador de código ambiental (n. 9) prevé —en correspondencia con ello— la posibilidad de experimentaciones de estos planteamientos en el plano del derecho de los *Länder*, *vid. así* § 54.4 y la memoria justificativa, p. 275.

En situaciones cargadas de conflictividad los agentes estatales con frecuencia sólo tienen un éxito limitado en sus propósitos de organizar procesos multipolares de consensuación. Incluso aunque se hagan grandes esfuerzos por conseguir la neutralidad <sup>141</sup>, a causa de la multiplicidad de vinculaciones previamente existentes, miramientos y entramados comunicativos, con frecuencia resulta difícil acoger de una manera imparcial y completa a los distintos intereses o, en su caso, introducirlos en el marco de un compromiso que sea aceptable para el mayor número posible de afectados. La neutralidad no está garantizada, cuando menos, en la percepción de los terceros <sup>142</sup>. Un mediador para procedimientos y conflictos exterior y aceptado como neutral por todos los implicados podría coadyuvar en una situación así a estructurar el *clearing* de los intereses y especialmente a captar el potencial de conflicto, así como a hacer reconocibles las líneas de consenso y disenso y formular propuestas de compromiso entre los intereses. No ha de ser competente para la solución material —esto es: no debe poder asumir el papel de un árbitro—, de manera que la responsabilidad en última instancia del organismo administrativo correspondiente no se ve conmovida. Ahora bien, entre sus funciones está la de actuar moderadamente y, para ello, posibilitar un consenso más allá del círculo de los implicados y cuidar de que las constelaciones de poder sociales se reflejen lo menos posible en el proceso de la negociación <sup>143</sup>.

### 3. Procedimientos consensuales de normación y sustitución de normas

Esfuerzos por lograr consenso se dan, por lo demás, no sólo en el ámbito de las decisiones de casos concretos o singulares, sino también a la hora de establecer normas de Derecho externo o interno y cuando se trata de crear substitutivos de normas. Es así como se hace que «círculos implicados» intervengan en la formulación de disposiciones administrativas y reglamentos (cfr. los §§ 7 y 48, en conexión con el § 51 *BImSchG*) y, a la inversa, que determinadas normativas privadas, como, por ejemplo, reglas técnicas, sean dictadas en consenso con el Esta-

<sup>141</sup> Sobre el deber de neutralidad, *vid. BVerwGE*, 75, 214, 230 y s.; E. SCHMIDT-ASSMANN: «Konfliktmittlung in der Dogmatik des Deutschen Verwaltungsrechts», en HOFFMANN-RIEM y SCHMIDT-ASSMANN (n. 114), vol. II, subraya con razón que el problema de la neutralidad solamente es un punto marginal en relación con el problema capital de la exposición e introducción de intereses en el proceso decisorio. En esta medida, SCHMIDT-ASSMANN entiende la mediación en conflictos también como una «garantía de generación de los derechos subjetivos».

<sup>142</sup> *Vid. supra*, n. 114.

<sup>143</sup> E. SCHMIDT-ASSMANN (n. 141) diferencia como función del mediador en conflictos la «ayuda al entendimiento, a la formulación y a la exposición». Yo subrayaría, con autonomía propia, la ayuda a la neutralización de los desequilibrios de poder, que en todo caso ha de repercutir en todos los planos aludidos por SCHMIDT-ASSMANN.

do<sup>144</sup>. También sucede que el Estado renuncia expresamente a algunas normas y acepta compromisos de autolimitación<sup>145</sup> cuyo contenido ha sido negociado anticipadamente con él<sup>146</sup>. El procedimiento de la emanación de normas se encuentra claramente descuidado por el ordenamiento jurídico-administrativo. Esto es así no sólo en lo que concierne a reglamentos jurídicos y disposiciones administrativas, sino también a normas dictadas por particulares, pero consentidas por el Estado. A la vista del significado de esta clase de normas y del hecho mismo de la producción normativa, esta circunstancia representa una importante insuficiencia desde el punto de vista del Estado de Derecho<sup>147</sup>.

Esto vale en especial medida para las reglas técnicas y la fijación de valores límite, que contienen ciertamente referencias a conocimientos científicos, pero también implican además una diversidad de decisiones normativas acerca de la relevancia de la ciencia, sobre el nivel de seguridad pretendido, el riesgo asumible y en general las situaciones fijadas como metas<sup>148</sup>, que en un Estado de Derecho no deben

<sup>144</sup> En torno a estas últimas normativas, *vid.* P. MARBURGER: *Die Regeln der Technik im Recht*, 1979; M. MÜLLER-FOELL: *Die Bedeutung technischer Normen für die Konkretisierung von Rechtsvorschriften*, 1987; A. RITTSTIEG: *Die Konkretisierung technischer Standards im Anlagerecht*, 1982; H. J. KOCH: *Grenzen der Rechtsverbindlichkeit technischer Regeln im öffentlichen Baurecht*, 1986; P. FISCHER: *Umweltschutz durch technische Regeln*, 1989.

<sup>145</sup> *Vid.* a este respecto HARTKOPF y BOHNE (n. 82), 220 y ss., 451 y ss.; HOPPE y BECKMANN (n. 14), 159; J. OEBBECKE: «Die staatliche Mitwirkung gesetzesanwendende Vereinbarungen», en *DVBt*, 1986, 793 y ss.; J. BECKER: «Informales Verwaltungshandeln zur Steuerung wirtschaftlicher Prozesse im Zeichen der Deregulierung», en *DÖV*, 1985, 1003, 1010; C. BAUDENBACHER, en *JZ*, 1988, 896; J. HILBERT y H. VOELZKOW: «Umweltschutz durch Wirtschaftsverbände?», en M. GLOGOW (ed.): *Gesellschaftssteuerung zwischen Korporatismus und Subsidiarität*, 1984, 140 y ss.; H.-J. MÜGGENBORG, en *NVwZ*, 1990, 909 y ss.; J. SCHERER: «Rechtsprobleme normersetzender "Absprachen" zwischen Staat und Wirtschaft am Beispiel des Umweltschutzes», en *DÖV*, 1991, 1 y ss.

<sup>146</sup> Un autocompromiso de este tipo puede llegar hasta publicarse en el *Bundesanzeiger* (en siglas: *BAnz*; diario oficial de avisos y, en cierto sentido, complemento del *Bundesgesetzblatt*, que sólo publica normas generales: leyes, reglamentos y acuerdos internacionales. N. del T.); cfr. *BAnz*, núm. 40a, de 25 de febrero de 1989 —en este caso, la publicación tuvo lugar manifiestamente porque se trataba de sustituir un reglamento jurídico previsto como regla general en la ley (esto estaba anunciado ya en la memoria justificativa del borrador de la primera ley de reforma de la Ley de Detergentes, *vid.* *BT-Drs* 10/5503, p. 17)—. Previamente habían tenido lugar negociaciones intensas con la contraparte estatal. Es así como se generó un autocompromiso de la industria (química) consentido por el Estado. Más detallado sobre este particular es E. BOHNE: «Recent Trends in Informal Environmental Conflict Resolution», en HOFFMANN-RIEM y SCHMIDT-ASSMANN (n. 96), 217, 222 y s.

<sup>147</sup> *Vid.* por todos J. PIETZKER: *VVDStRL*, 41 (1983), 218 y s.; DENNINGER (n. 111); G. LÜBBE-WOLF: «Verfassungsrechtliche Fragen der Normsetzung und Normkonkretisierung im Umweltrecht», en *ZG*, 1991, 219 y ss.

<sup>148</sup> *Vid.*, por ejemplo, R. WOLF (n. 104), 138 y ss.; R. MAYNTZ: «Entscheidungsprozesse bei der Entwicklung von Umweltstandards», en *Die Verwaltung*, 1990, 137 y ss.; en especial, por lo que se refiere a las reglas técnicas, C. GUSY: «Wertungen und Interessen in der rechnerische Normung», en *UPR*, 1986, 241 y ss.; en lo concerniente a valores límite *vid.* los trabajos reunidos en: G. WINTER (ed.): *Grenzwerte. Interdisziplinäre Untersuchungen zu einer Rechtsfigur des Umwelt-, Arbeits- und Lebensmittelschutzes*, 1986.

quedar abandonadas en manos de los expertos ni de los círculos de la industria concernidos. Esta afirmación no es predicable sólo de las reglas de las organizaciones privadas que dictan normas, sino también de las reglas técnicas y *standards* medioambientales elevados por el Estado a la categoría de disposiciones administrativas, como es el caso, por ejemplo, de la *TA-Luft*. La problemática queda más bien ocultada por su clasificación —insostenible desde puntos de vista teórico-científicos y jurídicos— como «dictámenes de expertos anticipados»<sup>149</sup>, ya que de este modo se desvía la atención de la circunstancia de que aquí, entre otras cosas, se están adoptando decisiones valorativas de carácter político. La catalogación de los valores límite establecidos de modo general como «disposiciones administrativas de concretización de normas»<sup>150</sup>, aunque percibe el carácter valorativo, en principio no hace sino crear una fórmula problemática adicional que predominantemente se dirige a la cuestión de la competencia revisora jurisdiccional.

Las vías decisorias practicadas hasta la fecha dejan intactos algunos desequilibrios, por lo que deberían considerarse como una de las causas de la tan frecuentemente criticada proximidad a los intereses de la industria, en la que también los aspectos de la protección del medio ambiente amenazan con quedar muy desatendidos<sup>151</sup>. Tanto para los procesos de normación técnica privados como para los de carácter jurídico-público es necesario elaborar reglas de procedimiento que regulen entre otras cosas el círculo de los implicados, el curso decisorio, el principio de publicidad, los deberes de fundamentación<sup>152</sup> y los mandatos de publicación<sup>153</sup>. Justamente porque aquí se actúa dentro de

<sup>149</sup> Así, por ejemplo, *BVerwGE*, 55, 250, 256; *BVerwG DVBl*, 1991, 442, 444, habla ahora, por lo demás, de que las normas «DIN», a causa de sus elementos valorativos, no se podrían considerar conocimiento experto químicamente puro.

<sup>150</sup> *Vid. BVerwGE*, 72, 300, 320, *OVG Münster, DVBl*, 1988, 152. Cfr. por todos M. KLOEPFER (n. 13), 406 y s., así como R. WAHL: «Risikobewertung der Exekutive und reichlicher Kontrolldichte», en *NVwZ*, 1991, 409 y ss.; F. J. KUNNERT: «Normenkonkretisierung im Umweltrecht», en *NVwZ*, 1989, 1018 y ss.

<sup>151</sup> Referencias sobre este extremo se encuentran en C. GUSY: *UPR*, 1986, 249 y s.; R. WOLF (n. 194), 142 y ss., 146 y ss., 150, con referencias adicionales; *vid.* también *BVerwGE*, 77, 285, 291. De un cuadro (sólo parcialmente) positivizado parte G. LÖBE-WOLF: «Konfliktmittlung beim Erlaß technischer Regeln», en *HOFFMANN-RIEM* y *SCHMIDT-ASSMANN* (n. 114), quien, sin embargo, también subraya las dificultades procedimentales de los titulares de algunos intereses a la hora de hacerlo valer.

<sup>152</sup> H. H. TRUTE: *Vorsorgestrukturen und Luftreinhalteplanung im Bundesimmissionschutzgesetz*, 1989, 100 y ss., 103, apuntó con razón que sólo las obligaciones de fundamentación aciertan a legitimar una cierta fuerza vinculante como disposiciones administrativas. Comoquiera que esa fuerza vinculante se encuentra sujeta a la reserva de nuevos conocimientos y a la atipicidad de las situaciones fácticas de cuya apreciación se trata, sólo a través del conocimiento de los fundamentos se puede aclarar hasta qué punto puede llegar la vinculación. El borrador de código ambiental tantas veces citado (n. 9) toma en cuenta la necesidad de fundamentación en una forma más diferenciada, *vid.* § 161.

<sup>153</sup> Reflexiones sobre este punto se encuentran en TRUTE (n. 152), 99 y ss., 107 y s.; DENNINGER (n. 111), 168 y ss. Pasos importantes en este sentido contienen los §§ 145 y ss. del borrador de código ambiental (n. 9).

una esfera jurídico-materialmente sólo preprogramada y preprogramable de modo limitado, pero a un mismo tiempo se establecen unos raseros de conducta considerables desde el punto de vista normativo, se hace necesario garantizar que no sólo se tengan en cuenta los dictámenes de expertos disponibles con inclusión de opiniones minoritarias, sino que también se dé participación a los titulares de todos los intereses afectados en lo que concierne a su examen y tratamiento y en orden a las inevitables decisiones valorativas.

Resulta demasiado insuficiente interpretar las normas sobre la audiencia de los «círculos implicados» sólo como auxilios para la recogida de información <sup>154</sup>. En lugar de ello, se los ha de desarrollar como instrumentos para la representación de los afectados actuales y potenciales <sup>155</sup>, pero también para la defensa de los afectados por los riesgos y, en su caso, de los representantes de intereses de futuro. Esto, así como el aseguramiento de la igualdad de oportunidades en el procedimiento, parece ser tanto más importante en la medida en que en torno a los organismos facultados para adoptar decisiones se acostumbra a formar una red comunicacional a la que tienen acceso mucho más fácilmente los agentes implicados del mundo de la economía que los representantes de los afectados potenciales por los riesgos derivados o, ni digamos, que los representantes altruistas de intereses públicos relevantes. También en el ámbito de la normación técnica resulta ser grande el riesgo —observable en la ciencia política para muchos campos de la actividad estatal— de un enmarañamiento de los agentes del Estado con intereses particulares de la economía regulada [el llamado riesgo de la *agency capture* <sup>156</sup> («secuestro», «compra», de un organismo de la Administración. N. del t.)]. El *desideratum* que por ello hemos de formular en orden a una garantía de la participación de organizaciones va mucho más allá de lo que es una acción corporativa <sup>157</sup>. Esta clase de posibilidades participativas ha puesto de manifiesto su operatividad en los Estados Unidos, por ejemplo, también en la esfera de la producción de normas <sup>158</sup>. Digno de mencionar e imitar

<sup>154</sup> Esa es, sin embargo, la opinión dominante. Vid. por todos K. HANSMANN, en LANDMANN y ROHMER: *Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften*, vol. III: *Umweltrecht*, puesta al día el 3 de octubre de 1990, § 51, marg. 3.

<sup>155</sup> TRUTE (n. 152), 93 y s., demuestra que el § 51 *BImSchG* debería catalogarse en este contexto. Cfr. también SENDLER: «Grundprobleme des Umweltsrechts», en *JuS*, 1983, 257.

<sup>156</sup> Vid. a este respecto WOLF (n. 194), 149 y ss., donde se contienen más referencias.

<sup>157</sup> A este respecto cfr., por ejemplo, E. GASSNER: *Treubandklage zugunsten von Natur und Landschaft*, 1984; E. REHBINDER, H. BURGBACHER y R. KNIEPER: *Bürgerklage im Umweltrecht*, 1972; F. KOPP: «Welchen Anforderungen soll eine einheitliche Verwaltungsprozeßordnung genügen, um im Rahmen einer funktionsfähigen Rechtspflege effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten?», en *54 DJT*, 1982, B.; J. BIZER, T. ORMOND y U. RIEDEL: *Die Verbandsklage in Naturschutzrecht*, 1990; vid. también *BVerwGE*, 78, 347 y ss.

<sup>158</sup> L. SUSSKIND/G. MCMAHON: «The Theory and Practice of Negotiated Rulemaking», en *3 Yale Journal on Regulation* (1955), 133 y ss.; R. GIEBELER: *Verfahren und Maßstäbe bei der Setzung von Umweltstandards in den USA*, 1991.

son los experimentos llevados a cabo en primer término por la agencia estadounidense del medio ambiente —la EPA (siglas de *Environmental Protection Agency*)—, con el objetivo de elaborar normativas administrativas en sistemas estructurados de negociación con participación de un mediador de conflictos <sup>159</sup>.

Especial atención merecen también los acuerdos de autolimitación a los que se presta el consentimiento estatal <sup>160</sup>. Este tipo de acuerdos quitan carga al Estado, y en la industria parecen ser estimados no sólo por el reducido grado de sancionabilidad de sus infracciones, sino también porque en última instancia el contenido es asunto de su exclusiva incumbencia, si bien ocasionalmente el Estado «coadyuva» recurriendo a su poder de conminación (amenazando, por ejemplo, con una regulación estatal más agravada).

No existe una participación sistemática garantizada de los demás afectados. En la medida en que se recurre a un acuerdo de esta clase, como subrogado de la acción del Estado, se hace particularmente importante elaborar unas reglas procedimentales y unas condiciones jurídico-materiales sin cuya observancia debería decaer la eficacia subrogatoria.

La necesidad de garantías en términos de Estado de Derecho de los procesos de normación privados o mixtos público-privados no sólo afecta en modo alguno al Derecho de la protección del medio ambiente. Esto nos lleva a integrar en un Derecho administrativo general las normas a desarrollar a tal efecto y también a incluir la praxis de las disposiciones administrativas externamente considerables <sup>161</sup> y desarrollar un sistema de normas de rango infralegal. A todo ello se trata de cuestiones nucleares del proceso de normación propia de un sistema democrático y de un Estado de Derecho, cuya respuesta no debería tener lugar sólo con la mirada puesta en específicos problemas sectoriales.

---

<sup>159</sup> Abriendo camino, en el plano teórico, *vid.* al respecto P. J. HARTER: «Negotiating Regulations: A Cure for Malaise», en 71 *The Georgetown Law Journal* (1982), 1 y ss.; *id.*, *Mediation in the Context of Administrative Rulemaking: The Experience in the United States*, en HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN (n. 114). Para un desarrollo del concepto con introducción de las experiencias, v. SUSSKIND/MCMAHON (n. 158). Ciertas dudas se manifiestan en R. B. STEWART: «Regulation and the Crisis of Legislation in the United States», en T. DAINIITH (ed.): *Law as an Instrument of Economic Policy: Comparative and Critical Approaches*, 1988, 97, 128. Para los aspectos de la praxis seguida, *vid.* «Administrative conference of the US», *Negotiated Rulemaking Sourcebook*, 1990. Acerca de la legislación estadounidense sobre un *Negotiated Rulemaking Act* *vid.* el apéndice contenido en HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN (n. 114), 319 y ss.

<sup>160</sup> *Vid. supra* nn. 145 y 146. Cfr. también el § 6.1, inc. 2, del borrador del código ambiental (n. 9) y su Memoria justificativa, p. 162.

<sup>161</sup> A este respecto, *vid.* también los §§ 155 y ss. del borrador del código ambiental (n. 9).

## IV. ACCIÓN ADMINISTRATIVA COMPENSATORIA

Los tipos de acción administrativa consensual mencionados hasta aquí sólo tienen sentido en tanto en cuanto se persigue materialmente una compensación entre intereses. Esto no es posible cuando las cosas son de tal manera que una parte puede ganarlo todo y la otra no ganar nada. En tal caso, lo que se ha de perseguir más bien son soluciones basadas en el recurso a opciones con las que se satisfagan en la mayor medida posible los distintos intereses y se alcance concordancia práctica en las situaciones de colisión de intereses. Para ello, el ordenamiento jurídico ofrece más puntos de apoyo de lo que frecuentemente se presupone, y nada impide que se prevean nuevos soportes en tal sentido.

Premisa para su utilización es, en todo caso, que la búsqueda consensual de alternativas tenga lugar en un estadio decisorio lo más temprano posible, en el que todavía no se hayan producido, también en la medida de lo posible, rigideces insoslayables y fijaciones internas. La práctica de la acción administrativa escalonada<sup>162</sup> es algo, por tanto, que vale la pena analizar en orden a averiguar hasta qué punto los escalonamientos y las divisiones materiales contribuyen a una compensación de fondo de los intereses en liza<sup>163</sup>. La diversidad de opciones también puede generarse por la vía de la dificultación de las segmentaciones.

La variedad de opciones, por lo demás, también se puede aumentar mediante la búsqueda de caminos aptos para el soslayamiento de las consecuencias negativas; en ese sentido, es posible, por ejemplo, la introducción de modificaciones en una solicitud anteriormente presentada de forma que a consecuencia de ello los terceros se vean menos perjudicados y también medidas complementarias como el aseguramiento frente a los riesgos derivados del proyecto. También pueden ser importantes las prestaciones de signo compensatorio<sup>164</sup>, que pueden rebasar las indemnizaciones previstas en el ordenamiento jurídico y amortiguar así el potencial de conflicto o contribuir directamente —*idealiter*— a la justicia compensatoria<sup>165</sup>.

<sup>162</sup> Vid. a este respecto S. SALIS: *Gestufte Verwaltungsverfahren im Umweltrecht*, 1991.

<sup>163</sup> Sobre esta problemática, *vid.* HOFFMANN-RIEM (n. 102), 64, 67 y s. Sobre las ventajas y los inconvenientes de las subdivisiones y, en sentido contrario, de las concentraciones, *cfr.* M. A. WAGNER: *Die Genehmigung umweltrelevanter Vorhaben in parallelen und konzentrierten Verfahren*, 1987, esp. 81 y ss.

<sup>164</sup> Vid. sobre este particular HOFFMANN-RIEM (n. 102), 69 y ss.

<sup>165</sup> Vid. a este respecto el muy sugerente trabajo de D. SUHR: *Gleiche Freiheiten*, 1988; *id.*: *Die Bedeutung von Kompensationen und Entscheidungsverknüpfungen*, en HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN (n. 96), 113 y ss.

La figura de la «vinculación de contenido de compensación obligatoria» (*ausgleichspflichtige Inhaltsbindung*)<sup>166</sup> construida por el Tribunal Constitucional Federal deja claro que puede haber indemnizaciones al margen del Derecho expropiatorio. Su anclaje en el principio de proporcionalidad evidencia que la idea de fondo decisiva apunta a la atenuación de las consecuencias: mediante la prestación compensatoria, el derecho (de propiedad) protegido se ve menos perjudicado que si todo ocurriera sin compensación. Esta persigue, pues, una atenuación del perjuicio<sup>167</sup>. Algunas normas compensatorias especiales como, por ejemplo, los §§ 17.4 *FStG*, 74.2 *VwVfG*, 8.4, inc. 2 *AbfG*, reconocen una necesidad de compensación por razones de interés individual. Las prestaciones compensatorias y reparatorias del Derecho de la protección de la naturaleza<sup>168</sup> sirven de ilustración de que la idea de compensación también se puede utilizar sin individualización en interés de bienes jurídicos objetivos. El que legalmente no estén previstas obligaciones de compensación no quiere decir sin más que exista una prohibición de cualquier clase de prestaciones compensatorias. Para el Estado sólo tiene vigencia el mandato de atenerse a los límites habituales, por ejemplo, a los de naturaleza presupuestaria<sup>169</sup>. La prestación de compensaciones a cargo de los promotores privados de los proyectos crea posibilidades adicionales de atenuación de las consecuencias negativas y, con ello, de entendimiento entre beneficiados y perjudicados. La búsqueda de vías para la compensación en términos jurídico-privados está indicada en especial en casos en los que las autorizaciones de Derecho público se superponen a las posibilidades de defensa que ofrece el Derecho privado (como hace, por ejemplo, el § 906 del Código civil federal; en sigla: *BGB*), haciéndolas en cierto modo perder su valor (por ejemplo, el § 14 *BImSchG*). También en la medida en que el ordenamiento jurídico prevé compensación o resarcimiento de daños (*vid.* el § 14.1.2.2 *BImSchG* y, complementándolo, el § 906.2.1 *BGB*)<sup>170</sup> es posible prestar una compensación más allá del mínimo garantizado por el Derecho.

Como, por lo general, el promotor de un proyecto que resulta gravoso para terceros o para la comunidad no tiene la obligación de pres-

<sup>166</sup> Así *BVerfGE* 58, 137, 149 y ss.; *vid.* también *BVerwGE* 77, 295, 298.

<sup>167</sup> Cfr. también A. BLANKENAGEL (n. 83), 88 y nota 62.

<sup>168</sup> Para más detalles, *vid.* BURMEISTER (n. 195).

<sup>169</sup> Si, como piensa la doctrina predominante, las subvenciones sólo se pueden prestar en virtud de una habilitación presupuestaria, lo mismo ha de valer para cualquier clase de pagos compensatorios. Las subvenciones, por lo demás, con frecuencia también son prestaciones compensatorias por determinados sacrificios que se exigen en interés de la generalidad sin que estuviera fijado simultáneamente título para reclamar una compensación por los mismos.

<sup>170</sup> El título que deriva del § 906 *BGB* continúa existiendo yuxtapuestamente al resultante del § 14 *BImSchG*. *Vid.*, a este respecto, H.-D. JARASS: *Bundesimmissionsschutzgesetz. Kommentar*, 1983, marg. 17 del comentario al § 14.

tar compensaciones<sup>171</sup>, queda en libertad de ponderar por sí mismo el valor que para él supone la evitación del conflicto —en orden, por ejemplo, al ahorro de tiempo y dinero que se ha de emplear para superar las resistencias—. En la medida en que el ordenamiento jurídico posibilita la defensa individual de intereses, permite por la parte de los negativamente afectados tomar bajo propia responsabilidad la decisión acerca del modo en que mejor se podrá alcanzar la tutela de los intereses. Si el pago de una compensación induce a los perjudicados por un proyecto, pongamos por caso, a prescindir de los recursos, esto es algo que se encuentra en consonancia con el concepto de la Ley Fundamental: A causa de un cierto efecto anticipativo que posee, la posibilidad de protección jurídica le ha procurado al perjudicado una fuerza negociadora que le ha sido valiosa a la hora de dar satisfacción a sus intereses. Mas no puede proporcionarle la tutela jurídica judicial. Desde puntos de vista morales y jurídicos (cfr. también el § 134 BGB) lo único reprochable es que una posibilidad de protección jurídica no otorgada como protección individual sea utilizada como medio para obtener ventajas individuales, con lo que también se estaría transgrediendo el principio de compensación<sup>172</sup>.

A veces, una compensación de intereses también se puede alcanzar a base de contemplar en «paquete» distintos proyectos y estudiando hasta qué punto los inconvenientes de unos se pueden equilibrar contextualmente gracias a las ventajas de otros. Este tipo de soluciones de paquete son enteramente usuales en la práctica<sup>173</sup>. El mandato jurídico de que exista un nexo de los objetivos perseguidos por los proyectos de cuyo acoplamiento se trata traza ciertamente algunos límites en Derecho, pero no impide los acoplamientos fácticos. La finalidad de este mandamiento —la evitación del abuso de poder y, más especialmente, de la «venta» de actos de autoridad— merece toda aprobación, pero no excluye la modernización y, en particular, la flexibilización del propio mandato. Entre las líneas de reforma se encuentra la inclusión de la problemática del acoplamiento en una dogmática de la acción administrativa compensatoria que abarque también opciones de acoplamiento.

Si, conforme a todo lo expuesto, parece defendible que también se posibiliten medidas de compensación de intereses, ello puede desplegar una función de aviso para los promotores de proyectos. Y si esto

<sup>171</sup> Esto no lo contempla suficientemente W. BROHM: *DVBj*, 1990, 323.

<sup>172</sup> Cfr. G. FRANK: «Die Kommerzialisierung von Grundrechtspositionen des Bürgerprotests», en *Publizistik*, 1980, 290 y ss. y, en términos generales, WINTER (n. 105), 240. La teoría de la norma de protección impide en gran medida que la protección jurídico objetiva de bienes jurídicos puede ser empleada como «argumento de intercambio» en orden al aseguramiento de ventajas individuales.

<sup>173</sup> *Vid.*, por ejemplo, P. ARNOLD: *VerwArch*, 1989, 137, 139 y ss.

motiva la búsqueda de vías para evitar el deber de compensar mediante, por poner un ejemplo, la elección de una alternativa que no comporte perjuicios, esto podrá contribuir a una internalización de los costos externos deseable desde la perspectiva de la política medioambiental.

El principio del causante, ampliamente reconocido en términos de la política medioambiental, descansa sobre un planteamiento de la internalización como el que acabamos de apuntar <sup>174</sup>. Para la compensación de intereses resulta especialmente importante que también en los procedimientos decisorios se abran posibilidades de soluciones compensatorias <sup>175</sup>. Esto presupone que todos los titulares relevantes de intereses dispongan de poder de negociación y, por tanto, de intercambio; también, por ejemplo, los grupos asociativos que tratan de realizar altruísticamente bienes merecedores de tutela jurídico-objetiva. La posibilitación de la participación y de la acción corporativa <sup>176</sup> constituye en esta medida una vía mejor que, por ejemplo, la ampliación de las posibilidades de tutela individual, abandonando, pongamos por caso, la teoría de la norma de protección <sup>177</sup>. La revisión de esta teoría podría contribuir ciertamente a fortalecer la tentación de remodelar indebidamente intereses objetivos, convirtiéndolos en pagos compensatorios ventajosos en términos individuales. Lo que parece venir indicado son, por el contrario, modificaciones en el sistema de tutela jurídica que reaccionen frente a la falta de individualización del riesgo potencial <sup>178</sup>.

## V. ACCIÓN ADMINISTRATIVA ORIENTADA HACIA EL RIESGO

### 1. *Incertidumbre en el análisis del riesgo*

La acción administrativa en la esfera del medio ambiente tiene una orientación hacia el riesgo en múltiples aspectos <sup>179</sup>. El Derecho del medio ambiente estaba y sigue estando localizado predominantemente

<sup>174</sup> Cfr., por ejemplo, WILKE (n. 63), 75 y ss.; también D. MURSWIEK: «Freiheit und Freiwilligkeit im Umweltrecht», en *JZ*, 1988, 985, 992.

<sup>175</sup> Sobre la plasmación de acuerdos compensatorios, *vid.* B. HOLZNAGEL (n. 139), 213 y ss., 251 y ss.

<sup>176</sup> *Vid. supra* n. 157.

<sup>177</sup> En cualquier caso parecen estar indicadas ciertas modificaciones de esta teoría. *Vid.*, por ejemplo, R. STEINBERG: «Verwaltungsgerichtliche Umweltschutz», en *UPR*, 1984, 350 y ss.

<sup>178</sup> *Vid.* U. BECK (n. 64), 48, *passim*.

<sup>179</sup> Sobre el significado que la prevención tienen para la acción del Estado, *vid.* D. GRIMM: «Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Thema Prävention», en *KritV*, 1986, 38 y ss. Fundamental en lo que atañe a las posibilidades de la Administración de superar consecuencias jurídicas no previsible, *vid.* C. BÖHRET: *Folgen. Entwurf für eine aktive Politik gegen schleichende Katastrophen*, 1990; *id.*, *VerwArch*, 1989, 13 y ss.

en el contexto de la policía de reacción frente a situaciones de peligro. A tal efecto, pero también en los casos de actuación previsorá complementaria, la Administración acostumbra a orientarse por un modelo lineal de causalidad que pone en relación causas concretas diagnosticables con efectos concretos, se apoya en los pronósticos como postulados empíricos y, sobre esta base, asigna las responsabilidades en materia de reacción frente a las situaciones de peligro<sup>180</sup>. Prescindiendo del renacimiento actual del Derecho de policía, también en el Derecho del medio ambiente subsisten dudas acerca de la validez de una orientación por el elenco tradicional de instrumentos de reacción frente a las situaciones de peligro: «En la sociedad del riesgo no existe ninguna garantía pública de la sociedad frente a los riesgos de la técnica, sino tan sólo programas político-administrativos tendentes al control de los riesgos»<sup>181</sup>. La defensa frente a los riesgos se transmuta en «equilibramiento» de los mismos<sup>182</sup>.

También se evidencia que las condiciones naturales de vida se ven puestas en peligro sin que siempre sea posible establecer las correspondientes correlaciones empíricas y normativas que el Derecho de policía exige y se las pueda emplear como base de la actuación administrativa y del control judicial<sup>183</sup>. Ni siquiera los expertos están en condiciones de aportar un saber empírico suficiente. A lo sumo se puede intentar establecer determinadas estimaciones —y hasta simulaciones— de riesgos<sup>184</sup>, cuya fuerza enunciativa, sin embargo, depende de la fiabilidad de los datos introducidos y de la idoneidad del modelo elegido para llevar la simulación a la práctica<sup>185</sup>. La falta de fiabilidad es tanto mayor «cuanto menor es la posibilidad de contar con experiencias, dado lo determinante que puede resultar una apreciación defectuosa de la real disposición de las cosas»<sup>186</sup>. La falta de elementos empíricos verificables se ve agravada por la complejidad del entramado relacional<sup>187</sup>, que impide en la práctica vislumbrar las «redes de inte-

<sup>180</sup> Vid. sobre este planteamiento K. H. LADEUR: *UTR*, 1988, 305 y ss.

<sup>181</sup> R. WOLF: *Leviathan*, 1987, 357, 385.

<sup>182</sup> R. WOLF: *Leviathan*, 1987, 357, 386.

<sup>183</sup> El Tribunal Constitucional Federal ha dejado precisado en relación con los riesgos derivados del aprovechamiento de la energía atómica esto que decimos en su resolución del llamado caso *Kalkar* (*E*, 49, 89), a todo lo cual, por lo demás, intentando mantener el modelo tradicional de diagnóstico y pronóstico. En cualquier caso, ha reconocido que falta una base empírica suficiente para, a partir de la observación de sucesos fácticamente acontecidos en el pasado, poder «extraer» conclusiones en orden a la frecuencia relativa de su aparición y de que en el futuro vayan a darse idénticos procesos de sucesos también idénticos», *ibid.*, 142.

<sup>184</sup> Cfr. *BVerfGE*, 49, 89, 142.

<sup>185</sup> Vid. sobre esta problemática K. W. RENGELING: *Probabilistische Methoden bei der atomrechtlichen Schadensvorsorge*, 1986.

<sup>186</sup> G. WINTER: *DVBt*, 1988, 659, 663.

<sup>187</sup> Sobre este aspecto, *vid.* K. H. LADEUR: *UTR*, 1988, 305 y ss. A la vista de la complejidad de las relaciones causales se produce también una necesidad de superación la unidimensionalidad a la hora de ver las conexiones fin/medios. A este respecto, cfr. D. FÜRST/K. D. HEN-

racción de todos los factores de riesgo»<sup>188</sup> o, cuando menos, no lo hacen posible sobre la base de planteamientos basados en encadenamientos causales concebidos linealmente». La inseguridad en el trato con los llamados riesgos acumulados, las situaciones latentes de riesgo y la imputación de efectos sinérgicos<sup>189</sup> pone de manifiesto el problema de la complejidad, que ilustra el desamparo del Derecho frente al manejo de lo que se ha dado en llamar la muerte de los bosques (la lluvia ácida)<sup>190</sup>, la destrucción de la capa de ozono, el recalentamiento del clima mundial<sup>191</sup> o las posibles consecuencias de nuevas tecnologías como, por ejemplo, la técnica genética<sup>192</sup>.

## 2. El trato con la incertidumbre

A todo ello hay que plantearse la pregunta fundamental de si las instituciones jurídicas, en la medida en que se orientan por un modelo de causalidad lineal, no deberían «prepararse» para una forma de pensar en términos de causalidad dinámica y de si al mismo tiempo la conexión —por lo general, puntual— que se establece entre el análisis jurídico y las concepciones de la acción no debería sustituirse por la utilización de concepciones totalizadoras<sup>193</sup>. La ciencia del Derecho debería tomar nota de la discusión acerca de la teoría del caos<sup>194</sup> y preguntarse en qué manera aborda realmente el problema de la imprevisibilidad de los fenómenos no lineales, cómo reacciona ante la crítica o la hipótesis de la reversibilidad entre diagnóstico y pronóstico o

KE: «Zwischen Wunsch und Realität: Ökologische Erneuerung dese Industriestaates», en ELLWEIN *et al.* (n. 93), 309.

<sup>188</sup> BVerfGE, 49, 89, 139.

<sup>189</sup> Cfr. al respecto BVerfGE, 69, 37, 43.

<sup>190</sup> Vid., a este respecto, el informe especial *Waldschäden und Luftverunreinigung* publicado por el Consejo de Expertos para cuestiones medioambientales en 1983; H. J. EWERS: *Methodische Probleme der Bewertung eines komplexen Umweltschadens am Beispiel des Waldsterbens in der Bundesrepublik Deutschland*, 1985; W. BAUMANN (ed.): *Rechtsschutz für den Wald*, 1986; D. SUHR: *Emissionsschäden vor Gericht. Dokumente zum Augsburger Waldschadenprozeß*, 1986; D. MURSWIEK: «Entschädigung für immissionsbedingte Waldschäden», en *NVwZ*, 1986, 611; BGH (sentencia del Tribunal Federal), *NJW*, 1988, 478 y ss.

<sup>191</sup> Vid. H. GRASS/B. KLINKHOLZ: *Wir Klimamacher. Auswege aus dem globalen Treibhaus*, 1990; cfr. también el tercer informe de la comisión parlamentaria de la Dieta Federal «Schutz der Erde», de 1990, en *BT-Drs.*, 11/8030.

<sup>192</sup> Vid. por todos R. WAHL: «Forschungs- und Anwendungskontrolle technischen Fortschritts als Staatsaufgabe», en *UTR*, vol. 14 (1991, 8 y ss.). Para una crítica de la ley sobre técnica genética, vid. G. WINTER: «Entfesselungskunst», en *KJ*, 1991, 18 y ss.

<sup>193</sup> En este sentido, cfr. W. HOFFMANN-RIEM: «Ganzheitliche Verfassungsrechtslehre und Grundrechtsdogmatik», en *AöR*, 116 (1991), 501 y ss., 516 y ss.

<sup>194</sup> A este respecto *vid.*, por ejemplo, las contribuciones reunidas en U. NIEDERSEN/L. POHLMANN: *Der Mensch in Ordnung und Chaos*, 1991, o —como introducción vulgarizada— J. BRIGGS/F. D. PEAT: *Die Entdeckung des Chaos*, 1990. Gérmenes de recepción en la bibliografía jurídica se encuentran, por ejemplo, en W. L. BÜHL: *Sozialer Wandel im Ungleichgewicht*, 1990. Cfr. también C. BÖHRET (n. 179), 136 y ss.

cómo elabora las complejas cadenas de reacoplamiento y las turbulencias que se producen en el desarrollo, dicho más brevemente: en qué forma la ciencia del Derecho se adapta a lo no-esperable, que a un mismo tiempo trae consigo grandes riesgos para el futuro. Estas preguntas, por su parte, deben repercutir en la dogmática de un Derecho administrativo general que hasta la fecha, en interés de la predicibilidad de la acción estatal, de una tutela jurídica manejable y de la superación práctica de los problemas, procedía a segmentar la visión de los problemas, a tipificar su tratamiento y a reducir los litigios a relaciones lo más bipolares posible.

Las actuales situaciones de riesgo y los enfoques de reevaluación de la posibilidad de análisis y pronósticos de riesgos exigen nuevas reglas de trato con ellos. Desde el punto de vista jurídico y político está excluido —a causa de las incertidumbres existentes— no combatir las posibles causas actuales o establecer otras adicionales sin mayor consideración y ocultarse tras de la cómoda y dilatoria exigencia de una valoración de las consecuencias de la técnica más fiable y anticipada <sup>195</sup>. Allí donde en la práctica no cabe prestar una valoración de esta clase, su reclamación no hace sino echar un velo sobre el problema decisivo. El no hacer nada también puede suponer una toma de partido y, a la vista de los deberes protectores del Estado <sup>196</sup>, resultar antijurídico. La presión del problema se convierte en presión para tomar una decisión en condiciones de inseguridad insalvable y, por ende, en presión de tiempo. La confianza en las demostraciones de causalidad deterministas resulta inadecuada <sup>197</sup>. También son de escasa ayuda las reglas tradicionales de carga de la prueba, como, por ejemplo, la de que el órgano administrativo soporta la carga material de la prueba en lo que concierne a los presupuestos fácticos de su intervención. O bien estas reglas precisan ser modificadas <sup>198</sup>, o bien los presupuestos fácticos de las normas de intervención deben adaptarse a la nueva —o, en su caso, nuevamente valorada— situación de riesgo. Tanto lo uno

<sup>195</sup> Sobre esta problemática, *vid.* también D. MURSWIEK (n. 38), 379 y ss., 381 y s.; C. ÇOHRET: *VerwArch*, 1989, 29.

<sup>196</sup> *Vid. supra* n. 38.

<sup>197</sup> Cfr. J. FRANK: *KritJ*, 1989, 36, 53 y s.; C. BÖHRET: *VerwArch*, 1989, 16 y ss., 33 y ss.

<sup>198</sup> En general sobre el papel de la carga de la prueba en el Derecho de la protección del medio ambiente *vid.* B. BOERNER: «Die Beweislast als Hebel der Rechtspolitik, insbesondere im Immissionsschutzrecht», en *id.* (ed.): *Umwelt, Verfassung, Verwaltung*, 1982, 119 y ss. Apuntes de modificación de las reglas de carga de la prueba se pueden encontrar múltiplemente en el ordenamiento jurídico —también en el Derecho civil—, *vid.* así G. BRÜGGEMEIER: *Deliktsrecht*, 1986, 452 y ss. En el Derecho público la discusión acerca de la carga de la prueba ha de comenzar de nuevo; R. DAMM: «Das Beweisrecht des Gentechnik-Gesetzes», en *NuR*, 1992, 1 y ss.; G. BRÜGGEMEIER: «Jenseits des Verursacherprinzips?», en *KritV*, 1991, 297 y ss. El borrador de código ambiental (n. 9) intenta una modificación (véase la presunción de causación del § 121, así como las reglas de información de los §§ 122 y ss.), pero queda, por lo demás, apresado en un planteamiento lineal de la causalidad.

como lo otro apunta en definitiva a una modificación de los límites tradicionales de la acción administrativa interventora del Estado de Derecho.

Por principio, también habrá de repensar otras instituciones orientadas también por el concepto tradicional del rechazo (frente a una intromisión: *Abwehr*), como, por ejemplo, los elementos parciales de la interdicción del exceso.

En la medida en que determinadas posibles intervenciones con finalidad de proteger frente a cadenas de riesgos difusas no se pueden limitar mediante las hasta ahora usuales imputaciones de causación, también se arrumban, por lo demás, los límites —característicos del Estado de Derecho— desarrollados, por ejemplo, en el derecho de reacción frente a peligros en orden a la posibilidad de reclamar la colaboración de personas particulares. También hay que poder reaccionar ciertamente contra riesgos que no son asignables individualmente, como lo muestra, pongamos por caso, el ejemplo de la muerte de los bosques. En destinatario de las posibles ataduras, por ejemplo, puede también convertirse quien emite materiales que «pueden actuar provocando peligros en contextos y situaciones todavía no previsibles»<sup>199</sup>.

La dogmática del Derecho administrativo no está todavía suficientemente preparada para reaccionar frente a una situación así<sup>200</sup>. Se ha de examinar así si hay que continuar insistiendo en la tesis de que se ha de tratar a alguien como si no fuera un perturbador mientras no se haya establecido su condición de tal. También se ha de examinar si se puede reconocer el instituto de la causación aparente<sup>201</sup>. A partir de la más reciente discusión sobre el concepto policial de causación se ha de continuar desarrollando la acertada idea de la imputación de riesgos según las situaciones de obligaciones<sup>202</sup>, que, por lo demás, sólo afecta a la cuestión de la valoración de cuál de los elementos de conducta considerados como causales ha de ser jurídicamente imputada a quién. Ahora bien, este tipo de imputación por situaciones de obligación no se puede poner en relación sólo con la valoración de los factores co-causales demostrables, sino que también se puede extender a

<sup>199</sup> TRUTE (n. 152), 65.

<sup>200</sup> También las ponencias de J. IPSEN, D. MURSWIEK y B. SCHLINK en la reunión de profesores de Derecho político de 1989, recogidas en *VVDStRL*, 48, 177 y ss., 207 y ss. y 235 y ss. (*Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht*) dejan todavía muchos huecos abiertos para el potencial innovativo.

<sup>201</sup> En sentido contrario todavía W. HOFFMANN-RIEM: «"Anscheingefahr" und "Anscheinverursachung" im Polizeirecht», en *Festschrift für G. Wacke*, 1972, 327. La regla de presentación del § 121 del borrador de código ambiental (n. 9) podría contribuir a promover la discusión de la causación aparente.

<sup>202</sup> J. PIETZKER: «Polizeirechtliche Störerbestimmung nach Pflichtwidrigkeit und Risikosphäre», en *DVBj*, 1984, 457 y ss.; H. J. KOCH: *Bodensanierung nach dem Verursacherprinzip*, 1985, 15 y s.; N. HERRMANN: «Verantwortlichkeit im allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht», en *DÖV*, 1987, 666 y ss.; *id.*: *Flächensanierung als Rechtsproblem*, 1989, 93 y ss.

la imputación de factores contribuyentes «posiblemente» causales. El principio de causante, hasta la fecha determinante en el Derecho de policía y ambiental, pierde en parte su fuerza justificante. También con vistas a los pronósticos de idoneidad se ha de tomar en cuenta que a situaciones difusas de riesgo corresponden inseguridades a la hora de llevar a la práctica las precauciones de protección previstas. Las exigencias planteadas en orden a la idoneidad de una medida han de adecuarse a la situación, manteniéndola abierta frente a lo no esperable y mediante el planteamiento de unas exigencias correspondientemente cautelosas en orden a la fiabilidad del pronóstico de los efectos. En caso de llegarse a tales reorganizaciones de las reglas de responsabilidad —o, respectivamente, de las exigencias de idoneidad— que hasta ahora crearon protección frente al exceso en las intromisiones del Estado, se hacen necesarios otros mecanismos de garantía frente a unas exigencias desproporcionadas planteadas a los individuos.

La correspondiente necesidad de poner en claro la situación no se limita sólo al Derecho de policía en el sentido tradicional o al empleo de instrumentos de orden público, sino que cuando menos afecta también a todas las partes del ordenamiento jurídico orientadas hacia problemas de riesgo y a los distintos instrumentos con que el Estado cuenta para llevar adelante su función de dirección. De esta manera, su superación se convierte también en un empeño del Derecho administrativo general.

### 3. Comunidad de riesgos y de compensaciones

La compensación del carácter reticular de la acción cuando en ella intervienen varios actores y de las comunidades de riesgo que ello comporta exige como correlato que se encuentren vías para la superación conjunta de los riesgos, pero también de compensación interna de los mismos. En la medida en que esto es así, también se puede utilizar el concepto de la acción administrativa compensatoria (*vid. supra* E.IV). Lo que hace falta es desarrollar una nueva dogmática de las comunidades y de las relaciones jurídicas compensatorias<sup>203</sup>. Las previsiones adoptadas hasta ahora en el ordenamiento jurídico —como, por ejemplo, el principio de compensación indemnizatoria por la colaboración exigida a personas que no están perturbando el orden público, anclado en el Derecho de policía (cfr. el § 45 *MEPolG*)— no hacen más que señalar parcialmente una vía. Así, la compensación indemnizatoria

<sup>203</sup> Primeros apuntes de una reorientación se encuentran en el borrador de código ambiental (n. 9), por ejemplo, en los §§ 120 y ss., por más que con una dependencia muy grande con respecto a las concepciones tradicionales.

citada revierte la carga sobre el Estado, cuya excesiva sobrecarga fiscal no debería sino incrementarse si se llegara a extender esta idea.

En su lugar lo que se ha de hacer es recurrir a la idea de la responsabilidad y autodirección de la sociedad dentro de un marco de regulación estatal. Esta idea se puede utilizar para la creación de comunidades de riesgo y sistemas colectivos de compensación por las ventajas y perjuicios generados por conductas con peligrosidad medioambiental<sup>204</sup>. Así, la idea de compensación de riesgos, originariamente asentada en el Derecho de los seguros, se deberá introducir ampliamente en el Derecho público de forma que pueda sustituir a la aleatoria intervención personal que —en términos de un principio de todo o nada— supone el arresto policial de los perturbadores del orden. Otras soluciones que también se contemplan, basadas en el principio de compensación, son las de constitución de fondos<sup>205</sup>. A todo ello, este tipo de soluciones basadas en la creación de un fondo no resultan tan aptas para la financiación de las medidas superadoras de los riesgos por parte del Estado y se deberían emplear más bien como una construcción tendente a la previsión de un ajuste de intereses entre los posibles causantes de los riesgos, quienes se ven en parte sujetos a intromisiones públicas y en parte exentos de ellas. Las soluciones basadas en la constitución de fondos compensatorios se pueden acoplar, por lo demás, con la idea de seguro y ayudar a crear una reserva para el caso de que el riesgo llegue a hacerse realidad.

Estos primeros apuntes no hacen sino acoger los esfuerzos tantas veces aludidos en pro de una compensación de intereses en situaciones multipolares. El Estado puede —y debería hacerlo— ofrecer un marco para crear procedimientos y conceptos de satisfacción recíproca de intereses. En la medida en que los causantes de riesgos quieran escapar de la correspondiente compensación, lo podrían hacer —pero renunciando al tiempo a las eventuales ventajas de la actividad generadora del peligro—. Una renuncia así tal vez sea incluso la mejor forma de evitación de los riesgos.

## VI. ACCIÓN ADMINISTRATIVA ABIERTA A REVISIONES Y FOMENTADORA DE LA INNOVACIÓN

A la vista del trío formado por la incertidumbre, la complejidad y la presión temporal, con frecuencia sólo se puede responder de las decisiones —por ejemplo, las tomadas para hacer frente a situaciones de

<sup>204</sup> Vid. a este respecto W. KÖCK: «Organisation und Finanzierung kollektiver Ausgleichssysteme für Umweltschäden», en *KritV*, 1991, 311.

<sup>205</sup> Vid., por ejemplo, P. SALJE: «Risikovorsorge durch Errichtung eines Umwelthaftungsfonds am Beispiel des "Hamburger Entwurfs"», en *KritV*, 1991, 324 y ss.

peligro y prevenir riesgos— si se encuentran sujetas a una reserva de comprobación y revisión<sup>206</sup>. En la ciencia jurídica ese tipo de precauciones de política experimental<sup>207</sup> se justifican por lo general apoyándose en el ideal tradicional de la ganancia sistemática de experiencia<sup>208</sup> y tienen como meta la eliminación de inseguridad. Por lo demás, en la política práctica los aplazamientos y las precauciones evaluatorias se utilizan preferentemente con otro acento, más concretamente: para la imposición o para la evitación de proyectos discutidos. Así, por ejemplo, para superar la resistencia política contra una innovación buscada, pero controvertida, o para soslayar una presión innovativa no deseada, en la medida en que ciertamente se posibilita una regulación, pero mediante el carácter experimental se conserva la opción de poder volver a cancelarla con relativa facilidad<sup>209</sup>. El carácter abierto a la revisión se emplea como una ayuda para la innovación o, en su caso, como un medio para impedir a largo plazo determinadas innovaciones. Esto es algo que no puede sorprender en un orden político ajustado al pluralismo de intereses y en el que las normas y también las decisiones singulares chocan con intereses contrapuestos y, por lo general, son el producto de un complejo proceso decisorio que frecuentemente exige compromisos. La apertura a la revisión es un instrumento utilizable en orden a la formulación de compromisos que al mismo tiempo ayuda a asegurar un potencial garantizador de la capacidad de aprendizaje, tan importante para las posteriores correcciones.

A la vista de la tendencia de las sociedades pluralistas a aferrarse al *statu quo*<sup>210</sup>, la preocupación de la capacidad de innovación del instrumental de que dispone el Estado para llevar a cabo su función de dirección constituye un asunto de importancia. Ser innovador significa: «reaccionar oportuna y adecuadamente a los desafíos, anticipar potenciales y adelantarse a las amenazas. Ser innovador significa también estar dispuesto a aprender y decidido a actuar: a actuar pesadamente

<sup>206</sup> En general, sobre la reserva de comprobación en relación con leyes, cfr. W. HUGGER: *Gesetze - Ihre Vorbereitung, Abfassung und Prüfung*, 1983, 316 y ss. Una obligación de comprobación periódica de reglamentos y disposiciones administrativas es la que establecen los §§ 154 y 160 del borrador del código ambiental.

<sup>207</sup> Vid. por todos C. BÖHRET/W. HUGGER: *Der Praxistest von Gesetzentwürfen*, 1980; G. M. HELLSTERN/H. WOLLMANN (eds.): *Experimentelle Politik - Reformstrobfeuer oder Lernstrategie*, 1983; M. KLOEPFER: «Gesetzgebung im Rechtsstaat», en *VVDStRL*, 40 (1982), 64; H. P. SCHULZE-FIELITZ: *Theorie und Praxis der Gesetzgebung*, 1988.

<sup>208</sup> Unas reflexiones muy explícitas sobre este aspecto se pueden encontrar en H. D. HORN: *Experimentelle Gesetzgebung unter dem Grundgesetz*, 1989, 155 y ss.

<sup>209</sup> Cfr., por ejemplo, J. NOCKE: «Die Juristenausbildungsreform als Gesetzgebungsexperiment», en W. HASSEMER/W. HOFFMANN-RIEM/J. LIMBACH (eds.): *Juristenausbildung zwischen Experiment und Tradition*, 1986, 25 y ss.; I. RICHTER: «Experiment und Begleitforschung in der Grundrechtsverwirklichung», en la obra que acabamos de citar, p. 93 y ss.; B. METTLER-MEIBOM: «Sozialwissenschaftliche Wirkungs- und Begleitforschung als Instrument der Technologiepolitik», en *Mediaperspektiven*, 1985, 834 y ss.

<sup>210</sup> Vid. por todos F. SCHARPF: *Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung*, 1970.

de una nueva forma o a no hacerlo fundadamente, por ejemplo, para no “perturbar” a un proceso de renovación autónomo. Las innovaciones se mueven dentro del campo de tensión que crean de consuno oportunidades y riesgos. Ha de haber un determinado grado (mínimo) de presión de los problemas y ser “trasladable” a los potenciales afectados. Posee fuerza innovativa quien frente a situaciones problemáticas anticipadas creadas por nuevos retos o frente a objetivos establecidos autónomamente reacciona con respuestas adecuadas, con la mayor rapidez y con sensibilidad hasta para “señales débiles”. Para eso se requiere disponer de márgenes (políticos) de acción y competencias creativas»<sup>211</sup>.

Una gran parte del ordenamiento jurídico, sobre todo la dogmática del Derecho administrativo general, orientada, como está, por el modelo del Estado constitucional liberal, se centra predominantemente, sin embargo, en torno a la protección de lo que ya existe, no en cambios controlados y en el correspondiente fomento de las innovaciones. Aunque los institutos jurídicos tradicionales han probado ciertamente una innegable flexibilidad en lo que hace a su adaptación a los cambios situacionales, sus estructuras fundamentales responden más bien a la estática. Resulta por ello cuestionable si siguen bastando para posibilitar reacciones adecuadas a los problemas futuros y, por lo mismo, la necesaria presión innovadora. El desarrollo de una dogmática que fomente la innovación es algo que todavía falta. En todo caso, se ha de asegurar que los nuevos problemas se reconozcan como tales y se desarrollen nuevos enfoques de solución de los mismos así como que sean posibles —y efectivos— nuevos conocimientos y nuevas evaluaciones de los riesgos<sup>212</sup>.

El dictado de normas, por ejemplo, frecuentemente sólo es defendible como «derecho provisional» (a plazo fijo)<sup>213</sup> y/o como derecho sujeto a reserva de revisión o, en su caso, con obligaciones de evaluación<sup>214</sup> y mejora<sup>215</sup>, para que se pueda reaccionar adecuadamente

<sup>211</sup> C. BÖHRET: «Innovative Verwaltungspolitik- Chancen für einen Versuch?», en *Verwaltungsrundschau*, 1988, 49.

<sup>212</sup> Sobre las dificultades que comporta la persecución de perspectivas a largo plazo y los estímulos a favor de una «preferencia de lo actual» cfr., por ejemplo, H. WIESENTHAL: «Akteurrationalität. Überlegungen zur Steuerungsfähigkeit politischer Akteure in der Beschäftigungskrise», en J. FELDHOF (ed.): *Regulierung/Deregulierung. Steuerungsprobleme der Arbeitsgesellschaft*, 1988, 70, 79 y ss. Sobre la necesidad de perspectivas a largo plazo en la protección del medio ambiente, vid. P. SALADIN: «Probleme des langfristigen Umweltschutzes», en *KritikV*, 1988, 27 y ss.; J. LEIMBACHER: *Die Rechte der Natur*, 1988.

<sup>213</sup> Cfr. H. KINDERMANN: «Erfolgskontrolle durch Zeitgesetz», en H. SCHEFFER/O. TRIFTER (eds.): *Rationalisierung der Gesetzgebung*, 1984, 143 y ss.

<sup>214</sup> Vid. a este respecto, por ejemplo, G. M. HELLSTERN/H. WOLLMANN (eds.): *Handbuch zur Evaluationsforschung*, vol. 1, 1984, 56 y ss. Vid. también los informes contenidos en la obra citada en la nota 207, cuya edición corrió a cargo igualmente de HELLSTERN y WOLLMANN.

<sup>215</sup> Sobre las mejoras legislativas *a posteriori* vid., por ejemplo, W. BERND: *Legislative Prognosen und Nachbesserungspflichten*, tesis doctoral, Maguncia, 1989, donde se contienen más re-

frente a los problemas de inseguridad e implementación. Por otra parte, es difícil disponer los mecanismos de revisión de modo tal que se respeten las exigencias democráticas y del Estado de Derecho. Ciertas tesis acerca de la protección dinámica de los derechos fundamentales y, en general, de los bienes jurídicos<sup>216</sup> y a la remisión a fórmulas flexibles como pueden serlo el nivel alcanzado por la ciencia y la técnica no deberían conducir a unas habilitaciones generales que en la práctica produjeran un desplazamiento de la responsabilidad hacia agentes decisorios no legitimados democráticamente. El poder de definición sobre riesgos y el poder decisorio sobre vías de superación de riesgos no se los debería apartar a discreción ni la Administración ni, en su caso, el poder legislativo y encomendárselos, por ejemplo, a los llamados expertos<sup>217</sup>.

Tanto por lo que respecta a normas como a actuaciones administrativas singulares se ha de impedir además —también más allá de las reservas expresas de revisión<sup>218</sup>— que las oportunidades de revisión fracasen a causa de la creación de posiciones «adquiridas» de los afectados<sup>219</sup>. Hasta los permisos estatales de control ya no pueden valer más como certificados de inobjetablez en la medida en que una evaluación previa del riesgo está siempre afectada por un alto grado de inseguridades<sup>220</sup>. El efecto legalizador de permisos y otras figuras similares<sup>221</sup> requiere una redefinición<sup>222</sup>. Las facultades para su modificación *a posteriori* o para su revocación —por falta de una base de

referencias bibliográficas; sobre las leyes de experimentación, cfr. H. D. HORN (n. 208); R. STETTER: «Verfassungsbindungen des experimentellen Gesetzgebers», en *NVwZ*, 1989, 806 y ss.

<sup>216</sup> Cfr. *BVerfGE*, 49, 89, 137, 140; D. MURSWIEK (n. 38), 181 y ss.

<sup>217</sup> *Vid.* a este respecto E. DENNINGER (n. 111).

<sup>218</sup> La práctica jurídica conoce muchos caminos de flexibilización a plazo. A título de ejemplo se pueden mencionar los fenómenos que en parte se caracterizan como «actos administrativos provisionales». Sobre ellos *vid.* H.-C. SCHIMMELPFENNIG: *Vorläufige Verwaltungsakte*, 1989; U. DI FABIO: «Vorläufiger Verwaltungsakt bei ungewissem Sachverhalt», en *DÖV*, 1991, 629 y ss.

<sup>219</sup> Este es un objetivo en parte distinto al perseguido en la bibliografía —*vid.* por todos M. BULLINGER: *JZ*, 1984, 1001 y ss. y en la legislación —así, por ejemplo, con la promulgación del código de la construcción—; en sentido crítico, *vid.* P. V. FELDMANN/A.-F. GROTH: *Das neue Baugesetzbuch*, 1986; *id.*, *Das neue Baugesetzbuch*, 1987— en la medida en que aquí a la Administración se le conceden mayores márgenes de actuación. Allí de lo que se trata sobre todo es del poder jurídico para prescindir de actuar (*vid.* las figuras de la «discrecionalidad fáctica» y de la «discrecionalidad de dispensa» en el sentido de BULLINGER), mientras que aquí se trata de la *posibilitación* de la acción administrativa, especialmente frente a sujetos de Derecho privado, esto es: especialmente para limitar la protección de derechos adquiridos.

<sup>220</sup> Destaquemos como posible ejemplo la debilitación del interés de protección de lo ya existente en la «autorización ambiental» del § 56 del borrador de código ambiental (n. 9).

<sup>221</sup> *Vid.* a este respecto J. FLUCK: «Die "Legalisierungswirkung" von Genehmigungen als ein Zentralproblem öffentlichrechtlicher Haftung für Altlasten», en *VerwArch*, 79 (1988), 406 y ss.; H.-J. PAPIER: «Altlasten und polizeiliche Störerhaftung», en *DVBt*, 1985, 873 y ss.; E. BRANDT/M. DIECKMANN/K. WAGNER: *Altlasten und Abfallproduzentenhaftung*, 1988, 40 y ss.

<sup>222</sup> En contra de una «concepción demasiado estática de la protección de lo existente», *vid.* por ejemplo, M. RONELLENFITCH: «Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklung durch das Verwaltungsrecht», en *DVBt*, 1989, 851, 864.

confianza suficiente, llegado el caso, también sin compensación— se han de ampliar tanto como resulta recomendable operar con mayor intensidad con el instrumento de la fijación de plazos temporales para los permisos, las concreciones de planeamiento y otras categorías similares<sup>223</sup>. También hace falta desarrollar líneas jurídico-materiales tendentes a poner freno a los intereses de protección de lo existente en situaciones de riesgo —*vid.*, por ejemplo, el § 17 *BImSchG*; comp. también el § 42.2 y 3 *BauGB*.

A tal efecto, y con las miras puestas en los problemas de plasmación en la realidad, se han de tomar en cuenta las peculiaridades de la Administración burocrática<sup>224</sup> y de las sociedades pluralistas<sup>225</sup> que, por lo general, llevan a que los detentadores de posiciones de veto tengan una oportunidad de imponerse estructuralmente mayor que quienes abogan por el cambio.

Si, por una parte, parece indicado flexibilizar la protección de lo existente, por otra parte, se ha de insistir en que los requisitos de juridicidad de una medida en concreto por principio no se pueden reducir a través de reservas de revisión y flexibilización. A título de ilustración, un diseño experimental no dispensa de las reglas competenciales, de la vinculación a los derechos fundamentales o de cualquier otra exigencia general de legalidad como, por ejemplo, la interdicción del exceso. La fijación de un plazo de vigencia indica ilustrativamente una reversibilidad para el futuro y puede en esa medida —por más que no en relación con los efectos irreversibles producidos dentro del plazo— llevar a que la regulación a término se presente como un medio «más suave» frente a una regulación con carácter duradero. Tampoco se puede hablar de unos requisitos atenuados porque las reglas experimentales sirvan a la adquisición de experiencia o a la facilitación de innovaciones.

Las temporalizaciones, las obligaciones de evaluación y las reservas de revisión constituyen ejemplo de posibilidades de plasmación en la realidad de la declaración emanada del Tribunal Administrativo Federal en relación con la Ley Reguladora de la Energía Atómica: «Sólo una adaptación continua de las circunstancias determinantes de una apreciación de los riesgos al nivel de conocimientos en cada caso más actual está en condiciones de satisfacer aquí al principio de la mejor reacción y previsión de y frente a los riesgos»<sup>226</sup> y —permítasenos añá-

<sup>223</sup> Reflexiones acerca de la revisabilidad de decisiones se pueden encontrar en E. L. NELL: *Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen*, 1983, 206 y ss.; MURSWIEK (n. 38), 184 y ss.; TRUTE (n. 157), 85 y s., 108 y s.; R. WOLF: *Leviathan*, 1987, 357, 387.

<sup>224</sup> Sobre este extremo, *vid.* R. WAHL: *Die Verwaltung*, 13 (1980), 273 y ss.

<sup>225</sup> *Vid.* F. SCHARPF: «Die Handlungsfähigkeit des Staates am Ende des zwanzigsten Jahrhunderts», en *PVS*, 1992, 621 y ss.

<sup>226</sup> *BVerwGE*, 49, 89, 139.

dir— ir reacoplando a lo largo del tiempo la intervención estatal con el principio de proporcionalidad.

Es necesario desarrollar esta idea fundamental y hacerlo, por lo demás, para todo el ordenamiento jurídico: no sólo hay que actualizar permanentemente los conocimientos que nos permitan captar los fenómenos reales de la vida. También las instituciones previstas en el ordenamiento jurídico en orden a la superación de los problemas —y entre ellos también las argumentaciones y las ayudas al comportamiento de la dogmática jurídica y las «teorías generales» utilizables en los distintos ámbitos del Derecho administrativo— se han de examinar para ver hasta qué punto reaccionan adecuadamente frente a problemas nuevos o frente a nuevas valoraciones de problemas y así ayudan a satisfacer las necesidades de innovación —inmensamente acrecentadas— de la sociedad industrial. También el Derecho administrativo general se ha de concebir con apertura a la revisión y con disposición a aceptar innovaciones.