

Konrad-Adenauer-Stiftung e.V.

**DERECHO Y PROTECCIÓN
DEL MEDIO AMBIENTE**

Michael Kloepfer

No. 8
Chile 2012



Konrad
Adenauer
Stiftung

50 AÑOS DE COOPERACIÓN EN TODO EL MUNDO

Editor:

Fundación Konrad Adenauer
Representación Chile
Enrique Nercaseaux 2381
Providencia
Santiago de Chile

Tel. 0056-2-234 20 89

E-mail: fkachile@fka.cl

Página web: www.kas.de/chile

Responsible:

Winfried Jung

Traductora:

Ann Kristin Meyborg

Los textos que se publican son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de la Fundación Konrad Adenauer. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido citando la fuente.

Diseño e Impresión

Gráfica Funny S.A.

grfunny@123.cl

Konrad-Adenauer-Stiftung e.V.

DERECHO Y PROTECCIÓN
DEL MEDIO AMBIENTE

Michael Kloepfer

No. 8
Chile 2012

Índice

Instrumentos para la protección del Medio Ambiente: Entre la regulación y los incentivos económicos	5
El derecho ambiental en Alemania	23
El ámbito legal de los desastres naturales ¿Puede el derecho prevenir los desastres naturales?	45

Instrumentos para la protección del Medio Ambiente:

Entre la regulación y los incentivos económicos

1. Introducción

¿Será realmente certera la afirmación de Carl Schmitt, de que un mandato es lo mejor para el mundo?¹ El Estado moderno apuesta cada vez menos a medidas imperativas y cada vez más a medidas que ejercen influencia.

Alrededor de 15 años tras el surgimiento del derecho ambiental moderno en la República Federal de Alemania en el año 1971², comenzó en las ciencias jurídicas la discusión en torno a la pregunta si, en vista a la **necesidad de hacer prevalecer de manera efectiva la protección ambiental**, seguiría siendo suficiente una concepción del derecho ambiental que (debido a su origen en el derecho policial) se limitaba al derecho regulatorio.³ En el ámbito de las ciencias económicas ya se habían manifestado exigencias

por una mayor implementación de instrumentos económicos en el derecho ambiental.⁴

Apenas cinco años después, en el artículo 6 inciso 3 del borrador de catedráticos sobre un **Código Ambiental** (parte general) (UGB-ProfE-AT, por sus siglas en alemán)⁵ se hizo hincapié en el trato preferencial de las medidas no imperativas frente a las regulaciones clásicas para la intervención, bajo la premisa de que las primeras aseguran una protección ambiental equivalente. También el artículo 87 del UGB-ProfE-AT subrayó el trato preferencial de los instrumentos flexibles. La preferencia por medidas de control indirectos, expresada en el artículo 6 inciso 3 del UGB-ProfE, también se encuentra de forma moderada en el artículo 7 inciso 2 del borrador para un Código Ambiental, elaborado por encargo del Ministerio Federal de Medio Ambiente,

1 Véase Schmitt: *Aufzeichnungen der Jahre 1947-1951*, 1991, p. 274.

2 Véase Kloepfer: *Umweltrecht*, 3.ª ed. 2004, art. 2, apdo. 76 ss.; id.: *Umweltschutzrecht*, 2.ª ed. 2011, art. 1, apdo. 5 ss.

3 Ritter: *NVwZ 1987*, 929 (930, 936).

4 Lübbe-Wolff: *NVwZ 2001*, 481 (482), refiriéndose a la gratificación, en: Gutzler (ed.): *Umweltpolitik und Wettbewerb*, 1981, p. 103 ss.

5 Kloepfer/Rehbinder/Schmidt-Aßmann/Kunig: *Umweltgesetzbuch – Allgemeiner Teil –, Berichte 7/90 des Umweltbundesamtes*, Berlín 1990.

Conservación de la Naturaleza y Seguridad Nuclear en el año 1998 (UGB-KomE).⁶ Además, en los posteriores borradores para un Código Ambiental⁷ se han considerado en mayor medida los instrumentos que controlan el comportamiento de forma indirecta.

Tal y como quedó reflejado en los distintos borradores para un Código Ambiental –que por cierto no han sido exitosos hasta el momento– la discusión en torno a la política de incentivos como medida del derecho ambiental no ha cesado desde entonces. La creación y la ampliación de varios instrumentos económicos, llevadas a cabo por el legislador desde entonces (cabe señalar los numerosos tributos y subsidios ambientales o el sistema de comercio de emisiones) siguen siendo acompañadas por un debate intenso sobre su eficiencia, eficacia y –desde el punto de vista legal– su constitucionalidad, sobre todo acerca de su compatibilidad con los principios fundamentales de la organización estatal plasmados en la Ley Fundamental de la República de Alemania.⁸ Sin embargo, al mismo tiempo se llegó a un amplio consenso sobre el hecho de que ni hoy ni en el futuro puede existir un derecho ambiental exclusivamente basado en el derecho regulatorio ni uno exclusivamente basado en el mercado.⁹ Como objetivo explícito

se declaró unánimemente el **lograr una mezcla óptima, pero sobre todo eficiente, entre los instrumentos del derecho regulatorio y aquellos no imperativos**. Existen diferencias de opinión acerca de la composición de aquella mezcla óptima.

En este artículo se omite este debate de carácter más bien político-económico. En lugar de eso, se encararán preguntas legales. El texto se centrará primero en la presentación de los posibles instrumentos del derecho ambiental que se basan en incentivos (véase la parte 1), luego aborda la discusión sobre los reparos del derecho constitucional (véase la parte 2) y finalmente pretende señalar las perspectivas para el futuro desarrollo de los instrumentos no imperativos (véase la parte 3). Debido al limitado espacio, solo se podrá tematizar vagamente el tema de la legislación sobre responsabilidad ambiental del derecho civil y se omitirá por completo el derecho ambiental penal y su efecto preventivo.

6 Tanto el UGB-ProfE como el UGB-KomE prevén además regulaciones especiales en torno a instrumentos de control indirectos, tales como los tributos ambientales, los subsidios ambientales, la información ambiental y la responsabilidad ambiental (véase los capítulos seis a ocho del UGB-ProfE-AT y los capítulos seis y siete del UGB-KomE).

7 Véase Kloepfer: *Umweltschutzrecht*, 2.ª ed. 2011, art. 1, apdo. 50 ss.

8 Kloepfer: *ZAU* 1996, 56 ss.; íd.: *Umweltschutzrecht*, 2.ª ed. 2011, art. 4, adpo. 59 ss.; íd./Bruch: *JZ* 2011, 377 ss.; Di Fabio: *NVwZ* 1995, 1 ss.; Lübbe-Wolff: *NVwZ* 2001, 481 (sobre todo 493, con otros antecedentes en la nota 100 a pie de página); Volkmann: *JuS* 2001, 521 ss.

9 Kloepfer: *Umweltrecht*, 3.ª ed. 2004, art. 5, apdo. 175; Lübbe-Wolff: *NVwZ* 2005, 481 (482 s.); Volkmann: *JuS* 2001, 521 (528); Wagner: *NVwZ* 1995, 1046 (1047, 1052).

2. Instrumentos de control indirecto en el derecho ambiental

a) Antecedentes generales

El «clásico» derecho regulatorio –no entremos en cuestión en qué medida sigue manifestándose como tal en la actualidad¹⁰– se caracteriza sobre todo por actos administrativos del tipo imperativo o prohibitivo. Ellos son contrastados o acompañados (según la perspectiva) por instrumentos que en vez de enfocarse en mandatos, apuntan a **motivar ciertos comportamientos mediante incentivos**.¹¹ De esta manera, se proyecta encaminar las conductas con relevancia ambiental para que entren en sintonía con los objetivos del Estado, de modo que el ciudadano se incentive a cierto modo de actuar o prescindir de él, sin imponerle obligaciones y apelando principalmente a sus intereses económicos. Esta estructura sin resultados predeterminados limita el carácter jurídicamente vinculante del control estatal en el sentido de fijar objetivos. El claro, pero a veces rígido concepto de «obligatorio/prohibido» es reemplazado por el menos delimitado y más atenuado de «**deseado/indeseado**».¹²

Los pro y contra de la reorientación de la política ambiental estatal y del derecho ambiental (que emana de ella) hacia una mayor aplicación de la política de incentivos, se pueden resumir de la siguiente manera (omitiendo las dudas del derecho constitucional)¹³: la política ambiental solo o predominantemente determinada por el derecho regulatorio no siempre presta la atención necesaria a la eficiencia económica y ecológica, provocando esporádicamente el desequilibrio en la relación esfuerzo-éxito. Las **ventajas** de la política de incentivos son considerables. La aplicación de instrumentos indirectos, obviando obligatoriedad innecesaria, va dirigida a la racionalidad económica del ciudadano y, de este modo, proyecta incrementar su «disposición para seguir las normas».¹⁴ Los instrumentos indirectos son menos susceptibles a deficiencias en su ejecución que los instrumentos del derecho regulatorio. Además, no presentan el problema de una efectividad restringida por límites legales, admiten un gran número de medidas distintas y dedican una mirada más profunda a la particular estructura de costos del contaminador. Ofrecen la perspectiva de una mayor eficiencia, logrando el mismo o incluso un optimizado balance total de costos.

10 Lübbe-Wolff (*NVwZ 2001*, 481 [482 s]) se opone vehementemente contra una percepción distorsionada del derecho regulatorio como «derecho regulatorio de modelo negativo».

11 Kloepfer: *ZAU 1996*, 59 (56); también véase íd.: *Umweltschutzrecht*, 2.ª ed. 2011, art. 4, apdo. 59.

12 Kloepfer: *Umweltrecht*, 3.ª ed. 2004, art. 5, apdo. 166 ss.; también véase Franzius: *Die Herausbildung der Instrumente indirekter Verhaltenssteuerung im Umweltrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 2000, passim.

13 Véase Kloepfer: *Umweltrecht*, 3.ª ed. 2004, art. 5, apdo. 171 ss.; Wagner: *NVwZ 1995*, 1046 (1050); de manera diferenciada Lübbe-Wolff: *NVwZ 2001*, 481 (481).

14 Kloepfer: *ZAU 1996*, 56 (57).

Sin embargo, todo esto no debe encandilarnos ante las **desventajas** de los instrumentos indirectos. La implementación práctica de los instrumentos de incentivos resulta a veces altamente complicada; por ejemplo, en el caso de los derechos transables de explotación ambiental se originan problemas respecto a la concentración de las emisiones en un espacio muy reducido que puede alcanzar una dimensión perjudicial para la salud (el problema del *hot spot*).¹⁵ Además, en el análisis coste-beneficio, muchas veces se desestima el hecho de que no solo se generan costos para el contaminador, sino también costos de control para el Estado, que en parte pueden alcanzar dimensiones considerables y con eso impactar significativamente sobre el análisis de rentabilidad de los instrumentos de control indirecto. Los reparos fundamentales que se presentan en contra de los instrumentos de incentivos son su actuar a largo plazo así como su eficacia incierta y fragmentada. En el caso de los instrumentos de incentivos, muchas veces solo se puede especular sobre la reacción de los destinatarios de las normas (inexactitud del control).¹⁶

Debido a su incapacidad de imponer límites absolutos a los contaminadores ambientales (ya que en el caso de los instrumentos de incentivos

siempre permanece incierto si el destinatario de las normas se decide por el comportamiento deseado por el Estado) **son limitadas las posibilidades de aplicación de los instrumentos indirectos**. Por consiguiente, en el caso de peligros inminentes y de especial envergadura para el medio ambiente, estos instrumentos indirectos (como medidas únicas) se descartan desde un principio.¹⁷ También a futuro, el mínimo de protección ambiental se deberá asegurar mediante los instrumentos administrativos de control directo del comportamiento; sin embargo, el control indirecto puede utilizarse de forma complementaria (junto a otros instrumentos), con el fin de contribuir a la optimización de la protección ambiental.¹⁸

Los instrumentos de la protección ambiental que se basan en incentivos se clasificarán a continuación según aspectos económicos en instrumentos de incentivos en sentido general y en sentido específico.¹⁹ **Los instrumentos de incentivos en sentido general** son aquellos que en primer lugar provocan un impulso político-moral en las personas, en las cuales se busca motivar un comportamiento ambientalmente más sustentable, que posteriormente puede resultar en incentivos económicos. Como **instrumentos**

15 Lübbe-Wolff: *NVwZ 2001*, 481 (487).

16 Kloepfer: *Umweltrecht*, 3.ª ed. 2004, art. 5, apdo. 174.

17 Meßerschmidt: *Umweltabgaben als Rechtsproblem*, 1986, p. 83 ss.

18 Kloepfer: *Umweltschutzrecht*, 2.ª ed. 2011, art. 4, apdo. 61.

19 Otro sistema de clasificación es usado por Lübbe-Wolff (*NVwZ 2001*, 481 [485 ss.]), que diferencia entre instrumentos económicos, reflexivos, consensuales e instrumentos de segunda clase; Volkmann (*JuS 2001*, 521 [522 ss.]) en su categorización no se guía por el concepto del incentivo, sino por la intensidad y efectividad (aparentemente basadas en lo subjetivo) de los instrumentos, sin emplear un sistema reconocible de clasificación; Wagner: *NVwZ 1995*, 1046 ss. Sin embargo, en el resultado existe un acuerdo común sobre los instrumentos de control que se resumen bajo el concepto de «instrumentos del control indirecto del comportamiento».

de incentivos en sentido específico se entienden aquellos que en el caso de lograr la sintonía del comportamiento con el objetivo del Estado resultan en consecuencias económicas directas. En esta categoría, se pueden diferenciar los instrumentos de incentivos positivos y negativos.

b) Instrumentos de incentivos en sentido general

Los incentivos económicos indirectos devienen sobre todo del **actuar administrativo informal**.

a) La relación Estado-contaminador ambiental

El actuar administrativo informal puede transcurrir por un lado en **la relación bipolar** entre el Estado y el ciudadano, al que se le debe incentivar a manifestar un comportamiento de una mejor sustentabilidad ambiental. En este contexto, se deben diferenciar las medidas unilaterales tanto del Estado como de los privados, por un lado, así como las medidas consensuales, por otro.

Como **medidas unilaterales** se consideran las discusiones y las consultas, pero también las indulgencias por parte de las autoridades. Como consecuencia de las consultas del Estado a los ciudadanos o empresas (contaminadores ambientales), se pueden generar declaraciones «voluntarias» (unilaterales) de los contaminadores para comprometerse a cierto comportamiento ambientalmente

sustentable (por ejemplo, el compromiso de la industria automovilística de desarrollar un auto de tres litros [1995], el compromiso de la industria emisora para reducir sus emisiones de dióxido de carbono [1995, 1996, 2000]).

A estas medidas unilaterales se pueden sumar acuerdos de distinta intensidad entre la administración pública y los privados, que pueden incluso lograr el común acuerdo entre el Estado y el ciudadano sobre cierto actuar administrativo. Estas **medidas consensuales** se hallan en una fase previa a la conformación contractual de las relaciones legales, ya que su realización no está determinada por normas legales y también su contenido carece de exigencias legalmente vinculantes.²⁰ Por lo tanto, los acuerdos informales son el prototipo de los instrumentos de incentivos que actúan moral y políticamente.²¹ Sin embargo, en este contexto se debe considerar que antes de llegar a acuerdos, periódicamente se deben efectuar intimidaciones con el derecho regulatorio o, como fue el caso en el consenso nuclear de 2000, crear una legislación correspondiente. Esto demuestra de forma muy gráfica que el derecho regulatorio sigue siendo imprescindible para la protección ambiental. De todas maneras, los acuerdos ambientales también evidencian lo siguiente: los procedimientos formales e informales del Estado muchas veces son vinculados de manera inseparable. Esto se constata, por ejemplo, en el caso (relevante para la praxis) de un acto administrativo ya ampliamente negociado.

20 Véase en referencia a la legislación pactada: Kloepfer/Bruch: *JZ 2011*, 377 (380 s.); Michael: *Rechtsetzende Gewalt im kooperierenden Verfassungsstaat*, 2002, p. 44 s.

21 Sobre la vinculación fáctica, también véase Kloepfer/Bruch: *JZ 2011*, 377 (380 s.); Michael: *Rechtsetzende Gewalt im kooperierenden Verfassungsstaat*, 2002, p. 44 s.

Los **acuerdos regulatorios** entre el Estado y los actores económicos, es decir, aquellos acuerdos relativos a cierta legislación estatal, pueden tener el efecto de acuñar, conservar, pero también de obviar normas.²² Célebres en obviar regulaciones más estrictas fueron el acuerdo para la reducción de materiales de construcción que contienen amianto y el acuerdo para la producción de esmaltes ambientalmente sustentables. Los acuerdos con la industria de empaques y de bebidas así como con el comercio de bebidas alimentan las críticas de los oponentes a los acuerdos, ya que no lograron cumplir con su intención principal, el prevenir que se siga incrementando en el mercado la participación de los envases desechables a costa de los envases retornables. Otros ejemplos importantes para acuerdos regulatorios son los consensos nucleares: el consenso de 2000²³ –teniendo como eje central la renuncia a la energía nuclear, que fue «pactada» entre el gobierno alemán encabezado por Schröder y Fischer y las compañías energéticas– y el de 2010²⁴ entre el gobierno de Merkel y Westerwelle y las compañías energéticas, que tuvo como finalidad prorrogar los plazos de funcionamiento de los reactores nucleares alemanes. Finalmente, solo fue «exitoso» el consenso nuclear I. El consenso nuclear II resultó obsoleto luego de que en 2010 el gobierno revocó

la prórroga de los plazos de funcionamiento y con su Decimotercera Ley que Modifica la Ley Nuclear ²⁵ determinó fechas concretas en que se detendrán los reactores nucleares.

El problema de un procedimiento centrado en pactos nos lleva a la **determinación de objetivos**, conocida de la legislación sobre residuos. De acuerdo a la regulación en el artículo 25 de la Ley relativa al Fomento de la Economía Circular y el Fortalecimiento de la Eliminación Ambientalmente Sustentable de los Residuos (KrW-/AbfG, por sus siglas en alemán), el gobierno alemán, luego de consultar a los grupos involucrados, determina los objetivos, los cuales se deben lograr en un plazo establecido. Esta determinación de objetivos²⁶ por sí sola no constituye un reglamento para los involucrados ni un acuerdo con ellos.

Otra medida de los instrumentos de incentivos en sentido general es la **mediación**. En el derecho ambiental así como también en el orden legal en general, los procedimientos de mediación cobran cada vez mayor importancia.²⁷ La mediación se centra en solucionar un conflicto de interés, involucrando a un tercero neutro (mediador), que en el curso de un proceso discursivo intenta promover entre los involucrados una solución de común acuerdo.²⁸

22 Kloepfer/Bruch: *JZ 2011*, 377 (381).

23 Véase Kloepfer: *Umweltrecht*, 3.ª ed. 2004, art. 15, apdo. 42 ss.

24 Véase Kloepfer/Bruch: *JZ 2011*, 378 ss.; Waldhoff/v. Aswege: *Kernenergie als „goldene Brücke“?*, 2010.

25 Véase Bruch/Greve: *DÖV 2011*, 794 ss.; Kloepfer: *DVBl. 2011*, 1437 ss.; id.: *UPR 2012*, 41 ss.

26 Véase Kloepfer: *Umweltschutzrecht*, 2.ª ed. 2011, art. 4, apdo. 107 s.; id./Elsner: *DVBl. 1996*, 964 ss.

27 Véase por ejemplo Wagner/Engelhardt: *NVwZ 2001*, 470 ss.; Bercher/Engel: *JZ 2010*, 226 ss.; Nistler: *JuS 2010*, 685 ss.

28 Ramsauer en Koch: *Umweltrecht*, 3.ª ed. 2010, art 3, apdo. 113.

b) La relación Estado-contaminador ambiental-afectado

El Estado aprovecha progresivamente la información como instrumento de control (**intervencionismo informativo**). En muchos casos, solo la reunión de información variada y detallada como base para decisiones ha permitido la transparencia necesaria para una protección ambiental efectiva.²⁹ Parte de la **actividad informativa del Estado** con relación ambiental son los informes ambientales, el asesoramiento ambiental y la educación ambiental. En tiempos del creciente poder de los medios de comunicación son importantes aquellas medidas del actuar administrativo informativo, las cuales se hallan en la relación tripolar entre el Estado, el afectado y el público, es decir, se trata de **advertencias y recomendaciones**, cuyo efecto no se deberían subestimar. Este efecto ha sido motivo para un gran número de comentarios en la literatura así como en la jurisdicción.³⁰

Más gratas que las advertencias son para los afectados las recomendaciones de las autoridades, que muchas veces vienen asociadas a procedimientos de certificación. A semejantes recomendaciones, que por lo general se emiten en forma de **sellos de evaluación**, se les atribuye un efecto persuasivo sobre el consumidor en beneficio del producto premiado (por ejemplo, en el caso de la certificación ambiental Ángel Azul en Alemania), o bien, en el caso de la certificación de acuerdo al **Reglamento relativo a Auditorías Medioambientales**³¹ del derecho europeo, en beneficio al premiado emplazamiento de producción. Al mismo tiempo, el sistema de auditorías medioambientales se considera como una «tercera senda» entre el control directo e indirecto, ya que abarca tanto la «gratificación» con el certificado, así como también (por ejemplo en el artículo 52 letra a) de la Ley Federal de la Protección contra Inmisiones)³² **premisas vinculantes para la organización de la empresa**.³³

29 Véase Schrader en Schlacke/Schrader/Bunge (ed.): *Informationsrechte, Öffentlichkeitsbeteiligung und Rechtsschutz im Umweltrecht – Aarhus-Handbuch*, 2010, art. 1, apdo. 3.

30 Respecto a la protección ambiental Ossenbühl: *Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen*, 1986; comentario crítico de Storm: *NVwZ 1987*, 965 ss.; generalmente sobre advertencias estatales: *BVerfGE*, 105, 252 ss. – Glykol; 105, 279 ss. – Osho; Murswiek: *DVBl.* 1997, 1021 (1023 s.); id.: *NVwZ 2003*, 1 (2) con otros antecedentes; Schmidt: *Staatliches Informationshandeln und Grundrechtseingriff*, 2004; para mayor detalle sobre el tema en general, véase la parte 3.

31 Reglamento (CEE) 1836/93, DOCE 1993 168/L p. 1; enmendado por DOCE 1995 20/L, p. 17; reemplazado por el Reglamento (CE) n.º 761/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se permite que las organizaciones se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS II), DOCE 2001 114/L, p. 1; sobre este reglamento y su suplemento en el derecho alemán mediante la Ley sobre Auditorías Medioambientales, véase Langerfeldt: *NVwZ 2002*, 1156 ss.; sobre el aspecto de la transferencia del control del Estado a agentes privados, véase Kloepfer: *NVwZ 2002*, 645 (652).

32 Ley de protección ante impactos ambientales nocivos por contaminación aérea, acústica, vibraciones y fenómenos similares: *Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge, BGBl. I 2002*, p. 3830, última revisión por el artículo 1 sobre la implementación de la Directiva 2003/105/CE por la que se modifica la Directiva 96/82/CE relativa al control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas con fecha de 25.06.2005: *BGBl. I 2005*, p. 1865.

33 Véase Kloepfer: *Umweltschutzrecht*, 2.ª ed. 2011, art. 4, apdo. 110 ss.

Otro instrumento importante en el concepto de un público informado para una exitosa protección ambiental es la **normalización de los derechos de acceso a la información** de los ciudadanos.³⁴ El derecho ambiental en su calidad de ámbito legal moderno estableció con la **Ley de Información Ambiental** (de 1994) por primera vez en Alemania el incondicional derecho de información para todos. Sobre todo por la ratificación de la Convención de Aarhus, pero también la Directiva europea 2003/4/CE de 14 de febrero de 2003³⁵, relativa al acceso del público a la información medioambiental, se fortalecieron y ampliaron visiblemente en Alemania los derechos de información de la Ley de Información Ambiental modificada en febrero de 2005.³⁶

Luego que el Estado alemán, debido a reparos del derecho constitucional,³⁷ limitó la Ley Federal de Información Ambiental (UIG, por sus siglas en alemán) de 2005 en su aplicación solo al nivel nacional (art. 1, inc. 2, UIG), se hizo necesaria la implementación de la Directiva sobre información medioambiental (Directiva 2003/4/CE) en el nivel de los estados federados con plazo de 14 de febrero de 2005. Sin embargo, entretanto todos los estados federados han cumplido con sus obligaciones y han aprobado **leyes de información ambiental**, que se ajustan en gran parte a la Ley Federal de Información Ambiental. El orden

legal general siguió mucho tiempo después con la elaboración de la **Ley de Libertad de Información** del Estado nacional³⁸ y, a nivel de los estados federados, con hasta el momento 11 leyes sobre la libertad de información.

c) Evaluación

Los señalados instrumentos de control indirecto comparten la característica de que reemplazan los mandatos de las autoridades por impulsos «atenuados» para el control del comportamiento. Hoy debería existir un común acuerdo sobre el hecho de que las recomendaciones y advertencias pueden generar impactos efectivos y profundos, que a veces incluso pueden ser superiores a aquellos provocados por medidas estatales del derecho regulatorio. Uno de los ámbitos de aplicación preferenciales para semejantes procedimientos es la **reacción frente a futuros riesgos**, en cuyo caso la probabilidad de su ocurrencia y la dimensión de las consecuencias esperables solo se podrán determinar de forma muy vaga. En este contexto, los instrumentos del control estatal, que se fundamentan en los conceptos de peligro del derecho regulatorio, suelen llegar objetivamente a sus límites. Los acuerdos, en cambio, también pueden ejercer su potencial en casos en que se requiere de conocimientos sobre los procesos internos de las

34 Véase Kloepfer: *Umweltschutzrecht*, 2.ª ed. 2011, art. 4, apdo. 65 ss.

35 DO 41/L, p. 26.

36 Zschesche/Sperfeld: *ZUR 2011*, 71 (71); Butt: *NVwZ 2003*, 1071 ss.; también véase los textos de Epiney y Kämmerer en Hecker/Hendler/Proelß/Reiff (ed.): *Aktuelle Rechtsfragen und Probleme des freien Informationszugangs, insbesondere im Umweltschutz* (UTR, tomo 108), 2011, p. 27 ss., 123 ss.

37 Véase por ejemplo Gurlit: *EurUP 2006*, 224 (225 s.).

38 Ley Federal para la Regulación del Acceso a la Información con fecha de 5.9.2005: *Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes*, BGBl. I, p. 2722.

empresas para lograr una implementación técnica eficaz.

En general, se evidencia que la concepción de blanco y negro de las cosas, que entendía al derecho regulatorio y la política de incentivos como dos sistemas paralelos separados, durante largo tiempo ha nublado la vista sobre el control indirecto del comportamiento mediante los instrumentos del derecho regulatorio. En especial la Regulación de Empaques³⁹ puede verse como un ejemplo típico para la eficiencia de **la penetración del derecho regulatorio con la política de incentivos**. Debido a que se dejaba entrever que se adoptarían medidas directas, en forma de una obligación para el comercio de aceptar los envases devueltos, se facilitó indirectamente el desarrollo de un sistema privado para la eliminación de residuos (la empresa Duales System Deutschland GmbH),⁴⁰ que finalmente apunta a evitar los residuos.

c) Instrumentos de incentivos en sentido específico

Los instrumentos de incentivos en sentido específico se centran en el efecto económico directo. En este contexto, se debe rechazar nuevamente una división demasiada rígida entre los instrumentos

de control del derecho regulatorio y los instrumentos del control indirecto; se debe considerar que también los procedimientos del derecho regulatorio pueden albergar un efecto económico⁴¹; como ejemplo, cabe señalar las multas y los costos asociados al reequipamiento necesario para cumplir con los valores límite. Los instrumentos económicos consisten por principio de instrumentos positivos y negativos.

a) Instrumentos de incentivos económicos positivos

Los instrumentos positivos, que vinculan cierto comportamiento con una mejora de la situación económica del involucrado, comprenden directamente los subsidios, los modelos de compensación y las ventajas del uso.

Los **subsidios** se escapan en parte del ámbito de los instrumentos de incentivos económicos positivos, con la explicación de que los subsidios no se adherirían al predominante principio «quien contamina paga» de la política ambiental, sino que se originarían del principio de pago comunitario.⁴² Sin embargo, esta visión –acertada– no tiene relevancia para nuestra categorización. De todas maneras, no se niegan los impulsos de los subsidios para la protección ambiental.

39 Regulación sobre la Prevención y la Reutilización de Residuos de Empaques con fecha de 21.08.1998: *Verordnung über die Vermeidung und Verwertung von Verpackungsabfällen, BGBl. I*, p. 2379; última revisión por el artículo 1 de la Cuarta Regulación de Modificación con fecha de 30.12.2005: *Vierte ÄndVO, BGBl. I 2006*, p. 2; para mayor detalle desde el punto de vista de los aspectos relativos a la teoría del control, véase Hendlér: *NVwZ 2003*, 1168 ss.

40 Se fundó en 1990 como sociedad de responsabilidad limitada, entre 1997 y 2005 la empresa se convirtió en sociedad anónima sin cotización bursátil y el 15 de diciembre de 2005 volvió a su forma jurídica inicial de sociedad de responsabilidad limitada.

41 Una demostración asombrosa de esto (a pesar de su antigüedad) son las cifras reunidas por Wagner: *NVwZ 1995*, 1046 (1047 ss.).

42 Kloepfer: *ZAU 1996*, 56 (62).

Como ejemplo para los subsidios cabe señalar la Ley para el Trato Preferencial de las Energías Renovables (**Ley de Energías Renovables, EEG**,⁴³ por sus siglas en alemán), según la cual las compañías eléctricas deben admitir en sus redes la electricidad proveniente de fuentes de energía alternativas y retribuirla con un precio mínimo, que hasta el momento excede con creces el precio de mercado. De este modo, se logró incrementar en el nivel regional el porcentaje de la electricidad proveniente de energías renovables en más del diez por ciento.⁴⁴ Sin embargo, actualmente, se considera modificar o incluso abolir esta ley.

También los **modelos de compensación** se pueden considerar instrumentos de incentivos económicos positivos.⁴⁵ Esencial del concepto de compensación es la idea de crear márgenes para la transferencia en determinadas cuotas de contaminación. Base para ello es una autorización del derecho regulatorio para instalaciones específicas, la cual permite que la situación jurídica concedida se pueda transferir en ciertos límites a otras instalaciones del mismo titular o a instalaciones de otros titulares.

Un ejemplo para este modelo de compensación sería el cierre de una instalación autorizada y luego la transferencia de la cuota de contaminación a otra instalación nueva propia o ajena, que por motivos del progreso tecnológico es más limpia. La sinergia de los aspectos económicos y ecológicos se halla en el hecho de que las medidas para la protección ambiental se efectúan en el ámbito que requiere de los menores costos, es decir, por ejemplo en torno a la nueva instalación y no a la antigua. Esto puede permitir una considerable reducción de los costos, manteniendo el mismo nivel de protección ambiental debido a la restricción por la cuota de emisiones.

Como ejemplos de la introducción del modelo de compensación al derecho ambiental vigente, se puede nombrar el artículo 7, inc. 3, el artículo 17, inc. 3, letra a), el artículo 48, n.º 4 de la Ley de Protección contra Inmisiones (BImSchG, por sus siglas en alemán)⁴⁶ y el n.º 6.2.5 de la Instrucción Técnica para la Limpieza del Aire.⁴⁷ Las delimitaciones con el modelo de certificados⁴⁸ son vagas; las diferencias esenciales están en la mayor negociabilidad de los certificados y

43 *BGBI. I 2004*, p. 1918, última revisión por el artículo 3 inciso 35 de la ley del 07.07.2005: *BGBI I*, p. 1970.

44 Por ejemplo, en Schleswig-Holstein tras las declaraciones del TJCE, fallo del 13.03.2001, causa C-379/98 – «Preussen Elektra», col. 2001-I, p. 2099, en la cual el Tribunal estableció que las regulaciones de la Ley sobre la Alimentación Eléctrica a las Redes (que fue la ley predecesora de la ley EEG) son compatibles con el derecho de la Comunidad Europea.

45 Véase también Kloepfer: *Umweltrecht*, 2.ª ed. 2011, art. 4, apdo. 81.

46 Ley de protección ante impactos ambientales nocivos por contaminación aérea, acústica, vibraciones y fenómenos similares: *Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge*, *BGBI. I 1974*, p. 721, 1193, nueva versión promulgada con fecha de 26.09.2002: *BGBI. I*, p. 3830; última revisión por la ley con fecha de 25.06.2005: *BGBI. I*, p. 1865.

47 Primer Reglamento Administrativo General sobre la Ley Federal de Protección contra Inmisiones (Instrucción Técnica para la Limpieza del Aire): *Erste Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Bundes-Immissionsschutzgesetz (Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft)*, *GMBI. 2002*, p. 511.

48 Véase en mayor detalle a continuación.

el renunciar a la autorización de instalaciones concretas.

También las **ventajas del uso** son parte de los instrumentos de incentivos positivos. Las ventajas del uso se conceden mediante regulaciones, que suprimen la validez de limitaciones o prohibiciones generales del uso para aquellos productos que presentan un grado relativamente alto de sustentabilidad ambiental. Este modelo regulatorio, que funciona mediante incentivos, hasta el momento solo se ha implementado en algunos ámbitos en la República Federal de Alemania, por ejemplo, en el artículo 7, inc. 1, n.º 2 de la Regulación relativa a la Protección Acústica de Equipos y Máquinas (32.ª Regulación Federal de Protección contra Inmisiones [BImSchV, por sus siglas en alemán]).⁴⁹ Los usuarios de ciertas maquinarias de jardinería con mayor sustentabilidad ambiental se liberan parcialmente de las limitaciones temporales de uso en áreas residenciales. Sin embargo, la implementación amplia o incluso en todo el territorio nacional de las ventajas de uso en el derecho ambiental es contrarrestada por el control engorroso que ésta exigirá.⁵⁰

b) Instrumentos de incentivos económicos negativos

Es característico de los instrumentos de incentivos económicos negativos el hecho de que vinculan la contaminación ambiental **con pérdidas económicas**. A ellos pertenecen sobre todos los tributos ambientales así como la obligación de aceptar el uso compartido y en parte también la responsabilidad ambiental.

Otra forma clásica del actuar estatal con efecto controlador son los **tributos** (impuestos y tributos no fiscales).⁵¹ En el derecho ambiental han llamado mucho la atención, por ejemplo el impuesto sobre los aceites minerales y el impuesto de electricidad⁵², pero también la Ley del Impuesto Sobre el Transporte Aéreo⁵³ y la Ley de Impuestos sobre el Combustible Nuclear.⁵⁴ Sin embargo, la historia de los tributos ambientales se remonta más allá y no solo se limita al tipo tributario del impuesto. En la Ley de Impuestos sobre Efluentes de Aguas Residuales de 1976,⁵⁵ el modelo de los tributos ambientales encontró tempranamente su implementación adecuada –por lo menos en teoría– en el tributo sobre aguas residuales.⁵⁶ Además,

49 Regulación con fecha de 29. 8. 2002: *BGBI. I*, S. 3478. Una regulación similar para aviones especialmente silenciosos y planeadores a motor se encuentra en el artículo 4 de la Regulación relativa a la Protección Acústica en Campos de Aterrizaje con fecha de 5. 1. 1999: *Landeplatz-Lärmschutz-Verordnung, BGBI. I*, p. 35.

50 Para mayor detalle sobre las ventajas del uso, véase Kloepfer: *Umweltrecht*, 3.ª ed. 2004, art. 5, apdo. 190 ss.

51 Fundamental sobre el tema Meßerschmidt: *Umweltabgaben als Rechtsproblem*, 1986.

52 Ley para el Inicio de la Reforma Tributaria Ecológica con fecha de 24.03.1999: *Gesetz zum Einstieg in die ökologische Steuerreform, BGBI I*, p. 378; véase Kloepfer: *Umweltschutzrecht*, 2. ed. 2011, art. 4, apdo. 92.

53 Véase Kloepfer/Bruch: *BB*, 2010, 2791 ss.

54 Véase Bruch/Greve: *BB 2012*, 234 s.

55 *Gesetz über Abgaben für das Einleiten von Abwasser in Gewässer, BGBI. I*, 1976, p. 2721; hoy vigente en la versión promulgada con fecha de 18.1.2005: *BGBI I*, p. 114.

56 Véase Kloepfer: *Umweltschutzrecht*, 2.ª ed. 2011, art. 4, apdo. 91 con otros antecedentes.

existe un gran número de tributos ambientales a nivel de los estados federados (por ejemplo, tributos de compensación para la protección de la naturaleza, tributos para la conservación del bosque, el «pfennig» o posteriormente el «cent para el agua», etc.). También a nivel del derecho europeo, el instrumento de los tributos ambientales despierta cada vez más atención.⁵⁷

La **efectividad de los tributos ambientales** es evaluada de manera parecida al impuesto sobre tabaco. El Estado grava cierto comportamiento con un tributo, con el fin de que la explotación ambiental (o bien, el consumo de tabaco) constituya un factor de costos. Al mismo tiempo, por motivos presupuestarios, existe interés en las ganancias generadas. Esto impide llegar a un nivel de tributos que pueda ejercer una verdadera fuerza disuasiva. De esta manera, se abandona la política del incentivo y se aprovecha la protección ambiental, en gran medida de manera contraproducente, para incrementar los ingresos generales del Estado.⁵⁸ Al mismo tiempo, esta política tributaria, en la medida en que se extiende a tributos especiales, entra en conflicto con la jurisdicción del Tribunal Federal Constitucional acerca de estos gravámenes no fiscales que benefician a colectivos.

La **obligación de los titulares de instalaciones de aceptar el uso compartido** es un

instrumento considerado por ejemplo en el artículo 28 inciso 1 de la Ley de Economía Circular y Residuos (KrW-/AbfG, por sus siglas en alemán) para el caso de las instalaciones de eliminación de residuos, así como en la legislación sobre la protección de aguas de los estados federados para el caso de las instalaciones consumidoras de agua (por ejemplo, el artículo 89 de la Ley de Aguas de Baden-Wurtemberg, WG BW, por sus siglas en alemán). En analogía a estas normas está la **obligación de las compañías eléctricas de admitir** el suministro de electricidad y de gas natural de competidores a sus propias redes. Estas regulaciones (frecuentemente dictadas por el derecho europeo) son producto de la doctrina de las *essential facilities* proveniente de la legislación antimonopolio.⁵⁹ La reutilización de pruebas y documentos en el contexto de la inscripción de nuevas sustancias es por ejemplo prevista en el artículo 20 de la Ley sobre Químicos (ChemG, por sus siglas en alemán) y en el artículo 13 inciso 1 de la Ley de Protección de Plantas (PflSchG, por sus siglas en alemán).

La responsabilidad ambiental (perteneciente al derecho civil) regulada en la **Ley de Responsabilidad Ambiental**⁶⁰ se puede subsumir bajo el término del control indirecto del comportamiento mediante incentivos económicos, en la medida en la cual correspondía a la **voluntad del**

57 Véase Kloepfer: *Umweltschutzrecht*, 2.ª ed. 2011, art. 4, apdo. 90 con otros antecedentes.

58 Kloepfer: *ZAU 1996*, 56 (65).

59 Véase por ejemplo Von Bechtolsheim: *WRP 2002*, 55 ss.

60 *Umwelthaftungsgesetz*, *BGBI. I 1990*, p. 2634; última revisión por el artículo 129 de la ley del 19.04.2006: *BGBI. I*, p. 866; para una apreciación desde el punto de vista del derecho civil de la inminente modificación de la legislación sobre responsabilidad ambiental por el motivo de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 sobre responsabilidad medioambiental y reparación de daños medioambientales (DO 143/L, p. 56), véase sobre todo Wagner: *VersR 2005*, 177 ss.

legislador de que la responsabilidad ambiental también debía desplegar un efecto preventivo.⁶¹ Tempranamente, se manifestaron dudas respecto a si esto era un objetivo realista. Debido a la previsión obligatoria establecida por esta ley, la carga económica directamente perceptible para el afectado es generalmente solo la prima del seguro, que éste tiene que pagar independiente de la ocurrencia de un siniestro.

c) El modelo de certificados

Un término medio entre los instrumentos de incentivos económicos positivos y negativos es en cierta medida el modelo de certificados, que en Alemania en la actualidad pertenece junto a la ya mencionada **Ley sobre Emisiones de Gases de Efecto Invernadero (TEHG**, por sus siglas en alemán) al conjunto de instrumentos del derecho ambiental,⁶² pese a que a mediados de la década de 1990 hubo cierto escepticismo respecto de que si se lograría implementar algún día en Alemania.⁶³ Su posición híbrida resulta del hecho de que el modelo de certificados, por un lado, establece un tope total de emisiones y cierta cuota para cada instalación registrada, pero que por otro lado los titulares de las instalaciones que emiten pocas emisiones pueden generar recursos financieros por la venta de parte de su cuota, mientras que los titulares de instalaciones con altas emisiones deben invertir o en la compra de certificados o en la reducción técnica

de su volumen de emisiones.⁶⁴ Los certificados están sujetos al comercio bursátil. Esto asegura en mayor medida que a los bienes ambientales se les asigna un precio de mercado acorde a la ley de la oferta y la demanda. Por lo tanto, según la lógica económica es de esperar que el mecanismo del mercado obligatoriamente genere la asignación óptima del escaso recurso. A esto se suma el hecho de que la cuota total de emisiones se reduce en varias etapas, es decir, el bien es cada vez más escaso.

3. El derecho ambiental basado en incentivos y la Constitución

De los reparos legales contra un mayor uso de los instrumentos de control indirecto del comportamiento, se mencionarán los más virulentos (reserva de ley en el caso de la actividad informativa del Estado, legislación pactada, protección jurídica).

a) Reserva de ley

En lo que concierne a las advertencias como tipo de **actividad informativa del Estado**, el **Tribunal Federal Administrativo** fraguó a principios de la década de 1990 mayor claridad en la legislación (que en parte se caracterizaba por contradicciones), decidiendo finalmente que las normas para la asignación de responsabilidades

61 Proyecto de ley del gobierno alemán: *BR-Drs. 127/90*, p. 1, 33.

62 Sobre la situación jurídica actual, véase Kloepfer: *Umweltschutzrecht*, 2.ª ed. 2011, art. 4, apdo. 82, art. 10, apdo. 20 ss.

63 Kloepfer: *ZAU 1996*, 56 (64); en la década de 1990, él aún opinaba de que había «disminuido en gran parte el interés» por el modelo de certificados.

64 Kobes: *NVwZ 2004*, 513 (514).

al poder ejecutivo solo podían justificar intervenciones efectivas («informales») a derechos fundamentales si al mismo tiempo se podía reconocer con suficiente claridad su carácter como fundamento legitimador.⁶⁵ Esta sentencia fácilmente se puede aplicar a las recomendaciones e indicaciones, en la medida que éstas trasciendan el umbral de la intervención fáctica a los derechos fundamentales.

El **borrador de catedráticos para la parte general de un Código Ambiental (UGB-AT-ProFE**, por sus siglas en alemán) buscaba crear un seguro fundamento legal para el problema de la actividad informativa del Estado y forjó con el artículo 107 un fundamento legitimador propio para las advertencias, indicaciones y recomendaciones en beneficio de un comportamiento ambientalmente sustentable (véase también el artículo 214 del **borrador de expertos para un Código Ambiental, UGB-KomE**, por sus siglas en alemán).

El **Tribunal Federal Constitucional** tomó partido por la necesidad de un fundamento legal para la actividad informativa del Estado con dos comentados (y criticados) fallos del año 2002.⁶⁶ Una facultad correspondiente a los ministros o bien al gobierno alemán que los autoriza a emitir advertencias, resultaría de la responsabilidad

para gobernar que les fue delegada. En el caso y en la medida que una advertencia es correcta en su contenido y se comunica de forma objetiva, no habría necesidad de un fundamento legal (ulterior).⁶⁷ En el caso de hechos fundamentados, es decir, la nocividad probada, las advertencias suelen considerarse –desde la perspectiva de la esfera legal individual– como un recurso más suave. Sin embargo, puede ser cuestionable que el Estado realmente atienda su obligación de proteger a terceros, si solo emite advertencias ante el comportamiento ambientalmente contaminante de terceros en vez de prohibirlo. Esto puede presentar una infracción a la prohibición –establecida por la Ley Fundamental– al Estado de proteger deficientemente los derechos de sus ciudadanos.⁶⁸

En vista a la reserva de ley, los **instrumentos de incentivos en sentido específico** hoy en día casi ya no despiertan dudas, ya que su aplicación –ya sea de los tributos ambientales, soluciones de compensación o modelos de certificados– transcurre de todas maneras sobre la base de un fundamento legal. También en vista a los tributos ambientales⁶⁹ y los subsidios, hace tiempo que se ha formado una opinión predominante en la literatura y la legislación respecto a las dudas elementales del derecho constitucional.⁷⁰ En el caso de los tributos ambientales y los

65 *BVerwGE 90*, 122 ss.

66 *BVerfGE 105*, 252 ss. – Glykol; 105, 279 ss. – Osho.

67 Para mayor detalle sobre la problemática de las advertencias sin fundamento legal, véase Kloepfer: *Umweltrecht*, 3.ª ed. 2004, art. 5, apdo. 387 ss.

68 Véase Kloepfer: *Verfassungsrecht*, tomo II, 2010, art. 48, apdo. 70; también Störring: *Das Untermaßverbot in der Diskussion*, 2009.

69 Véase Kloepfer: *Umweltrecht*, 3.ª ed. 2004, art 5, apdo. 241 ss.; íd./Bruch: *BB 2010*, 2791 (2792 ss.).

70 Sobre los fundamentos del derecho constitucional, véase Jarass/Pieroth: *GG*, 11.ª ed. 2011, art. 2, apdo. 13, art. 12, apdo. 16, 20, art. 14, apdo. 13 y art. 20, apdo. 51; para una introducción al derecho europeo de ayuda, véase Classen en Oppermann/Classen/Nettesheim: *Europarecht*, 4.ª ed. 2009, art. 22, apdo. 1 ss.

subsidios mediante la exención de tributos, se requiere sin excepción de un fundamento legal, en el caso de los subsidios regularmente.

b) Acuerdos ambientales y legislación pactada

Los acuerdos ambientales, en cambio, requieren de un análisis desde otro punto de vista. Sobre todo en el ámbito de los acuerdos semi-normativos se eligen a veces de manera casi **colusiva por la administración y los afectados**, con el fin de reducir en la mayor medida posible, o de obviar por completo, el grado de vinculación y también el posible control por parte del poder judicial. De este modo, ambas partes se quedan con la posibilidad de abandonar el acuerdo pactado en el caso de un cambio de las condiciones que lo fundamentan.

En la medida en que el Estado interviene en mayor grado en un acuerdo ambiental a través de optar informalmente por omitir normas más estrictas, aumenta la presión de justificarse para la elección de acuerdos ambientales. El **peligro** está en que **se relativice la obligación al respeto incondicional de las normas vigentes**, ya que se establece un régimen que los trasciende⁷¹ sin ser éste legalmente vinculante. En este contexto, el Estado debe preocuparse de que la expectativa del cumplimiento voluntario

no va en desmedro de la universalidad de la efectiva imposición del derecho por las autoridades. Por consiguiente, la legislación pactada (por ejemplo, el consenso nuclear I [2000] y II [2010]), puede violar el **principio democrático**.⁷² **También es problemática en vista a la compenetración de los poderes** (con la facultad del parlamento de tomar la decisión final) que se manifiesta en el artículo 76 ss. de la Ley Fundamental.⁷³ Cuando los acuerdos ambientales acarrear el fenómeno de la «obligación voluntaria»⁷⁴, se debe plantear la pregunta por la necesidad de un fundamento legitimador bajo el aspecto del perjuicio de los intereses de terceros y se debe responder en el sentido de que en caso de un previsible perjuicio de terceros por los acuerdos ambientales, se debe dar preferencia a los tipos formalizados del actuar.

Los **acuerdos ambientales basados en proyectos** ya enfrentan reparos sobre su admisibilidad por el hecho de que no son pensados para generar un efecto abstracto-general, sino que se aplican a casos individuales. Por esta razón, también se debe considerar como menos grave la problemática de la abordada reserva de ley. Solamente se debe asegurar que el principio de la legitimización mediante juicios⁷⁵ no se socave por el hecho de que el resultado ya fue anteriormente pactado y el correspondiente procedimiento administrativo –que sigue siendo

71 Véase Kloepfer/Bruch: *JZ 2011*, 377 (380 s.); Kloepfer: *UPR 2012*, 41 (42 s.).

72 Kloepfer/Bruch: *JZ 2011*, 377 (381 s.); Kloepfer: *UPR 2012*, 41 (43).

73 Kloepfer/Bruch: *JZ 2011*, 377 (382); Kloepfer: *UPR 2012*, 41 (43).

74 Kloepfer: *ZAU 1996*, 200 (205 s.); en el informe de Schmidt-Preuß (*VVDStRL*, tomo 56 [1997], 160 [185]), se describe de forma menos drástica, pero también menos gráfica, como «presión motivacional del sistema».

75 De manera fundamental Luhmann: *Legitimation durch Verfahren*, 3.ª edición de 1978, Fráncfort del Meno, reimpresión de 1993; de manera más diferenciada Zippelius en: *FS Karl Larenz 1973*, p. 293.

necesario- solo se lleva a cabo para cumplir con un molesto acto formal.

c) Preguntas en vista a la garantía de protección jurídica

Una pregunta estrechamente relacionada con la pregunta por la reserva de ley –sin coincidir completamente– es la pregunta por una efectiva protección jurídica, por un lado de los afectados y por otro lado de terceros, ya que la protección jurídica finalmente tiene como misión **imponer el respeto de la reserva legal** en beneficio de los derechos públicos subjetivos de los individuos.

Un caso simple a primera vista es el de la protección jurídica para los afectados de procedimientos que apuntan a llegar a un acuerdo común. Al parecer, la respuesta es: «generalmente no existe protección jurídica **en contra de sí mismo**»⁷⁶, ya que rige la sentencia «volenti non fit iniuria». Sin embargo, esto nos lleva nuevamente al tema de la «obligación voluntaria». Debido al limitado espacio de esta publicación, me limitaré a decir:

La presión motivacional del sistema para la parte privada de un acuerdo ambiental destinado a acuñar o prevenir normas legales, resulta menos del mismo acuerdo, sino más bien de otras influencias externas. La sensibilización del público para la protección ambiental es un factor que de ninguna manera se debería subestimar. A ella se suma la amenaza, en todo caso latente, con los recursos del derecho regulatorio. Fundamentalmente por eso el afectado participa en un acuerdo ambiental,

evitando así un acto de soberanía estatal, contra el cual se podría defender mediante el camino de la protección jurídica en los tribunales. Frente a esto –por las razones expuestas– justamente no existe la opción del afectado de violar el acuerdo, solo por el hecho de que el mismo acuerdo no se puede imponer obligatoriamente. A esto se suma de que no todos los procedimientos del derecho regulatorio del Estado le restan al afectado margen respecto a cómo cumplir con sus obligaciones del derecho regulatorio.

Un problema similar se presenta en vista a la **amenaza de la protección jurídica de terceros**: Desde el punto de vista del derecho administrativo, el tercero que evita un mandato estatal que le impone cierto comportamiento, «pierde» el acto contra el cual puede solicitar protección jurídica. La consecuencia se puede señalar de forma gráfica en vista al modelo de compensación: una persona que vive en la zona de influencia de una instalación con un nivel alto de emisiones, no se conformará con que el titular de la instalación disponga en otro emplazamiento de una instalación más limpia y de esta manera posiblemente ni siquiera aprovecha completamente su cuota de emisión.

Con esto, se graficaron de manera suficiente las exigencias fundamentales al Estado en la protección ambiental moderna basada en incentivos: trasladar el centro de gravedad del actuar estatal en la protección ambiental hacia un mayor uso de la política de incentivos no puede resultar en la renuncia del Estado a su responsabilidad ambiental para cada uno de sus ciudadanos. El

76 Kloepfer: ZAU 1996, 200 (204).

monopolio de poder del Estado debe mantener su vigencia también en este ámbito. Por lo tanto, no basta con la mera elaboración y aplicación de instrumentos de incentivos; éstos deben ser acompañados por formas efectivas de protección. Ya a mediados de la década de 1990 se propuso en la literatura específica el instrumento de la denuncia para la defensa ante intervenciones;⁷⁷ sin embargo, su introducción no se ha concretado hasta hoy. Por consiguiente, se puede secundar a Volkmann, cuando éste, desde el punto de la vista de la filosofía estatal, supone que «la reorientación del control imperativo hacia la autorregulación social [...] [se parece a] un viaje, que acaba de iniciarse y del cual es imposible predecir adonde nos lleva finalmente».⁷⁸

gente. En sentido legal, ésta podría idealmente aunarse en la forma de una codificación ambiental, es decir, en un código ambiental integral.

4. Perspectivas y final

Pese a que los instrumentos de incentivos en sentido general y específico siguen siendo enfrentados con perceptible escepticismo, actualmente tampoco se puede imaginar un derecho ambiental sin ellos y en el futuro ejercerán aún mayor influencia sobre la forma en que este ámbito legal se manifiesta. Concluir de este hecho de que el derecho regulatorio habría llegado a su fin, no se puede sustentar seriamente para la situación actual ni para el futuro cercano. El fin de la euforia privatizadora contribuye a reducir decisivamente la fe en la omnipotencia de los instrumentos económicos. Todavía debemos seguir esforzándonos en torno a la **integración** de los instrumentos indirectos a un sistema conver-

77 Kloepfer: *ZAU* 1996, 200 (209).

78 Volkmann: *JuS* 2001, 521 (528).



El derecho ambiental en Alemania*

a. Introducción

El presente artículo parte con reflexiones fundamentales en torno a la protección ambiental y el derecho ambiental (II). Luego, aborda la evolución del derecho ambiental alemán (III). Se presentan selectos hitos de la política alemana del derecho ambiental a partir de la reunificación. El texto concluye con los fundamentos legales y las particularidades de la protección del clima, que en Alemania es percibida como misión central de la política ambiental para el futuro (IV.).

b. Protección y derecho ambiental

«La protección ambiental es la totalidad de las medidas que protegen al entorno del ser humano ante los impactos nocivos que ejerce la civilización sobre él».¹ Durante mucho tiempo, se discutió si en este contexto debía servir como

fundamento un concepto ambiental antropocéntrico o ecocéntrico.² Esto encerraba la pregunta de si el medio ambiente se debe proteger principalmente en su función de servicio de la humanidad o debido a su propio valor originario. Paulatinamente se impuso la concepción de que de la protección ambiental siempre se puede esperar –por lo menos indirectamente– consecuencias beneficiosas o impedir consecuencias negativas para la existencia humana.³

I. El carácter transversal del derecho ambiental

Dicho eso, en sentido general se puede definir el derecho ambiental como la totalidad de las regulaciones que poseen relevancia para el medio ambiente. Con esto, se hace referencia al su carácter transversal.⁴ La definición amplia del medio ambiente aborda las normas con relevancia ambiental del derecho público, del derecho civil y penal⁵, en otras palabras: las normas de la protección

* Agradezco la colaboración del señor Hrvoje Šantek, colaborador en la plataforma de investigación legal de la Universidad HU de Berlín.

1 Kloepfer en Kunst/Herzog (ed.): *Evangelisches Staatslexikon*, tomo II, Stuttgart, 3.ª edición, 1987, artículo «Umweltschutz», col. 3639.

2 Antecedentes en Murswiek: *NVwZ 1996*, p. 222 (224) y la nota 20 a pie de la página.

3 Kloepfer: *ibid.*; Murswiek: *ibid.*

4 Kloepfer: *Umweltrecht*, 3.ª edición, art. 1, apdo. 41; Reinhardt: *LKV 1994*, p. 244.

5 Como complemento véase el panel 5 sobre derecho penal ambiental: <http://www.kas.de/upload/dokumente/2006/ChinaKonferenzKloepfer.pdf>

ambiental se pueden encontrar en casi en todo el orden legal. En consecuencia, en la década de 1970 todavía se discutía controversialmente si el derecho ambiental constituía una disciplina jurídica o no.⁶ Independiente de la aclaración exacta de los criterios con los cuales se debe cumplir para poder hablar de una nueva disciplina jurídica,⁷ esta calidad hoy es indiscutida para el derecho ambiental en sentido específico, al que pertenecen en primer lugar aquellas leyes al servicio de la protección ambiental.⁸ El ámbito central –perteneciente al derecho público– del derecho ambiental, en el sentido de un derecho ambiental específico, comprende sobre todo el ámbito legal de la conservación de la naturaleza, de la protección contra inmisiones, de la protección contra la radiación, de los residuos, de la protección de aguas, de las sustancias peligrosas –a pesar de que entre los dos ámbitos ha surgido desde hace alrededor de veinte años el ámbito legal de la protección de suelos⁹–, el derecho energético y el ámbito legal de la ingeniería genética.¹⁰ A estos se suma un gran número de leyes con relevancia ambiental y leyes que prevén mecanismos de apertura para considerar temas ambientales, por ejemplo en la legislación sobre tecnología, seguridad laboral, construcción, tránsito, agricultura y silvicultura. Ya antes de crear el artículo 20 letra a) de la Ley

Fundamental de la República Federal de Alemania, al legislador le correspondía la consideración interdisciplinaria e interterritorial de los intereses relativos a la protección ambiental.¹¹

Tal y como lo contemplan también los borradores para un código ambiental alemán (véase más adelante), la doctrina en Alemania divide el derecho ambiental frecuentemente en una parte general y una parte especial. La parte general abarca sobre todo los temas transcendentales en torno a los principios del derecho ambiental, sus instrumentos y la responsabilidad para daños ambientales. El derecho ambiental especial se divide por aspectos relacionados con los medios ambientales y las actividades. Parte del derecho ambiental especial es principalmente la legislación sobre la protección del clima, que a continuación se abordará en mayor detalle.

II. Principios fundamentales del derecho ambiental

El derecho ambiental se fundamenta en una serie de principios rectores, que han cristalizado paulatinamente. Estos principios rectores están marcados por la idea de asegurar permanentemente las bases naturales de la vida y garantizar

6 Breuer en Schmidt-Aßmann (ed.): *Besonderes Verwaltungsrecht*, Berlín, 13.ª edición, 2005, p. 576; Kimminich: *Das Recht des Umweltschutzes*, Múnich, 2.ª edición, 1972, p. 9 ss.

7 Kloepfer: *Umweltrecht*, 3.ª edición, art. 1, apdo. 62.

8 Erbguth/Schlacke: *Umweltrecht*, Baden-Baden 2005, art. 2, apdo. 1; Kloepfer: *Umweltrecht*, 3.ª edición, art. 12, apdo. 60 s.

9 Kloepfer en Kunst/Herzog/Schlaich/Schneemelcher (ed.): *Evangelisches Staatslexikon*, col. 3642.

10 Amplia recopilación de textos de Kloepfer (ed.): *Umweltschutz*, 2 tomos, Múnich, volumen de hojas sueltas, 44.º suministro complementario con fecha de 01.09.2005.

11 Fuente portentosa del tiempo anterior a la modificación de la Ley Fundamental: Kloepfer en Kunst/Herzog/Schlaich/Schneemelcher (ed.): *Evangelisches Staatslexikon*, 3644 s.

un alto nivel de conservación.¹² Si bien en principio no tienen la calidad de principios legales, pertenecen cada vez más al ámbito legal.

1. La trilogía clásica de principios

La lógica temporal pone en primer lugar al principio de la previsión. En la actualidad representa –en combinación con el principio de la sustentabilidad– la cúspide de todos los principios del derecho ambiental. El principio de la previsión pretende en lo posible evitar los daños ambientales en su origen. Por ende, el principio de la previsión trasciende la legislación tradicional y general relativa a la defensa ante peligros.¹³ En vista a la necesidad de medir la probabilidad de perjuicios en función de la intensidad de la inminente infracción del bien jurídico, se baja técnicamente el umbral de peligro hasta que éste se convierte en mero umbral de riesgo. El derecho ya no parte solo de la probabilidad de un perjuicio (peligro), sino de la posibilidad de un perjuicio (riesgo).

El principio «quien contamina paga», que rige como pauta para la asignación de las responsabilidades en el derecho ambiental, está principalmente arraigado en el ámbito represivo (asignación de la responsabilidad ambiental), pero también tiene funciones de prevención general y especial: según este principio o sus manifestaciones prácticas en el derecho positivo (por ejemplo en la legislación sobre responsabilidad ambiental), la persona cuyos

actos provocan una contaminación ambiental tiene que responder por los costos para eliminar o compensarla. Sin embargo, en general se esforzará por evitar la contaminación desde un principio. De manera similar funcionan el derecho penal y el derecho tributario ambiental.

La trilogía clásica de principios del derecho ambiental es complementada por el principio de cooperación, que durante todo el tiempo que duró la evolución del derecho ambiental moderno, mantuvo contornos relativamente amorfos. Expresa la comprensión mencionada anteriormente, de que una protección ambiental solo por parte del Estado está destinada a fracasar y que por lo tanto solo una cooperación –mientras más estrecha mejor– entre el Estado y la sociedad (es decir, los sujetos de su orden legal), puede resultar en una protección ambiental efectiva. En conclusión, la protección ambiental también es responsabilidad de la sociedad. Sin embargo, el principio de la cooperación alberga el riesgo de una colusión entre el Estado y los contaminadores ambientales, provocando el deterioro de la protección ambiental.

2. El principio de la integración¹⁴

Desde hace algunos años, la trilogía clásica de principios se amplió a un cuarto: el principio de la integración. Éste obliga a la protección del medio ambiente en su totalidad, más allá del derecho ambiental alemán, que tradicionalmente sigue

12 Kloepfer: *Umweltschutzrecht*, 2.ª edición, p. 60.

13 Kloepfer en Kunst/Herzog/Schlaich/Schneemelcher (ed.): *Evangelisches Staatslexikon*, col. 3645 ss.; Reinhardt: *LKV 1994*, p. 244 (245 s.).

14 Kloepfer: *Umweltschutzrecht*, 2.ª edición, p. 78 ss.

enfocado en gran parte en los medios ambientales y los sectores. El precursor de esta estrategia integral de la protección es el derecho de la Unión Europea; la Directiva EIA, por ejemplo, ha perseguido (de manera precoz) un enfoque integral e intermediático, posteriormente y con mayor énfasis la Directiva PCIC¹⁵ y también el artículo 7, inc. 2, letra c) de la Directiva sobre la Calidad del Aire Ambiente.¹⁶ Este enfoque, que apunta a la integración en la política ambiental, se denomina integración interna. La integración externa se plasmó a nivel europeo en la llamada cláusula transversal del artículo 11 del TFUE y establece que las temáticas ambientales también se deben considerar en las políticas con relevancia ambiental indirecta.¹⁷ Se aspira a optimizar la perspectiva de los bienes bajo protección –sobre todo en la autorización de instalaciones (art. 7 de la Directiva PCIC) mediante la determinación de valores límite integrados para la emisión (art. 9, inc. 3 de la Directiva PCIC)¹⁸–, de modo que la perspectiva se

enfoque en cada senda de exposición y en todos los medios ambientales que se deben proteger.¹⁹ De esta manera, se pretende poner un fin a la existente «fragmentación de las medidas de la protección ambiental»²⁰ y evitar meros desplazamientos de la contaminación de un medio a otro. Varias regulaciones del derecho ambiental ya han incorporado el enfoque intermediático.²¹

3. La justicia ambiental como máxima²²

Además de estos cuatro principios, la justicia ambiental probablemente se establecerá como nueva máxima. Ella fue discutida por primera vez en EE.UU. bajo el término «environmental justice» y el presidente estadounidense designó una agencia para implementarla. La justicia ambiental exige sobre todo una distribución justa de las cargas ambientales entre los distintos grupos de la población, así como entre las distintas regiones y municipios. El emplazamiento de

15 Directiva 96/61/CE del Consejo de 24 de septiembre de 1996 relativa a la prevención y el control integrados de la contaminación, DO L del 10.10.1996, p. 26; véase Kloepfer: *Umweltrecht*, 3.ª ed. 2004, art. 14, apdo. 17 ss.

16 Directiva 96/62/CE del Consejo de 27 de septiembre de 1996 sobre evaluación y gestión de la calidad del aire ambiente (Directiva marco sobre la calidad del aire ambiente), DO 296/L con fecha de 21/11/1996, p. 5. Esta directiva se reemplazó con fecha de 11.6.2010 por la Directiva 2008/50/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 relativa a la calidad del aire ambiente y a una atmósfera más limpia en Europa (Directiva sobre la calidad del aire ambiente), DO 152/L con fecha de 11.6.2008, p. 1 ss.

17 Calliess en Kloepfer (ed.): *Das kommende Umweltgesetzbuch*, 2007, p. 35, 44; Schmidt/Kahl: *Umweltrecht*, 8.ª ed. 2010, art. 1, apdo. 27.

18 Sobre la Directiva PCIC y la autorización de la legislación en torno a la protección contra inmisiones, véase Steinberg/Koepfer: *DVBl.* 1997, 973 ss.; sobre la autorización de proyectos integrados Welke: *Die integrierte Vorhabengenehmigung*, 2010; Franzius en: *FS Kloepfer*, 2008, 113 ss.; Sellner en Bohne/Kloepfer (ed.): *Das Projekt eines Umweltgesetzbuchs 2009*, 2009, 31 ss.; Martini: *VerwArch* 2009, 40 ss.; Callies: *DVBl.* 2010, 1 ss.

19 Di Fabio: *NVwZ* 1998, 329 s.

20 Steinberg: *NVwZ* 1995, 209, 217.

21 Véase el art. 5, inc. 1, p. 1, n.º 1 de la Ley Federal sobre la Protección contra Inmisiones (BImSchG, por sus siglas en alemán); art.10, inc. 5, p. 2 de la ley BImSchG; Ramsauer en Koch (ed.): *Umweltrecht*, 3.ª ed. 2010, art. 3, apdo. 40.

22 Sobre el tema en general, véase Kloepfer: *Umweltgerechtigkeit – Environmental Justice in der deutschen Rechtsordnung*, 2006; id.: *JöR* 56 (2008), 1 ss; Kloepfer: *Umweltschutzrecht*, 2.ª edición, p. 62.

grandes proyectos de infraestructura (por ejemplo aeropuertos, carreteras, vertederos) desde hace tiempo ha adoptado las características de una lucha ecológica de distribución.²³ Debido a que las preguntas por una distribución justa raras veces se pueden responder de manera unívoca y satisfactoria, en el contexto de la justicia ambiental cobra mayor importancia la llamada justicia de proceso (*procedural justice*), que apunta a la justicia ambiental. La decisión por un emplazamiento para un proyecto que impacta negativamente sobre el medio ambiente puede presentar un desafío para la justicia ambiental. Entre otras posibilidades, se pueden paliar los impactos de distinta envergadura en diferentes emplazamientos mediante recompensas financieras.

La justicia ambiental como máxima fundamental de la política de medio ambiente se caracteriza por un significado multidimensional. La dimensión territorial de la justicia ambiental se expresa en la distribución geográfica de los bienes naturales (que por naturaleza no es equilibrada) y en la distribución y concentración territorial calculada de las cargas ambientales antropogénicas. El

hecho de que los costos sociales y las desventajas ecológicas del uso y consumo de los bienes naturales frecuentemente no los asumen sus usuarios, sino otros grupos de la sociedad, deja entrever la dimensión social de la justicia ambiental. Sin embargo, no son solo los impactos del uso y del consumo de los bienes naturales los que tienen distintas consecuencias para grupos sociales particulares, también lo son las medidas para la protección del medio ambiente, por ejemplo los impuestos ecológicos. En la medida en que la discusión por una distribución justa de los beneficios y las cargas ambientales aborda la consideración de futuras generaciones, también se tematiza la dimensión temporal de la justicia ambiental. El artículo 20 letra a) de la Ley Fundamental alemana exige expresamente la protección de los bases naturales de la vida, considerando el interés de las generaciones futuras. Por ende, el objetivo estatal de la protección ambiental abarca también la exigencia de lograr la llamada justicia intergeneracional.²⁴ Ésta se debe diferenciar de la justicia ambiental intrageneracional, que se refiere a la distribución justa en la misma generación.

23 La polémica actual sobre las rutas aéreas del mega aeropuerto de Berlín BER, que se inaugurará en junio de 2012 y reemplazará los aeropuertos anteriores de Tegel y Schönefeld, se desencadenó en gran medida a causa de la controversia sobre una distribución justa de las cargas ambientales. A pesar de que el cierre de dos aeropuertos y la construcción de un mega aeropuerto tienen como consecuencia que menos personas estén expuestas al ruido de los aviones, por el otro lado el número más reducido de personas sufrirá una mayor y más concentrada contaminación acústica. La Corte Federal Administrativa (BVerwG, por sus siglas en alemán) lo estimó como legalmente sustentable y confirmó la elección del emplazamiento Schönefeld (BVerwG, fallo del 16. 3. 2006 - 4 A 1073. 04, apdo. 123). Posterior a que la Agencia Federal de Seguridad Aérea anunció con fecha de 26.1.2012 las rutas aéreas definitivas del futuro aeropuerto, una iniciativa ciudadana local del sur de Berlín y de los municipios aledaños de Brandeburgo, en cooperación con la asociación ambiental Grüne Liga Berlin e.V, prepara en la actualidad un reclamo ante la Comisión de la UE, reprochando la omisión de una evaluación de impacto ambiental. Sin embargo, el objetivo de esta iniciativa es principalmente alegar la incompatibilidad de las rutas aéreas con la flora, fauna y el hábitat del emplazamiento (www.grueneliga-berlin.de).

24 Schulze-Fieltz en Dreier (ed.): *Grundgesetz. Kommentar*, 1998, art. 20 letra a), apdo. 34; Sommermann: *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, 1997, p. 190 ss. y 247 ss. Sobre la justicia intergeneracional, véase también Leist en Bayertz (ed.): *Praktische Philosophie*, 1991, p. 322 ss.

c. Evolución del derecho ambiental alemán

I. Antes de la reunificación

1. El derecho ambiental en la República Federal de Alemania

El derecho ambiental moderno de la República Federal de Alemania puede jactarse de una historia de más de cuarenta años. En el transcurso de la década de 1960 y a principios de la década de 1970 –en tiempos de cambios sociales (sobre todo del movimiento estudiantil)– despertó lentamente el interés de la sociedad por la protección ambiental y llevó a discusiones que se realizaron cada vez con más fervor. Eso dio origen al primer programa ambiental de un gobierno alemán el 29 de septiembre de 1971, que fue elaborado por la coalición social-liberal de ese tiempo.²⁵ Éste contenía un reconocimiento político de la protección ambiental como una de las misiones principales del Estado (que solo alrededor de veinticinco años después, en 1994, fue seguido por un reconocimiento del Tribunal Federal Constitucional con la promulgación del artículo 20 letra a) de la Ley Fundamental)²⁶ y que contenía un programa legislativo que, si bien aun requería de mayor

detalle, fue promulgado como específicamente ambiental (Programa Ambiental del Gobierno Alemán). Uno de los méritos del programa ambiental de 1971 es que en él se formularon por primera vez los principios elementales de la legislación ambiental de Alemania (del Oeste): el principio de previsión, el principio «quien contamina paga» y el principio de cooperación.

El proceso posterior, que también flanqueó la primera conferencia ambiental de las Naciones Unidas en Estocolmo, cuya apertura se celebró el 5 de junio de 1972, fue acompañado por vastas actividades legislativas del Estado alemán. Si se habla de una «fase pionera de la legislación ambiental», esto solo aplica en consideración de la distribución de competencias de la Ley Fundamental relativa al gobierno nacional. Ya en la década de 1960, los estados federados habían tomado iniciativas legislativas ambientales, por ejemplo en el ámbito de la legislación relativa a la protección contra inmisiones, por lo que el federalismo resultó ser un importante estímulo para la idea de la protección ambiental. Posterior al programa ambiental de 1971, el gobierno nacional aprobó la Ley sobre el Plomo en las Gasolinas de 1971,²⁷ la Ley de Residuos del año 1972 (hoy: Ley de Economía Circular y Residuos)²⁸ y la Ley Federal sobre la

25 *BT-Drs. VI/2710*.

26 Véase en mayor detalle a continuación.

27 Ley para la reducción de la contaminación del aire por compuestos de plomo en los combustibles Otto para motores automovilísticos: *Gesetz zur Verminderung von Luftverunreinigungen durch Bleiverbindungen in Ottokraftstoffen für Kraftfahrzeugmotore*, *BGBI. I 1971*, p. 2795, última modificación por la ley con fecha de 25.11.2003: *BGBI. I 2003*, p. 2308.

28 Ley sobre la Prevención y Eliminación de Residuos: *Gesetz über die Vermeidung und Entsorgung von Abfällen*, *BGBI. I 1972*, p. 873; reemplazada por la Ley de Economía Circular y Residuos con fecha de 27.06.1994, que entró en vigencia el 06.10.1996: *Kreislaufwirtschafts- und AbfallG*, *BGBI. I 1994*, p. 1440; una modificación de la Ley de Economía Circular y Residuos, que fue decidida por el parlamento alemán con el motivo de la implementación de la Directiva sobre los Residuos (2008/98/CE), actualmente espera su aprobación por la Comisión de Mediación del parlamento y de la cámara alta de Alemania.

Protección contra Inmisiones de 1974²⁹ con los reglamentos correspondientes. En 1976, se llevó a cabo una reforma fundamental desde el punto de vista ecológico de la Ley Nuclear³⁰ y la Ley relativa al Régimen Hidráulico³¹ y se aprobaron la Ley de Impuestos sobre Efluentes de Aguas Residuales³² y la Ley Federal de Protección de la Naturaleza.³³ Posteriormente, se aprobó la Ley sobre Químicos.³⁴

En la década de 1980, el legislador inició la fase de la consolidación del derecho ambiental, que se dio en el contexto de condiciones económicas relativamente favorables, pero que se interrumpió

por el temor público ante el siniestro nuclear del 26 de abril de 1986 en Chernóbil.

También en ese tiempo se concretó en gran parte la consolidación de un fundamento propio de competencias para la política ambiental europea en el Tratado CEE³⁵ mediante el Acta Única Europea (AUE) del 17/28 de febrero de 1986, que hoy se encuentra en el capítulo XX. bajo el título «Medio ambiente» en los artículos 191-193 del TFUE.³⁶ Sin embargo, la Unión Europea ya había actuado como legislador en el ámbito del derecho ambiental mediante alrededor de 200 actos legales³⁷, enfocándose primero en los aspectos

29 Ley de protección ante impactos ambientales nocivos por contaminación aérea, acústica, vibraciones y fenómenos similares: *Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge*, BGBl. I 1974, p. 721, 1193; nueva versión promulgada con fecha de 26.09.2002: BGBl. I 2002, p. 3830; última modificación por ley del 8.11.2011: BGBl. I, p. 2178.

30 Ley sobre el uso civil de la energía nuclear y la protección contra sus riesgos: *Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren*, BGBl. I 1959, p. 814; nueva versión promulgada con fecha de 15.07.1985: BGBl. I 1985, p. 1565; última modificación por el artículo 4 de la ley del 08.11.2011: BGBl. I, p. 2178.

31 Ley relativa a la Ordenación del Régimen Hidráulico: *Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts*, BGBl. I 1957, p. 1110, 1386; nueva versión promulgada con fecha de 19.08.2002: BGBl. I 2002, p. 3245. En el transcurso de la reforma del federalismo se suprimió la competencia legislativa marco del gobierno nacional y se le asignó la competencia legislativa concurrente para el derecho de aguas. En 2009, el gobierno nacional creó la versión final de la regulación integral del derecho de aguas, en cuyo marco los estados federados poseen –con ciertas limitaciones– la competencia para adoptar leyes divergentes: véase la Ley relativa al Régimen Hidráulico con fecha de 31.07. 2009: *Wasserhaushaltsgesetz*, BGBl. I, p. 2585; última modificación por el artículo 2, inc. 67 de la ley con fecha de 22.12.2011: BGBl. I, p. 3044.

32 Ley de Impuestos sobre la Contaminación de Aguas con Aguas Residuales: *Gesetz über Abgaben für das Einleiten von Abwasser in Gewässer*, BGBl. I 1976, p. 2721, 3007; nueva versión promulgada con fecha de 18.01.2005: BGBl. I 2005, p. 114.

33 Ley sobre la Protección de la Naturaleza y el Cuidado del Paisaje: *Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege*, BGBl. I 1976, p. 3574 y 1977, p. 650; reemplazado por la Ley Federal de Protección de la Naturaleza de 2002 con fecha de 25.03.2002, que entró en vigencia con fecha de 04.04.2002: *Bundesnaturschutzgesetz 2002*, BGBl. I 2002, p. 1193.

34 Ley sobre la Protección ante Agentes Nocivos (Ley sobre Químicos, ChemG, por sus siglas en alemán) con fecha de 16.9.1980 (*Gesetz zum Schutz vor gefährlichen Stoffen*, BGBl. I, p. 1146); última modificación por el artículo 6 de la ley del 6.2.2012 (BGBl. I, p. 148).

35 En ese tiempo todavía denominado Tratado CEE; solo con el Tratado de Maastricht con fecha de 07.02.1992 se renunció a limitar el nombre de la comunidad y del tratado a lo económico, véase el resumen de la evolución histórica de la UE en Ahl/Deisenhofer: *Europarecht*, Múnich, 3.ª ed. 2003, p. 3 ss. (4).

36 Sobre el tema así como sobre lo que se aborda a continuación, véase Streinz: *Europarecht*, Heidelberg, 7.ª ed. 1005, apdo. 1110 ss.

37 Streinz, *ibíd.*; páginas oficiales de la CE sobre su política ambiental: <http://www.europa.eu.int/scadplus/leg/de/lvb/l28066.htm>, último acceso con fecha de 23.04.2006.

de la protección ambiental con relevancia para la competencia económica. Sobre todo con la Directiva 85/377/CEE³⁸ relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, la Directiva 90/313/CEE sobre libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente,³⁹ la Directiva 96/61/CE relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación⁴⁰ y el Reglamento (CE) n.º 761/2001 relativo a un sistema comunitario de auditoría ecológica⁴¹, la Unión Europea brindó impulsos importantes para el futuro desarrollo del derecho ambiental en Europa. Desde entonces, la Unión Europea ha sido cada vez más influyente; hoy más del 70% de todas las actividades legislativas en el derecho ambiental parten de iniciativas europeas.

2. El derecho ambiental en la República Democrática Alemana

En la RDA, la protección ambiental se plasmó por primera vez a nivel constitucional con su mención en el artículo 15 inciso 2 de la Constitución de la RDA de 1968.⁴² En la ley ordinaria, se aprobó poco tiempo después la Ley Nacional de Cultura con fecha de 14.5.1970.⁴³ Este temprano

reconocimiento constitucional y en parte la notable implementación legal de la cultura nacional contrastaban con la ineficacia práctica de la protección ambiental en la RDA. La burocracia económica y de planificación arbitrariamente pasó por alto las normas ambientales establecidas. La consecuencia fue una situación ambiental desastrosa, cuyos indicadores se mantuvieron en secreto. Solo con posterioridad a la caída del Muro de Berlín, el Consejo de Ministros de la RDA puso en vigencia el Reglamento sobre Información Ambiental⁴⁴, con el fin de establecer transparencia respecto a la situación fáctica del medio ambiente. Poco antes de la unificación, grandes territorios de la RDA se declararon áreas protegidas, de modo que los estados federados de la ex RDA son líderes respecto a la extensión territorial de sus reservas naturales.

II. Posterior a la reunificación

1. Unificación ambiental

En la década de 1990, la reunificación de Alemania presentó un desafío titánico para el derecho ambiental.⁴⁵ Las misiones agrupadas bajo el término genérico de «implementación de la

38 DOCE de 1985, n.º L 175/40, modificada por la Directiva 97/11/CE con fecha de 03.03.1997, DOCE de 1997, n.º L 73/5 y por la directiva 2003/35/CE con fecha de 26.05.2003, DOCE de 2003 n.º L 156/17.

39 DOCE de 1990, n.º L 158/56, reemplazado por la Directiva 2003/4/CE con fecha de 28.01.2003, DOCE de 2003, n.º L 41/26.

40 DOCE de 1996, n.º L 257/26.

41 Nombre oficial: Reglamento por el que se permite que las organizaciones se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS), DOCE de 2001, n.º L 114/1.

42 Kloepfer: *Umweltrecht*, 3.ª ed. 2004, art. 2, apdo. 101.

43 *GBI. I*, p. 67.

44 *GBI. I*, p. 241; véase Kloepfer: *Umweltrecht*, 3.ª ed. 2004, art. 2, apdo. 104.

45 Sobre el tema en general, véase Kloepfer: *Das Umweltrecht in der deutschen Einigung*, Berlín 1991.

unificación ambiental»⁴⁶ llevaron en parte a resultados controversiales.

Por un lado, las regulaciones de protección ambiental de la República Democrática de Alemania eran vistas como obstáculos para inversionistas, de modo que se pretendía atenuar sus impactos mediante las llamadas leyes de aceleración⁴⁷, reglamentos de exención y la limitación del área de aplicación de las normas de protección ambiental de la RDA.⁴⁸ Por otro lado, en el territorio incorporado (es decir, en el territorio de la ex RDA) reinaba una situación ambiental dramática, debido a la vasta contaminación del suelo, del agua y del aire, obligando al Estado a un notable esfuerzo –que aún no está concluido– para sanear la contaminación ecológica heredada.⁴⁹

Al mismo tiempo, el poder constituyente aprovechó la oportunidad en el contexto del proceso de la reunificación para poner básicamente fin a la discusión política y más tarde también jurídica –latente desde fines de la década de 1960 en Alemania Occidental– sobre la consolidación de

la protección ambiental en la Ley Fundamental, agregando (sobre la base de los resultados de la Comisión Constitucional conjunta) el artículo 20 letra a) a la Ley Fundamental.⁵⁰ Este artículo incorpora la protección de las bases naturales de la vida a los objetivos estatales.

2. Reorientación a la política de incentivos

Con el surgimiento del neoliberalismo y cierta euforia privatizadora durante la década de 1990, en las ciencias jurídicas surgió paulatinamente la conciencia de que las concepciones que provienen estrictamente del derecho regulatorio han llegado a los límites de su efectividad, debido al origen del derecho ambiental en el derecho policial.⁵¹ Desde entonces, no ha cesado la discusión en torno a la política de incentivos en el derecho ambiental mediante instrumentos para el control indirecto del comportamiento. Sin embargo, aparentemente se llegó al amplio acuerdo de que ni hoy ni en el futuro existirá un derecho ambiental que pertenezca estrictamente al derecho regulatorio ni

46 Kloepper: *Umweltrecht*, art. 2, apdo. 109.

47 Véase Erbguth: *JZ 1994*, p. 477.

48 Convenio entre la República Federal de Alemania y la República Democrática Alemana sobre la implementación e interpretación del tratado firmado con fecha de 31.8.1990 en Berlín entre la República Federal de Alemania y la República Democrática Alemana con el fin de implementar la unificación de Alemania (Tratado de Unión) con fecha de 18.9.1990: *Vereinbarung zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik zur Durchführung und Auslegung des am 31. 8. 1990 in Berlin unterzeichneten Vertrages zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands*, BGBl. II 1990, p. 1239, n.º 30.

49 Para una revisión y reseña detallada del motivo y de la dimensión de la responsabilidad estatal de la República Federal de Alemania para este saneamiento, véase Heilmann: *LKV 1994*, p. 305.

50 Murswiek: *NVwZ 1996*, p. 222; al igual que varios otros autores, analiza críticamente la formulación y la prioridad que se le da al reglamento y lo considera «no precisamente una obra maestra de la claridad y precisión de su contenido y lejos de poder elogiarse como modelo ejemplar de una estética constitucional lograda»; íd. en Sachs (ed.): *Grundgesetz*, Múnich, 3.ª ed. 2003, art. 20 letra a, apdo. 1 ss.; Peters: *NVwZ 1996*, p. 555; Westphal: *JuS 2000*, p. 339.

51 Ritter: *NVwZ 1987*, p. 929 (930, 936).

que se base estrictamente en el mercado.⁵² De común acuerdo, el objetivo explícito es lograr la mezcla óptima entre los instrumentos del derecho regulatorio y los instrumentos no imperativos. A continuación, se presentarán tres instrumentos esenciales para el control indirecto del comportamiento, a saber, la información ambiental estatal en su calidad de instrumento importante del control informativo, los tributos ambientales así como los instrumentos económicos.

a) Información ambiental del Estado

En los años pasados, las exigencias de los ciudadanos por información oficial⁵³ adquirieron una importancia considerablemente mayor. Sobre todo en el sector ambiental, que todavía está marcado por un importante déficit de implementación, la exigencia del ciudadano a recibir información tiene como principal función la participación y el control.⁵⁴ Además de algunos derechos de información de la legislación especial, tal como el art. 72, inc. 1, 2.^a parte de la frase de la ley VwVfG (Ley Procesal Administrativa); art. 9, 14i de la ley UVPG (Ley sobre la Evaluación de

Impacto Ambiental), art. 10 de la ley UmwHG (Ley sobre Responsabilidad Ambiental); art. 88 de la ley WHG (Ley sobre el Régimen Hidráulico); art. 6, inc. 4 de la ley AtVfV (Reglamento sobre el Proceso de Autorización de Instalaciones), el instrumento más importante en este contexto es la Ley de Información Ambiental (UIG, por sus siglas en alemán)⁵⁵ de 2004. Ésta por primera vez implementó el derecho de información incondicional para todos.⁵⁶ Debido a que la ley está restringida al nivel nacional en su aplicación (art. 1, inc. 2, UIG), los estados federados también implementaron (aunque pasado el plazo) la Directiva relativa al Acceso del Público a la Información Medioambiental⁵⁷ mediante leyes federales, que corresponden en gran medida a la Ley de Información Ambiental del Estado nacional.⁵⁸

b) Tributos ambientales

Un actuar estatal moderno con efecto controlador son los tributos. En Alemania, recibieron mayor atención en el derecho ambiental por causa del llamado impuesto ecológico,⁵⁹ el impuesto sobre el combustible nuclear⁶⁰ y el

52 Kloepfer: *Umweltrecht*, Múnich, 3.^o ed. 2004, art. 5, apdo. 175; Lübbe-Wolff: *NVwZ 2005*, p. 481 (482 s.); Volkmann: *JuS 2001*, p. 521 (528); Wagner: *NVwZ 1995*, p. 1046 (1047, 1052).

53 Para información general, véase Rossi: *Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht*, 2004.

54 Acerca de las distintas funciones, véase por ejemplo Kahl en Haratsch/Kugelmann/Repkewitz (ed.): *Herausforderungen an das Recht der Informationsgesellschaft*, 1996, p. 9, 13 ss.

55 Ley de Información Ambiental con fecha de 22.12.2004: *Umweltinformationsgesetz*, *BGBI. I*, p. 3704.

56 Véase Kloepfer: *Umweltschutzrecht*, 2.^a edición, p. 110 s.

57 Directiva 2003/4/CE.

58 Véase Kloepfer: *Umweltschutzrecht*, 2.^a edición, p. 111.

59 Ley para el Inicio de la Reforma Tributaria Ecológica con fecha de 24.03.1999: *Gesetz zum Einstieg in die ökologische Steuerreform*, *BGBI I 1999*, p. 378.

60 Ley de Impuestos sobre el Combustible Nuclear con fecha de 8.12.2010: *Kernbrennstoffsteuergesetz*, *BGBI. I*, p. 1804. Poco tiempo después del desastre nuclear de Fukushima en el año 2011 y en el transcurso de la llamada moratoria nuclear, durante la cual todos los reactores nucleares alemanes se sometieron a una evaluación de seguridad y se anunciaba la paralización de los siete reactores más antiguos por un período de tres meses, el gobierno alemán al principio contempló derogar el impuesto sobre el combustible nuclear. Sin embargo, en junio de 2011, el parlamento alemán decidió la renuncia paulatina a la energía nuclear al año 2022, manteniendo el impuesto sobre el combustible nuclear.

impuesto sobre el transporte aéreo.^{61, 62} Sin embargo, los tributos ambientales alemanes no se limitan solamente al tipo tributario del impuesto. Actualmente, se discuten y prueban cada vez más los tributos especiales, sobre todo aquellos que gratifican la prevención de contaminaciones. En el ámbito de los tributos especiales del derecho federal, cabe señalar el tributo sobre aguas residuales⁶³, que frecuentemente se destaca como el primer tributo ambiental «real» en Alemania.⁶⁴ Actualmente, se discute gravar el tránsito vial, por ejemplo mediante un peaje para vehículos particulares.⁶⁵ Otro instrumento similar a los tributos ambientales –a pesar de su distinta estructura formal– es el depósito obligatorio para envases, que debe asegurar su devolución al comercio.⁶⁶

c) Nuevos instrumentos económicos

La creación y la ampliación de varios instrumentos económicos que el legislador alemán sacó adelante recientemente (por ejemplo, la Ley sobre el Comercio de Emisiones de Gases de Efecto Invernadero [TEHG, por sus siglas en alemán])⁶⁷ siguen siendo acompañadas por un debate intenso sobre su constitucionalidad, en especial su compatibilidad con los principios constituyentes de la organización estatal plasmada en la Ley Fundamental.⁶⁸ Como nuevos instrumentos económicos y flexibles del derecho ambiental se consideran sobre todo: las ventajas del uso, las soluciones de compensación y los modelos de certificados.⁶⁹ En este contexto, se pueden diferenciar instrumentos de incentivos económicos

61 Ley del Impuesto sobre el Transporte Aéreo con fecha de 9.12.2010 (*Luftverkehrsteuergesetz*, *BGBI. I*, p. 1885); véase Kloepfer/Bruch: *BB 2010*, 2791 ss.

62 Para mayor detalle, véase Meßerschmidt: *Umweltabgaben als Rechtsproblem*, 1986.

63 Ley de Impuestos sobre Efluentes de Aguas Residuales en la versión promulgada con fecha de 18.1.2005 (*Abwasserabgabengesetz*, *BGBI. I*, p. 114); última modificación por el artículo 1 de la ley con fecha de 11.8.2010 (*BGBI. I*, p. 1163). Para mayor detalle, véase Kloepfer: *Umweltrecht*, 3.ª ed. 2004, art. 13, apdo. 235 ss.

64 Berendes: *DÖV 1981*, 747 ss.; Schröder: *DÖV 1983*, 667; véase Kloepfer: *Umweltrecht*, 3.ª ed., art. 13, apdo. 236.

65 Kloepfer: *Umweltschutzrecht*, 2.ª ed., p. 122. El peaje para camiones se introdujo en Alemania en el año 2005.

66 Respecto al depósito obligatorio para latas, véase el Reglamento de Envases con fecha de 12.6.1991: *Verpackungsverordnung*, *BGBI. I 1991*, p. 1234; última modificación por los artículos 1 y 2 del reglamento con fecha de 2.4.2008: *BGBI. I*, p. 531.

67 Ley sobre el comercio con los derechos de emisión de gases de efecto invernadero con fecha de 8.7.2004: *Gesetz über den Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen*, *BGBI. I 2004*, p. 1578, última modificación por el artículo 2 con el motivo de la introducción de mecanismos basados en proyectos, de acuerdo al Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático con fecha de 11.12.1997, la implementación de la Directiva 2004/101/CE4 y la modificación de la Ley de Cogeneración de Energía Eléctrica y Térmica con fecha de 22.09.2005: *Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz*, *BGBI. I 2005*, p. 2826; para un panorama sobre el comercio de emisiones, véase Kobes: *NVwZ 2004*, p. 513; para mayor detalle, véase Körner/Vierhaus: *TEHG, Kommentar*, Múnich 2005.

68 Kloepfer: *ZAU 1996*, p. 56; para fuentes más recientes, véase por ejemplo Lübke-Wolff: *NVwZ 2001*, p. 481 (p. 493 con otros antecedentes en la nota 100 a pie de página); Volkman: *JuS 2001*, p. 521; Erbguth/Schlacke: *Umweltrecht*, Baden-Baden, 2.ª ed. 2004, apdo. 115.

69 Véase Kloepfer: *Umweltschutzrecht*, 2.ª ed., p. 114.

positivos y negativos. Los instrumentos económicos positivos se caracterizan por el hecho de que vinculan una mejora de la situación económica del involucrado con cierto comportamiento ambiental positivo (por ejemplo mediante subsidios y recompensas financieras). Característico para los instrumentos de incentivos económicos negativos es el hecho de que vinculan un comportamiento indeseado con pérdidas económicas (por ejemplo, soluciones de compensación, tributos ambientales).

a) Las ventajas del uso

Como ventajas del uso se entienden las regulaciones que suprimen la validez de limitaciones o prohibiciones generales del uso para aquellos productos que presentan un grado relativamente alto de sustentabilidad ambiental. Este modelo de regulación que funciona mediante incentivos, hasta el momento solo se ha implementado en algunos ámbitos en la República Federal de Alemania. Por ejemplo, el artículo 7, inc. 1, n.º 2 de la Regulación relativa a la Protección Acústica para Equipos y Máquinas (32.ª Regulación Federal de Protección contra Inmisiones [BImSchV, por sus siglas en alemán])⁷⁰ libera los usuarios de ciertas maquinarias de jardinería con mayor

sustentabilidad ambiental parcialmente de las limitaciones temporales de uso en áreas residenciales. Una regulación similar para aviones especialmente silenciosos y planeadores a motor se encuentra en el artículo 4 de la Regulación relativa a la Protección Acústica en Campos de Aterrizaje.⁷¹ Sin embargo, la implementación amplia o incluso en todo el territorio nacional de las ventajas de uso en el derecho ambiental es contrarrestada por el control engorroso que ésta exigiría.⁷²

b) Soluciones de compensación

Otro instrumento de incentivos económicos negativos (además de los tributos ambientales señalados anteriormente) es la solución de compensación. El objetivo de la solución de compensación es asegurar que se logre en general un más alto nivel de protección, pese al no respeto de ciertas normas ambientales, por ejemplo que el titular de una instalación compensa la contaminación por un superávit de sus obligaciones en otro ámbito.⁷³ El modelo de compensación se integró al derecho ambiental vigente en los artículos 7, inc. 3; 17, inc. 3 letra a), 48, n.º 4 de la ley BImSchG⁷⁴ y en n.º 6.2.5 de la Instrucción Técnica para la Limpieza del Aire.⁷⁵

70 Regulación con fecha de 29. 8. 2002: *Geräte- und Lärmschutzverordnung*, BGBl. I, p. 3478.

71 Regulación con fecha de 5.1.1999: *Landesplatz-Lärmschutz-Verordnung*, BGBl. I, p. 35.

72 Para mayor detalle sobre las ventajas del uso, véase Kloepfer: *Umweltrecht*, 3.ª ed. 2004, art. 5, apdo. 190 ss.

73 Véase Kloepfer: *Umweltschutzrecht*, 2.ª edición, p. 115.

74 Ley de protección ante impactos ambientales nocivos por contaminación aérea, acústica, vibraciones y fenómenos similares: *Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge*, BGBl. I 1974, p. 721, 1193, nueva versión promulgada con fecha de 26.09.2002: BGBl. I 2002, p. 3830; última modificación por la ley con fecha de 25.06.2005: BGBl. I 2005, p. 1865.

75 Primer Reglamento Administrativo General sobre la Ley Federal de Protección contra Inmisiones (Instrucción Técnica Para la Limpieza del Aire): *Erste Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Bundes-Immissionsschutzgesetz (Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft)*, GMBL. 2002, p. 511.

c) Modelos de certificados

Un término medio entre los instrumentos de incentivos económicos positivos y negativos es en cierta medida el modelo de certificados, que en Alemania se introdujo tras largas vacilaciones en el contexto de las premisas inter y supranacionales. Los certificados ambientales son licencias transables para la contaminación ambiental, con un tope determinado que se reduce periódicamente y que establece cierto volumen de emisión. Con estos certificados ambientales se pretenden aprovechar los mecanismos de asignación de recursos y de formación de precios en el mercado (incluyendo la bolsa ambiental), con el fin de lograr una protección ambiental flexible y más eficiente.⁷⁶

3. Reforma del federalismo I

En el derecho ambiental, la Ley Fundamental (art. 30, 70 ss) no asigna paquetes de responsabilidades al Estado nacional o a los estados federados. En lugar de eso, le otorga a ambos niveles de administración competencias del derecho ambiental.

En virtud de la reforma del federalismo I de 2006,⁷⁷ que apuntaba a una asignación más clara de los títulos de competencia, la legislación

marco del Estado nacional, sobre todo en los ámbitos de la protección de la naturaleza y del cuidado del paisaje (art. 74, inc. 1, n.º 29, Ley Fundamental) y del régimen hidráulico (art. 74, inc. 1, n.º 32, Ley Fundamental), se transformó en la legislación concurrente y al mismo tiempo se creó la posibilidad de que los estados federados dentro de ciertos límites adopten por ley las llamadas regulaciones divergentes (art. 72 III, n.º 2 y n.º 5, Ley Fundamental).⁷⁸

En el ámbito de la legislación concurrente, se siguió limitando al área de aplicación de la cláusula de subsidiariedad del artículo 72, inc. 2 de la Ley Fundamental respecto al mantenimiento de la pureza del aire y la lucha contra el ruido (art. 74, inc. 1, n.º 24, 2.ª y 3.ª vers. de la Ley Fundamental). La cláusula de la subsidiariedad del artículo 72, inc. 2 de la Ley Fundamental exige que el Estado nacional deba limitar su intervención a aquellos casos que exigen, en la medida que sea necesario, una regulación legislativa nacional en el interés de todo el Estado para la creación de condiciones de vida equivalentes en el territorio nacional o el mantenimiento de la unidad jurídica y económica.⁷⁹

Las novedades con relevancia ambiental, implementadas por la reforma del federalismo I, debieron enfrentar las críticas de los más diversos grupos. Por un lado, se sostiene que no se puede

76 Véase Kloepfer: *Umweltschutzrecht*, 2.ª edición, p. 115.

77 Debido a otra modificación de las competencias legislativas de la Ley Fundamental en el año 2009 (la llamada reforma del federalismo II), la reforma del federalismo de 2006 también se denomina como reforma del federalismo I.

78 Sobre este y el siguiente tema, véase el anexo 2 del contrato de coalición entre democatacristianos, socialcristianos y socialdemócratas: *Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD*, 2005, p. 175 ss.

79 Sobre la justiciabilidad del artículo 72, inc. 2 de la Ley Fundamental en su nueva versión, véase el fallo fundamental del Tribunal Federal Constitucional con fecha de 24.10.2002: referencia 2 BvF 1/01, *NJW* 2003, p. 41.

divisar un fin de la reprochada fragmentación del derecho. Además, existen temores de que la burocracia siga desbordándose.⁸⁰ Otros temen la competencia entre los estados federados por ser el mejor emplazamiento, que podría resultar en un dumping de condiciones.⁸¹

Aún queda esperar si al largo plazo se lograrán compromisos políticos, y en caso afirmativo, qué tipo de compromisos serán. De todas maneras, desde el punto de vista de la política y del derecho ambiental el federalismo ya ha evidenciado varias veces su fuerza. Solo queda esperar que también a futuro tenga la oportunidad de hacerlo en un orden de competencias de la Ley Fundamental, que se debe modificar de manera razonable y cuidadosa. La reforma del federalismo I se debería entender como una oportunidad para proporcionarle un nuevo vigor a la idea de la competencia por mejores soluciones, en una federación igualmente solidaria, concepto que emana de este principio de organización estatal. Esta federación solidaria sí existía en el pasado para las materias de interés, tal y como se señaló previamente, sobre todo en los inicios de la evolución del derecho ambiental moderno en Alemania.

4. Fracaso político del Código Ambiental

Desde hace mucho tiempo que se discute en Alemania la codificación del derecho ambiental,

creando un Código Ambiental (UGB, por sus siglas en alemán). En este proyecto se depositan las esperanzas por una mayor armonización, transparencia y ejecutabilidad del derecho ambiental vigente. En la década de 1990 surgieron dos borradores de catedráticos (UGB-ProfE) para la parte general y la parte específica, luego un borrador de expertos (UGB-KomE) y finalmente en 2008 un borrador de analistas del Ministerio Federal Ambiental.⁸² Es cierto que los problemas de las competencias del derecho constitucional, que obstaculizaban (supuestamente) la creación del Código Federal Ambiental, se eliminaron con la reforma del federalismo de 2006, debido a que todas las competencias esenciales para la legislación ambiental pasaron a formar parte de la competencia concurrente del Estado nacional. Sin embargo, a principios de 2009, el proyecto de un Código Ambiental fracasó políticamente (por el momento), principalmente por causa de los partidos políticos. Resta esperar si la política volverá a este proyecto. Seguiría siendo algo deseable en vista a las variadas ventajas de una codificación semejante (por ejemplo, la simplificación general del derecho y de la ejecución, la unificación de la terminología o la reducción de la burocracia).⁸³ De todas maneras, la actual fragmentación del derecho ambiental alemán dificulta una política y legislación ambiental homogénea. Con la codificación del derecho ambiental se podría fortalecer, por ejemplo, el efecto aglutinador de los permisos.

80 Diario *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 2 de febrero de 2006: «Wirtschaft und Grüne für einheitliches Umweltrecht», p. 12; diario *Der Tagesspiegel* del 31 de enero de 2006: «Glos im Bund mit Grünen», p. 4.

81 La Unión para la Protección del Medio Ambiente y de la Naturaleza de Alemania (BUND, por sus siglas en alemán) habla en un breve análisis del balance ambiental con motivo de 100 días del gobierno alemán del peligro de un «dumping ecológico»; el análisis está accesible en http://www.bund.net/lab/reddot2/pdf/100_tage_schwarz_rot.pdf, último acceso con fecha de 20.04.2006.

82 Véase Kloepfer: *Umweltschutzrecht*, 2.ª ed., art. 1, apdo. 48 ss.

83 Para mayor detalle, véase Kloepfer: *Umweltschutzrecht*, 2.ª ed., art. 1, apdo. 47.

5. Ampliación de los derechos de querellas de colectivos

En 2006, Alemania aprobó la Ley de Recursos Legales Ambientales⁸⁴ y la Ley sobre Participación Pública⁸⁵ como implementación (tardía) de la Convención de Aarhus del derecho internacional y de la Directiva 2003/35/CE, que traducía ésta al derecho de la UE. De este modo, en Alemania se introdujeron las querellas de colectivos en mayor escala al derecho procesal administrativo, que tradicionalmente se adhiere al sistema de la protección legal individual (art. 42, inc. 2, Orden del Tribunal Administrativo [VwGO, por sus siglas en alemán]) y que admitía las querellas de colectivos solo en el caso de una infracción sostenida de normas legales que protegen a terceros. Anteriormente, a nivel del derecho nacional, solo existía una posibilidad limitada para las querellas de colectivos en el ámbito de la legislación relativa a la protección de la naturaleza (art. 64, Ley Federal de Protección de la Naturaleza, [BNatSchG, por sus siglas en alemán]).

En virtud de su fallo de principios de mayo de 2011,⁸⁶ el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) con motivo de una amonestación por la infracción de normas legales que protegen a terceros (art. 2, inc. 1, p. 1 de la ley UmwRG), consideró la limitación de las querellas de colectivos como adverso al derecho de la Unión Europea y con eso amplió considerablemente los derechos de querella de las asociaciones ambientales.⁸⁷ El tribunal decidió que no es compatible con los objetivos de la Directiva EIA⁸⁸ (art. 10 letra a), inc. 3, p. 3 de la Directiva EIA), si el legislador nacional limita el derecho de querella de las asociaciones ambientales a la reivindicación de derechos subjetivos y públicos.⁸⁹ En consecuencia, las asociaciones ambientales ya no estarían limitadas a la amonestación por la infracción de normas que protegen a terceros.⁹⁰ Más bien, las asociaciones ambientales están en condiciones de reclamar, en el interés general, la infracción de reglamentos que se fundamentan en el derecho de la UE y que tienen como objetivo la protección ambiental. Se le exige al

84 Ley relativa a los reglamentos complementarios sobre recursos legales en materias ambientales de acuerdo a la Directiva 2003/35/CE (Ley de Recursos Legales Ambientales) con fecha de 7.12. 2006: *Gesetz über ergänzende Vorschriften zu Rechtsbehelfen in Umweltangelegenheiten nach der EG-Richtlinie 2003/35/EG*, BGBl. I, p. 2816; última modificación por el artículo 11 letra a) de la ley con fecha de 11.8.2010: BGBl. I, p. 1163.

85 Ley sobre la participación del público en materias relativas al medio ambiente según la Directiva 2003/35/CE (Ley sobre Participación Pública) del 9.12.2006: *Gesetz über die Öffentlichkeitsbeteiligung in Umweltangelegenheiten nach der EG-Richtlinie 2003/35/EG*, BGBl. I 2006, p. 2819 ss. 9 de diciembre de 2006.

86 TJUE, fallo con fecha de 12 de mayo de 2011: referencia C-115/09, *DVBl. 2011, 757 ss.*, con un comentario de Durner/Paus.

87 *EuZW 2011, 510 (512)*, con un comentario de Hellriegel.

88 Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente. Diario Oficial n.º L 175, p. 40; última modificación por la Directiva 2009/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009, Diario Oficial n.º L 140, p. 114; L 140, 114 con fecha de 5.6.2009 (Diario Oficial n.º L 175 con fecha de 5.7.1985, p. 40).

89 Kloepfer: *Umweltschutzrecht*, 2.ª edición, p. 166.

90 Kloepfer: *Umweltschutzrecht*, 2.ª edición, p. 166.

legislador alemán adaptar correspondientemente la Ley de Recursos Legales Ambientales.⁹¹ Hasta entonces, se podrían llenar las lagunas existentes mediante la aplicación directa de la Directiva EIA.⁹²

6. Renuncia a la energía nuclear y transición energética

Ya en 2002, la coalición gobernante de socialdemócratas y Verdes decidió la renuncia definitiva a la energía nuclear para inicios de la década de 2020. La posterior coalición gobernante de demócratacristianos y liberales, por su parte, decidió prorrogar el plazo de funcionamiento de los reactores por aproximadamente 12 años. Sin embargo, posterior al desastre nuclear de Fukushima en la primavera de 2011, el gobierno demócratacristiano-liberal decidió anular la prórroga del plazo. El parlamento alemán impulsó la renuncia definitiva (supuestamente políticamente irreversible) al año 2022 en distintas fases.⁹³ En el contexto de la transición energética, el uso de la energía nuclear ahora es visto como «tecnología puente» en el camino hacia un abastecimiento

energético del futuro, basado principalmente en energías renovables (aproximadamente a partir de 2050).⁹⁴ Esto fomenta en principio las energías renovables así como la ampliación rápida de las grandes redes de abastecimiento energético y puede fortalecer los esfuerzos en torno a la eficiencia energética y al ahorro de energía. Este tema se abordará también en el capítulo sobre la protección del clima en Alemania.

El principal remanente del gran conflicto político sobre la energía nuclear sigue siendo la decisión por un depósito definitivo de residuos radioactivos. El gobierno alemán recientemente presentó un borrador de ley, que prevé mayor participación ciudadana y la integración de una comisión ética en la decisión por un depósito.⁹⁵ Sin embargo, los oponentes de la energía nuclear critican entre otras cosas la supuesta falta de oportunidades para que las municipalidades afectadas ejerzan influencia⁹⁶ y exigen sobre todo el descartar desde un principio la opción del actual depósito provisional en el domo salino de Gorleben, que es altamente controversial por motivos de seguridad.⁹⁷

91 Ya las peticiones finales de la abogada general Sharpston apuntan en esta dirección: *ZUR 2011*, 79 ss.

92 Véase Durner/Paus: *DVBl. 2011*, 759, 761 s.

93 Decimotercera Ley que Modifica la Ley Nuclear con fecha de 31.7.2011: *Dreizehntes Gesetz zur Änderung des Atomgesetzes*, *BGBI. I*, p. 1704 (n.º 43).

94 Para mayor detalle, véase Sellner/Fellenberg: *NVwZ 2011*, 1025 ss.

95 <http://www.sueddeutsche.de/politik/konzept-der-bundesregierung-fuer-atommuell-ethikkommission-sollendlagersuche-begleiten-1.1265564>.

96 <http://www.verivox.de/nachrichten/uneinsichtige-regierung-endlagergesetz-wird-scheitern-83848.aspx>

97 Según un dictamen encargado por Greenpeace, esto sería legalmente factible: http://www.greenpeace.de/fileadmin/gpd/user_upload/themen/atomkraft/Kurzgutachten-Endlagersuchgesetz.PDF

d. La protección del clima como enfoque central de la política ambiental alemana

La coalición de gobierno de demócratacristianos y liberales en Alemania estableció en su acuerdo de coalición que la protección del clima sería el desafío preponderante de la política ambiental de nuestros tiempos.⁹⁸ El objetivo del gobierno alemán es limitar el calentamiento global a un máximo de 2°C; para este fin, se deben reducir las emisiones de gases de efecto invernadero en Alemania en un 40% al 2020 en comparación con 1990.⁹⁹ Como medio para este fin debe servir una matriz energética dinámica, según la cual las fuentes de energía convencionales se reemplazan continuamente por energías alternativas.¹⁰⁰ Principalmente, se prevé ampliar los parques eólicos en alta mar, el uso de la biomasa y de biocombustibles y optimizar el saneamiento de edificios para lograr menores emisiones de dióxido de carbono, incluyendo el uso de las energías renovables en el ámbito térmico. Al mismo tiempo, el gobierno se declara partidario de la construcción de centrales de carbón de alta eficiencia,¹⁰¹ lo que –por motivos de la seguridad del abastecimiento– recientemente cobró relevancia con la renuncia a alargar el funcionamiento de las plantas nucleares.

I. La protección del clima y la legislación al respecto

La protección del clima contempla generalmente todas las medidas que protegen al clima (macroclima y microclima) o la atmósfera terrestre ante los efectos nocivos de la civilización humana. Los principales aspectos de la protección del clima son la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero y la reducción de los gases de efecto invernadero ya existentes en la atmósfera, por un lado, así como, por otro lado, la adaptación al cambio del clima.

La emisión de gases de efecto invernadero se logra reducir, entre otras medidas, a través del fomento de las energías renovables, el ahorro de energía o el aumento de la eficiencia energética. A esto se suman las medidas de una utilización del suelo y ganadería que sean climáticamente sustentables o el almacenamiento subterráneo de dióxido de carbono (CCS, por sus siglas en inglés). Además de estas medidas de reducción de las emisiones en la atmósfera, se implementan otras para reducir los gases de efecto invernadero ya existentes en ella, por ejemplo las forestaciones o los proyectos para reverdecer el desierto (geoingeniería). Otra misión importante de la protección del clima es la adaptación al cambio climático, con el fin de prevenir o reducir

98 *Wachstum.Bildung.Zusammenhalt. Der Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP*, p. 25; accesible en el siguiente enlace: <http://www.cdu.de/doc/pdf/c/091026-koalitionsvertrag-cducusu-fdp.pdf>.

99 *ibíd.*, p. 26.

100 *ibíd.*, p. 27.

101 *ibíd.*, p. 28.

los riesgos y perjuicios que resultan de él (por ejemplo, el incremento de la altura de los diques o la utilización de tipos de árboles con mayor resistencia contra tormentas). La adaptación al cambio climático –finalmente impulsada por resignación y fatalismo– permite vivir con él, o bien sobrevivirlo.

La legislación acerca de la protección del clima abarca todas las normas legales que lo protegen a él o a la atmósfera ante impactos antropogénicos nocivos. Si bien hoy es visto como un subámbito suficientemente delimitable del derecho ambiental, también presenta numerosas coincidencias con otros subámbitos legales del mismo, sobre todo con el derecho ambiental energético y el ámbito legal de la protección de inmisiones.

II. Fundamentos legales

1. Derecho internacional y europeo

La orientación general de la legislación alemana sobre la protección del clima fue determinada por la Convención Marco sobre el Cambio Climático,¹⁰² que fue aprobada en 1992 y entró en vigencia en 1994. De gran relevancia práctica es el Protocolo de Kioto de 1997 (que se fundamenta en la Convención Marco), con sus objetivos para limitar las emisiones de dióxido de carbono, las cuales se establecieron como vinculantes según el derecho internacional. El Protocolo de Kioto vence a fines de este año. En la última

Conferencia del Clima en Durban en diciembre de 2011, se sentaron las bases para un segundo período de compromiso del Protocolo de Kioto posterior a 2012.

El derecho de la UE aporta adicionalmente una dimensión supranacional a la legislación alemana sobre la protección del clima. La base para la protección del clima de la Unión Europea es el artículo 191 I, pto. 4 del TFUE. El artículo 191 II 1 y el artículo 114 III 1 del TFUE exigen un alto nivel de protección ambiental para la política de protección de la UE. Con el fin de limitar la emisión de gases de efecto invernadero, la UE ratificó la Convención Marco sobre el Clima y el Protocolo de Kioto en su calidad de tratados mixtos.¹⁰³ Por lo tanto, para Alemania, la Convención Marco sobre el Clima y el Protocolo de Kioto son incluso doblemente vinculantes: por un lado, desde el punto de vista del derecho internacional en su calidad de Estado firmante y, por otro lado, desde el punto de vista del derecho europeo en su calidad de Estado miembro de la UE.

2. El derecho alemán

El objetivo estatal de la protección de la naturaleza, establecido en el art. 20 letra a) de la Ley Fundamental, obliga a Alemania al principio del Estado medioambiental y por lo tanto también a la protección estatal del clima. Sin embargo, difícilmente se podrá derivar del artículo 20 letra a) la obligación a medidas concretas para la protección del clima.¹⁰⁴

102 Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático con fecha de 9.5.1992: *BGBI. II 1993*, p. 1784.

103 Véase Frenz: *Außenkompetenzen der EG und der Mitgliedstaaten im Umweltbereich*, 2001, p. 147 ss.

104 Para mayor detalle, véase Groß: *ZUR 2009*, 364 ss.

¿Cómo se presenta la protección del clima en la legislación general y sub-legal de Alemania? Si bien los borradores para un Código Ambiental alemán abarcaban reglamentos con relevancia para el clima, prescindían de codificar la legislación sobre su protección en un capítulo independiente.¹⁰⁵ Mientras tanto hay cada vez más partidarios de un código nacional del clima.¹⁰⁶ Las bancadas parlamentarias de los socialdemócratas, del partido La Izquierda y de la Alianza 90/ los Verdes presentaron sus respectivas peticiones ante el parlamento alemán.¹⁰⁷ Sin embargo, el plenario las rechazó, invocando un concepto energético decidido en septiembre de 2010 por el gobierno alemán.¹⁰⁸ Hasta el momento, Hamburgo es el único estado federado que aprobó una ley para la protección del clima en 1997.¹⁰⁹ Debido a las competencias limitadas de los estados federados, se restringe principalmente a medidas relativas a las edificaciones.¹¹⁰ Por ende, es una exageración denominar esta regulación de un estado federado, con limitaciones en cuanto a su contenido, como ley de protección del clima.

Según el artículo 59, inc. 2 de la Ley Fundamental, a nivel del derecho nacional ordinario existen la Convención Marco sobre el Clima y el Protocolo de Kioto. Una implementación nacional importante del derecho internacional climático es la Ley sobre los Mecanismos Basados en Proyectos de 2005.¹¹¹ De esta manera, Alemania logró que los mecanismos basados en proyectos establecidos en los artículos 6 y 12 del Protocolo de Kioto también se puedan aprovechar para el comercio de emisiones interno de la UE. La implementación de los mecanismos basados en proyectos debe favorecer el desarrollo sustentable del país receptor mediante la transferencia acelerada de tecnologías y así permitir una reducción de las emisiones a menores costos.¹¹²

Con la Ley sobre el Suministro de Electricidad a las Redes de 1990¹¹³, el orden legal alemán emprendió el camino de las energías renovables. El carbón, el petróleo y el gas natural se deben reemplazar por el viento, el agua, el sol y

105 Kloepper: *Umweltrecht*, p. 1535 ss.

106 Härtel afirmativamente en Schulze-Fielitz/Müller (ed.): *Europäisches Klimaschutzrecht*, p. 227; también Groß: *ZUR 2011*, p. 176; más reservado Sailer: *NVwZ 2011*, p. 721; en apoyo de una Ley de Protección del Clima para Hamburgo: Pagels en Koch/Caspar (ed.): *Klimaschutz im Recht*, p. 155 ss; críticamente Graßl en Schulze-Fielitz/Müller (ed.): *Europäisches Klimaschutzrecht*, p. 231.

107 Véase: *BT-Drs 17/2318* y *BT-Drs 17/3172*.

108 Groß: *ZUR 2011*, p. 172.

109 *HmbGVBl. 1997*, p. 261.

110 Groß: *ZUR 2011*, p. 172.

111 Ley sobre los Mecanismos Basados en Proyectos según el Protocolo de Kioto acerca de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (ProMechG, por sus siglas en alemán) con fecha de 22.9.2005: *Gesetz über projektbezogene Mechanismen nach dem Protokoll von Kyoto zum Rahmenübereinkommen der Vereinten Nationen über Klimaänderungen*, *BGBl. I*, p. 2826.

112 Toma de postura del WWF y de Germanwatch sobre el diseño de la ley ProMechG con fecha de 8.4.2005, p. 1; acceso en el siguiente enlace: <http://www.germanwatch.org/rio/promechg.pdf>.

113 Ley sobre el suministro de electricidad proveniente de energías renovables a la red pública con fecha de 7.12.1990: *Gesetz über die Einspeisung von Strom aus Erneuerbaren Energien in das öffentliche Netz*, *BGBl. I 1990*, p. 2633; 1994, p. 1618; 1998, p. 730; véase Koch: *NVwZ 2011*, p. 651.

la biomasa, que generalmente son vistos como climáticamente neutros e «inagotables».¹¹⁴ En junio de 2008, el gobierno alemán dio otro paso con dos paquetes de leyes para el desarrollo de la electricidad ecológica, la energía térmica ecológica y la cogeneración de energía eléctrica y térmica. Principalmente, se aprobó la Ley de Energías Renovables en el Ámbito Térmico,¹¹⁵ la Ley de Energías Renovables¹¹⁶ y la Regulación Relativa a la Protección del Clima ante Químicos.¹¹⁷

Asimismo, la bioenergía se presenta como un caso de las energías renovables altamente prometedor y altamente controversial.¹¹⁸ Con el fin de simplificar el suministro de biogás a las redes, el gobierno alemán en los años pasados aprobó y modificó las regulaciones legales

correspondientes.¹¹⁹ El incremento del porcentaje de las energías renovables en el sector del transporte es el objetivo al cual apunta la Ley de Cuotas Fijas para el Biocombustible de 2006.¹²⁰

Sobre todo en el ámbito de la protección del clima, cobra gran relevancia el modelo de certificados señalado anteriormente. Con el fin de implementar las normas internacionales y europeas, Alemania introdujo la Ley sobre el Comercio con Emisiones de Gases de Efecto Invernadero¹²¹ en el año 2004.¹²² A esta ley se suma un Plan Nacional de Asignación, cuyas premisas políticas moldea la Ley de Asignación¹²³ en forma legal.¹²⁴ Sin embargo, surgen reproches de un excesivo economismo y se pone en duda la efectividad del *cap and trade*.¹²⁵ La crítica ética ve al comercio de emisiones como un tipo de «tráfico

114 Koch: *NVwZ 2011*, p. 651.

115 Ley de Fomento de las Energías Renovables en el Ámbito Térmico con fecha de 7. 8. 2008: *Gesetz zur Förderung Erneuerbarer Energien im Wärmebereich*, *BGBl. I*, p. 1658.

116 Ley para el Trato Preferencial de las Energías Renovables con fecha de 25.10.2008: *Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien*, *BGBl. I 2000*, 305.

117 Regulación para la protección del clima ante cambios provocados por ciertos gases clorofluorocarbonos con fecha de 2 de julio de 2008: *Verordnung zum Schutz des Klimas vor Veränderungen durch den Eintrag bestimmter fluorierter Treibhausgase*, *BGBl. I*, p. 1139.

118 Para mayor detalle, véase Schulze-Fielitz/Müller (ed.): *Klimaschutz durch Bioenergie*, 2010, p. 5 ss.

119 Regulación sobre el Acceso del Gas a las Redes con fecha de 25.7.2005: *Gasnetz Zugangsverordnung*, *BGBl. I*, 2210; modificada con fecha de 17.10.2008: *BGBl. I 2006*; Regulación sobre la retribución financiera de las redes de gas del 25.7.2005: *Gasnetzentgeltverordnung*, *BGBl. I*, 2197; modificada con fecha de 17.10.2008: *BGBl. I*, 2006; véase Koch: *NVwZ 2011*, p. 654.

120 Ley del 18.12.2006: *Biokraftstoffquotengesetz*, *BGBl. I*, 3180; última reforma por la Ley sobre la Modificación del Fomento de Biocombustibles con fecha de 15.7.2009: *Gesetz zur Änderung der Förderung von Biokraftstoffen*, *BGBl. I*, 1804; véase Koch: *NVwZ 2011*, p. 653.

121 Ley sobre el comercio con emisiones de gases de efecto invernadero del 8.7.2004: *Treibhausgasemissionshandelsgesetz*, *BGBl. I*, p. 1578.

122 Kloepfer: *Umweltschutzrecht*, p. 295, apdo. 20.

123 Ley de Asignación con fecha de 7.8.2007 (*Zuteilungsgesetz*, *BGBl. I*, p. 1788), modificada por el artículo 4 de la ley del 21 de julio de 2011 (*BGBl. I*, p. 1475).

124 Kloepfer: *Umweltschutzrecht*, p. 295.

125 Véase Winter: *ZUR 2009*, p. 289 ss; anteriormente también Detjen: *FoR 2003*, p. 80 ss.

de indulgencias» moderno, que convierte la contaminación del aire en fuente de dinero.¹²⁶ Para aumentar la efectividad del comercio de emisiones, se propone incluir la utilización del suelo al sistema, ya que ella es uno de los principales agentes desencadenantes del cambio climático además del uso de combustibles fósiles.¹²⁷

En el ámbito del controversial almacenamiento de dióxido de carbono, el parlamento alemán decidió en julio de 2011 la Ley CCS, con el fin de implementar la Directiva CCS.^{128, 129} Sin embargo, la cámara alta alemana en septiembre de 2011 negó su aprobación¹³⁰. Los intentos de conciliación de la Comisión de Mediación del parlamento alemán y de la cámara alta se aplazaron nuevamente el 8 de febrero de 2012.

III. Protección del clima y transición energética

A pesar de que la mencionada renuncia definitiva a la energía nuclear al año 2022 teóricamente es una buena noticia para la protección ambiental, no se debe ignorar que esta renuncia también acarrea desventajas para la protección del clima. Por lo menos a corto plazo, la detención de los reactores nucleares solo podrá paliarse por centrales eléctricas fósiles, lo que conllevará

primero a un alza de las emisiones de dióxido de carbono. En este sentido, la renuncia alemana a la energía nuclear representa el fenómeno típico (y hasta el momento deficientemente abordado) de «protección ambiental versus protección ambiental». Esto significa para la transición energética en Alemania que la reducción o eliminación de los riesgos de la energía nuclear pasará a tener costos en otras áreas de la protección ambiental (en este caso, el incremento transitorio de las emisiones de dióxido de carbono o intervenciones en la naturaleza en el contexto de los trabajos de ampliación de las redes). Sin embargo, la protección ambiental, que en Alemania está anclada en el derecho constitucional (art. 20 letra a) de la Ley Fundamental) no exige que cada una de las medidas estatales resulte en una mayor protección o menores impactos ambientales. Es más bien decisivo que la orientación general de la política y el resultado total lleven a una mejora de la protección ambiental global. Sería realista exigir que el Estado medioambiental, en el caso de varias alternativas, tenga que elegir aquella que alberga menores desventajas ecológicas. Y esto fue lo que hizo el legislador alemán en 2011 con su renuncia a la energía nuclear. Por lo tanto, también la ampliación de las centrales eléctricas fósiles a corto y largo plazo está compatible con el objetivo estatal de la protección ambiental, aún si durante

126 En mayor detalle Winkler: *Klimaschutzrecht 2005*, p. 258.

127 Véase Ekardt/Hennig: *ZNER 2010*, 441 ss.

128 Directiva 2009/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 23. 4.2009 relativa al almacenamiento geológico de dióxido de carbono y por la que se modifican la Directiva 85/337/CEE del Consejo, las Directivas 2000/60/CE, 2001/80/CE, 2004/35/CE, 2006/12/CE, 2008/1/CE y el Reglamento (CE) n.º 1013/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo.

129 *BT-Drs. 17/5750*.

130 *BT-Drs. 17/7240*.

cierto tiempo se incremente la emisión de dióxido de carbono e impacte negativamente sobre la protección del clima.

El ámbito legal de los desastres naturales

¿Puede el derecho prevenir los desastres naturales?*

I. Introducción

El ámbito legal de los desastres aborda tanto los desastres técnicos y los siniestros como los desastres naturales. En ocasiones, ambas categorías pueden coincidir, tal y como lo evidenció el desastre de Fukushima en el año 2011. Debido a que en su transcurso se concretaron principios y estructuras determinantes, hoy el ámbito legal de los desastres se concibe como una categoría independiente del derecho. No así el ámbito de los desastres naturales, que más bien presenta una subcategoría del anterior. En este contexto, se entiende por desastre natural el potencial siniestro mayor provocado por un evento natural y que solo podrá ser superado por las autoridades encargadas de desastres.

En cuanto a la definición de los desastres naturales desde un punto de vista jurídico, el derecho alemán está aún en ciernes, pese a eventos

naturales extremos como las inundaciones desastrosas de los años 1997 y 2002. Aparentemente, hasta el momento las ciencias jurídicas en la República Federal de Alemania apenas han abordado este tema.¹

Pese a que este artículo se debe enfocar en primer lugar en la apreciación jurídica, es importante de comenzar tomando conciencia de la dimensión política de los desastres naturales. A primera vista, parece que las exigencias de que la política asuma responsabilidad frente a los desastres ocurridos, se manifiestan más bien en el caso de graves siniestros técnicos (por ejemplo, los siniestros nucleares). Un ejemplo actual está representado por la cascada de eventos desastrosos en Japón en marzo de 2011. El sismo y el consecuente tsunami –además de diversos otros daños– desencadenaron el máximo accidente con fusión nuclear en la planta de Fukushima, que no se logró controlar o solo se controló en

* Agradezco el apoyo de mis colaboradores Andreas Walus y Hrvoje Šantek.

1 Distinta es la situación en Austria. En agosto de 2008, se publicó en ese país el libro *Handbuch Naturkatastrophenrecht* (Manual para la legislación sobre desastres naturales), que abarca los resultados de un estudio piloto en el Instituto de Derecho Ambiental de la Universidad Johannes Kepler de Linz. Kerschner (ed.): «Handbuch Naturkatastrophenrecht – Vorsorge, Abwehr, Haftung und Versicherung bei Naturkatastrophen», *Schriftenreihe Recht der Umwelt*, tomo XXIV, Viena 2008. En Austria también existe una gama más vasta de literatura específica acerca del manejo de desastres naturales con orientación en la praxis, véase Rudolf-Milkau: *Naturgefahrenmanagement in Österreich – Vorsorge, Bewältigung, Information*, Viena 2009.

parte. Si bien la renuncia del primer ministro japonés Naoto Kan no ocurrió inmediatamente después del desastre, a poco tiempo de los eventos surgieron exigencias por considerar responsabilidades políticas. Es probable que lo único que frenó la renuncia inmediata de Kan haya sido la imposibilidad de prescindir de él en la gestión inmediata del desastre y por esta razón las desventajas de su renuncia pesaban más. A esto se sumaba el riesgo de una pérdida de imagen, que en Asia es considerada aún más grave. Si bien las razones para la renuncia de Kan seguramente son diversas, la razón principal parece ser el desastre nuclear de Fukushima (o bien la gestión deficiente de él). Es muy probable que los eventos naturales ocurridos (sismo y tsunami) por sí solos no habrían desencadenado una crisis de gobierno en un país como Japón, que durante toda su historia ha sido sacudido por terremotos. Por lo tanto, los reproches planteados se centraban en el aspecto técnico del desastre nuclear, ya que si bien éste había sido provocado por los elementos naturales, no se había prevenido y solo se logró controlar de manera deficiente. Las consecuencias políticas no se originaron a partir del desastre natural, sino resultaron de las consecuencias desastrosas derivadas de este evento, que en gran parte se dejan atribuir al actuar humano (por ejemplo, la calidad de la construcción de las edificaciones destruidas) o al prescindir de semejante actuar (por ejemplo, la ausencia de controles o la falta de medidas contra desastres).

El caso de Japón evidencia la fuerza destructora que los desastres ejercen sobre la política, generando consecuencias políticas que se percibieron en todo el mundo, sobre todo en Alemania. Queda claro que los desastres, además de sus

consecuencias humanitarias, económicas y sociales devastadoras, también pueden engendrar graves consecuencias políticas.

Rige la máxima de que la mayoría de las veces los desastres naturales son también desastres políticos. Los grandes desastres pueden resultar en una deslegitimación y una puesta en peligro del gobierno. En vista a las correlaciones entre el ser humano, la naturaleza y la tecnología –tal y como quedaron en evidencia con el siniestro de Fukushima– se debe investigar más a fondo la pregunta de en qué medida la humanidad está simplemente a merced de semejantes eventos naturales, si está en condiciones de prevenir los desastres (naturales) o por lo menos limitar sus consecuencias. Ciertamente, la relevancia política de los desastres no es la motivación más importante para iniciar reflexiones sobre su prevención o atenuación. En primer lugar, se trata de proteger altos bienes jurídicos de la sociedad, como lo son la vida, la salud y la propiedad privada de los ciudadanos, pero también de mantener las funciones esenciales de nuestra comunidad.

II. La normalización de los desastres naturales

1. Antecedentes generales

En vista al gran impacto humanitario y económico de los desastres y sus consecuencias políticas para bienes privados y comunitarios de todo tipo, se plantea la pregunta por el papel que en este ámbito cumple el derecho. ¿Es posible regular legalmente los desastres naturales? ¿Se podrán prevenir o por lo menos disminuir sus

impactos con instrumentos legales? A primera vista, esto parece como algo imposible, debido a que el derecho generalmente solo puede influenciar sobre el comportamiento humano. Además de los seres humanos (o bien, de las personas jurídicas en su calidad de organización creada por el hombre), no pueden haber otros destinatarios de la legislación, de la práctica legal y de la jurisdicción, a pesar de que existen casos históricos en que se promulgaron leyes para animales, en las cuales también se prevenían penas legales para ellos. Sea como sea, la naturaleza o Dios no pueden ser destinatarios de leyes. El antiguo concepto de «Actos de Dios» o fuerza mayor confirma este punto de vista. En este sentido, el radio de impacto de las decisiones normativas está inmanentemente limitado.

Sin embargo, esto no quiere decir en absoluto que los desastres naturales en su calidad de actos no controlados por el hombre se escapan por completo de la normalización legal.² Muy al contrario, los desastres naturales –al igual que todo tipo de desastres– también son fenómenos sociales. Es bastante frecuente que los desastres naturales engendren crisis económicas o políticas. A la inversa, las crisis económicas pueden potenciar los efectos nocivos de los desastres, por ejemplo en el caso de que por razones económicas se restrinjan los recursos necesarios para la manutención de diques. Solo en el con-

texto social un acontecimiento inicialmente categorizado como evento natural obtiene el potencial de engendrar efectos tan nocivos para los seres humanos, que es preciso hablar de un desastre.³ Desde el punto de vista jurídico, se suma el hecho de que las situaciones de emergencia solo se podrán calificar legalmente como desastres si efectivamente ponen en peligro extraordinario a bienes de protección legalmente relevantes y si las medidas contra ellas exigen la modificación de la estructura administrativa.⁴

En vista a esta interconexión de los eventos naturales y a sus consecuencias destructivas en la sociedad, el término de desastre natural es un poco engañoso. Sugiere que los desastres naturales son fenómenos cuyos motivos se deben buscar únicamente en la naturaleza, por lo que en el pasado se les dio una connotación religiosa, considerándolos «castigos de Dios». Sin embargo, este punto de vista de los desastres naturales como eventos que transcurren solo motivados por la naturaleza y en ella, no es sostenible de manera ilimitada. A esto se opone la interacción con el ser humano o la civilización humana. Finalmente, un evento natural solo engendra un desastre natural si impacta nocivamente en la civilización humana o la pone en peligro.

La «madre naturaleza» solo puede originar un *evento* natural. El impacto nocivo de este evento

2 Sin embargo, es un punto de vista recurrente en la sociología, véase Clausen: «Sind Katastrophen beherrschbar?» en Kloepper (ed.): *Katastrophenrecht: Grundlagen und Perspektiven*, tomo I, 2008, p. 15; Dombrowsky: *Katastrophe und Katastrophenschutz*, 1988, p. 98.

3 Véase Max Frisch: *Der Mensch erscheint im Holozän*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1979, p. 103: «Los desastres solo los conoce aquel ser humano que los haya sobrevivido; la naturaleza no conoce desastres».

4 Véase como ejemplo el art. 2, inc. 3, p. 2 de la Ley de Sajonia sobre la Protección contra Incendios, Servicios de Rescate y Gestión de Desastres (SächsBRKG, por sus siglas en alemán).

sobre la humanidad, y por lo tanto también su calidad de *desastre* natural, siempre depende en gran medida de sus efectos sobre la civilización humana. En este punto se evidencia que efectivamente existen puntos de enlace que permiten que el derecho pueda ejercer influencia sobre los desastres naturales, aunque sea indirectamente a través de la reglamentación del comportamiento humano. Esto rige sobre todo para la prevención o la limitación de los impactos nocivos de los eventos naturales, por ejemplo mediante normas de construcción para edificios antisísmicos o la prohibición de construir en áreas de inundación o en la cercanía de volcanes.

Las posibilidades legales de influir sobre desastres naturales se pueden considerar tanto en el ámbito de la prevención como de la reacción. Por lo tanto, la intervención legal sobre desastres naturales afecta sobre todo el ámbito de la prevención de desastres (al cual luego dedicaremos una mirada más profunda), pese a que los eventos naturales subyacentes muchas veces se escapan de la regulación legal. Hay posibilidades claras de que el derecho prevenga los desastres técnicos, ya que la tecnología en su condición de creación humana se fundamenta en el comportamiento humano. Este comportamiento, que se manifiesta por ejemplo en la construcción y manutención de instalaciones, se puede regular y se regula a través de normas legales (por ejemplo, la legislación sobre seguridad téc-

nica).⁵ Debido a que el derecho puede regular la intervención del hombre en la provocación y extensión de desastres naturales (véase la discusión en torno al cambio climático) y normar las medidas humanas para prevenir dichos desastres, los desastres naturales se pueden considerar generalmente como regulables a través de normas. Pero también las regulaciones de las acciones contra desastres, tal y como se establecieron sobre todo en las leyes de los estados federados sobre la gestión de desastres, pueden constituir vínculos legales en el ámbito de los desastres, ya sean éstos técnicos o naturales. Por ejemplo, en la medida en que las leyes de los estados federados sobre la gestión de desastres contemplan modificaciones especiales de las estructuras administrativas (designación de autoridades para su gestión), éstas también se podrán aplicar en el caso de desastres naturales.

2. Desastres técnicos y desastres naturales

Las leyes de los estados federados sobre la gestión de desastres definen los desastres independientemente de sus causas. Por otro lado, la Ley Fundamental de la República de Alemania se basa en la contraposición caducada y poco moderna de los desastres naturales y los siniestros. Por ejemplo, en su artículo 35, en los incisos 2 y 3, habla de «catástrofes naturales»⁶ y «siniestros», separando los desastres naturales de

5 Véase Peine: «Gerätesicherheitsrecht» en: Schulte (ed.), *Handbuch des Technikrechts*, p. 391 ss.

6 Ahora bien, la Ley Fundamental no ofrece ninguna definición legal de las «catástrofes naturales». En el comentario del artículo 35, este término se define en gran parte recurriendo al Decreto sobre el Socorro en Caso de Desastres del ejército alemán; véase V. Danwitz en V. Mangoldt/Klein/Starck (ed.): *Grundgesetz, Kommentar*, tomo. II, art. 35, apdo. 70: «Por lo tanto, se definen como catástrofes naturales aquellas situaciones de peligro o daños inminentes y de considerables dimensiones que son originadas por eventos naturales, tales como sismos, inundaciones, deshielo, tormentas, incendios forestales o mega incendios por combustión espontánea o relámpagos, sequías o enfermedades masivas».

los técnicos e ignorando que muchos desastres naturales son originados por seres humanos o por lo menos éstos los pueden limitar.⁷ Por las razones establecidas, la diferenciación entre «la madre naturaleza», el destino, la providencia o Dios, por un lado, y los desastres provocados por el hombre, por el otro, no parece como algo sostenible. Sin embargo, en el contexto de la Ley Fundamental, la división entre los desastres naturales y los siniestros (originados por el hombre) finalmente no tiene consecuencias concretas, ya que ambos acarrearán las mismas secuelas jurídicas.

Aun así, este artículo se opone vehementemente contra una división no diferenciada y herméticamente cerrada entre los desastres naturales, por un lado, y aquellos desastres originados por el hombre, por el otro lado. Esto debido a que esta contraposición distintiva siempre alberga el peligro de encubrir o por lo menos relativizar en gran medida la eventual contribución del ser humano en el origen del desastre natural. Sin embargo, si el hombre hubiese podido prevenir un desastre, controlarlo con más eficacia o reducir sus impactos, no son legítimas las exculpaciones de que el siniestro se originó a partir de la naturaleza.⁸ En general, no hay nada que contradiga la normalización del actuar humano con el fin de prevenir y enfrentar los desastres naturales, aun cuando la naturaleza misma no puede ser el destinatario de estas normas.

3. Carencias en el conocimiento

La real dificultad de la normalización legal de los desastres naturales se halla en el limitado conocimiento que tienen los individuos sobre su ocurrencia, su desenvolvimiento, sus impactos y las posibilidades de enfrentarlos.⁹ En este contexto, se evidencia la necesidad de que la ciencia y la administración –pero también y sobre todo los agentes privados (por ejemplo, las empresas químicas)– difundan y enriquezcan el conocimiento necesario, con el fin de brindar un aporte para la gestión eficaz de desastres. Esto también es el requisito elemental para la normalización de los desastres naturales, ya que el derecho racional requiere de un conocimiento mínimo acerca de las correlaciones del objeto de normalización. Por cierto, las lagunas de conocimiento o el conocimiento limitado por sí mismo no obstaculizan la normalización, ya que el actuar del legislador sobre lo impreciso tampoco es algo inusual fuera del ámbito legal de los desastres. Ejemplos para ello son la legislación sobre instalaciones en el contexto del derecho ambiental y el derecho nuclear.

Mediante conceptos jurídicos indeterminados, el orden legal puede paliar –por lo menos en parte– el problema del conocimiento limitado sobre los desastres. La legislación sobre desastres naturales se debe formular considerando futuros desarrollos, de forma indeterminada pero sin

7 Véase Kloepfer: *Verfassungsrecht*, tomo I, 2011, art. 28, apdo. 17 ss.

8 Como ejemplo cabe señalar el huracán Katrina, que en agosto de 2005 causó estragos sobre todo en la costa del golfo. La tormenta y sus consecuencias causaron la muerte de alrededor de 1.800 personas. Los daños materiales ascendieron a aproximadamente 81 mil millones de dólares, según Wikipedia: *Hurrikan Katrina*.

9 Véase Kloepfer: «Rechtliche Grundprobleme des Katastrophenschutzes» en Dolde/Sellner (ed.): *Verfassung – Umwelt – Wirtschaft, FS Sellner zum 75. Geburtstag*, 2010, p. 397.

carecer de una dirección clara, ya que las regulaciones detalladas suelen ser propensas a lagunas y amenazadas de que pronto sean superadas o incluso objetadas por la realidad. En términos legales, estas exigencias se logran a través del uso de los llamados conceptos jurídicos indeterminados, así como la admisión de discrecionalidad en la aplicación de la ley.

III. Fases de la gestión de desastres en sentido general

Básicamente, se debe diferenciar entre cuatro fases de la gestión de desastres (en sentido general): la *prevención*, la *previsión*, el *enfrentamiento* de desastres y la *atención* post-desastre. Las leyes de desastres de los estados federados se enfocan en el enfrentamiento de desastres (legislación sobre desastres en sentido específico) y su planificación (previsión de desastres), por ejemplo en torno a la movilización de bomberos y la planificación de ésta. Sin embargo, la forma óptima del enfrentamiento legal es atacar los desastres en una fase anterior, en la –hasta el momento poco analizada– prevención de desastres.

IV. La prevención de desastres naturales

1. Antecedentes generales

La prevención de desastres debería ser el objeto principal de la legislación sobre desastres, ya que un desastre prevenido no necesita ser enfrentado y también hace obsoleta la práctica de la gestión de desastres. Una prevención eficaz logra que las normas para la gestión de desastres sean redundantes.

Por lo tanto, a continuación habrá una reseña detallada de la prevención de desastres naturales. En este contexto, hay que dejar claro desde un principio que no es legítimo equiparar el término de desastre con la «fuerza mayor» («Actos de Dios», etc.). Este término, a menudo empleado en el derecho de garantía y de seguros, induce a primera vista a categorizar los desastres como eventos inevitables. Efectivamente, el concepto legal de la fuerza mayor en el derecho de garantía o de seguros tiene la función de fundamentar las limitaciones de garantías a causa de eventos extraordinarios e inevitables. Según el punto de vista predominante, la fuerza mayor es un «evento ajeno a la actividad de la empresa, inducido externamente por fuerzas naturales elementales o por actos de terceros, que según el razonamiento y la experiencia humana es imprevisible, no puede evitarse ni hacerse inofensivo ni con el máximo esmero razonable según las circunstancias y con recursos económicos llevaderos, los

cuales, debido a su escasa frecuencia tampoco se deben asumir».¹⁰

Mientras que en el caso de desastres técnicos salta a la vista la plausibilidad de su prevención (y constituye por ejemplo un tema central del derecho ambiental o del derecho nuclear), es distinto en el caso de los desastres naturales, en el sentido de que no se puede conminar a la naturaleza a la prevención o disminución de los riesgos. El orden legal no puede evitar un evento natural (por ejemplo un sismo, una erupción volcánica o un aguacero), pero sí puede descartar o disminuir sus efectos nocivos, con el fin de que un evento natural no se convierta en desastre natural.

2. Niveles de la prevención de desastres naturales

a) Dos niveles

En el derecho público, sobre todo en el ámbito legal de la prevención de riesgos y de peligros,

existen numerosos vínculos para las medidas del ser humano en la prevención de desastres naturales. Pese a la necesidad de futuras investigaciones en este ámbito, se puede generar un esquema de la prevención de desastres, que se caracteriza principalmente por dos niveles (que no se pueden delimitar selectivamente):

El primer nivel apunta a la prevención de un desastre natural, es decir, se busca impedir que el peligroso evento natural ocurra.

En el segundo nivel de la prevención o acotación de las consecuencias se deben forjar mecanismos de protección, con el fin de descartar o reducir el daño de un evento (o desastre natural) ocurrido, es decir, de un evento que no se pudo prevenir.

b) Prevención del evento

El evitar que ocurra un evento natural es la prevención de desastres en su forma más pura, ya

10 Véase Filthaut: *Haftpflichtgesetz, Kommentar*, 8.ª edición, 2010, art. 2, apdo. 71 ss.: los eventos externos son sobre todo fuerzas naturales como incendios, sismos, tormentas, aguaceros y rayos. También los actos humanos pueden implicar una intervención externa y fundamentar exenciones de responsabilidad por el motivo de fuerza mayor, por ejemplo en caso de un accidente de avión o atentados, actos de sabotaje u otras intervenciones ilegales, por ejemplo la remoción del aislamiento de un cable subterráneo con fines de hurto (Tribunal Regional [LG, por sus siglas en alemán] de Hagen, confirmado por la Audiencia Territorial [OLG, por sus siglas en alemán] de Hamm: *VersR 1951*, 246 = *ElWirtschaftsRB 1952*, 58), el talar un poste eléctrico en protesta contra la electricidad nuclear (Tribunal Federal de Justicia [BGH por sus siglas en alemán]: *VersR 1988*, 1150 = *NJW 1988*, 2733). Sin embargo, se debe considerar que el término de la fuerza mayor deba contar con otros requisitos, a saber, que se trate de un evento *extraordinario e ineludible* pese al máximo esmero por evitarlos (véase también el art. 1, apdo. 172 ss., apdo. 176 ss.). Por lo tanto, la aplicación de la exención de garantía se limita a casos excepcionales muy singulares. De acuerdo con lo establecido anteriormente, los eventos naturales no se consideran como fuerza mayor, si no son tan inusitados que el titular de la instalación no puede prever que pasen o de todas maneras no puede evitar sus consecuencias. Por ende, se debe denegar la fuerza mayor en el caso de que una tormenta desarraiga árboles cerca de una línea eléctrica aérea o si la línea se daña por ramas quebradas por una tormenta o por destrozos causados por la nieve (OLG Hamm: *ElWirtschaftsRB 1965*, 67; LG Tübingen: *VersR 1958*, 695 = *MDR 1958*, 515, comentario afirmativo de Böhmer; LG Saarbrücken: *VersR 2003*, 106; véase también LG Karlsruhe: *VersR 1988*, 694; Braun: *BADK-Inf. 2008*, 58, 61; afirmativo en el caso de daños por huracán: OLG Schleswig, 24. 4. 1992 - 1 U 173/90, para cargas extraordinarias sobre postes eléctricos por eventos climáticos [nieve, hielo, viento] que solo ocurren cada 100 años: LG Essen, *NJW 2007*, 3787), para cortocircuitos ocasionados por aves (Rumpf: *ElWirtschaft 1943*, 319, 321) o graves heladas que provocan el quiebre de la tubería (OLG Múnich: *VersR 1963*, 1208).

que trata de prevenir activamente el desastre. Una intervención temprana en el ciclo del desastre, en la fase anterior a su surgimiento, probablemente constituye la forma más efectiva de la prevención. Como ejemplo cabe señalar el desvío preventivo de crecidas de ríos. En la praxis, es más importante el prevenir que eventos naturales peligrosos se conviertan en desastres naturales (por ejemplo mediante prohibiciones de asentamiento en terrenos afectados por inundaciones). Si bien esto no previene las inundaciones, sí evita la inundación de edificaciones.

c) Prevención y reducción de las consecuencias

Difícilmente se podrán prevenir todos los eventos naturales peligrosos. Por ende, la prevención de desastres del segundo nivel se enfoca en limitar los daños ocasionados por el evento natural. En este contexto, se pretende lograr mediante la disponibilidad (pasiva) de mecanismos de protección que el daño se reduzca a un mínimo, con tal que la dimensión de los daños finalmente no alcance el umbral del desastre.

d) Ejemplos

Adecuadas para una prevención que evite o reduzca los desastres son especialmente las medidas de protección técnica y biológica así como de la silvicultura y de la construcción. En el ámbito de las medidas de la protección técnica, se puede pensar en primer lugar en la regulación

de los ríos mediante presas y la retención de crecidas mediante embalses artificiales (depósitos), que se podrán emplear para reducir el nivel de crecida de las aguas. Otras medidas de protección técnica constituyen las construcciones de protección permanentes como los diques o las barreras antiavalancha, así como las medidas clásicas de la regulación de torrentes, que apuntan a estabilizar sus tramos superiores. Por ejemplo, los mecanismos para frenar los flujos de lodo reducen la energía de los flujos mediante construcciones especiales (sistema de freno). En áreas urbanas, el encauzamiento de torrentes puede regular el desprendimiento de flujos de lodo y desviarlos (sistema de desvío).

Además, cabe señalar las obras de protección contra la caída de rocas así como la protección técnica contra vientos.¹¹ En el ámbito de las medidas de protección biológica y de la silvicultura, destaca sobre todo el efecto de protección que aporta el bosque. Las variadas funciones de protección del bosque se generan por ejemplo en el ámbito de la protección contra avalanchas mediante su influencia sobre la distribución de la nieve, la estructura de la capa de nieve así como la retención de las avalanchas en el área de desprendimiento. Además, los bosques pueden frenar las caídas de rocas, aportar a estabilizar la tierra y con eso disminuir su desprendimiento.¹²

También cabe destacar la prevención de desastres mediante la protección de edificaciones. En el caso de que los esfuerzos de prevención en

11 Véase Rudolf-Milkau: *Naturgefahrenmanagement in Österreich – Vorsorge, Bewältigung, Information*, Viena 2009, p. 148 ss.

12 Véase Rudolf-Milkau: *Naturgefahrenmanagement in Österreich – Vorsorge, Bewältigung, Information*, Viena 2009, p. 170 ss.

la planificación (por ejemplo las prohibiciones de construcción en áreas peligrosas) no sean exitosas, se puede lograr una reducción del peligro mediante la adaptación de las edificaciones existentes a la situación de peligro. La protección estructural-técnica de edificaciones contra sismos, inundaciones, avalanchas, caída de rocas, desprendimientos de tierras y flujos de lodo, así como contra tormentas, presión de la nieve y rayos puede atenuar significativamente los efectos nocivos de eventos naturales y en parte incluso anularlos.¹³

e) Manifestaciones legales

En el ámbito legal especial relativo a los desastres naturales se apunta a prevenir los desastres naturales sobre todo con la ayuda del derecho de construcción y del ordenamiento territorial. Por ejemplo, la consideración especial de inundaciones representa una directriz de la legislación sobre planificación de obras, según el artículo 1, inc. 6, n.º 12 del Reglamento de Construcción alemán (BauGB, por sus siglas en alemán).¹⁴ Mediante esta directriz, se debe lograr la regulación territorial de los asentamientos y empresas económicas de tal modo, que se prevean desde antes las situaciones peligrosas o incluso desastrosas. Otras medidas de la prevención de desastres del primer nivel son las regulaciones de ríos y la protección de áreas libres (áreas de

retención de crecidas de aguas).

En la actualidad (con fecha de 30.07.2011), se incorporó la planificación urbana climáticamente sustentable al Reglamento de Construcción como principio del plan general de ordenación. Mediante esta premisa introducida en el artículo 1, inc. 5 del BauGB, el derecho alemán ajusta por un lado las necesidades de la protección climática y por otro lado de la adaptación al cambio climático. La planificación urbana climáticamente sustentable se considera desde entonces como objetivo del plan general de ordenación urbana. Sin embargo, debido a que la norma legal se limita a obligaciones del marco legal para el plan general de ordenación urbana, se evitan las pautas urbanísticas. No se busca adelantarse a las decisiones de planificación de las municipalidades, que éstas deben ejercer autónomamente.¹⁵ Además, el gobierno alemán elaboró la «Estrategia alemana de adaptación al cambio climático» (DAS, por sus siglas en alemán). Si bien el objetivo central de la política climática del gobierno alemán sigue siendo limitar el alza de la temperatura global promedio a menos de 2 grados Celsius sobre el nivel preindustrial, también en el caso de una limitación exitosa se debe contar con los impactos del ya iniciado cambio climático. Por lo tanto, paulatinamente se debe «articular la necesidad de actuar, definir los respectivos objetivos, reconocer y eliminar los conflictos entre

13 Véase Rudolf-Milkau: *Naturgefahrenmanagement in Österreich – Vorsorge, Bewältigung, Information*, Viena 2009, p. 175 ss.

14 Por consiguiente, en la elaboración de planes reguladores de obras se deben incorporar las consideraciones de la protección contra inundaciones como elementos importantes de éstos y según el art. 1, inc. 7 del BauGB ponderarlas con o contra otros intereses públicos o privados en el caso que esto fuera necesario. Véase Battis/Krautzberger/Löhr: *BauGB Kommentar*, 11.ª edición, 2009, art. 1, apdo. 100 ss.

15 Véase Söfker en Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (ed.): *BauGB, Kommentar*, 2011, art. 1, apdo. 101.

estos objetivos y elaborar e implementar las posibles medidas de adaptación».¹⁶ La adaptación al cambio climático también se incorporó como principio de la ordenación territorial al artículo 2, inc. 2, n.º 6 de la Ley de Ordenación Territorial.¹⁷

3. Problemas de competencias

Desde el punto de vista legal, la dificultad en la gestión de desastres en la República Federal de Alemania –sobre todo en su prevención y enfrentamiento– está en el hecho de que se trata de dos materias de regulación que pertenecen a niveles de legislación y de administración en gran parte distintos. Mientras que la prevención de desastres naturales mediante medidas del primer y segundo nivel recae principalmente en el poder legislativo del gobierno nacional y en el poder ejecutivo de los estados federados (ejecución de la ley nacional por los estados federados), las competencias legislativas y administrativas del enfrentamiento o la previsión de desastres naturales (es decir, la gestión de desastres naturales en sentido específico así como la previsión de desastres) recaen en los estados federados, que han decretado leyes de gestión de desastres y establecido autoridades para este fin.

Esta fragmentación de competencias y responsabilidades es problemática, ya que si bien la gestión de desastres en sentido específico (es decir, el enfrentamiento de desastres sobre la base de las leyes de los estados federados) tiene que intervenir en el caso de que falle la prevención de desastres,¹⁸ se caracteriza por una falta de competencias legales para regular adecuadamente la prevención de desastres. En la actualidad, el nivel normativo prácticamente carece de interfaces legales entre la previsión y el enfrentamiento de desastres.¹⁹ Esto también es problemático en el sentido de que en el caso de desastres naturales las autoridades encargadas de su gestión dependen de la experticia de las autoridades competentes, por ejemplo para la gestión de inundaciones.

En este contexto, la falta de un vínculo organizacional o de la ingeniería de procesos puede llevar a pérdidas de la efectividad en la gestión de desastres. Sobre todo la previsión de desastres es apta para servir de bisagra legal, que requiere de una normalización más elaborada, con tal que no se interprete como mera preparación para el enfrentamiento de los desastres. Esto debido a que la planificación de la gestión de desastres –la cual presupone una evaluación

16 http://www.bmu.de/files/pdfs/allgemein/application/pdf/das_zusammenfassung.pdf

17 En el artículo 2, inc. 2, n.º 6 de la Ley de Ordenamiento Territorial (ROG, por sus siglas alemán), se estipula: «El territorio se debe desarrollar, proteger, y restituir –en la medida que sea necesario, posible y adecuado– debido a su importancia por la funcionalidad de las tierras, el régimen hidráulico, la fauna y flora, el clima, así como sus respectivas correlaciones. [...] Se deben considerar las necesidades territoriales de la protección del clima, tanto mediante medidas que contrarrestan el cambio climático así como aquellas que favorecen la adaptación al cambio climático. En este contexto, se deben generar los requisitos territoriales para la futura ampliación del uso de las energías renovables, un uso ahorrrativo de la energía y el desarrollo de controladores naturales de los elementos nocivos para el clima así como sistemas para su almacenamiento».

18 Véase también Trute: «Katastrophenschutzrecht – Besichtigung eines verdrängten Rechtsgebiets», *KritV 2005*, 342 ss.

19 Respecto a esta problemática, véase Trute: «Katastrophenschutzrecht – Besichtigung eines verdrängten Rechtsgebiets», *KritV 2005*, 342 ss.

fundamentada, interdisciplinaria, interdepartamental e integral de los riesgos existentes- forma un elemento central de ella. Este análisis de riesgo puede constituir el fundamento de la planificación conceptual, personal y objetiva del enfrentamiento de desastres. Basándose en una amplia evaluación de los riesgos, se pueden fijar objetivos de protección²⁰ y tomar medidas de previsión.²¹ Lamentablemente, las leyes de los estados federados sobre la gestión de desastres raras veces contemplan regulaciones del derecho procesal sobre la colaboración entre las distintas autoridades en el contexto del análisis de riesgo y la planificación del enfrentamiento de desastres.²²

V. Conclusiones

1. El papel de la legislación sobre desastres naturales

Esta breve reseña de la legislación sobre desastres naturales evidenció el aporte que el derecho puede brindar en situaciones de emergencia. En cierta medida, es capaz de prevenir los desastres naturales, pero también posibilita la contención de

las fuerzas de la naturaleza y puede regular la reacción del hombre durante eventos naturales perjudiciales y frente a sus efectos. El gran desafío está en la calidad del ámbito legal de los desastres naturales en su calidad de materia legal transversal. El ámbito legal de los desastres así como la gestión de estos requieren de un actuar interdisciplinario e interdepartamental de todos los actores involucrados. Se trata de un desafío que refleja el carácter de la gestión de desastres como responsabilidad de todo el Estado y de toda la sociedad.

2. Responsabilidades de individuos y del Estado

En general, no se podrá negar que frente a desastres naturales existen muchas variantes de la responsabilidad humana. A semejantes situaciones de responsabilidad se pueden vincular exigencias al actuar humano, que luego por supuesto tienen que reflejarse en normas legales. De todos modos está claro que la calificación de eventos como «desastres naturales» no puede absolver al ser humano, a la sociedad y al Estado de su responsabilidad para tales situaciones de emergencia. Las responsabilidades existen

20 Véase Plaggenborg: *SächsBRKG Kommentar*, p. 156.

21 Véase Trute: «Katastrophenschutzrecht – Besichtigung eines verdrängten Rechtsgebiets», *KritV 2005*, 342 (350); según el artículo 36, inc. 1, n.º 3 de la ley SächsBRKG, se deben establecer unidades para la gestión de desastres «de acuerdo al potencial de peligro existente».

22 Véase el artículo 5, inc. 1, p. 2 de la Ley sobre la Gestión de Desastres del Estado Federado de Sajonia Anhalt (KatSG LSA, por sus siglas en alemán): «[...] para este fin, estudia en colaboración con las correspondientes autoridades competentes los riesgos y fuentes de peligros, a partir de las cuales en su territorio [...] se pueden generar desastres»; «Los datos para los análisis de riesgo se pueden conseguir mediante los procesos descritos en el artículo 37, inc. 1 de la Ley sobre Protección contra Incendios y Prestación de Ayuda (FSHG, por sus siglas en alemán) o el art. 24, inc. 1 de la ley FSHG.», véase Schneider: *FSHG*, p. 271 y Plaggenborg: p. 180; véase Plaggenborg: p. 158: «En la medida que sea necesario, los planes deben coordinarse con las autoridades de gestión de desastres en los estados federados vecinos»; sobre la cooperación con los países vecinos, véase el artículo 6, inc. 1, p. 2 de la ley KatSG SH.

sobre todo respecto a la prevención y al enfrentamiento de los desastres así como la mitigación de sus consecuencias.

Ahora, ¿qué consecuencias resultan en caso que no se cumpla con estas responsabilidades en la prevención, el enfrentamiento o el impedimento de desastres, así como con las gestiones post-desastre? En el caso de las personas, esto puede acarrear consecuencias personales, sociales y legales (por ejemplo, del derecho penal o civil). Sin embargo, en la evaluación legal del actuar humano en casos concretos, difícilmente se podrá demostrar que alguien motivó o es el culpable de un desastre. Estas dificultades se encuentran de manera análoga en la revisión legal de las fallas del Estado respecto al ejercicio de sus responsabilidades (por ejemplo, indemnizaciones estatales).

Sin embargo, en el caso de deficiencias del Estado frente a desastres, la pérdida de confianza en él o en el sistema político pesa más que eventuales secuelas legales. Un Estado que no es capaz de prevenir y enfrentar los desastres naturales, ni de eliminar eficazmente las consecuencias de éstos, pierde la confianza de sus ciudadanos y en consecuencia, se deslegitima. Si semejantes fallas ocurren de manera sucesiva, este Estado puede convertirse en un «Estado fallido» (en sentido general). La gestión de desastres es una responsabilidad esencial del Estado, que puede incidir en el destino de su población, pero también en su propio futuro. Un Estado no solo se considera como Estado fallido si fracasa en la pacificación interna de su población, sino también si no es capaz de protegerla de desastres. Desde luego que esto no solo rige para los desastres naturales, sino más aún

para desastres técnicos (por ejemplo, Chernóbil, Bhopal, Seveso, por nombrar algunos ejemplos recientes). Un defectuoso funcionamiento de la gestión de desastres resulta frecuentemente en severas crisis de Estado. Esto por ejemplo fue el caso de los grandes incendios forestales en Grecia y Rusia, las inundaciones desastrosas en China y Pakistán, los tsunamis en las Filipinas/Indonesia y Japón o los terremotos en Italia o Haití. Las deficiencias aparentes en la gestión de las consecuencias del huracán Katrina en Nueva Orleans delataron en gran medida las graves debilidades estructurales internas que actualmente existen en EE.UU. Los desastres finalmente pueden devenir en símbolos para la fragilidad de un sistema político o social, tal y como quedó evidenciado de forma universal por Kleist en su cuento *El terremoto en Chile*.

A pesar de que la gestión estatal de desastres en Alemania generalmente merece buenas evaluaciones, el país debe cuidarse del exceso de confianza en sí mismo. En Alemania, la política hasta el momento no ha logrado realmente poner en la agenda el tema de los desastres. La conciencia privada en la previsión de desastres en Alemania es catastrófica. ¿Cuántos hogares en Alemania disponen de suficientes reservas de agua potable, de alimentos y de energía para abastecerse durante un desastre de varios días? Además, en la República Federal de Alemania existe un caos de competencias sin precedentes respecto a la gestión de desastres. Generalmente, los estados federados son responsables por la gestión de desastres, el Estado nacional, en cambio, por la protección civil (estado de guerra). Sin embargo, el Estado nacional se ha esforzado desde hace tiempo –al límite de la constitucionalidad– de apoderarse de competencias para la coordinación

de desastres. Conflictos de competencias similares también se pueden observar en la Unión Europea respecto al caos de competencias entre la Unión y sus Estados miembros. Sin una reordenación de las competencias, por lo menos en Alemania no podrá existir una gestión realmente sustentable a futuro.

Como resultado, se puede concluir que una gestión de desastres deficiente es capaz de socavar un sistema político. Sin embargo, también es posible que semejante gestión deficiente pueda ser el resultado de un sistema político disfuncional. A fin de cuentas, una gestión eficaz de desastres es un índice (parcial) confiable para la pregunta si un Estado es exitoso o no. Por lo menos, una gestión fallida puede estremecer el poder político y –tal como lo evidencian por ejemplo los casos históricos de las hambrunas– devenir en alzamientos severos y finalmente resultar en un cambio de régimen. A la inversa, el poder político también puede consolidarse y aumentar, si logra superar los desastres de manera exitosa.

Por lo tanto, el éxito o el fracaso en la gestión de desastres pueden ser decisivos para trayectorias políticas. Los logros en este ámbito por lo menos pueden acelerar carreras políticas (por ejemplo, en el caso de H. Schmidt y M. Platzeck y su superación de inundaciones catastróficas). A la inversa, la deficiente gestión de desastres puede expulsar a políticos del poder (por ejemplo, Kan en Japón a causa de Fukushima). En principio, no se debería deplorar semejante relevancia para la trayectoria de los políticos. Mientras que los logros o fracasos en la superación de desastres tienen este poder de decisión, los políticos disponen de un incentivo palpable para implementar una eficiente gestión. Sin embargo,

los medios de comunicación y el público deberían diferenciar bien entre un compromiso real para la gestión de desastres o el mero trabajo de relaciones públicas.

Los desastres naturales se pueden enfrentar y son por lo menos parcialmente evitables. No obstante, la humanidad deberá acostumbrarse a convivir permanentemente con ellos. Lo que en este contexto se puede esperar de los sistemas políticos es la capacidad y disposición de aprender de los desastres. De este modo, los desastres también pueden crear oportunidades para innovaciones. Sobre todo en el aprendizaje de ellos se aprecia la supremacía de las democracias transparentes. De todas maneras, el Estado debe poder garantizar una gestión efectiva de los desastres naturales, si no quiere que se conviertan en desastres humanitarios, económicos y finalmente también políticos.



El Autor

Michael Kloepfer

Profesor emérito y destacado experto legal alemán quien impartió desde 1992 hasta 2011 las cátedras de Derecho constitucional y administrativo, Derecho europeo, Derecho ambiental y Derecho financiero y económico de la Universidad Humboldt de Berlín.