

# En torno a las nuevas formas de actuación medioambientales del Estado

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION. II. LOS «NUEVOS INSTRUMENTOS» EN LA PROTECCION MEDIOAMBIENTAL. 1. La «actuación administrativa informal». a) Advertencias y recomendaciones oficiales. b) Acuerdos en el Derecho del medio ambiente. 2. Instrumentos económicos en la protección del medio ambiente. a) Los instrumentos económicos como dirección indirecta. b) Algunos instrumentos económicos. III. PROBLEMAS DE LOS «NUEVOS INSTRUMENTOS» DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL ESTADO DE DERECHO. 1. Generalidades. 2. Problemas de tutela jurídica. IV. AGRUPACION DE INSTRUMENTOS.

## I. INTRODUCCION

La complejidad de las relaciones ecológicas y el rápido progreso de la ciencia y la técnica ejercen, en el ámbito de la protección medioambiental, una fuerte y permanente presión de adecuación sobre el Estado regulador. A los problemas ya conocidos se añaden continuamente o emergen *ex novo* en el campo de visión nuevos aspectos, que hacen aparecer como necesarias o, en todo caso, oportunas ampliaciones e innovaciones de la actuación estatal. En correspondencia con ello, la legislación y reglamentación en el ámbito de la protección medioambiental se caracteriza por una pluralidad de innovaciones y reformas, pero también por una creciente flexibilización en la elección

---

Artículo traducido por Luciano PAREJO ALFONSO.

\* El presente trabajo trae causa de la Conferencia pronunciada por el autor en la Universidad de Giessen el día 6 de febrero de 1991.

de los instrumentos <sup>1</sup>. Pero, junto a ello, toman asimismo asiento en la práctica administrativa formas de actuación no reguladas jurídicamente, denominadas «informales», dirigidas a complementar o también —teóricamente— sustituir el instrumentario legalmente previsto.

La ejecución del Derecho ambiental tiene lugar, en el ámbito del Derecho público, a través, de un lado, de los instrumentos tradicionales de la orden y la prohibición, pero también, y en conexión con éstos, de la coacción administrativa. Estos instrumentos del Derecho de policía o intervención tienen todavía una importancia eminente. A ellos se añade hoy, complementariamente, un instrumentario de control fuertemente desarrollado <sup>2</sup>.

En el ámbito de la protección medioambiental son innegables cambios trascendentales en las medidas de policía o intervención o de carácter imperativo <sup>3</sup>. Así, por ejemplo, el clásico umbral de intervención estatal representado por el límite de peligro es objeto de reducción sobre la base del principio jurídico-político medioambiental de la prevención, porque a este efecto se entiende que ya riesgos intuidos y lejanos justifican intervenciones. La diferenciación clásica entre la prohibición, preventiva y represiva, con reserva de autorización quiebra con la emergencia de la idea de la gestión político-ambiental, pero también con el creciente empleo de conceptos jurídicos indeterminados (con simultánea reducción de la susceptibilidad de control judicial contencioso-administrativo, por ejemplo, mediante la aplicación de las, así llamadas, disposiciones administrativas de concreción de normas <sup>4</sup>). Y a la vista de las numerosas infracciones del principio de protección de las situaciones consolidadas, el Derecho ambiental sólo ya de forma muy debilitada concede apoyo al principio jurídico de protección de la confianza. El contacto tradicional más bien puntual entre Estado y ciudadano a través del acto administrativo cede crecientemente el paso a una relación jurídico-administrativa permanente, sobremanera compleja, integrada por decisiones previas, autorizaciones parciales, procesos de control y cargas sobrevenidas, en conexión con un complejo inextricable y a menudo de difícil dominio de fases cautelares y principales de tutela jurídica.

Junto al «clásico», pero también evolutivo, instrumentario del Derecho de policía o intervención, es decir y especialmente, junto a los

---

<sup>1</sup> Cfr. KLOEPFER, *Zur Rechtsumbildung durch Umweltschutz*, 1990, p. 1; el Derecho ambiental se desarrolla cada vez más en términos de laboratorio de la regulación del ordenamiento jurídico en su conjunto. De ahí que tenga sentido la investigación de los ensayos de reforma en el Derecho administrativo general a la luz del ejemplo de la protección medioambiental, tal como hace HOFFMANN-RIEM, *AöR*, 115 (1990), pp. 400 y ss.

<sup>2</sup> KLOEPFER (nota núm. 1), p. 37.

<sup>3</sup> Sobre ello y lo que sigue, KLOEPFER (nota núm. 1), pp. 25 y ss.

<sup>4</sup> Véase sobre ello BVerWGE, 72, p. 300 (320 y ss.); sobre ello MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7.ª edición, parágrafo 24, número marginal 25a, p. 535, con ulteriores referencias.

actos administrativos que ordenan, prohíben o configuran, aparecen cada vez más instrumentos que, en vez de la orden, emplean instrumentos de dirección que actúan sobre todo influenciando y motivando. La Administración quiere de esta manera incidir en la formación de la voluntad del ciudadano, con el objetivo de conseguir efectos en la conducta, es decir, que el ciudadano adecúe sus pautas de comportamiento a las expectativas estatales respecto de éste, incluso sin la imposición de una obligación jurídica de un hacer o no hacer determinados<sup>5</sup>. Quizás más por consideración que por debilidad, el Estado democrático actual —en tanto que autorganización de sus ciudadanos— descansa ya no sólo sobre la orden y la coacción, sino también y en medida creciente sobre la cooperación, la participación y la aceptación con y, en su caso, de los afectados<sup>6</sup>. Por ello, es característico de estas formas, sobre todo de dirección indirecta de las conductas, que el Estado o bien desea de forma reconocible determinadas formas de conducta de sus ciudadanos e influye en tal sentido, pero no ordena tales conductas, o bien las declara indeseables y actúa contra ellas, pero no las prohíbe<sup>7</sup>. En otras palabras: aquí el Estado no ordena, sino que previene, aconseja, negocia, ofrece incentivos o llama la atención sobre la posibilidad de perjuicios, etc. De esta forma, la legalidad pierde decisivamente en importancia como medio clásico de dirección del Estado de Derecho.

El empleo de tales instrumentos de dirección indirecta se conecta por sus defensores con la esperanza de numerosas ventajas frente al empleo del Derecho de policía o intervención. En el capítulo de las ventajas se inscriben, junto a una supuesta mayor libertad («menos coacción») y el desplazamiento de la burocracia estatal, especialmente el incremento de la disposición al cumplimiento de las normas inducida por la dirección indirecta (incluido el desplazamiento de los procedimientos de protección jurídica), que opera con decisiones «voluntarias» de los ciudadanos. Esta profesión de fe ecológico-liberal significa más protección medioambiental con más libertad y menos Estado. A ello debe añadirse un permanente efecto de incentivación para inducir esfuerzos de protección medioambiental precisamente por encima de la medida impuesta legalmente. Se entiende que, en comparación con el Derecho de policía o intervención, no deben surgir en absoluto o sólo en menor medida déficit de ejecución; a los llamados instrumentos económicos se les imputa automaticidad en la ejecución. Finalmen-

<sup>5</sup> P. KIRCHHOF, *Verwaltung durch mittelbares Einwirken*, 1977, pp. 38 y ss.

<sup>6</sup> OSSENBÜL, *Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen*, 1986, p. 8. Cfr. también PHILIPP, *Staatliche Verbraucherinformation im Umwelt- und Gesundheitsrecht*, 1989, pp. 9 y ss.; cfr., en general, sobre la aceptación a través del procedimiento administrativo, WÜRTENBERGER, *NJW*, 1991, pp. 257 y ss.

<sup>7</sup> KLOEPFER, *Umweltrecht*, 1989, parágrafo 4, número marginal 142.

te, se ve como ventaja importante de las formas de dirección indirecta la posibilitación de medidas de protección medioambiental diferenciadas y menos costosas (macro y micro económicamente), con la presión modernizadora de ello resultante. De esta suerte, en las medidas de protección medioambiental debe tratarse precisamente también de un ahorro en costes para la economía en su conjunto. ¿Quién no querría ser víctima del canto de sirena según el cual cabe mayor protección medioambiental por menos dinero? A la vista de estas ventajas numerosas y reales o posibles, pero no minusvalorables, que se conectan (deben conectarse) con el empleo de instrumentos de dirección indirecta de las conductas, se está ya abogando por un parcial desplazamiento del instrumental del Derecho de policía o intervención especialmente por los denominados instrumentos de economía de mercado. La propuesta, redactada por profesores, de parte general de un código medioambiental (UGB-AT) <sup>8</sup> prescribe en su parágrafo 6, apartado 3, al menos la prevalencia de las medidas no imperativas, siempre que éstas tengan una eficacia cuando menos igual; análogamente, el parágrafo 87 UGB-AT parte de la prioridad de los instrumentos flexibles.

¿Se ha encontrado con el empleo de las «nuevas» e indirectas formas de actuación del Estado en la protección medioambiental la «piedra filosofal» o se está aquí más bien ante un producto de la fábrica de sueños de la semántica política? En el caso de los medios de dirección indirecta ¿no se está ante el instrumento típico de una democracia permisiva con sus decisiones de compromiso de perfiles frecuentemente débiles? ¿El abandono del principio imperativo en favor del principio de expresión estatal de deseos no es la consecuencia natural de su política del «decidido quizás»?

## II. LOS «NUEVOS INSTRUMENTOS» EN LA PROTECCION MEDIOAMBIENTAL

Las denominadas nuevas formas de actuación de la dirección estatal en la protección medioambiental pueden clasificarse primariamente en dos grupos a distinguir en la exposición ulterior: la actuación administrativa informal y el empleo de los denominados instrumentos económicos.

<sup>8</sup> KLOEPFER/REHBINDER/SCHMIDT-ASSMANN, con intervención de KUNIG, «Umweltgesetzbuch - Allgemeiner Teil», *Berichte des Umweltbundesamts*, 7/90, 1991; respecto de la primera introducción, los mismos, *DVBt*, 1991, pp. 339 y ss.

## 1. LA «ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA INFORMAL»

Conforme a su propio planteamiento, se adscriben a la llamada actuación administrativa informal<sup>9</sup>, junto a las consultas e informaciones oficiales (véase sobre ello parágrafo 36 UGB-AT), de una parte, las advertencias y las recomendaciones. De otra parte, se incluyen en la categoría también los acuerdos entre la Administración Pública y los privados<sup>10</sup> e incluso hasta las formas «debilitadas» de actuación administrativa vinculante (véase, por ejemplo, parágrafo 64 UGB-AT). Estos acuerdos son objeto de creciente interés científico-jurídico precisamente en el campo del Derecho medioambiental<sup>11</sup>. A ellos se añaden otros instrumentos informales, como, por ejemplo, la tolerancia<sup>12</sup>, en su caso el llamado mediador en conflictos<sup>13</sup> (véase también, pará-

<sup>9</sup> Acuñando conceptos, BOHNE, *Der informale Rechtsstaat*, 1981, pp. 42 y ss., 46 y ss.; también, el mismo, «Informales» Staatshandeln als Instrument des Umweltschutzes», en *Dokumentation zur 7. Wissenschaftlichen Fachtagung der Gesellschaft für Umweltrecht e.V.*, 1984, pp. 97 y ss.; el mismo, *VerwArch*, 75 (1984), pp. 241 y ss.; BECKER, *DÖV*, 1985, p. 1003; BUSSFELD, «Informales Verwaltungshandeln -Chancen und Gefahren», en: Hill (editor), *Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen*, 1990, pp. 39 y ss.; MAURER (nota núm. 4), parágrafo 15, número marginal 8 y ss., con ulteriores referencias; OSSENBUHL, «Informelles Hoheitshandeln im Gesundheits- und Umweltschutz», en: Breuer/Kloepfer/Marburger/Schröder (editores), *Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts*, 1987 (UTR 3), 1987, pp. 27 y ss.; SCHULTE, «Informales Verwaltungshandeln als Mittel staatlicher Umwelt- und Gesundheitspflege», en: Heckmann/Messerschmidt (editores), *Gegenwartsfragen des Öffentlichen Rechts*, 1988, pp. 213 y ss.; el mismo, *DVBf*, 1988, pp. 512 y ss.; compárese, sin embargo, también, y en relación con los aspectos conceptuales, la crítica de ISENSEE, *DVBf*, 1986, p. 955.

<sup>10</sup> En tono crítico respecto del empleo del concepto «actuación administrativa informal» BULLING, *DÖV*, 1989, p. 277 (278), que opina que esta opción terminológica evoca, en forma materialmente incorrecta, «compadreo, secretismo y prácticas ni jurídica, ni éticamente irreprochables», y que habla, por ello, sustitutivamente de actuación administrativa «cooperativa».

<sup>11</sup> Acuerdos de este tipo pueden revestir también la forma jurídica del contrato jurídico-público, no clasificable en la categoría de la actuación administrativa informal; véase al respecto, por ejemplo, BECKMANN, *NVwZ*, 1990, p. 601; el mismo, *WUR*, 1990, p. 70; DI FABIO, *DVBf*, 1990, p. 338; BVerwGE, 84, 236 = *JZ*, 1990, p. 591 (EHLERS). Más recientemente y con relación a los acuerdos informales, por ejemplo, BULLING, *DÖV*, 1989, pp. 277 y ss.; el mismo, «Umweltschutz und Wirtschaftsüberwachung», en: Hill (editor), *Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen*, 1990, pp. 147 y ss.; KUNICK/RUBLACH, *Jura*, 1990, pp. 1 y ss.; HOFFMANN-RIEM, *ZAU*, 1990, pp. 19 y ss.

<sup>12</sup> Véase, por ejemplo, RANDELZHOFFER/WILKE, *Die Duldung als Form des flexiblen Verwaltungshandeln*, 1981; HERMES/WIELAND, *Die staatliche Duldung rechtswidrigen Verhaltens*, 1988; FLUCK, *NuR*, 1990, pp. 197 y ss.; NISIPÉANU, *ZfW*, 1990, pp. 365 y ss. En el caso de los tres últimos citados se contempla especialmente también las implicaciones jurídico-penales de la tolerancia administrativa.

<sup>13</sup> Sobre ello, por ejemplo, HOFFMANN-RIEM/HOLZNAGEL, *Konfliktmittler in Verhandlungen*, 1989; HOLZNAGEL, *Konfliktlösung durch Verhandlungen*, 1990; BENZ, *Die Verwaltung*, 23 (1990), p. 83; HOFFMANN-RIEM, *AöR*, 115 (1990), p. 400 (434 y ss.); BROHM, *DBVf*, 1990, pp. 321 y ss.; STRIEGNITZ, *ZAU*, 1990, pp. 51 y ss. Sobre el empleo de mediadores en conflictos, jueces arbitrales y gestores de procedimientos en el Derecho medioambiental norteamericano, HOLZNAGEL, *Die Verwaltung*, 22 (1989), pp. 421 y ss.; HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN, *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen*, tomos I y II, 1990; en general sobre la Administración y la mediación: GUSY, *ZfU*, 1990, pp. 353 y ss. Sobre el punto central de la «mediación», véase también las aportaciones contenidas en *IUR*, 1990, pp. 37 y ss.

grafo 54, apartado 4, UGB-AT), etc. Debe tenerse en cuenta que, por lo demás, los instrumentos informales no forman un segmento del instrumentario completamente separado de las medidas de ejecución imperativa. Especialmente fascinante es también la «informalización» creciente de instrumentos formalizados: las Leyes negociadas<sup>14</sup>, los actos pactados<sup>15</sup> y las condenas penales «predeterminadas»<sup>16</sup> pueden incluirse en este apartado.

#### a) *Advertencias y recomendaciones oficiales*

La dirección estatal de las conductas mediante recomendaciones, advertencias y apelaciones o llamadas adquiere creciente importancia en la República Federal Alemana al servicio de la protección del medio ambiente y de la salud<sup>17</sup>. El Estado presume en el ciudadano un comportamiento sin ordenárselo y, en su caso, también sin poder ordenárselo por razón de falta de fundamento legal para ello. De todas formas, incluso para advertencias y recomendaciones de este tipo podrían llegar a ser necesarias coberturas legales, tal como están previstas ahora, por ejemplo, en el parágrafo 106 UGB-AT. Aún no se ha producido una completa clarificación en el debate científico, siendo discutidas en muchos aspectos<sup>18</sup> la clasificación dogmático-jurídica de este tipo de actuación administrativa y su legitimidad constitucional. También el Estado hace tiempo que descubrió la información como medio de dirección e, incluso, como arma, por lo que ésta requiere control jurídico. Por ello, el UGB-AT dedica precisamente a la información medioambiental un capítulo específico (parágrafos 103 y siguientes). También la evolución del impacto ambiental debería considerarse, de forma más nítida que hasta ahora y por razón de la repercusión y la participación públicas que en ella se dan, como instrumento de información: si en una fase muy temprana de la realización de un pro-

<sup>14</sup> Véase al respecto KLOEPFER, *VVDStRL*, 40 (1982), p. 63 (89 y ss.).

<sup>15</sup> Cfr. KLOEPFER (nota núm. 7), parágrafo 4, número marginal 242, pp. 264 y ss.

<sup>16</sup> Véase, por ejemplo, BGH, *NJW*, 1989, p. 2270; SCHMIDT-HIEBER, *Verständigung im Strafverfahren*, 1986; el mismo, *NJW*, 1990, p. 1884; GATZWEILER, *NJW*, 1989, p. 1903; KOCH, *ZRP*, 1990, p. 249; SCHÜNEMANN, *NJW*, 1989, p. 1895; el mismo, «Absprachen im Strafverfahren? Grundlagen, Gegenstände und Grenzen, Gutachten B zum 58», *Deutschen Juristentag*, 1990, in München, 1990.

<sup>17</sup> SCHULTE (nota núm. 9), p. 213; el mismo *DVBt*, 1988, p. 512. También OSSENBÜHL (nota núm. 9), p. 27.

<sup>18</sup> Cfr. sólo OSSENBÜHL (nota núm. 6), pp. 8 y ss., 33 y ss.; el mismo (nota núm. 9), pp. 27 y ss.; SCHULTE, *DVBt*, 1988, p. 512; LÜBBE-WOLFF, *NJW*, 1987, p. 2705; MOHR, *NuR*, 1989, p. 101. En detalle, PHILIPP (nota núm. 6), pp. 17 y ss.; un instrumento emparentado con las advertencias estatales es la imposición estatal de la obligación por parte de los productores de insertar anuncios con advertencias en sus productos (p. ej., en derivados del tabaco; véase al respecto KLOEPFER, *Produktinweispflichten bei Tabakwaren als Verfassungsfrage*, 1991).

yecto se asumen como posibles afecciones potenciales graves del medio ambiente, tal proyecto no será ya realizable o lo será sólo bajo severas condiciones, como regla general y en virtud de la inducida presión de la opinión pública.

Como ejemplos de la no despreciable importancia práctica que han llegado ya a alcanzar las advertencias oficiales en la vida jurídica diaria, podrían aducirse la advertencia hecha por la Oficina Federal de Medio Ambiente en relación con la utilización de *sustancias* reforzadoras de la eficacia limpiadora<sup>19</sup> o la toma de posición común, por parte de dicha Oficina y de la Oficina Federal de la Salud, contra la utilización de piedras de *toilette* lesivas del medioambiente y continentes de paradiclorobenzol<sup>20</sup>. Ambos productos cumplían los requerimientos legales. A pesar de ello, las Oficinas calificaron su utilización como superflua y lesiva del medio ambiente. Como consecuencia de ello los productores experimentaron pérdidas apreciables en el volumen de negocios, en cuantía de millones. Debe recordarse asimismo la advertencia del Presidium del Gobierno en Stuttgart frente a la degradación microbiana de los productos de masa o pasta de la empresa Birkel en conexión con el escándalo «Flüssigei» en 1985 y el proceso derivado del mismo, en el que el *Land* Baden-Württemberg fue condenado en definitiva a prestaciones indemnizatorias<sup>21</sup>.

Pero, además de las advertencias oficiales, también las recomendaciones oficiales pueden revelarse problemáticas. Así, la Oficina Federal del Medio Ambiente otorga a productos un distintivo medioambiental, el llamado «ángel (medioambiental) azul», para acreditar el carácter favorecedor del medio ambiente de aquéllos e influir, por este medio, la decisión de compra del consumidor<sup>22</sup>. Es claro que semejantes recomendaciones pueden tener efectos fácticos decisivos, que en el caso concreto pueden llegar más lejos que una intervención reguladora del Estado. Por ello, se han formulado contra incidencias estatales de estas características importantes reparos desde el punto de vista constitucional y de la libre competencia<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> Sobre este ejemplo, OSSENBÜHL (nota núm. 6), pp. 1 y ss.

<sup>20</sup> OSSENBÜHL (nota núm. 6), pp. 30 y ss.; el mismo (nota núm. 9), p. 31; HOPPE/BECKMANN, *Umweltrecht*, 1989, parágrafo 9, número marginal 26.

<sup>21</sup> LG de Stuttgart, *NJW*, 1989, p. 2257; OLG de Stuttgart, *A/P*, 1990, p. 145. Sobre ello ROBBERS, *A/P*, 1990, p. 84; PASCHKE, *A/P*, 1990, p. 89; SCHOCH, *WUR*, 1990, p. 45; cfr. también DOLDE, «Behördliche Warnungen vor nicht verkehrsfähigen Lebensmitteln», *Rechtsgutachten*, 1987. El *Land* demandado renunció a la interposición de recurso de revisión ante el BGH sobre la base del acuerdo. Entretanto se ha alcanzado un arreglo transaccional.

<sup>22</sup> El parágrafo 108 UGB-AT prevé un sello medioambiental y proporciona así una base legal a estas recomendaciones. Además, el UGB-AT legaliza la publicidad comparativa que cuenta con el sello.

<sup>23</sup> Cfr. sólo OSSENBÜHL (nota núm. 6), pp. 33 y ss.; el mismo (nota núm. 9), pp. 32 y ss.; LÜBBE-WOLFF, *NJW*, 1987, p. 2705 (2708 y ss.); SCHULTE, *DVBt*, 1988, p. 512 (515 y ss.); ROBBERS, *DÖV*, 1987, p. 272 (278); WIMMER, *BB*, 1989, pp. 565 y ss.; KLOEPFER, «Unlauterkeitsrecht und Umweltschutz», en: *Festschrift von Lersner*, 1990, pp. 190 y ss.; KÖHLER, «Der gerupfte Um-

## b) *Acuerdos en el Derecho del medio ambiente*

Si los acuerdos entre la Administración y los privados se entienden en sentido amplio, pueden constituir, por su forma, tanto contratos jurídico-privados o jurídico-públicos, como también simples acuerdos sin eficacia vinculante jurídica estricta. En lo sucesivo sólo se alude a los acuerdos en este último sentido y, en consecuencia, a los modos de conducta acordados en los mismos, en tanto que sólo ellos son subsumibles en la categoría de actuación informal.

Pueden calificarse estos acuerdos como informales precisamente porque su existencia ni está vinculada a determinados presupuestos jurídicos, ni —conforme a doctrina hasta hoy dominante— genera directamente efectos jurídicos. Deben celebrarse sin forma específica, pero no contienen promesas de conductas vinculantes jurídicamente (en otro caso habrían de interpretarse como contratos). Más bien se circunscriben a declaraciones de intenciones que en último término no obligan jurídicamente, si bien es preciso en todo caso efectuar delimitaciones cuidadosas por razón de las numerosas graduaciones que se presentan en la praxis en una «zona gris entre vinculaciones jurídicas y fácticas»<sup>24</sup>. Domina la forma de acuerdo conocida como *gentlemen's agreement*, que obliga a los intervinientes en términos morales o políticos, pero no precisamente por motivos jurídicos<sup>25</sup>.

Este tipo de acuerdos medioambientales se corresponden principalmente con convenios en otros campos, sobre todo con los acuerdos de autolimitación, en su caso de sector, conocidos especialmente en el Derecho de la economía y de los cárteles<sup>26</sup>. Pero si en éstos siempre

---

weltengel oder: Die wettbewerbsrechtlichen Grenzen der umweltbezogenen Produktwerbung», en: Breuer/Kloepfer/Marburger/Schröder (editores), *Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts*, 1990 (UTR 12), 1990, pp. 339 y ss.

<sup>24</sup> HOFFMANN-RIEM, *VVDStRL*, 40 (1982), p. 187 (234).

<sup>25</sup> KLOEPFER (nota núm. 7), parágrafo 4, número marginal 250; también BOHNE, en: *Dokumentation* (nota núm. 9), p. 128; JARASS, *DVBt*, 1985, p. 193 (197); de opinión discrepante BULLING, *DÖV*, 1989, p. 277 (280 y ss.); el mismo (nota núm. 11), p. 151: «Verbindlich gemeinte mündliche ("Arrangements") oder schriftliche ("Agreement") Einigungen bzw. Absprachen ohne förmlichen Vertragscharakter und ohne Sanktionen im Falle der Nichteinhaltung», *DÖV*. Véase, en general, también BAHNTJE, *Gentlemen's agreement und abgestimmtes Verhalten*, 1982; MURSWIECK, *JZ*, 1988, p. 985 (988).

<sup>26</sup> En último lugar, sobre los acuerdos medioambientales, SCHERER, *DÖV*, 1991, pp. 1 y ss.; así como, en general, LANGE, *VerwArch*, 82 (1991), p. 1 (5 y ss.); compárese con relación a ejemplos anteriores tomados fuera del Derecho del medio ambiente, KAISER, *NJW*, 1971, p. 585; OLDIGES, *WiR*, 1973, p. 1; v. ZEJSCHWITZ, *JA*, 1978, p. 487. En época más reciente, p. ej., BECKER, *DÖV*, 1985, p. 1005; EBERLE, *Die Verwaltung*, 17 (1984), p. 439; BANDENBACHER, *JZ*, 1988, p. 689. Sobre el trasfondo de teoría del Estado del pacto, RITTER, *AöR*, 104 (1979), pp. 389 y ss., con ulteriores referencias. Crítico frente a esta evolución, FORSTHOFF, *Der Staat in der Industriegesellschaft*, 1971, pp. 21 y ss. Llegando demasiado lejos, VOIGT (editor), *Abschied vom Recht?*, 1983, y la mayoría de los autores allí reunidos, que en parte suponen poder observar ya una autodisolución del sistema jurídico.

están en primer plano las relaciones horizontales entre empresas, en el caso de los acuerdos medioambientales se añade, de forma típica, una intervención vertical del Estado. Estos acuerdos los establecen las empresas frecuentemente por sugerencia o presión del Estado, están «inspirados por el Estado». No es inusual que los acuerdos medioambientales se concluyan directamente con el Estado, sin que, no obstante, éste llegue a alcanzar directamente la condición de parte del acuerdo.

De esta forma, los acuerdos medioambientales pueden aspirar así a contenidos cuasinormativos; pero cabe que su objeto se reduzca a concretos procedimientos administrativos. Conforme a su función los acuerdos medioambientales pueden diferenciarse principalmente, por ello, en aquellos que tienen carácter regulador («suplentes de normas») o, en su caso, «sustitutivos de normas») y aquellos otros que están referidos a proyectos («ejecutivos de normas») <sup>27</sup>.

En esta última categoría de los acuerdos referidos a proyectos se incluyen especialmente los *arrangements* o *agreements* con la Administración en el contexto de (o también en vez de) procedimientos administrativos concretos <sup>28</sup>. Estos acuerdos entre Administración y promotores privados, referidos a proyectos en el marco de campos sustancialmente regulados, se manifiestan sobre todo en forma de negociaciones previas a la formulación de solicitud, conocimiento previo de propuestas de decisión y acuerdos de saneamiento <sup>29</sup>. Característica típica de estos acuerdos «informales» es que se apartan frecuentemente del modelo de procedimiento en realidad previsto legalmente y se superponen ampliamente en la práctica a los instrumentos legales <sup>30</sup>. Pero también cabe, mediante acuerdos de este tipo, la negociación previa del contenido del acto administrativo a dictar en el sucesivo procedimiento formal. En determinados supuestos (dudosos desde el punto de vista jurídico) puede llegarse incluso al dictado de actos administrativos en gran parte negociados. De ahí que las formas de actuación estatal, formales e informales, pueden estar indisolublemente imbricadas entre sí.

Por contra, se celebran acuerdos medioambiente *regulativos* entre el Estado y las empresas privadas o, en su caso, asociaciones económi-

<sup>27</sup> KLOEPFER (nota núm. 7), parágrafo 4, número marginal 254; HARTKOPF/BOHNE, *Umweltpolitik*, tomo I, 1983, p. 222; sobre lo primero, también SACHS, *VerwArch*, 74 (1983), p. 25.

<sup>28</sup> Sobre ello, especialmente EBERLE, *Die Verwaltung*, 17 (1984), pp. 439 y ss.; BULLING, *DÖV*, 1989, p. 277 (280 y ss.); el mismo (nota núm. 11), pp. 147 y ss.; también HÄNSLER, «Konsensuales Verwaltungshandeln durch Absprachen aus der Sicht des Rechtsanwalts am Beispiel des Baurechts und des Umweltrechts», en: Hill (editor), *Verwaltungsbandeln durch Verträge und Absprachen*, 1990, pp. 171 y ss.

<sup>29</sup> Sobre ello, especialmente, BOHNE, *Der informale Rechtsstaat* (nota núm. 9), pp. 105 y ss.; la actuación administrativa de este tipo ha recibido un reconocimiento legal parcial en el procedimiento denominado de Scoping en la evaluación del impacto ambiental (parágrafo 5 UVP; parágrafo 36, apartado 1 UGB-AT).

<sup>30</sup> KLOEPFER (nota núm. 7), parágrafo 4, número marginal 264.

cas, a fin de hacer superflua una legislación o reglamentación más severa (prevista previamente en la mayoría de los casos para el supuesto de fracaso de las negociaciones). De eso se trata normalmente en los denominados acuerdos de autolimitación. En este punto se dan tanto éxitos (por ejemplo, en relación con la renuncia a o el modo de empleo de determinadas sustancias peligrosas para el medio ambiente en la producción de bienes<sup>31</sup>) como también fracasos, tales como los acuerdos con la industria de envasado y de bebidas, así como con el comercio de bebidas, cuyo punto principal —la estabilización de la cuota de mercado de envases con y sin retorno— no fue alcanzado. El legislador reglamentario había respondido repetidamente con el dictado de normas reglamentarias a los intentos infructuosos de acuerdo; por ejemplo y hace ya algún tiempo con la promulgación del Reglamento sobre cantidades máximas de fosfatos<sup>32</sup>. En el ámbito de los envases de vidrio sin retorno, el Gobierno Federal introdujo en 1988, mediante Reglamento, un depósito obligatorio para las botellas de plástico<sup>33</sup>. La reglamentación sobre envases aprobada por el Gobierno Federal el día 14 de enero de 1990, que debe establecer una considerable ampliación de las regulaciones sobre recuperación de y depósito por envases, ha superado ya su tramitación en el Consejo Federal<sup>34</sup>.

Los esfuerzos para la reducción o, en su caso, prohibición de CFC (clorofluorocarbonos) y Halones toman una posición especial en la medida en que después de que las conversaciones entre la industria y el Gobierno Federal sobre la ulterior reducción del empleo de CFC parecían en principio haber fracasado<sup>35</sup>, el legislador reglamentario inició la preparación de una reforma del segundo Reglamento federal de protección frente a inmisiones<sup>36</sup>. Entretanto se aprobó asimismo un Reglamento de prohibición de Halon sobre la base de la Ley de sustancias químicas, que dispone una prohibición, escalonada hasta 1995, del tráfico, del empleo y, parcialmente, la producción<sup>37</sup>. De forma *simultánea* a la promulgación de este Reglamento, la industria química

<sup>31</sup> Así, p. ej., las concesiones para la reducción de materiales de construcción con contenido de asbesto o para la producción de lacas medioambientales; véase la exposición de RENGLING, *Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht*, 1988, pp. 40 y ss.

<sup>32</sup> Reglamento sobre cantidades máximas de fosfatos en productos de lavado y limpieza de 4 de junio de 1980, BGBl I, p. 664. Sobre la historia de su dictado, BOHNE, *JbRSoz*, 8 (1982), p. 266 (268).

<sup>33</sup> Reglamento sobre la recuperación y la exigencia de depósito de envases para bebidas hechos con materiales artificiales de 20 de diciembre de 1988, BGBl I, p. 2445; sobre ello VERSTEYL, *NVwZ*, 1989, p. 126.

<sup>34</sup> Véase BR-Drs. 817/90; FAZ, núm. 198, de 11 de mayo de 1991, p. 11.

<sup>35</sup> FAZ, núm. 231, de 5 de octubre de 1989, p. 17; núm. 232, de 6 de octubre de 1989, p. 1.

<sup>36</sup> Segundo Reglamento para la ejecución de la Ley federal de protección frente a inmisiones (Reglamento para la limitación de la emisión de sustancias carbonohalógenas, muy volátiles) de 10 de diciembre de 1990, BGBl I, p. 2964.

<sup>37</sup> Reglamento para la prohibición de determinadas sustancias destructoras de la capa de ozono (Reglamento de prohibición del CFC-Halon) de 6 de mayo de 1991, BGBl I, p. 1090.

afectada declaró su disposición a poner fin a la producción de CFC antes de la finalización del año 1995, más allá de lo dispuesto en el Reglamento. Además, se comprometió a recuperar y reutilizar el CFC ya utilizado procedente de aparatos de producción de frío y climatización, así como de espumas de aislamiento<sup>38</sup>. Pero como precisamente en la legislación medio ambiental es típico el frecuente entendimiento entre dirección del Estado e industria afectada, etc., es decir, se dan las hasta cierto punto «Leyes negociadas», se hace reconocible aquí también la permeabilidad de la frontera entre actuación formal e informal. Pero el entusiasmo por el progreso del principio de consenso no debería hacer perder de vista que con este elemento cuasiestamental de la autolegislación puede ponerse en peligro el principio democrático y la garantía del bien común.

Con la reforma de la Ley de residuos<sup>39</sup>, que ha traído consigo, entre otras cosas, una considerable ampliación de la habilitación de la potestad reglamentaria del Gobierno federal para la consecución de los objetivos de impedimento y disminución de sustancias nocivas en los residuos (parágrafo 14, apartado 1, AbfG), así como también de impedimento o disminución del incremento de los residuos (parágrafo 14, apartado 2, AbfG), se ha introducido en el Derecho alemán —en relación con la reducción de residuos— un nuevo y, en lo que se sabe, por ahora único procedimiento «previo» o también alternativo al de elaboración de normas reglamentarias: según la concepción de la Ley de residuos (parágrafo 14, apartado 1, párrafos 1 y 2, AbfG) el Gobierno federal, tras audiencia de los colectivos interesados, presenta primeramente determinaciones de objetivos, que deben contener los que deben alcanzarse en un período de tiempo adecuado en punto a impedimento, disminución o reciclado de residuos procedentes de determinados productos. Tales determinaciones de objetivos han sido formuladas entretanto para un cierto número de tipos de residuos de distintas clases de procedencias<sup>40</sup>.

Estas determinaciones de objetivos no son ni Reglamentos, ni convenios con los interesados<sup>41</sup>. Ello conduce a la pregunta de si dichas

<sup>38</sup> *Umwelt (BMV)*, 1990, p. 346 (347).

<sup>39</sup> Ley sobre el impedimento y la eliminación de residuos (Ley de residuos. AbfG) de 27 de agosto de 1986, *BGBI I*, p. 1410 hasta 1501. Entró en vigor el 1 de noviembre de 1986.

<sup>40</sup> Determinaciones de objetivos existen hoy para residuos derivados de envases de bebidas; empaquetados del comercio hechos con materiales sintéticos para bienes de la alimentación, degustación y consumo; empaquetados, papel de estaño y recipientes de materiales sintéticos en la economía agrícola, forestal y de jardinería; papel viejo y escombros de construcción. Véase sobre ello *Überblick in Umwelt (BMU)*, 1990, p. 290 (293 y ss.); en términos resumidos, *TÖPFER, Umwelt (BMU)*, 1990, p. 567.

<sup>41</sup> Así la fundamentación oficial en BT-Drs. 10/5656, p. 77; sobre la naturaleza jurídica, *KLOEPFER* (nota núm. 7), parágrafo 12, número marginal 63; *ATZPDIEN, UPR*, 1990, p. 7; *JEKEWITZ, DÖV*, 1990, p. 51. *VERSTEYL*, en: *Kunig/Schwerner/Versteyl, Abfallgesetz*, 1988, parágrafo 14, número marginal 25, habla de que las determinaciones de objetivos carecen de «obligatoriedad directa alguna».

determinaciones despliegan en realidad efectos jurídicos y cuáles sean éstos, especialmente si se trata, en su caso, de indicaciones de conductas vinculantes para los afectados. Muchos abogan por ver en ellas primariamente actos políticos, que si bien producen una cierta y temporalmente limitada autovinculación del Gobierno federal, no desarrollan más allá efecto jurídico alguno. Desde luego que cabe imputarle un efecto de influencia fáctica no despreciable respecto de los sectores económicos; influencia que gana en peso por el hecho de que la inobservancia de la determinación de objetivos puede ser «sancionada» con el ejercicio de la habilitación para la normación reglamentaria contenida en el parágrafo 14, apartado 2, párrafo 3, AbfG<sup>42</sup>.

## 2. INSTRUMENTOS ECONÓMICOS EN LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

### a) *Los instrumentos económicos como dirección indirecta*

También los instrumentos medioambientales calificados como económicos o incluso de economía de mercado se caracterizan jurídicamente porque con su empleo subsiste para el afectado un cierto espacio propio para decidir si adopta una conducta deseada por el Estado y en qué forma conseguir concretos objetivos predeterminados estatalmente. Por contra, en el instrumentario tradicional de policía o intervención se prescribe al afectado regularmente en detalle —por ejemplo, en una autorización— qué exigencias deben ser cumplidas empleando qué medios<sup>43</sup>. Pero esto en ningún caso debe llevar a la conclusión equivocada de que los instrumentos de policía o intervención renuncian por completo a mecanismos económicos (piénsese, por ejemplo, en la amenaza de multas por infracción de órdenes de policía o en los efectos económicos del anuncio de adopción de sucesivas órdenes). Por el contrario, parece pertinente el escepticismo frente a la frecuente cualificación política de los instrumentos económicos como instrumentos propios de la economía de mercado, pues las prestaciones públicas y las subvenciones representan por sí mismas perturbaciones o, en su caso, influencias en el mercado y no (o no sólo) confían en las fuerzas de autodirección de éste. Por lo demás, los instrumentos económicos viven también de la ilusión de la susceptibilidad de cuantificación y, en último término, compraventa de todos los bienes de

<sup>42</sup> Cfr. la nota núm. 33 respecto del mencionado Reglamento previsto en el parágrafo 14 AbfG, que introduce una recuperación obligatoria y una obligación de depósito para botellas de plástico. Sobre la relación entre determinación de objetivos y norma reglamentaria, ATZPODIEN, UPR, 1990, p. 7 (12 y ss.); JEKOWITZ, DÖV, 1990, p. 51 (56 y s.); KLAGES, NVwZ, 1988, p. 481 (482); KLOEPFER (nota núm. 7), parágrafo 12, número marginal 64.

<sup>43</sup> LANGE, *VerwArch*, 82 (1991), p. 1 (8 y s.).

este mundo, lo que (no sólo) en la protección ambiental constituye, en tales términos de generalidad, un error. El interrelacionado medioambiente no es (totalmente) predecible. ¿Se puede proceder sin más o precisamente de forma ilimitada «tirando de chequera» en materia de exigencias medioambientales?

Con carácter general debe advertirse, en la comparación entre los instrumentos económicos y los del Derecho de policía o intervención, frente al malentendido según el cual los primeros podrían sustituir a los segundos. Frente a las ventajas descritas de la dirección indirecta de las conductas surgen también, precisamente en el caso de los llamados instrumentos económicos (e igualmente en el de las advertencias y recomendaciones; no así, por contra, en el de los acuerdos), inconvenientes de peso, a saber, la necesaria pesantez y la inseguridad y carácter incompleto de la eficacia de estos instrumentos de dirección. El empleo de estos instrumentos debe excluirse, por ello y de principio, en aquellos casos en los que un medio ambiental (por ejemplo, un lago antes del vuelco de una embarcación) aparece tan amenazado que la aplicación de remedio de forma rápida, segura y sin exclusiones se ofrezca como imperativa. Si el bien ambiental amenazado está protegido constitucionalmente, al legislador le está prohibida, por la inseguridad de su eficacia, la protección *exclusiva* mediante instrumentos económicos. Sólo es considerable por ello en tales supuestos una protección a través de instrumentos económicos complementaria del instrumentario propio de la policía o intervención <sup>44</sup>.

#### b) *Algunos instrumentos económicos*

Las formas de actuación que se mencionan en relación con la categoría de «instrumentos económicos» son, en primera línea: modelos de compensación, modelos de certificados, modelos de prestaciones medioambientales, así como en parte también la responsabilidad ambiental <sup>45</sup>. Las siguientes consideraciones van a limitarse a estas cuatro clases de instrumentos económicos. Por contra, el instrumento de la subvención en la protección del medio ambiente (cfr. también párrafos 82 y siguientes UGB-AT), que también forma parte de la dirección indirecta, no va a ser tratado, porque no realiza tanto el principio del causante (quien contamina paga), dominante en la política ambiental, como el principio de la carga general. Sin embargo, no serán silenciados los fundamentales problemas de delimitación en relación con

<sup>44</sup> Véase, p. ej., BREUER, «Grundprobleme des Umweltschutzes aus juristischer Sicht», en: Wenz/Issing/Hofmann (editores), *Ökologie, Ökonomie und Jurisprudenz*, 1987, pp. 49 y ss.

<sup>45</sup> Véase DER RAT VON SACHVERSTÄNDIGEN FÜR UMWELTFRAGEN, *Umweltgutachten*, 1987, 1988, pp. 66 y ss.

las subvenciones de protección <sup>46</sup>, que son funcionalmente comparables, pero que pertenecen dogmáticamente al Derecho financiero. Debe llamarse la atención, finalmente, sobre el instrumento de las ventajas de utilización <sup>47</sup> (cfr. también el párrafo 88 UGB-AT), interpretable igualmente como instrumento económico, en el que son previsibles atenuaciones (económicamente relevantes) de limitaciones y prohibiciones generales para productos especialmente favorecedores del medio ambiente.

a) El modelo de compensación <sup>48</sup>, que está aún relativamente cercano al instrumentario propio del Derecho de policía o intervención, pretende complementar éste en la medida en que la posición jurídica reconocida a una persona mediante una autorización referida a una instalación puede ser transferida, dentro de ciertos límites, a otras instalaciones de la misma persona o a instalaciones de otras (cfr. también el párrafo 89 UGB-AT). La idea de la compensación puede ser generalizada a una compensación entre varias actividades relevantes medioambientalmente (véase también el párrafo 90 UGB-AT).

Desde el punto de vista económico, una autorización para la afectación del medio ambiente puede ser entendida como autorización de emisión. Cabe transferirla, por ejemplo, por el procedimiento de que el titular de una instalación autorizada, que vaya a ser clausurada, pueda utilizar la «legitimación» para la contaminación del aire materializada en la autorización para otra instalación, propia o ajena. En contraste con ello, según los principios de la policía o intervención la autorización caducaría con la clausura de la instalación. De esta suerte, es posible conseguir una protección medioambiental más eficiente y a menor coste gracias a que las reducciones en las emisiones se establecen reforzadamente allí donde ello es factible (por ejemplo, en nuevas instalaciones) con inversiones relativamente pequeñas, mientras que, en contrapartida, se omiten tales reducciones allí donde (como en las instalaciones viejas) sólo serían realizables mediante una mayor inversión. Esto puede posibilitar una considerable reducción de la inversión necesaria permaneciendo constante el nivel de protección.

Sin embargo, y con este modelo, sólo podrá alcanzarse una mejora de la situación medioambiental en su conjunto mediante su desarrollo en términos de *sobrecompensación*, es decir, haciendo de la disminución de la emisión global presupuesto de la transferencia.

<sup>46</sup> Véase al respecto ZACHER, *VVDSiRL*, 25 (1967), pp. 327 y ss.

<sup>47</sup> Véase al respecto KLOEPFER (nota núm. 7), párrafo 4, número marginal 157 y ss.

<sup>48</sup> Cfr. sobre ello HUCKESTEIN, *ZfU*, 1989, pp. 1 y ss.; KLOEPFER (nota núm. 7), párrafo 4, número marginal 223 y ss.; REHBINDER, artículo «Kompensation», en: Kimminich/v. Lersner/Storm (editores), *Handwörterbuch des Umweltrechts*, tomo I, 1986, pp. 930 y ss., con ulteriores referencias.

En el Derecho medioambiental vigente, el modelo de compensación ha encontrado acogida en los parágrafos 7, apartado 3, y 17, apartados 3a y 48, número 4, de la Ley federal de protección frente a inmisiones<sup>49</sup> y en los números 2.2.1.1 y 4.2.10 de la TA relativa al aire. Con ello, las posibilidades de compensación ya ínsitas en la BIMSChG se han visto ampliadas en la tercera Ley de reforma de dicho texto legal<sup>50</sup> gracias a la nueva formulación del parágrafo 7, apartado 3, del mismo, pero sobre todo por la introducción del apartado 3a en su parágrafo 17, a tenor del cual se le ofrece al órgano competente, bajo determinadas condiciones, la posibilidad de renunciar al dictado de disposiciones ulteriores en favor de una solución de compensación<sup>51</sup>.

También el Tratado de unión entre los dos Estados alemanes (parágrafo 67a, apartado 2, BImSchG)<sup>52</sup> trabaja, según es sabido, con la idea de la compensación, para posibilitar inversiones técnicas modernas también en los territorios de los nuevos *Länder* problemáticos por su alto índice de contaminación, incluso si a la vista de la situación previa existente y conforme al principio de protección en ellos no podría, en principio, autorizarse emplazamientos contaminantes nuevos algunos.

b) El modelo de certificado<sup>53</sup>, objeto de amplia discusión sobre todo en la ciencia económica, va más allá del modelo de compensación en la medida en que no conecta con el instrumentario del Derecho de policía o intervención existente, sino que pretende sustituir éste por la idea de la consecución de la protección ambiental mediante el control de las cantidades de contaminación. Las autorizaciones de emisión deben instrumentarse ya exclusivamente mediante certificados libremente disponibles, que son negociados como títulos valores en una específica bolsa. De esta suerte, los bienes ambientales deben llegar a tener un precio basado en la oferta y la demanda, gracias a lo cual debe también alcanzarse una localización óptima de este recurso escaso (sólo utilizable sobre la base de certificados).

<sup>49</sup> Ley para la protección frente a efectos medioambientales perniciosos por contaminación del aire, ruidos, vibraciones y análogos (Ley federal de protección frente a inmisiones - BIMSChG), en la versión de 15 de mayo de 1990, *BGBI I*, p. 881.

<sup>50</sup> De 11 de mayo de 1990, *BGBI I*, p. 870.

<sup>51</sup> Cfr. BRANDNER, «Entwicklungen des Umwelt- und Technikrechts 1989», en: Breuer/Kloepfer/Marburger/Schröder (editores), *Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts*, 1990 (UTR 12), 1990, p. 477.

<sup>52</sup> Anexo I, Cap. XII, Area A, Sección II c.

<sup>53</sup> Véase sobre ello BECKER-NEETZ, *Rechtliche Probleme der Umweltzertifikatmodelle in der Luftreinhaltungspolitik*, 1988, *passim*; CANSIER, artículo «Umweltzertifikat», en: Kimminich/v. Lersner/Storm (editores), *Handwörterbuch des Umweltrechts*, tomo II, 1988, pp. 943 y ss.; ENDRES, «Umweltzertifikate - die marktwirtschaftliche Lösung?», en: Wenz/Issing/Hofmann (editores), *Ökologie, Ökonomie und Jurisprudenz*, 1987, pp. 57 y ss.; el mismo, «Wirtschaftspolitische Instrumente im Umweltschutz», en: Donner/Magoulas/Simon/Wolf (editores), *Umweltschutz zwischen Staat und Markt*, 1989, pp. 280 y ss.; KLOEPFER (nota núm. 7), parágrafo 4, número marginal 219 y ss., siempre con ulteriores referencias.

La mejora de la situación ambiental global no deriva tampoco aquí del modelo en sí, sino de la introducción de mecanismos especiales, tales como la desvalorización continuada de los certificados. El modelo de certificado no ha encontrado aún acogida en el Derecho medioambiental alemán vigente y su recepción no es exigida actualmente como prioritaria por la mayoría de doctrina<sup>54</sup>. Uno de sus problemas principales radica en que la cantidad total de emisión debe ser fijada por el Estado a fin de posibilitar una simulación de mercado gracias a la limitación (escasez) de los bienes ambientales.

c) En el caso de las prestaciones económicas públicas medioambientales<sup>55</sup>, comprensivas no sólo de las llamadas prestaciones especiales (véase asimismo parágrafos 77 y siguientes UGB-AT), que últimamente son objeto de debate en la opinión pública también bajo el aspecto específico (sólo parcialmente coincidente) de los «impuestos ecológicos»<sup>56</sup>, se trata de un instrumento mediante el cual se gravan con una prestación pública productos o conductas contaminantes. Con ello se pretende especialmente una internalización de los llamados costes externos y, gracias a ello, un estímulo para evitar la contaminación ambiental. En la medida en que las prestaciones públicas medioambientales suponen preferentemente unas prestaciones especiales de carácter financiero caen en el ámbito de aplicación del principio de responsabilidad colectiva<sup>57</sup>. Con ello se hace visible una tendencia, igualmente perceptible en otros puntos del Derecho medioambiental (por

<sup>54</sup> Cfr. BUNDESREGIERUNG, «Dritter Immissionsschutzbericht», BT-Dr. 10/1354, pp. 55 y ss.; TÖPFER, «Anwendungsbedingungen und restriktionen "neuer" Ökonomischer Instrumente», en: Deutsche Stiftung für Umweltpolitik (editor), *Ökonomische Instrumente der Umweltpolitik - Neuer Weg oder Sackgasse?*, 1984, p. 32, términos distintos, BONNS, FAZ, Nr. 227 de 30 de septiembre de 1989, p. 13; FRANK, *Kriff*, 1989, p. 36 (543 y ss.); pero en contra, WOLF, *Kriff*, 1989, pp. 55 y ss.

<sup>55</sup> Véase sobre ello EWINGMANN, «Zum Wirkungspotential und zur Wirkungsweise von Umweltabgaben», en: Schneider/Sprenger (editores), *Mehr Umweltschutz für weniger Geld - Einsatzmöglichkeiten und Erfolgchancen ökonomischer Anreizsysteme in der Umweltpolitik*, 1984, pp. 247 y ss.; EWINGMANN/SCHAFHAUSEN, *Abgaben als Ökonomischer Hebel in der Umweltpolitik*, 1985; KABELITZ/KÖHLER, *Abgaben als Instrument der Umweltschutzpolitik*, 1977; KLOEPFER, *DÖV*, 1975, pp. 593 y ss.; el mismo, artículo «Umweltfinanzrecht», en: Kimminich/v. Lersner/Storm (editores), *Handwörterbuch des Umweltrechts*, tomo II, 1988, pp. 583 y ss.; MESSERSCHMIDT, *Umweltabgaben als Rechtsproblem*, 1986; el mismo, «Umweltabgaben im Gefüge der Finanzverfassung», en: Breuer/Kloepfer/Marburger/Schröder (editores), *Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts*, 1987 (UTR 3), 1987, pp. 83 y ss.; SCHRÖDER, *DÖV*, 1983, pp. 667 y ss.; TEUFEL, *ZRP*, 1988, pp. 373 y ss.; HENDLER, *AöR*, 115 (1990), pp. 577 y ss.

<sup>56</sup> Véase sobre el conjunto, p. ej., BENKERT/BUNDE/HANSJÜRGENS, *Umweltpolitik mit Öko-Steuern? Ökologische und finanzpolitische Bedingungen für Umweltabgaben*, 1990; BORELL/STERN, *Sonderabgaben für den Umweltschutz? Sieben Vorschläge auf dem Prüfstand*, 1990; FÖRSTER, *Öko-Steuern als Instrument der Umweltpolitik? Darstellung und Kritik einiger Vorschläge*, 1990; NUTZINGER/ZAHNNT, *Öko-Steuern. Umweltsteuern und -Abgaben in der Diskussion*, 1990; WILHELM, *Öko-Steuern-Marktwirtschaft und Umweltschutz*, 1990; BENKERT/BUNDE, *ZAV*, 1990, p. 280; DOSE, *ZfV*, 1990, p. 365; DÜNGEN/SCHMITT, *ZAV*, 1990, p. 200; RÖCK, *BWVOr*, 1990, p. 127; WILHELM, *BD*, 1990, p. 751.

<sup>57</sup> Véase sobre ello KLOEPFER (nota núm. 1), pp. 16 y ss.

ejemplo, en la discusión sobre las formas de la responsabilidad colectiva, hacia el principio de la responsabilidad ambiental colectiva (principio del causante colectivo), que comienza a desplazar parcialmente el principio jurídico tradicional de la responsabilidad individual. La eficacia del instrumento de las prestaciones públicas medioambientales, especialmente en relación con una mejora de la situación ambiental, depende largamente de la cuantía de las prestaciones, que debe ser fijada políticamente. Ejemplo importante de la aplicación del modelo de las prestaciones públicas medioambientales en el Derecho vigente es la Ley de prestaciones por aguas residuales<sup>58</sup>.

Mientras antes el interés se centraba en el efecto directivo de las prestaciones públicas medioambientales, con la progresiva limitación de los fondos públicos justamente el objetivo financiero ha pasado a ser también objeto de la codicia política. Desde el punto de vista psicológico-financiero, hoy es mucho más fácil —en una comunidad sensibilizada ecológicamente— implantar prestaciones públicas medioambientales que incrementos generales de los impuestos. Esto resulta cuestionable, sin embargo, en la medida en que las prestaciones públicas medioambientales sean utilizadas —aunque sea sólo indirectamente— para incrementar los ingresos generales estatales.

De ahí que las ya prácticamente no silenciadas propuestas políticas de continuas nuevas prestaciones públicas medioambientales<sup>59</sup> deban contemplarse con extrema precaución, cuando no incluso escepticismo. No está distante la preocupación porque, a través del instrumento de la prestación pública medioambiental aparentemente tan de economía de mercado, se incremente globalmente la cuota estatal y, con ella, el poder del Estado; y ello tanto más cuanto que las prestaciones públicas se añaden, por regla general, a las posibilidades tradicionales de incidencia e intervención del Estado y no las sustituyen. Por lo demás, tampoco es seguro que las muchas prestaciones lleguen

<sup>58</sup> Ley sobre prestaciones económicas públicas por vertidos de aguas residuales en aguas (Abwasserabgabengesetz -AbwAG), en la versión de la publicación de 6 de noviembre de 1990, *BGBI I*, p. 2432. Sobre otros modelos actualmente objeto de discusión, cfr. BORELL/STERN (nota núm. 56), *passim*.

<sup>59</sup> Como ejemplo, puede valer el convenio de coalición para el 12.º período legislativo de 16 de enero de 1991, que, entre otras cosas, prevé los siguientes proyectos sujetos a prestaciones públicas (no sólo de tipo medioambiental) en el campo de la protección ambiental (Capítulo XII): a) Introducción de una prestación para residuos especiales (tan sólo un mes después el Gobierno federal proyecta una prestación para todo tipo de residuos). b) Nueva ordenación del párrafo 8 de la Ley federal de protección de la naturaleza para la obtención de medios para medidas ecológicas. c) Consideración de los aspectos ecológicos en la transformación, para agricultores, de la bonificación del impuesto sobre volumen de negocio. d) Prestación por contaminación residual por CO. g) Continuación de la vigencia del párrafo 82 a EstDV en los nuevos *Länder*; el carácter polémico, políticamente, de estas propuestas se incrementa aún más por el hecho de que la oposición, en la duda, no vota contra las prestaciones públicas, sino más bien por su incremento y también por nuevas prestaciones.

a ser realmente disparos certeros a puerta en favor de la protección ambiental.

d) Conforme a su estructura jurídica principal (y desde luego su configuración), la *responsabilidad medioambiental*, hoy ya regulada en la Ley de responsabilidad medioambiental<sup>60</sup>, no es instrumento nuevo, sino uno tradicional, jurídico y en cierto modo también económico. Por ello, no puede ser considerada en el debate sobre los («nuevos») instrumentos económicos<sup>61</sup>. Lo que no significa que no pueda ser entendida (también) como tal instrumento económico. De todas formas, no puede esperarse mucho de la eficacia preventiva de la responsabilidad medioambiental, prevista oficialmente<sup>62</sup>, especialmente cuando se la conecta con un seguro obligatorio que descarga del riesgo del pago<sup>63</sup>. Por lo demás, es impredecible, en todo caso, el peligro de desprivatización del Derecho civil, como el incremento, en sentido inverso, de resolución jurídico-pública de conflictos entre privados (término clave: impugnación por terceros).

### III. PROBLEMAS DE LOS «NUEVOS INSTRUMENTOS» DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL ESTADO DE DERECHO

#### 1. GENERALIDADES

Los «nuevos instrumentos» arrojan, conforme a sus características específicas, una serie de problemas que van a ser tratados aquí sintéticamente.

En el caso de los instrumentos informales en el contexto de las formas de intervención estatal aquí consideradas, resultan, por razón de su informalidad, «debilidades» principales desde la perspectiva del Estado de Derecho, con los peligros subsecuentes para la seguridad jurídica, la reserva de Ley, pero también para la igualdad<sup>64</sup>.

La característica de los mecanismos de dirección indirecta es no sólo su «blandura», sino también su falta de precisión directiva y su inseguridad en los efectos. De ello pueden derivarse también peligros para el principio de igualdad. Queda puesta en cuestión, sobre todo,

<sup>60</sup> De 10 de diciembre de 1990. *BGBI I*, p. 2634.

<sup>61</sup> En sentido distinto, p. ej., ENDRES, «Wirtschaftspolitische Instrumente» (nota núm. 53), pp. 272 y ss.

<sup>62</sup> BUNDESREGIERUNG, «Entwurf eines Umwelthaftungsgesetzes-UmweltHG», *BT-Drs.* 11/7104, p. 14.

<sup>63</sup> KLOEPFER, *ZfU*, 1988, p. 243 (244 y ss.); el mismo, «Umweltschutz als Aufgabe des Zivilrechts - aus öffentlich-rechtlicher Sicht», en Breuer/Kloepfer/Marbuger/Schröder (editores), *Umweltschutz und Privatrecht* (UTR 11), 1990, pp. 62 y ss.

<sup>64</sup> Sobre ello, también LANGE, *VerwArch*, 82 (1991), p. 1 (16 y ss.).

la efectividad de la interdicción de la desproporción en tanto que relación de medios a fines. Pecaría en todo caso de unilateralidad ver con carácter general en los nuevos e indirectos instrumentos una forma de intervención más propicia a la libertad que las formas de incidencia tradicionales e imperativas.

No puede desconocerse que los derechos fundamentales, la tutela jurídico-administrativa y las demás instituciones tradicionales de garantía propias del Estado de Derecho se han desarrollado primariamente como limitaciones defensivas frente a la actuación estatal imperativa clásica, es decir, de la que ordena y prohíbe. Estas garantías son poco útiles contra las formas «blandas» de intervención propias de la dirección indirecta, especialmente contra los «abrazos» subvencionales del Estado; y ello, precisamente, porque en tales casos sólo se incide en la motivación del afectado, al que empero se deja en libertad principalmente para ceder o no al impulso directivo estatal.

## 2. PROBLEMAS DE TUTELA JURÍDICA

La refinada introducción de voluntariedad (a medias) en el instrumentario de dirección estatal indirecta recorta las posibilidades de defensa y tutela jurídicas de los afectados, puesto que no existe básicamente protección jurídica frente a uno mismo. En la hipótesis de verdadera voluntariedad esto sería perfectamente legítimo (*volenti non fit iniuria*). El problema fundamental de la tutela jurídica en el campo de la dirección indirecta radica empero en que no se trata con frecuencia de decisiones verdaderamente libres o voluntarias. Muchas de estas decisiones descansan más bien en una considerable presión del Estado, que regularmente da a entender que, caso de que el ciudadano no se comporte conforme a sus deseos, se dictarán medidas unilaterales mucho más gravosas<sup>65</sup>. También la presión política, que puede emanar de una opinión pública influida por el Estado, o la presión económica para la aceptación de subvenciones por razones de la igualdad en la competencia por relación al igualmente subvencionado concurrente, pueden ilustrar el problema de la «coacción voluntaria». De todas formas y salvo la exageración de insoslayabilidad equivalente a una intervención clásica, sería erróneo tratar jurídicamente esta presión sin más como una tal intervención, puesto que de proceder así se ocultaría lo peculiar de la dirección indirecta. Es, por ello, tarea de la ciencia jurídica y de la jurisprudencia (y luego también del legislador) desarro-

---

<sup>65</sup> V. LERSNER, *Verwaltungsrechtliche Instrumente des Umweltschutzes*, 1983, p. 23, caracteriza plásticamente, desde la perspectiva estatal, la situación de negociación, con la frase: «¡El garrote siempre está a mano en el saco!».

llar para esta específica forma de dirección formas de tutela especiales y no niveladoras.

Una ulterior y decisiva debilidad de la protección jurídica en el ámbito de los nuevos instrumentos radica en que los mecanismos de incidencia (por ejemplo, en el caso de amenaza con prestaciones públicas) operan en la mayoría de los casos directamente desde la Ley. La tutela jurídica sólo puede significar aquí, por ello, protección jurídica directa o incidental contra normas, la cual está configurada en Alemania de forma insuficiente, al menos en el caso de la directa<sup>66</sup>.

En el campo de los nuevos instrumentos medioambientales puede sufrir menoscabo sobre todo la tutela jurídica de los terceros. El tercero no participa en los arreglos informales entre los órganos administrativos y los solicitantes; sus posibilidades de influencia llegan por lo general muy tarde<sup>67</sup>. La posición del tercero es incierta también en el caso de los instrumentos económicos. Lo que para el destinatario de estos instrumentos representa una ampliación de su esfera de libertad, se ofrece para el tercero como pérdida de la posibilidad de impugnar (en cuanto intervención estatal) el comportamiento del referido destinatario. En el supuesto de soluciones compensatorias, finalmente, al vecino le será de poca utilidad que —gracias a la compensación— la reducción de la contaminación se produzca no en sus inmediaciones y sí en una instalación más lejana.

#### IV. AGRUPACION DE INSTRUMENTOS

Finalmente queda por llamar la atención sobre un problema especial, que surge cuando los instrumentos de policía o intervención, los informales y los económicos se contemplan no aisladamente, sino en su típica agrupación (o también sólo desde el prisma de la ocasional acumulación de sus efectos gravosos)<sup>68</sup>. Una tal agrupación puede compensar las insuficiencias de un concreto instrumento; pero también puede conducir a una acumulación problemática de intervenciones cuando, por ejemplo, se procede contra un afectado con medios de policía y éste —cual sucede en el Derecho de aguas— debe, complementariamente, satisfacer prestaciones públicas económicas o está sujeto a otros instrumentos económicos<sup>69</sup>, se advierte públicamente

<sup>66</sup> Sobre ello, en general, p. ej., SIEMER, «Rechtsschutz im Spannungsfeld zwischen Normenkontrolle und Feststellungsklage», en: *System des Verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes*, FSC. F. Menger, 1985, pp. 501 y ss.

<sup>67</sup> Sobre ello, también LANGE, *VerwArch*, 82 (1991), p. 1 (14 y ss.).

<sup>68</sup> Sobre ello KLOEPFER, *DÖV*, 1975, p. 593 (597 y ss.); el mismo, *VerwArch*, 74 (1983), pp. 201 y ss.; MESSERSCHMIDT, *Umweltabgaben* (nota núm. 55), pp. 65 y ss.

<sup>69</sup> Cfr. p. ej.: KLOEPFER, *VerwArch*, 74 (1983), pp. 201 y ss.; SCHENDEL, «Sanktionen im Umweltrecht -dargestellt am Beispiel des Wasserrechts», en: Breuer/Kloepfer/Marburger/Schrö-

frente a sus productos o acepta, más o menos voluntariamente, obligaciones suplementarias o que, en su caso, desborden la intervención de policía <sup>70</sup>.

Tal acumulación no siempre es, obviamente, problemática; así, por ejemplo, es posible garantizar una determinada liberación básica del medio ambiente mediante medios de policía o intervención propios de la dirección imperativa de las conductas, mientras se persigue de forma flexible ulteriores objetivos en el campo del principio de la prevención mediante instrumentos económicos o informales <sup>71</sup>. Los problemas pueden surgir cuando el mismo objetivo deba ser alcanzado con medios distintos y no coordinados entre sí o cuando objetivos incluso contradictorios deben conseguirse simultáneamente con medios diversos.

El verdadero problema es, sobre todo, la descoordinación en la acumulación de instrumentos. No es inusual en Alemania que el legislador y la Administración medioambientales se asemejen a un médico que prescribe cada vez nuevos medicamentos sin sustituir los viejos. Desde el punto de vista jurídico, poco cabe hacer contra ello, mientras la interdicción de la desproporción se aplique sólo, como hasta ahora, a las intervenciones concretas, pero no así a la acumulación o al conjunto de las intervenciones. Queda aún mucho por hacer en relación con el dominio jurídico de tales efectos acumulativos —por ejemplo, mediante el desarrollo de variantes desindividualizadoras del principio de proporcionalidad, en las que habría de elaborarse la relación entre haces de objetivos, de un lado, y balance global de la libertad.

---

der (editores), *Jahrbuch des Umwelt und Technikrechts*, 1989 (UTR 9), 1989, pp. 198 y ss., 201 y ss.

<sup>70</sup> Véase, p. ej., el ejemplo descrito arriba en II, 1, b), extraído del campo de la reducción de CFC. (Véase también W. KÖCK, «Umweltsteuern als Verfassungsproblem», *JZ*, 1991, pp. 692, y el informe en este número de W. KLUTH, «Wandel der Handlungsformen im Öffentlichen Recht», *JZ*, 1991, p. 766; nota de la redacción.)

<sup>71</sup> Véase, por ejemplo, EWRINGMANN, «Schwachstellenanalyse des bisherigen Instrumentariums», en: Deutsche Stiftung für Umweltpolitik (editor), *Ökonomische Instrumente der Umweltpolitik -Neuer weg oder Sackgasse?*, 1984, pp. 13 y ss.

