

AGUA, DERECHO Y CAMBIO CLIMÁTICO

MARÍA JESÚS MONTORO CHINER

«Die Schöpfung» Hob. XXI: 2
(La Creación)
Joseph Haydn

Introducción: (Die Vorstellung des Chaos)
(Raphael)

«Und Gott machte das Firmament und teilte die Wasser, die unter dem Firmament waren, von den Gerwässern, die über dem Firmament waren, und es ward so».

Texto de Gottfried van Swieten, según un Libretto, en inglés, de Thomas Lidley, basado en «El paraíso perdido» de John Milton.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. EL CAMBIO CLIMÁTICO COMO EVIDENCIA CIENTÍFICA: 1. El cambio climático es un fenómeno físico, global y reconocido. 2. Necesaria orientación del Derecho a la vida real. 3. El cambio climático como objeto del Derecho.— III. RÉGIMEN JURÍDICO INTERNACIONAL DEL CAMBIO CLIMÁTICO Y PROYECCIÓN TRANSNACIONAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: 1. Ejecución «conjuntamente individualizada» del Derecho del cambio climático; «compliance»: uno para todos. 2. A la búsqueda de «ámbitos de referencia» para incorporar categorías generalizables ¿al mantenimiento? de las condiciones de vida natural ante el fenómeno global del cambio climático.— IV. EL PROCEDIMIENTO COMO INSTRUMENTO DE LA INTERNACIONALIZACIÓN VERTICAL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL CAMBIO CLIMÁTICO: 1. El procedimiento como medio o el procedimiento como método. 2. Los procedimientos de evaluación de impacto ambiental, tanto los de proyectos como la estratégica, poseen todos los requisitos exigibles al modelo de ejecución vertical, en la internacionalización vertical de la Administración en los tiempos del cambio climático; pero han de basarse en criterios científicos, técnicos y ciertos.— V. LAS NORMAS Y SUS PROPOSICIONES. CONDICIONES LOCALES Y CONDICIONES GLOBALES. ¿QUÉ CABE ESPERAR DE NUESTRO SISTEMA NORMATIVO?: 1. Uso literario de la expresión

«desarrollo sostenible» y ausencia de su conexión con el cambio climático. 2. Si el legislador ha reconocido el fenómeno del cambio climático, sus efectos y su carácter global, por coherencia, habría de someter a evaluación si agua, aire y atmósfera están reguladas en función de los efectos del cambio climático. 3. Si el cambio climático es una evidencia ¿las medidas activas de las Administraciones se encaminan a la mitigación de sus efectos?— VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Es difícil, por no decir imposible, aproximarse a un tema como «Agua, Derecho y cambio climático» sin reflejar, previamente, la realidad sobre la que se proyecta. Por ese motivo se me puede permitir que intente justificar la razón por la que considero que el cambio climático es un fenómeno que incide sobre el agua, los recursos hídricos, su existencia y su distribución. Si el Derecho sirve para regular las relaciones sociales, sea cual fuese la realidad que las hace surgir, en el momento actual, la conexión cambio climático y agua ha conformado ya una estructura indisolublemente abordable desde el Derecho que requiere un análisis de conjunto por ser un fenómeno físicamente inescindible.

La reflexión que a continuación se expone viene referida, como es lógico en este foro, a los países mediterráneos y a las medidas que sus poderes públicos han de adoptar debido a su particular situación en el planeta. Ello no obstante, la trascendencia e importancia del cambio climático en el agua —y, por tanto, su reflejo en Derecho— está constatada por las numerosas evidencias científicas que muestran, a nivel global, y, por cierto, también en países más beneficiados en cantidad de recursos hídricos por su localización en el globo, que el cambio climático está trastornando el equilibrio normal del ciclo de la naturaleza. Agua y atmósfera, o agua y aire han de ser tenidos en cuenta de manera holística, abandonando el método compartimentado de análisis de los sectores o subsectores ambientales al que estamos acostumbrados. Ahora, finalmente, hemos emprendido el camino correcto al comunicar los elementos ambientales con los urbanísticos, con el territorio y su ordenación, así como con la protección de las grandes infraestructuras.

La doctrina científica que se ha ocupado del «Derecho de aguas» analizó, desde siempre, las reglas jurídicas que han disciplinado, y aún disciplinan, los usos y la gestión del recurso, sus aprovechamientos con fines humanos, industriales, agrícolas y ecológicos, entre otros (1).

(1) La bibliografía es abundantísima y pertenece al ámbito de los clásicos del Derecho Administrativo. Abarca desde las cuestiones más economicistas, como recursos y aprovechamientos hidráulicos y las organizativas de gestión hasta las de mayor naturaleza ecológica, como los caudales

Como ha sucedido en el Derecho del medio ambiente cuya doctrina ahora propugna un «derecho al medio ambiente», se proclama doctrinalmente un «derecho al agua» como derecho humano (2).

Desde un «derecho a saciar la sed», un «derecho humano universal» o incluso, un «derecho a disponer del abastecimiento suficiente de agua de calidad» (como reza el art. 20 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana) la configuración de tal derecho empieza, afortunadamente, a ponderarse en su ámbito global internacional; pero todavía no se ha superado la idea de la reserva local (tal vez se haya originado una regresión aún más lamentable), que entiende que el derecho al agua es el derecho a la proximidad del agua, o el derecho a su exclusiva utilización según la ventaja que la proximidad otorga.

Sin negar, antes al contrario, reconociendo «el derecho al agua», como derecho intertemporal, de las generaciones actuales y de las generaciones futuras, el fenómeno del cambio climático que está revistiendo carácter global internacional y que no entiende de barreras fronterizas, políticas o jurídicas, podría ser el concepto que arrumbe con las concepciones localistas, exclusivas y trasnochadas de un derecho al agua que nunca será efectivo como tal si la organización política, la organización territorial o la distribución de competencias dificultan la utilización del recurso, para usos vitales y humanos, allí donde fuese necesario.

Lo anteriormente esbozado se enmarca en una proyección más genérica que, posiblemente, dé un nuevo giro a los esquemas del Derecho Administrativo, aunque según mi percepción personal ya ha comenzado a darlo (otra

mínimos. La cita de todas ellas sería larguísima y es, además, muy conocida, pero puede recordarse S. MARTÍN RETORTILLO «Derecho de aguas». Civitas, Madrid 1997; «Competencias constitucionales y autonómicas en materia de aguas», RAP nº 128, 1992; A. GALLEGO ANABITARTE, MENÉNDEZ REXACH y DÍAZ LEMA «El derecho de aguas en España», MOPU, Madrid, 1986; A. EMBID IRUJO (dir). «Las obras hidráulicas», Madrid 1995; «Gestión del agua y medio ambiente» (dir), Civitas, Madrid 1997; «El nuevo derecho de aguas: las obras hidráulicas y su financiación», Civitas, Madrid 1998; A. FANLO LORAS «La gestión del agua en España: experiencias pasadas, retos futuros», Universidad de la Rioja, Logroño, 2001; S. GONZÁLEZ VARAS IBÁÑEZ (coord..) *El nuevo derecho de aguas*, Thomson Civitas, Madrid 2007.

(2) A. EMBID IRUJO. «El derecho al agua», Thomson-Aranzadi, 2006. Sobre el derecho al medio ambiente me remito a la bibliografía que refiero en mi trabajo, El estado ambiental de derecho. Bases constitucionales, en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*. Tomo III; F. SOSA WAGNER (coordinador), Tirant lo Blanc, Valencia 2000. Aunque allí ya expuse que el derecho al ambiente va más allá de un derecho subjetivo (humano, constitucional no autónomo ni fundamental); impone deberes y constituye un mandato constitucional a los poderes públicos y su desconexión con la Constitución económica sólo aporta desventajas e incumplimiento del metaprincipio del desarrollo sostenible. Ocho años después me reaffirmo en aquella idea.

cosa es que estemos dispuestos a reconocerlo). En efecto, tal y como ha sucedido con la integración del Derecho (ahora) de la Unión Europea, cuya asunción ha afectado no sólo a reglas y normas, puesto que ha perfilado instituciones jurídicas, ha introducido nuevos instrumentos jurídicos y creado categorías distintas a las que manejábamos, el fenómeno del cambio climático está conduciendo a una internacionalización del Derecho Administrativo, [en otra ocasión analizaremos si a un Derecho administrativo internacional (3)] donde las decisiones y su ejecución precisan de un método distinto a aplicar, tanto por las Administraciones públicas como por los operadores jurídicos.

Resumiendo, habrá de tenerse en cuenta que los actos administrativos que conciernen a estas materias son actos administrativos transnacionales; que se ha abierto un espacio de aplicación de determinadas resoluciones, actos concretos e incluso planes, que sobrepasan la soberanía propia de un Estado; se ha originado una disociación (4) entre territorio como ámbito de aplicación y como ámbito de eficacia de los actos que afectarán a las decisiones sobre el agua, que, de manera holística han de estar determinadas por y en función del cambio climático. «Desterritorialización» y «desfronterización» del Derecho administrativo, o lo que equivale, un Derecho administrativo sin límites territoriales, es la dirección que la disciplina ha comenzado a adoptar. El comportamiento de las Administraciones públicas debería ajustarse con apertura de miras, a la nueva situación, teniendo en cuenta que la cooperación, la colaboración e, incluso, la coordinación, poseen un significado distinto. Lo que hasta ahora se ha entendido por desarrollo sostenible, como cláusula finalística de actuación ambiental, ha entrado en crisis siendo la supervivencia la que determinará en qué clave se persigue no el desarrollo sostenible, sino el mantenimiento aceptable de las condiciones de vida.

Apostar por las energías renovables es bueno, pero insuficiente. La unificación de la regulación de los sectores ambientales es deseable, pero ha de ir acompañada de una organización administrativa no fragmentada. Biodiversidad, aguas, atmósfera, eliminación de residuos necesitan una regulación conjunta y fórmulas de intervención de policía administrativa sometida a la legalidad en la persecución de un interés general globalmente considerado.

No parece que los seguros por riesgos ambientales sean instrumentos adecuados para paliar los daños que se produzcan, ya que la relación de causalidad se puede convertir en indemostrable e insusceptible de ser pro-

(3) G. BIAGGINI. *Die Entwicklung eines Internationalen Verwaltungsrecht als Aufgabe der Rechtswissenschaft. Die Leistungsfähigkeit der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts*. VVDStRL 2007, W de G, Berlin 2008, p. 414.

(4) A. GERONTAS. *Die Rückführungsentscheidung von Drittstaatsangehörigen als transnationaler Verwaltungsakt. Die neuen Europäer*. SIPE, Sevilla 2008. En curso de publicación.

bada. El refugio de los poderes públicos en la cláusula de indemnidad ante los daños «que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar, según el estado de los conocimientos, de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de aquéllos» (art. 140.2 de la Ley 30/1992 LRJPAC), no puede hacerse valer ante el fenómeno del cambio climático. Hace ya veinte años que se habla de él y diez que se ha evidenciado científicamente.

El Estado preventivo, el legislador en el Estado ambiental de Derecho tiene una responsabilidad que asumir y un mandato constitucional ambiental que atender.

La doctrina del Derecho administrativo ha de tener la versatilidad de orientar las reglas que disciplinen el agua en los tiempos del cambio climático. Tal vez uno de los instrumentos más eficaces para ello sea el procedimiento administrativo, como modo de relacionarse, como método de selección de un modo de actuar (5) en función de la adaptación al cambio climático y de las disponibilidades del agua.

II. EL CAMBIO CLIMÁTICO COMO EVIDENCIA CIENTÍFICA

1. El cambio climático es un fenómeno físico, global y reconocido

J. MARTÍN VIDE lo califica como inequívoco, inusual, antrópico e inquietante (6).

La primera consecuencia del cambio climático es la elevación de la temperatura media global 0,74°C durante el último siglo (1906-2005). Los doce años más cálidos han sido: 1998, 2005, 2003, 2002, 2004, 2006, 2001, 1997, 1995, 1999, 1990 y 2000.

La segunda consecuencia del cambio climático es la elevación del nivel marino medio global, de 3,1 mm/año desde 1993 por la expansión térmica del agua y la fusión de glaciares y capas de hielo. El incremento del nivel marino a finales del siglo XXI estará entre 18 y 59 cm.

(5) J. BARNES. «Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas», en *Renovación y reforma en el Derecho Administrativo* (J. BARNES, editor). Editorial Derecho Global, Sevilla 2006, p. 265.

(6) J. MARTÍN VIDE. Conferencia pronunciada en la facultad de Derecho de la UB el 20 de diciembre de 2007 con motivo de la clausura de la 1ª edición del master «Agua, análisis interdisciplinar y gestión sostenible».

Agradezco al catedrático y colega MARTÍN VIDE, haberme permitido utilizar su documentación sobre los mapas del tiempo, así como sus consejos acerca de la terminología y de lo que en la actualidad constituye la evidencia científica, lejos de todo catastrofismo mediático o superficial.

La tercera consecuencia es el aumento de los riesgos climáticos. Ha aumentado en muchas áreas la frecuencia de episodios de precipitaciones intensas. Entre 1990 y 2005 la precipitación ha aumentado significativamente en las partes orientales de Norteamérica y Sudamérica, el norte de Europa y el norte y centro de Asia; pero ha disminuido en el Sahel, el Mediterráneo, el sur de África y partes del sur de Asia.

Los impactos regionales previsible en el Mediterráneo a partir del Cuarto IPPC (*Intergovernmental panel of Climate Change*) son: la disminución de recursos hídricos en las cuencas del Mediterráneo, en general, en el sur de Europa; las altas temperaturas y la sequía producirán una reducción de la disponibilidad de agua, del potencial hidroeléctrico, del turismo estival y de la producción agrícola. Se prevé un aumento de los riesgos para la salud por las olas de calor, así como de la frecuencia de los incendios forestales.

La causa principal del calentamiento global es el aumento de los gases de efecto invernadero de origen antropocéntrico desde el comienzo de la llamada revolución industrial.

2. Necesaria orientación del Derecho a la vida real

«El Derecho, por definición, se orienta a la eficacia» (7). Para que sienta sus reglas sobre bases ciertas ha de apoyarse en otras ciencias y realidades científicas tenidas como evidencias (8). A tal efecto, tan importante es conocer la tecnología de absorber carbono a gran escala (dióxido de carbono liquificado) y trasladarlo para ser introducido bajo la superficie (9), como conocer que el Estado español ha fracasado en su lucha contra el cambio climático puesto que la emisión de gases de efecto invernadero creció el 1,8% en 2007 y que, en total, ha aumentado un 52,3% desde 1990 (10).

Que el Protocolo de Kyoto ha fracasado por haber concebido el cambio climático como una carga y no como una oportunidad no se duda por nadie. España lo ha ratificado en el 2005. En los años transcurridos ya se ha podido conocer que el único medio de lucha contra el cambio climático es volver a

(7) E. SCHMIDT-ABMANN. «Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos», en *Renovación y reforma (...)* op. cit. p. 37.

(8) A. GRIMM. *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften* (ed.). C.H.Beck 1976, p. 12.

(9) EDMONTON JOURNAL.COM today. 28 julio 2008, p. A2. amclean@thejournal.canwest.com. Da cuenta del mayor almacén de captura de carbono en Weyburn, Sask. El Servicio En Cana se encarga de su gestión en Canadá.

(10) Diario AVUI, 21 de mayo de 2008, p. 27. Cataluña emite hoy el 41% más de CO₂. Se aleja en demasía de lo pactado en Kyoto.

una segunda revolución industrial, a escala mucho mayor que un cambio de tecnología. «Implica un cambio total de la economía de la energía y, automáticamente, un cambio en el desarrollo industrial; se trata de un cambio del desarrollo cultural; de un cambio en las relaciones internacionales; es un cambio de las estructuras financieras, en suma, es un cambio de la estructura financiera en el globo (11).

Un eficiente uso de la energía en los edificios, electrodomésticos, transporte, industria y generación de electricidad representaría los mayores ahorros y los menos costosos (por supuesto, descarbonizando la generación de la electricidad) (12); pero no todos los países —ni tan siquiera en la Unión Europea— están dispuestos a alterar o renunciar a sus fuentes de producción (13).

Es, sin embargo, conocido y constatado que el fracaso de Kyoto obedeció a no haber contado con las emisiones procedentes del transporte. La Agencia Europea del Medio Ambiente (AEMA) atribuye a las emisiones de gases de efecto invernadero procedentes del transporte, la automoción y el tráfico terrestre y aéreo el incumplimiento de los objetivos de Kyoto. La Ley 1/2005 reguladora del comercio de emisiones, (su art. 2.º) se aplica a los titulares de las instalaciones (unidad técnica fija), cuya actividad pueda tener repercusiones sobre las emisiones y la contaminación. El mayor número de emisiones no provienen de las instalaciones, sino del transporte interno.

(11) Conferencia de Hermann SCHEER en la Universidad de Kingston, Ontario, Canadá. Da cuenta el GLOBE AND MAIL, de 5 de agosto de 2008, p. B7 cturner@globeandmail.com. La ley alemana de energías renovables es denominada frecuentemente Ley Scheer. Se le conoce por el apelativo del «Al Gore europeo».

(12) Para rebajar las emisiones de CO₂ en el planeta, serían necesarias 1.300 nuevas nucleares. La Agencia Internacional de la Energía (AIE) llama a impulsar la energía atómica y las tecnologías de captura de CO₂ (ver nota 9). EL PAÍS, 7 de junio de 2008, p. 43.

(13) Los líderes del G8 acordaron reducir las emisiones de CO₂ en un 50% hasta 2050. En ese escenario, el ahorro correspondería: un 36% de la reducción a la mayor eficiencia en el uso de la energía, un 21% con la utilización de energías renovables, el 19% con secuestro de CO₂, y el 24% con la eficiencia en la generación de la energía (ver nota 9).

Sobre la posición de los líderes europeos da cuenta el INTERNATIONAL HERALD TRIBUNE de 14 de marzo de 2008, p. 3, en «Leaders warned on emissions curbs».

Los países productores de automóviles potentes no quieren ser peor tratados que los que fabrican utilitarios (MÉRKL). Otros postulan rebajar el IVA para los productos con mayor eficiencia energética (BROWN). Alemania, Francia, Austria, Italia y la República Checa, se decantan por un pacto específico que asegure a los grandes productores de energía que no perderán sus inversiones. Pero Inglaterra, Holanda y Suecia aseguran estar lejos de llegar a un pacto para adoptar medidas y, además, ejecutarlas, si otros países no se comprometen a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero. Por su parte, Austria subraya que los productores de acero, aluminio, cemento, papel y ladrillos han de ser exceptuados de la obligación de comprar certificados de emisión de carbono en subastas de manera que no tengan que localizar su producción en otros países, fuera de la Unión Europea, que tienen niveles más bajos de emisión.

Por otra parte, dado que los países productores de la mayor parte de gases de efecto invernadero no ha ratificado el Protocolo de Kyoto, la Comisión Europea se abstendrá de fijar límites y objetivos nuevos hasta el 2012.

Por sólo dar una idea: Estados Unidos, China e India, la Unión Europea, Canadá, Japón y Rusia lanzan el 75% de los gases de efecto invernadero. Para paliar la falta de atención del legislador interno a la producción de gases de efecto invernadero se ha promulgado la Ley 34/2007 de calidad del aire y protección de la atmósfera que grava desde el 1 de enero de 2008 mediante el impuesto verde (tasa ecológica) la matriculación de vehículos.

La Cumbre de Bali (17 de diciembre de 2007) ha tratado de remediar los déficits de Kyoto: un mandato para la elaboración de una «política del clima» para todos los países, mediante un convenio a celebrar antes de 2009 en Copenhague. Los Estados, en número de 192, miembros de la Convención del Clima, no pierden de vista una reducción drástica de emisiones para el 2012. Sin embargo, un posible Kyoto II ha sido pospuesto debido a que los Estados Unidos no han ratificado todavía el Protocolo de Kyoto.

Las propuestas efectuadas dos años atrás en Montreal se transformaron en algo más concreto y realista. El resultado ha sido la «hoja de ruta» de Bali que elimina la distinción entre países industrializados y países en vías de desarrollo que imponía el Protocolo de Kyoto. Además, la lucha contra las emisiones se convierte en estímulo, no es sólo condena.

La expresión «mitigación» sustituye a la expresión «reducción» en el texto. Piedra angular resultará el refuerzo de las medidas nacionales e internacionales que asumirán, también, aunque en un plazo muy largo, los países en vías de desarrollo mejorando su comportamiento ambiental.

Los países industrializados se comprometen a la adopción de medidas concretas reales y verificables (incluyendo, en este caso, a los Estados Unidos).

Los otros elementos clave de la Cumbre de Bali han sido las medidas de impulso para la *adaptación* al calentamiento producido por el cambio climático, las transferencias de tecnología y la financiación, esto último, dirigido a los países en vías de desarrollo cuya capacidad de adaptación depende de que se les suministre *know-how*, técnica y presupuesto.

Muy cuestionada ha sido la advertencia del IPCC acerca de la necesaria mitigación de los gases de efecto invernadero por los países industrializados (del 25% al 40% antes del 2020), de mayor alcance que la propuesta de Kyoto. El IPCC considera que sólo una medida de este tipo conseguiría estabilizar la concentración de gases de efecto invernadero en la atmósfera.

Las medidas consistentes en la «*adaptación*», que afectan a todos para prevenir las consecuencias del calentamiento global del planeta, se dirigen a

paliar las consecuencias de las sequías (14) y de la elevación del nivel marino con las consiguientes inundaciones y la pérdida de la capa de hielo, especialmente en el Ártico (15).

3. El cambio climático como objeto del Derecho

El cambio climático entendido como conjunto de variaciones climáticas que afecta al planeta Tierra, originadas por la acción humana tras la Revo-

(14) En otoño de 2007 llovió en Cataluña un 40% menos de lo habitual; la sequía se ha prolongado desde 2005, agravándose en el 2007 (año de menor número de lluvias de la última década). Los pantanos en 2008 estaban al nivel menor de los últimos 25 años. En cambio, el mes de mayo de 2008 ha sido el más pluvioso de los últimos 60 años. INFOAGBAR, Julio 2008.

Según el Presidente del IPCC, RAJENDRA PACHAURI, «Lo más preocupante del cambio climático es la incidencia sobre la disponibilidad del agua. De hecho, ya se ha visto una disminución importante en el régimen de precipitaciones. Hay que aplicar políticas para adaptarse a esa situación». LA VANGUARDIA, 20 julio 2008.

(15) «El deshielo en el Ártico es lo más alarmante» R. PACHAURI, Presidente del IPCC. LA VANGUARDIA, 20 de julio de 2008.

Imágenes de satélite de la NASA han mostrado por primera vez en un mes de septiembre, el océano Ártico libre totalmente de hielo. El cambio climático modifica la geografía y las rutas en el círculo polar. El promedio de hielo en septiembre de 2007 fue de 4,28 millones de km², con lo que se produjo una reducción del 23% de extensión respecto al 2005 y una merma del 39% en comparación con la media de septiembre entre 1979 y 2000.

En Alaska y en el oeste de Canadá las temperaturas en invierno se han incrementado entre tres y cuatro grados en los últimos 50 años. LA VANGUARDIA, 2 de diciembre de 2007, A. CERRILLO, p. 44.

Antes del 2040 podría estar el Ártico libre de hielo «Müssen Wettlang verhindern» DIE PRESSE, 26 de mayo de 2008, p. 6. Entre otras circunstancias, ello originaría la batalla por las fronteras marítimas», A. CERRILLO, LA VANGUARDIA, 2 de diciembre de 2007. Comparten la región que circunda el Ártico cinco Estados: EEUU, Canadá, Dinamarca (Groenlandia), Noruega y Rusia. La zona alberga hasta el 25% de los recursos de hidrocarburos que quedan por descubrir en el planeta. Aunque la cantidad exacta sea discutible, no es despreciable.

En mi estancia en Canadá (julio-agosto 2008) reuní numerosa información de prensa y asistí al impacto mediático que causó el desprendimiento de la masa de hielo de Ellesmere Island. «Huge chunk snaps off storied Artic ice shelf» Scientists say the break, the largest on record since 2005, is the latest indication that climate change is forcing the drastic reshaping of the Artic coastline, where 9.000 square kilometres of ice have been whittled down to less than 1.000 over the past century, and are only showing signs of decreasing further». THE GLOBE AND MAIL, 29 julio 2008, p. 12.

«Frozen Northwest Passage expected to open up». THE GLOBE AND MAIL, 6 agosto 2008. «Compared to what our climate models said, we're 20, 30 years ahead of schedule in terms of ice loss».

Las catástrofes climáticas más graves acontecidas en Canadá han tenido lugar en 1998 (Ice storm, en Québec) y en 2003 (Firestorm en British Columbia), J. DIXON, Extrem Canadian Weather, Nature 2004.

El metano emerge en el Ártico desde el lecho marino de Siberia; lo que aumentará el efecto invernadero. La Vanguardia, 24.9.2008, p. 27.

La próxima tarea jurídico-científica de la ONU es el cambio climático. Así lo declaró Srgjan Kerim, Presidente de la Asamblea General de la ONU el 20 de septiembre de 2008.

lución industrial comenzó siendo una alerta que se vio con escepticismo y ha acabado por tener un reconocimiento jurídico. Ya constituía objeto del Derecho el cambio climático hace casi veinte años, pero su espaldarazo a nivel internacional surge, en efecto, del Protocolo de Kyoto de 1997, (que desarrolló la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático de 1992) (16).

Resulta conocido que el Derecho del cambio climático —en especial su régimen internacional— está generando —como así se lee— *linkages* con otros sectores ambientales. En este sentido baso mi análisis, por considerar necesario el tránsito de la «fragmentación» a la «integración» de los sistemas que componen el medio ambiente y éste mismo, con otras políticas sobre el territorio: biodiversidad, contaminación atmosférica, recursos hídricos (incluyendo humedales) (17). Otro sistema de proceder se quedaría en meros compromisos éticos o en políticas que otorgan un *label* de sostenibilidad para justificar cualquier acción o discurso errático de los poderes públicos.

No está de más recordar, por analogía, el art. 130R del Tratado de Roma y el actual art. 6, en su versión tras el Tratado de Ámsterdam, que prescriben que las variables ambientales han de inspirar las restantes políticas comunitarias sobre el territorio. Salvadas las distancias, las acciones ambientales —podría decirse ahora— habrían de estar determinadas por los fenómenos del cambio climático.

La UE ha entendido que el cambio climático es mitigable. La nueva tecnología de aprovisionar el CO₂ bajo tierra será rentable. Miles de millones se van a invertir en las primeras centrales térmicas limpias. Esa innovación mitigará la fatigosa actuación del comercio de certificados de emisión (18).

(16) Los antecedentes del Protocolo de Kyoto, las políticas internacionales y españolas sobre cambio climático pueden verse en las obras de M. SARASIBAR IRIARTE, *Régimen jurídico del cambio climático*. Lex Nova, Valladolid 2006; la abundante bibliografía que se maneja, ilustra la importancia del tema; también: *El Derecho forestal ante el cambio climático: las funciones ambientales de los bosques*. Thomson Aranzadi, Navarra 2007, de la misma autora.

(17) Me ha sido de gran utilidad por las propuestas de futuro que se vierten sobre el régimen jurídico del cambio climático la obra: M. DOELLE, *From hot air to action?. Climate change. Compliance and the future of International Environmental Law*. Thomson-Carswell, Toronto 2005, ISBN 0-459-24277-6. El análisis del régimen jurídico del cambio climático viene acompañado de evaluaciones críticas de las políticas canadienses que relacionan los diversos sectores con el cambio climático a través de convenios ambientales expresamente suscritos para obtener un desarrollo sostenible efectivo.

También O. YOSHIDA. *The international legal regime for the protection of the Stratospheric ozone layer*. Kluwer Law International. The Hague 2001.

(18) Die Presse, 24.9.2008. Europas Klimaproblem ist lösbar.

III. RÉGIMEN JURÍDICO INTERNACIONAL DEL CAMBIO CLIMÁTICO Y PROYECCIÓN TRANSNACIONAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

1. Ejecución «conjuntamente individualizada» del Derecho del cambio climático; «compliance»: uno para todos

A primera vista parece que la forma del redactado del art. 3.1 del Protocolo de Kyoto (19) (a la vista del texto del art. 3 del Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático) (20), no difiere de la que las Partes suelen utilizar cuando suscriben convenios internacionales. Existen, sin embargo, matices que inducen a pensar que el compromiso adquirido requiere una cierta «complicidad» de todos los sujetos individualizados en su conjunto para la adopción de las medidas de ejecución. Cada uno de los firmantes se adhiere a un compromiso, como parte de un todo pues a todos beneficia el cumplimiento de cada uno, y a todos perjudica el incumplimiento de uno solo; el incentivo que guía a cada Estado a cumplir sus compromisos es la confianza en que todos se comportan tan lealmente como él. Lástima no poder darle contenido jurídico al «uno para todos y todos para uno», porque, en efecto, cada uno decide por todos.

La reciprocidad es término común de los compromisos internacionales, pero la ejecución global individualizada reviste caracteres distintos. En primer lugar, porque supone un compromiso con las generaciones presentes y las futuras. En segundo lugar, porque cada uno actúa desde su diferenciada y respectiva capacidad. En tercer lugar, porque países desarrollados y en vías de desarrollo soportan cargas —y generan cargas—desiguales. Su vulnerabilidad es distinta. En cuarto lugar, porque el principio de cautela debe guiar las medidas y políticas respectivas: la falta de total certidumbre científica no es razón para posponer las actuaciones de mitigación del cambio climático. En quinto lugar, porque todos los países tienen derecho al desarrollo sostenible y el deber de promoverlo. Por último, las acciones unilaterales destinadas a combatir el cambio climático, no deberían constituir un medio de discriminación arbitraria o injustificable, ni una restricción encubierta al Convenio Internacional. Se resumiría diciendo: es una responsabilidad común.

A vueltas con los ejemplos dimanantes de la ejecución del Derecho Europeo derivado o secundario por los Estados miembros (centralización horizon-

(19) Instrumento de ratificación del Protocolo de Kyoto al Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático (BOE nº 33, de 8 de febrero de 2005). Hecho en Kyoto el 11 de diciembre de 1997.

(20) Instrumento de ratificación de la Convención por España (BOE nº 27, de 1 de febrero de 1994). Hecho en Nueva York el 9 de mayo de 1992.

tal), puede argumentarse, por analogía, como sigue. La ejecución del Derecho del cambio climático exige actuaciones administrativas transnacionales; los actos administrativos (también los de carácter normativo y los contratos, según el concepto de acto administrativo que se maneje), en materia de cambio climático, trascienden del territorio del Estado que los dicta originando efectos en el ámbito de soberanía de otro Estado.

Si se busca el fundamento normativo que disciplina (o la base normativa que regula los actos internos con efectos transnacionales) (21), éste se encuentra en numerosos textos legislativos, unos de Derecho internacional y otros de Derecho europeo e interno; en materia de cambio climático —una vez la ciencia ha evidenciado su existencia y sus efectos— la mayor parte de claves normativas se encuentran en el ámbito del Derecho Internacional. La ejecución de las obligaciones derivadas de esos compromisos conduce a que en el cambio climático —precisamente por la naturaleza de la cosa— las decisiones administrativas a nivel interno originan, también, efectos externos de la misma naturaleza que los que produciría en el Derecho interno los de otro órgano administrativo ajeno a aquél. Formulado de otra manera, más allá del propio territorio, o del ámbito territorial del órgano administrativo que dictó el acto, se extiende su ámbito de aplicación.

Que determinados actos o normas de un poder político extienden sus efectos fuera del territorio, ya se ha subrayado por el Tribunal Constitucional por otros motivos, en orden a fijar el ámbito autonómico de competencias (22).

(21) Las medidas adoptadas por el Estado (Consejo de Ministros de 29 de julio de 2007, despliegan sus efectos fuera del territorio del Estado. Planes de movilidad, mejora de la eficiencia energética de los edificios, alumbrado público, etc. (ITV y etiquetado especial para identificar la eficiencia energética), son adaptadas con proyección transnacional. El acto de declaración de impacto ambiental (sea del contenido que fuese (leve, severo, grave, etc.) tiene naturaleza transnacional; el informe ambiental de planes y programas puede tener proyección transnacional.

En ocasiones, la transnacionalidad se origina a través de un elemento físico distinto del supuesto de hecho que motivó el acto administrativo. A saber: el órgano competente que otorga la autorización ambiental integrada para instalaciones siempre que ésta implique realización de vertidos ha de remitir la resolución al Organismo de Cuenca de acuerdo con el art. 254.3 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, RD 849/1986, y Orden MAM/1873/2004, según las cuencas.

La zonificación, fijación de límites de emisión y planeamiento para la protección de la atmósfera han de ser elaborados garantizando la participación pública, en los términos previstos en la Ley 27/2006 por la que se regulan los derechos de acceso a la información ambiental. Los arts. 6 y 7 regulan la obligación específica de difusión de la información ambiental.

El Reglamento 1367/2006 CE del Parlamento Europeo y del Consejo efectúa una definición de sujetos con derecho a la información ambiental más amplia que la que recoge la Ley 27/2006 que, como se sabe, también ha traspuesto el contenido de las Directivas 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, la Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de participación en planes, programas medioambientales, con falta de miras, por no atribuirle otra calificación más seria, por ahora.

(22) STC Cajas de ahorro, cooperativas, etc.

Tampoco llama la atención el efecto que se origina en la aplicación indirecta del Derecho europeo, cuando instancias nacionales (estatales o autonómicas) se transforman en Administración europea y dictan resoluciones cuyos efectos presuponen el reconocimiento mutuo por parte de los otros Estados miembros de la Unión, que asumen los efectos del acto, certificado, acreditación, etc. dispuestos (23) por aquéllos.

Los efectos más espectaculares se verán, posiblemente, en materia de inmigración a partir de la Directiva 2001/40/CE sobre nacionales de países no pertenecientes a la Unión Europea (24).

2. A la búsqueda de «ámbitos de referencia» para incorporar categorías generalizables ¿al mantenimiento? de las condiciones de vida natural ante el fenómeno global del cambio climático

Nada extraña que, en materia de cambio climático, la transnacionalidad de los efectos de un acto administrativo descomponga la tradicional identidad de que los actos administrativos gozan en su unidad entre adopción y ejecución, con el consiguiente problema que se podrá originar sobre a quién corresponde velar por los derechos, a la tutela judicial efectiva, tutela cautelar, etc. (25).

Las reflexiones anteriores nos llevan a otra más compleja: la de si es posible que el orden internacional que disciplina el cambio climático requiera estructuras *ad hoc* cuya competencia territorial no coincida necesariamente

(23) La STC 252/88, por todas, y numerosa jurisprudencia del TJCE.

(24) La autoridad de un Estado puede dictar la resolución (Estado miembro que resuelve), y la de otro Estado de la Unión puede ejecutarla (Estado que ejecuta). O un extracomunitario que comete un delito en un Estado miembro y es juzgado en otro, dictándose orden de traslado al país donde delinquirió, origina que las autoridades de éste sólo puedan comprobar si los preceptos reguladores de la estancia, y asilo, tortura, que correspondan al ámbito internacional han sido tenidos en cuenta (art. 8 CEDH y 3, Convención contra la tortura).

Lo anterior se revelará más frecuente con la entrada en vigor de la Directiva propuesta del 1 de septiembre de 2005 por la Comisión Europea.

(25) Me planteo la posibilidad de impugnar la declaración de impacto ambiental dictada por un órgano administrativo, a través de un recurso interpuesto, ante un Tribunal de otro país o Estado, que no tiene jurisdicción sobre la Administración autora del acto, pero en cuyo ordenamiento sí es recurrible el acto de declaración de impacto ambiental. Tratándose de protección de la atmósfera y de aguas, la hipótesis no es de ciencia ficción, ¿Podemos atrevernos a negar que un «afectado» por la resolución de impacto ambiental (no me refiero a la autorización, permiso, licencia, etc. final de la instalación, proyecto, etc.), a quien la Directiva otorga un derecho subjetivo de participación, carece de vías de tutela cautelar, administrativa o judicial porque entre la instalación y su residencia existe una «frontera política» cada vez más inservible?

con la estructura convencional administrativa-organizativa de un Estado (26). A estos efectos, que se trate de estructuras de cooperación o de estructuras en red es lo más intrascendente (27); pero han de estar concebidas según un modelo que elija de manera correcta los «ámbitos de referencia».

En efecto, tal como se ha escrito ya (28), «la teoría general del Derecho administrativo se ha elaborado partiendo del material y de los valores que subyacen en sectores como la seguridad ciudadana y el orden público; régimen local; urbanismo (así en la traducción) y función pública ... confusión de categorías de «estándar» o modelo para una Administración que interviene en asuntos cotidianos próxima al ciudadano y apegada al terreno, con legitimación democrática y en régimen de autonomía» ... «En la actualidad, los ámbitos de referencia de mayor interés son aquellos en los que se pone de manifiesto la responsabilidad del Estado en la economía. La seguridad social o el mantenimiento de las condiciones de vida natural; el Derecho público de la economía; las prestaciones sociales y el medio ambiente. Se trata de analizar, comparar e indagar qué reglas e instituciones son susceptibles de generalización, de ser elevadas a categoría general».

La doctrina del Derecho administrativo debe buscar «ámbitos de referencia» que no disocien la actuación de las Administraciones en su «*compliance*», es decir, que la actuación no se vea determinada por el sector de protección al que la tradición histórica del Derecho administrativo nos tenía acostumbrados. Eso no significa reformular todas las materias que corresponden al Derecho administrativo general y especial, pero sí desgajar las que afectan a las condiciones de vida, sin importar si en el pasado habían sido objeto de estudio de la economía, de las prestaciones sociales o del medio ambiente; hay que analizar qué reglas e instituciones son las susceptibles de ser elevadas a categoría general porque sirven para aportar la mayor garantía de la utilización de los recursos hídricos en el cambio climático.

De tal análisis resultaría que las que actualmente manejamos se alejan de ser útiles por no tener en cuenta lo lesivo que puede llegar a ser, por ejemplo, romper la unidad de cuenca en la gestión de las aguas, contrariamente

(26) La gestión transfronteriza de los residuos a través de instalaciones constituidas y gestionadas mediante la cooperación de Administraciones pertenecientes a diversos Estados miembros de la Unión es un ejemplo que ya hemos citado. Ver en mi obra «Los residuos sólidos». *Medio ambiente y Derecho local*, 2ª ed. 2007, coord. J. ESTEVE PARDO, p. 455, DFGL.

La iniciativa surge de las Directivas que imponen los principios de proximidad y de territorialidad en la gestión de los residuos.

(27) Ver E. SCHMIDT-ASSMANN, op. cit. en «*Innovación y reforma (...)*» p. 109. En la nota de pie de p. 87 cita la obra, precisamente referida al medio ambiente: J. SOMMER, *Verwaltungskooperation am Beispiel administrativer Informationsverfahren im europäischen Umweltrecht*, 2003.

(28) E. SCHMIDT-ASSMANN, «*Innovación y reforma (...)*», op. cit. pp. 74-75.

a lo que se requeriría ante el cambio climático (29), o fragmentar las competencias en materia de aguas por cuencas o por territorios o por Estados, sin preverse comunicaciones internas, o actos de «*compliance*» con perspectiva global (30).

No puede decirse que falten obras en la literatura jurídica que se plantean la perspectiva global del Derecho administrativo, por la vía de la internacionalización del Derecho administrativo y, cómo no, por la vía de la europeización del Derecho administrativo (31). Materias «predestinadas» a formar parte del análisis de ese ordenamiento en nacimiento que trata la ciencia del Derecho de buscar son: el Derecho del medio ambiente, el Derecho (administrativo) de la salud, y el de la seguridad técnica (32).

Las obras que relacionaban determinados fenómenos transfronterizos, como el de la «lluvia ácida», causante de la llamada «muerte de los bosques» fueron una incipiente fase de lo que ahora nos ocupa, aunque no se consideró que, en aquel momento, obedeciesen al fenómeno del cambio climático (33). Sin embargo, la lluvia ácida originó entre los países limítrofes consecuencias similares a las que ahora se atribuyen a los efectos extraterritoriales de los actos y decisiones administrativas.

(29) A. FANLO LORAS. *La unidad de gestión de las cuencas hidrográficas*. FIEA, 2ª ed. 2007.

(30) El concepto global no debe mover a confusión por su ámbito geográfico global se utiliza en el sentido de que trasciende del territorio propio de la competencia de una Administración (a cualquier nivel organizativo). Relaciones o repercusiones vecinas (entre Estados o regiones) pueden acabar en sinergias globales. Sobre la variante más amplia del término global, puede verse: S. CASSESE. *Il diritto amministrativo globale*, RTDP, 331, 2005.

Se habla también de «global ethic to combat global warming». Ver S. KAUFFMAN, ISBN 978-0-465-00300-6, Basic Books, New York 2008. Director del Institute for Biocomplexity and Informatics, de Calgary.

(31) N. KIRSCH. The pluralism of global administrative Law. *European Journal of International Law* 17, 2006, p. 247; C. MÖLLERS/A. VOSSKUHLE/C. WALTER (Edit.) *Internationales Verwaltungsrecht*, 2007; F.C. MAYER. *Die Internationalisierung des Verwaltungsrechts*. Hab.schr., 2005; *Internationalisierung des Verwaltungsrecht* en MÖLLERS, VOSSKUHLE, WALTER Ed.), op. cit.; S. BATTINI, *Amministrazione senza stato. Profili di diritto amministrativo internazionale*, 2003; S. CASSESE, *Il diritto amministrativo globale*, RTDP, 331, 2005; M. RUFFERT, *Perspektiven des internationalen Verwaltungsrechts*, MÖLLERS, VOSSKUHLE, WALTER (edit.) op.cit.

(32) Materias o sectores «predeterminados» para su internacionalización es un concepto que utiliza G. BIAGGINI en su obra *Die Entwicklung eines Internationalen Verwaltungsrechts*, op. cit, nota 3, p. 418.

(33) En el verano de 1985 cuando analicé en la Universidad de Bielefeld las consecuencias de la lluvia ácida en los bosques de la —entonces— República Federal de Alemania, fue publicada mi investigación bajo el título «La muerte de los bosques». *Inactividad administrativa en el proceso de ejecución de las leyes. Control jurisdiccional versus fracaso legislativo*. RAP nº 110, 1986, p. 263.

La función central del Derecho administrativo en el Estado constitucional moderno es garantizar la actuación de una Administración que actúa ajustada a la Ley, democráticamente configurada; una actuación administrativa legítima. El art. 103.1 de la Constitución es un parámetro. Otro parámetro similar se encuentra, por ejemplo, respecto del control de los actos de la Administración, por la Asamblea Parlamentaria Suiza, en leyes ordinarias que configuran su actuación bajo los criterios de legalidad, corrección, sometimiento a los fines, efectividad y economicidad (34). Los criterios de legalidad, objetividad, eficacia, etc. se imbrican entre ellos de forma que todos han de concurrir para obtener una actuación administrativa adecuada. Por esa razón, la función del Derecho administrativo es configurar el proceso de realización o de verificación de las organizaciones, estructuras, instrumentos, técnicas, etc. capaces de dirigir, regular, ordenar y hacer realidad tales criterios. Con razón se ha escrito que la función del Derecho administrativo es ser «el Derecho de realización del Derecho»; ser «el Derecho para hacer realidad el Derecho», y eso es válidamente sostenible para el Derecho administrativo general y para muchos ámbitos de regulación del Derecho administrativo especial (35).

Aplicando lo anterior ante el cambio climático, la muestra es la misma: el proceso de internacionalización del Derecho administrativo ha de dirigirse a la búsqueda de claves para construir reglas que conformen estructuras de ejecución y aplicación, sometidas a la Ley, eficaces, eficientes, finalistas y económicamente viables. Ello no implica que todas las estructuras funcionen de igual manera, pues las de marcado carácter nacional no tienen porqué estar organizadas de la misma forma que las de mayor proyección internacional. Se da por entendido que esas estructuras u organizaciones que han de funcionar con proyección internacional y europea (en la composición actual) han de atender a su propio sistema interno, competencial y de organización estatal compuesto, federal o centralizado. Pero la distancia entre órgano de decisión y órganos de ejecución o de control ha de acortarse si no se quieren desperdiciar las ventajas del modelo. Ya está visto que cinco niveles de organización administrativa no son eficientes ni transparentes ni, por supuesto, económicos de mantener (36).

Enumerar ahora qué estructuras organizativas serían las más idóneas para adoptar los actos que proyectarán el cambio climático en el ámbito de los recursos hídricos desbordaría el alcance de éste análisis. Se puede adelantar

(34) G. BIAGGINI, op. cit. p. 424. Arts. 26.3 de la Ley Federal de 13.12.2003 sobre la Bundesversammlung.

(35) G. BIAGGINI, op. cit. p. 424. Utiliza el término «Rechtsverwirklichungsrecht».

(36) E. PACHE/T. GROSS. *Verantwortung und Effizienz in der Mehrebenenverwaltung* VVDStRL 66, 2007, p. 162.

que aquellas que considerasen el fenómeno en su conjunto (políticas de territorio, de industria y de medio ambiente no han de adoptarse disgregadamente) pero, en especial, políticas de territorio, de protección de naturaleza, de aguas, de infraestructura de transporte y de energía habían de ser sometidas a un marco común de decisión.

En su consecuencia, las estructuras organizativas no inspiradas en esas perspectivas no merecerían una evaluación ambiental positiva; y, en términos del, casi ya abandonado, RIA (*Regulatory impact assessment*) tampoco lo merecería la norma que las crease.

Salvadas las distancias, la comparación con el principio reconocido en la Sentencia del TJCE Cassis-de-Dijon, C-19/1992 (1993) (principio de equivalencia: lugar de origen), podría ser útil. Los Estados han de tener confianza en la calidad del sistema jurídico de los otros Estados; la confianza en el sistema de ejecución de los actos y en el modo de ejecución de los actos. Aunque en principio nos sea conocido, fuera del ámbito de la Unión Europea no es tan pacífico que tal principio pueda asumirse, ni tan siquiera formularse dogmáticamente.

Lo importante es que las estructuras que manejen los «ámbitos de referencia» nuevos, no fragmentados, en relación con el cambio climático, tengan en cuenta que son parte de la llamada «*internacionalización vertical de la Administración*» que ejecuta un Derecho procedente, también, de organizaciones internacionales (así son los orígenes de los convenios de Kyoto, Bali, Ramsar o Johannesburgo), y que así se fundamentan las condiciones marco para los ordenamientos internos, en especial, en lo referente a fenómenos patológicos, como son el cambio climático, o la administración de recursos escasos (37).

La exigencia de normas «realistas» y de una estructura organizativa «realista» proviene de una interpretación también realista del contexto constitucional, a través de la valoración de los supuestos de hecho, de los cambios que se originan y de la globalización del fenómeno cambio climático.

La globalización ha traído una serie de consecuencias de carácter fáctico y de fenómenos, también en la regulación «*die das nationale Verfassungsrecht provinziell erscheinen lassen*» (38).

(37) C.D. CLASSEN. *Die Entwicklung eines Internationalen Verwaltungsrechts als Aufgabe der Rechtswissenschaft*, en op. cit. nota 3, VVDStRL 67, 2008.

(38) R. POSCHER. *Das Verfassungsrecht vor den Herausforderungen der Globalisierung*, en op. cit. nota 3, VVDStRL 67, 2008.

IV. EL PROCEDIMIENTO COMO INSTRUMENTO DE LA INTERNACIONALIZACIÓN VERTICAL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL CAMBIO CLIMÁTICO

1. El procedimiento como medio o el procedimiento como método

La dogmática jurídica del último decenio ha analizado el procedimiento más que «como cauce formal de la actuación administrativa» como «instrumento de tutela del ciudadano»; con mejor visión y perspicacia de futuro se ha planteado la faceta garantista y participativa del procedimiento (cooperación pública) y (participación privada) (39).

El paso siguiente a dar es el que analiza qué tipo de procedimiento es el que posee la versatilidad suficiente para adaptarse a modelos de actuación con perspectiva transnacional o global; o, cuanto menos, a modelos en los que el marco de regulación reside en un ámbito distinto del de la organización (en sentido abstracto), que ha de dictar y ejecutar (40) los actos.

Esa forma de procedimiento ha de tener entidad propia y valor o peso propio; dejar de ser vicaria del acto administrativo, dueño y señor del iter procedimental. Con acierto se ha escrito que el acto administrativo resolutorio era la razón de existir del procedimiento que, en sí, carecía de vida propia. Los actos trámites o los vicios del procedimiento, por lo general, no generaban nulidades de lo actuado (41). La inspiración procesal del procedimiento administrativo fue clara en sus comienzos, pues cumplía con la función de garantía y acierto en la aplicación de la Ley (42).

El procedimiento, sin embargo, habría de transformarse en una instrumentalización del sistema interno de garantía, acierto y ejecución, con la finalidad de conseguir los objetivos «globalizadamente» fijados. Garantizar, en

(39) A propósito de la Ley italiana 241 de 1990 y del sistema de alejarse de un solo procedimiento formal y unitario. G.CORSO. El procedimiento administrativo en Italia. De cauce formal de la actuación administrativa a instrumento de tutela del ciudadano, en *El procedimiento administrativo en el Derecho comparado*. J. BARNES (coord.), Civitas, Madrid 1993, p. 494.

(40) G. DELLA CANANEA. «Beyond the State: the europeanization and globalization of Procedural Law», en *European Public Law*, 9, 2003; y en *Europäisches Verwaltungsverfahrensrecht*. Hill-Pitschas (ed.), Duncker/Humblot, Berlín 2004.

(41) La problemática de las nulidades es conocida en nuestra doctrina; en otra proyección puede verse M.P.CHITI, *Diritto Amministrativo Europeo*, Milano 1999 (2ª ed.) p. 302 y ss.

(42) H. SCHÄFFER. «El procedimiento administrativo austriaco», en *El procedimiento administrativo en el Derecho comparado*, op. cit. nota 38, p. 405 y ss. Doble función: garantía de acierto en la aplicación de la ley, en la deducción racional de lo que ésta haya previsto para el caso contemplado, de un lado; y de tutela del ciudadano, mediante un sistema que asegure la legalidad subjetiva, de otro.

algunos casos, también, la participación de colectividades o de otros organismos en red. Ya hemos hablado de un procedimiento que anteponga la función creativa en la ejecución del ordenamiento, con preferencia a un procedimiento que destile tan sólo su función auxiliar o vicaria de un acto de aplicación.

Lo anterior contrasta vivamente con la escasa consideración que nuestra legislación de procedimiento otorga a cualquier tipo de relación que pueda proyectarse en el ámbito europeo (Unión Europea) o a los actos administrativos con proyección internacional. Sólo existe la regulación —a todas luces deficiente— de las comunicaciones a las Comunidades Europeas, y sus remisiones a través de la Administración General del Estado (cuando casi el 60% de la ejecución de los actos de las Comunidades Autónomas tiene proyección europea) (art. 10 Ley 30/1992); y la mención al silencio administrativo del art. 43.2 de la misma norma, en el que se da sentido positivo al silencio administrativo «salvo que una norma con rango de ley o norma de Derecho comunitario europeo establezca lo contrario». Artículo imperfecto y de difícil comprensión y aplicación; a saber a qué tipo de norma europea se está refiriendo el legislador: Directiva-traspuesta o no traspuesta en plazo; Directiva que por sus notas de exactitud, detallismo y establecimiento de obligaciones completas, finalizado el plazo de trasposición sin haberse efectuado aquélla, origina el efecto vertical ante los sujetos afectados, u horizontal, en las relaciones entre éstos; Reglamento europeo que no precise acto de intermediación o que lo precise. En fin, difícil de interpretar.

Dos omisiones flagrantes del procedimiento administrativo general, a los efectos del tema que nos afecta, se detectan a simple vista. No hay menciones a la equivalencia de actos de las Administraciones de otros Estados miembros, ni a la innecesariedad de su duplicación; tampoco hay referencias a la nulidad de los actos administrativos expresos o presuntos contrarios al Derecho Europeo. Cuestión esta última que no parece preocupar en exceso a nuestra doctrina.

Sobre la primera de las omisiones puede argumentarse que tiene relevancia transnacional. La libertad de circulación de bienes está garantizada por la inspección o el control sanitario llevado a cabo por el país de producción o de origen; las autoridades de los demás Estados miembros de la Unión han de cooperar para evitar la repetición de controles en el país de importación, sin que deba controlar o comprobar lo que ya se ha efectuado en el país de origen. Salvo que existan razones de riesgo, peligro para la salud humana, etc. los Estados miembros no tienen derecho —*are not entitled to require without good reason*— a exigir pruebas, análisis, etc. que ya se han podido efectuar en el país de origen. Nuestra Ley de procedimiento no

contiene ni la regla ni las excepciones; sin embargo, estas materias, en lo esencial, tienen todo el aspecto de quedar en el ámbito del procedimiento administrativo común (art. 149.1.1 y 149.1.18, entre otras reglas del mismo precepto constitucional) (43). Se podría plantear si en ámbitos especiales en los que llamamos «nuevos ámbitos de referencia» o «sectores redistribuidos», o «sectores ambientales no fragmentados», ¿por qué no decirlo?, donde se imbrican agua y cambio climático, también cabría una regulación procedimental que tuviera en cuenta los procesos, los distintos espacios y tiempos que permitieran llegar a la resolución, al Plan, al programa o, incluso, a la norma, donde la inobservancia del procedimiento tuviera la misma sanción que la inobservancia de las reglas materiales. Por el momento, sólo disponemos de las técnicas de evaluación ambiental.

2. Los procedimientos de evaluación de impacto ambiental, tanto los de proyectos como la estratégica, poseen todos los requisitos exigibles al modelo de ejecución vertical, en la internacionalización vertical de la Administración en los tiempos del cambio climático; pero han de basarse en criterios científicos, técnicos y ciertos

Para comenzar, señalaremos (44) que el instrumento de evaluación de impacto es una técnica a utilizar o a aplicar dentro de otro procedimiento. Al menos así lo es en nuestro país debido a la separación entre Administración ambiental y Administración sustantiva. Esa fragmentación es lo primero que habría de corregirse; de seguir así, la regulación todavía complicaría aún más el proceso de internacionalización vertical de la Administración del cambio climático.

(43) El TJCE ha derivado esas exigencias interrelacionadas del principio de proporcionalidad. Así, *Denkavit Futtermittel v. Land Nordrhein-Westfalen* C-73/84, 1985; *Simmenthal v. Italian Minister for Finance* C-35/76 (1976). Es contrario al principio de proporcionalidad que las reglas nacionales exijan que los productos importados hayan de cumplir estricta y exactamente con las previsiones o requerimientos técnicos que se imponen a los productos propios. Eso no excluye, señaló el TJCE, que se rechace el control efectuado si los equipos de verificación de las inspecciones poseen un nivel menor que el usado y requerido en el país de importación. Naturalmente, la salud humana, la protección de los consumidores, y la seguridad pública, pueden excepcionar las reglas del Tratado (arts. 30, 39, 3, 46 y 55 del Tratado). T. TRIDIMAS, *The general principles of EU Law* (2ª ed.), 2006, p. 220.

(44) Aquí se va a desgranar la formulación de que el procedimiento administrativo para la realización de la evaluación estratégica ambiental constituye un desafío del legislador comunitario para el Derecho nacional, que efectúa J. BARNES en su trabajo «Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas», publicado en la obra, por él coordinada, *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, op. cit. p. 281.

Nuestro ordenamiento concibe la evaluación de impacto como un procedimiento formal insertado en un procedimiento material. Especialmente el de proyectos y actividades. No es éste el lugar indicado para extenderse en los detalles, pero sabido es que no en todos los países la regulación se ha concebido con esas características (45). Son muchos los ordenamientos en los que la evaluación de impacto ambiental se realiza por la autoridad sustantiva y ésta es, por sí misma, quien conduce el procedimiento ambiental para la autorización de actividades, obras, proyectos, etc. con relevancia ambiental. Bien se trate de la evaluación de impacto simple o de la estratégica (46), el procedimiento que el Derecho europeo ha dispuesto —heredero, en cierta medida del modelo estadounidense— es un sistema «scope» en el que se debaten los intereses diversos, no siendo siempre los intereses públicos estándar los preferentes, pues en este caso, los elementos de la naturaleza gozan de preferencia. Como ya hemos escrito en otro lugar, la defensa de las condiciones de vida en el planeta trasciende del interés público: es obligación, deber y responsabilidad de todos (47).

En consecuencia, la Administración que representa el interés público cuando se trata de la salvaguarda ambiental en el cambio climático ha perdido el monopolio sobre la decisión que se tenga por más protectora del interés general global.

Esta afirmación se comprueba al analizar los preceptos de la Directiva 2001/42, de evaluación del impacto estratégico, referentes al impacto transfronterizo; en ellos se regulan trámites de consulta entre Estados y, entre éstos y «el público», por tanto, privados, que intervienen como afectados (arts. 6.1, 3 y 4 y 7.2). Entre las consultas que los Estados se cruzan para dirimir sus discrepancias en el proceso de decisión, no está excluida la intervención de expertos, comités científicos, etc. que colaboren en la conformación de la decisión última.

El contraste del impacto de las actividades, obras, infraestructuras, planes, etc. con los elementos de la naturaleza, está sujeto a una ponderación en la que intervienen sujetos públicos, privados, representantes de entidades defensoras de la naturaleza, junto con quienes defienden la realización de la

(45) La evaluación de impacto ambiental ha sido objeto de numerosos estudios. Así, J. ROSA MORENO. *Régimen jurídico de la evaluación de impacto ambiental*, Madrid 1993; T. QUINTANA LÓPEZ (dir.). *Comentario a la legislación de impacto ambiental*, Civitas 2002; M. CUYÁS PALAZÓN, *Urbanismo ambiental y evaluación estratégica*. Atelier, Barcelona 2007.

(46) Me remito a lo expuesto en mi trabajo «Objetivos, naturaleza y límites de la declaración de impacto ambiental de las infraestructuras públicas». REDA 110, 2001.

(47) M.J. MONTORO CHINER, «El Estado ambiental de Derecho. Bases constitucionales», en *El Derecho Administrativo en el umbral (...)* op. cit. nota 2.

obra, proyecto, etc. Esa ponderación sólo puede realizarse si las bases de referencia sobre las que se calcula la repercusión de la actividad y los sectores ambientales se justifican en elementos ciertos, evidentes, contrastados y realistas. En otras palabras, si con anterioridad a la implantación de la instalación se ha medido el volumen de agua que se necesita utilizar, las emisiones que se lanzarán, y aquéllas que llegarán a la atmósfera por el tráfico, transporte, etc. que la actividad despliega. Lo dicho es válido para un polígono industrial o para un aeropuerto; para un plan de urbanismo o para un plan de carreteras.

La correcta evaluación de impacto ha de partir del estado de la ciencia y del estado de la técnica en la introducción de cada uno de los elementos que se han de sopesar. Si falla esa premisa, fallará la ponderación. Si el supuesto de hecho es erróneo, estará mal calculada; y si se ignoran las sinergias entre todos ellos, la ponderación del impacto no será correcta. Por mucho que se motive el acuerdo que se adopte, por bien que se hayan cumplido los plazos, por correcto que haya sido el comportamiento administrativo contestando a las alegaciones o por amplia que haya sido la consulta realizada a otras entidades públicas o privadas.

Lo descrito tiene un remedio consistente en hacer entrar el juicio de experiencia, el juicio de evidencia científica y el juicio del estado de la ciencia (48). No quiere decirse con ello que no se efectúen rigurosamente los estudios de impacto ambiental; tan solo que, en la mayor parte de las ocasiones, no se toman los supuestos de hecho de que se parte con la suficiente exactitud; el juicio político y la necesidad social se funden con los impactos de hecho reales originando una aleación que impide enjuiciar los elementos de la naturaleza en su estado actual de perturbación. El resto se consigue con el *label* del término «sostenibilidad».

En la actualidad, ya constatado por la evidencia científica el cambio climático, el deber de los poderes públicos es arbitrar el método de llegar a la evaluación de impacto ambiental sobre la base de cálculos exactos (49). Si verdaderamente se han complicado las condiciones de vida en el planeta, hay que acertar en los remedios para mitigarlas.

Ahora se ha acuñado el término acertado, gestión de riesgos (modelo que ha sustituido al concepto tradicional de la policía administrativa), precisamente basado en criterios de información, alertas, redes, medidas de res-

(48) M.J. MONTORO CHINER. «Seguridad jurídica, principio de cautela y comités científicos». *Documentación Administrativa*, 265-266. *Derecho Administrativo. Ciencia y Nuevas tecnologías*, 2003.

(49) M.J. MONTORO CHINER, op. cit. nota 47.

tricción, etc. que den respuesta a un comercio global, susceptible de originar situaciones de peligro para la salud humana, también globales. Desde los productos transformados genéticamente a los productos farmacéuticos, pasando por la seguridad industrial, la gestión del riesgo se basa en asegurarse, dentro de la incertidumbre científica, que deben tomarse medidas de identificación y caracterización de los riesgos y valoración de su peligro potencial (50). El modelo, basado en el principio de cautela, implica introducir la ciencia, la experiencia, el estado de la técnica en las decisiones políticas (incluso a nivel legislativo) como deducción directa de la posición de los poderes públicos en el Estado de prevención, o preventivo, o en el Estado ambiental de Derecho; no hay que olvidar que lo que concierne a la salud humana exige «un alto nivel de protección» y que «salud de las personas», «medio ambiente», «utilización racional de los recursos naturales» y «problemas mundiales del medio ambiente» se enumeran en las Políticas Comunitarias sobre Medio Ambiente (art. 174, Título XIX, del Tratado de Roma), y en la actualidad, constituyen la llamada «cláusula transversal de sostenibilidad» contenida en el art. 6 del Tratado (antiguo art. 3 c.).

Ahora bien, para aproximarse al manejo o gestión del llamado *Restrisiko*, o riesgo restante, (ya que la seguridad absoluta o la indemnidad absoluta no puede obtenerse), hay que asegurarse científicamente. El citado riesgo restante se compone «de la incertidumbre sobre su potencial dañoso o sobre la posibilidad de que éste se despliegue más allá de los límites del conocimiento humano» (51).

Esa tarea corresponde, en primer lugar, al legislador (52), que ha de ser capaz de dictar reglas de procedimiento y formas cooperativas para determinar las decisiones estructuradamente dentro de un procedimiento en fases con la intervención de actores neutrales destacados por su competencia científica, dotando a cada sujeto de funciones que permitan una decisión ponderada (que ésta ha de ser publicada, al igual que las posiciones adoptadas por los científicos, que tenga forma de acto, de plan o de norma, ahora nos parece un tema secundario) (53).

Sin perderme en detalles sobre las críticas que me merece la trasposición (histórica) de las Directivas de impacto ambiental, tanto la 85/337 CEE del

(50) M.J. MONTORO CHINER, *Op. cit.* nota 47.

(51) F. OSSENBÜHL. *Die Not des Gesetzgebers im naturwissenschaftlich-technischen Zeitalter*, 2000, p. 13, que he citado en otras tantas ocasiones.

(52) H. PREUSS, «Risikovorsorge als Staatsaufgabe», en *Staatsaufgaben* (D. GRIMM, ed.), 1994, p. 536.

(53) H. SCHULZE-FIELTZ, «Technik und Recht», en *Handbuch des Technikrechts*, (M. SCHULTE, ed), Springer, 2003.

Consejo y su modificación, por la 97/11, también del Consejo, como la 42/2001 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, su procedimiento permitiría introducir los elementos participativos, de información y de consulta, así como el factor de seguridad científica y conocimiento científico para adoptar decisiones que, de manera holística, no fragmentada, cumplieran con el estándar de equivalencia que requieren los actos o normas con relevancia transnacional que afecten al cambio climático o al agua en el cambio climático.

La afirmación anterior se enmarca, sin embargo, en el ámbito de otros principios de más altos vuelos, como el de proporcionalidad. En efecto, a nivel europeo, cuando la salud humana o los restantes bienes jurídicos contenidos en el art. 174 del Tratado de Roma se ponen en cuestión, el ámbito de discrecionalidad de las instituciones europeas en orden a la adopción de medidas es más amplio; incluso, como es sabido, el TJCE ha permitido una injerencia mayor en la hipotética limitación de las libertades (54). El principio de proporcionalidad se suele aplicar, como se sabe, con frecuencia, a las medidas adoptadas por los Estados miembros cuando actúan ejecutando la legislación comunitaria; cuando los Estados miembros son agentes de las políticas comunitarias (55).

Continuando con el análisis sobre el procedimiento y, en atención al principio de proporcionalidad, tomado, como se ha hecho, por vía analógica, los actos que resuelvan cuestiones de impacto ambiental (incluso en sus fases o trámites) son tanto más ajustados a la defensa del interés que persiguen cuanto mayor es la exactitud de los términos que se ponderan; si la documentación de base de los estudios tiene la rigurosidad que el caso merece, y aquéllos resultan científicamente exactos, la medida que se adopta o el informe de sostenibilidad que se plasma en el plan o en el programa, motivará con mayor razonabilidad la ponderación de la solución que cumpla con la finalidad de proteger ambos sectores.

El tipo de evaluación que aquí se propugna como procedimiento con efecto transnacional o de ejecución vertical de las decisiones que afectan al cambio climático debe ir encaminado a obtener la única solución posible con-

(54) Los casos *Jipper v. Minister van Landbouw* C-189/01 y *National Farmers Union and others v. Commission* T-76/96 R, 1996, sugieren que el TJCE concede un amplio ámbito de decisión a las Instituciones Comunitarias. Cuando se trata de cuestiones que afectan a la salud humana, la Corte de Justicia aligera la intensidad de su enjuiciamiento respecto de la limitación de las libertades individuales. Protege las libertades, pero en el contexto de más amplio espectro que es la salud humana. Por eso, prácticamente llega a otorgar a las Instituciones europeas el beneficio de la duda. Salvo, como es sabido, el caso del error manifiesto.

(55) En esos casos, según T. TRIDIMAS, el principio opera en la esfera del Derecho público con más fuerza que como un mero instrumento de integración económica (op. cit. nota 43).

forme con tal fenómeno. Ha de tratar de ser no sólo la mejor solución, sino la mejor solución desde la óptica del cambio climático en su relación con el agua. No valen soluciones buenas, sino sólo buenas para incidir en lo que se pretender mitigar. Precisamente por eso, la búsqueda de esa solución es incompatible con los métodos del procedimiento tradicional formalizado de evacuación de trámites para llegar a un fin. Y precisamente, también por ello, la tradicional discrecionalidad del planificador o autor del acto resolutorio se va encaminando hacia la búsqueda de la solución compatible con la mitigación del cambio climático, más aproximada a la categoría del concepto jurídico indeterminado que a la conocida discrecionalidad administrativa; al menos, en la selección de la finalidad y de los objetivos.

Sobre la introducción del juicio científico en los documentos y fases que culminan en la toma de decisión piloto el resultado final; no porque hayan de dejarse de lado alternativas que no contemplen, de manera holística, la solución del problema a escala global, sino porque la razonabilidad de la decisión basada en el juicio científico o en criterios de experiencia constatada hace más fácil y convincente su explicación. No puede ignorarse que, frente a la protección de sectores ambientales, se encuentran derechos, libertades comunitarias fundamentales, sin olvidar el derecho de propiedad que se va a ver limitado, al igual que el de libertad de empresa (56).

Las medidas que se adopten tras la evaluación estratégica como procedimiento de ejecución del régimen del cambio climático son adoptadas con un margen de discrecionalidad ya muy reducido, puesto que, parcialmente, están predeterminadas. La aceptación de las medidas de la evaluación ambiental, estratégica, o convencional, adoptada según criterios científicos de experiencia y de evidencia, es difícil de discutir en la vida social (como también difícil de controlar por los Tribunales). La ventaja de esta técnica no es la reducción de la discrecionalidad; es la exactitud con que se formaliza la selección de la solución (57) que, ya por otra parte, tiene una finalidad predeter-

(56) Una evaluación retrospectiva de la influencia del juicio científico en la innovación y avances en la legislación en el ámbito de las *life-sciences*, puede verse en: M.J. MONTORO CHINER-M. CASADO GONZÁLEZ, publicada en el nº 4 de 2008, p. 426, de la *Revista de Legislación alemana. Zeitschrift für Gesetzgebung*, bajo el título «Erfolgreiche Beratung der Gesetzgebung durch die Wissenschaft». Allí se analiza la repercusión que las tomas de posición del Grupo del Observatorio de Bioética de la UB han tenido en el legislador y en sus políticas legislativas en materia de reproducción asistida, crioconservación de preembriones y gametos, investigación con células madre. En algunas de las últimas modificaciones legislativas, el Congreso ha acogido textualmente la posición del Observatorio.

(57) En diversas obras se celebra la reducción de la discrecionalidad en la aprobación de los planes urbanísticos cuando éstos se someten a la evaluación del impacto estratégico, E. DESDENTADO DAROCA. El control de la legalidad urbanística, «¿Qué legalidad?». Ponencia presentada al

minada. Se está iniciando un camino que requerirá reconstruir las notas de la discrecionalidad, en especial, la de los entes locales, según sus características territoriales y la naturaleza del plan (58), cuando se proyecta aquél sobre aspectos supralocales, como es el cambio climático. Cuestión que no sólo puede afectar a la reconstrucción del concepto de discrecionalidad sino también al concepto de la autonomía local (59).

Algo semejante puede añadirse cuando tras el procedimiento de evaluación de impacto convencional se otorga la autorización ambiental integrada. La Administración aplica la norma «no de un modo automático»; el acto aplica la norma creando obligaciones para el titular de la autorización «pero la complejidad de los factores a tener en cuenta y el detalle de las condiciones a establecer no admiten automatismo alguno». «Las características técnicas de

III Congreso de Profesores de Derecho Administrativo, Granada, febrero 2008; con cita de M. CUYÁS PALAZÓN, en nota 14, en particular, *Urbanismo ambiental y evaluación estratégica*, Atelier, Barcelona 2007.

Se ha escrito que la evaluación ambiental estratégica, en la medida en que ha sido traspuesta a nuestro ordenamiento por la Ley 9/2006, de 28 de abril, sirve, en el ámbito del urbanismo para integrar la variable ambiental en el planeamiento y en la toma de decisiones sobre la ordenación del suelo. También se ha formulado la teoría de que la evaluación ambiental estratégica incide claramente «en el núcleo de la discrecionalidad pues implica un examen y una evaluación de las diferentes alternativas existentes a la luz de efectos sobre el medio ambiente». Sin negar que ese efecto sea el que se produce en el sector del planeamiento urbanístico, es posible que no pueda ser extendido a todos ni a todos los tipos de evaluación estratégica de planes. Si se trata de ordenamientos en los que no existen claras separaciones entre autoridad ambiental y autoridad sustantiva, la reducción de la discrecionalidad, simplemente por haberse procedido a la ponderación de la variable ambiental, es tan sólo relativa. Pero, por otra parte, si la memoria o el informe no goza de la rigurosidad que científicamente exige la ponderación de los sectores ambientales de su conjunto y, continua fragmentando los sectores, no permitiendo su comunicación, la decisión final estará limitada a aquel sector en el que se produjo la evaluación. Hoy por hoy, cada Plan, de urbanismo, de carreteras, de transporte, de costas, etc. se autoevalúa estratégicamente sin contar con que la variable ambiental (p.e. perfectamente medida de la carretera o de la autopista), incluso reduciendo la discrecionalidad del planificador a través del análisis de otras alternativas, no ha podido tener en cuenta, en su totalidad, por ejemplo, el número de emisiones que lanzarán quienes la transiten. O que el polígono industrial situado lejos de márgenes de ríos, parajes naturales, hospitales, escuelas, etc. no generará emisiones por sí mismo (que son las que se van a medir y ponderar) pero generará otras que se podrían evitar implantándolos en un lugar próximo a la línea de ferrocarril. La delimitación competencial plantea un problema, en ocasiones, insoluble.

(58) En el sentido de la jurisprudencia expuesta en el caso RASTEDE BVerfGE, 79, de 23 de noviembre de 1988, que utiliza la técnica del «principio material de atribución de funciones» *materielles Aufgabenverteilungsprinzip*. Los intereses locales son gestión de los entes locales (municipios). Sólo pueden ser excluidos de la gestión de tales intereses por el legislador, si ello viene exigido por el interés general y no pudiese asegurarse el interés general de forma efectiva o de otra manera.

(59) Ver J.L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR. *Una nueva reflexión sobre la autonomía municipal*. Publicaciones de la AEPDA. II Congreso. Thomson-Aranzadi, p. 39. *La autonomía municipal. Administración y regulación económica. Títulos académicos y profesionales* (2008).

las instalaciones, su implantación geográfica, y las condiciones locales del medio ambiente» (60) son elementos fácticos a los que la norma da gran importancia, y su exacta determinación, cuanto más científicamente apoyada se encuentra lleva al acierto en los supuestos de hecho, no necesariamente a la reducción de la discrecionalidad.

Ya se ha escrito sobre qué debe entenderse por apreciaciones técnicas y su relación con la discrecionalidad (61). Son respuestas a problemas prácticos mediante la utilización de criterios técnicos, o conocimientos de los saberes especializados. Son «apreciaciones heterónomas» porque descansan en criterios basados en observaciones de naturaleza técnica. Pero, como es lógico, desprovistos de verdades absolutas; no son irrefutables.

Cuando entran en juego elementos o apreciaciones técnicas —porque así lo ha querido el legislador— parece que la norma desapodere a la Administración; su actuación sólo se puede dirigir por el concepto preestablecido. Esa circunstancia se produce, cuanto más, si se realizan prospectivas sobre juicios que anticipan acontecimientos que ya van siendo comprobables. Por lo tanto, que «no se dispare en el espacio».

La doctrina más reciente comienza a distinguir entre una «discrecionalidad creativa» cuyo ejemplo más claro es el del planeamiento o el de la forma de gestionar los servicios que, en cierta medida, suele provenir de entes administrativos dotados de legitimación democrática; y otro tipo de discrecionalidad cuya consecución viene determinada por el legislador como «la mejor posible», «la más ajustada al interés público», o la «más compatible con la mitigación o adaptación a los efectos del cambio climático». En los últimos supuestos, la discrecionalidad significa seleccionar en el (para el) caso concreto la mejor decisión, de manera que se reconozca claramente, que la decisión adoptada coincide con la que la Ley quería. En el control judicial, cuando la decisión se observa ajustada a la Ley —a la predeterminada por la Ley— ambos, Administración y Juez, han de atenerse a ella. «La construcción jurídica de la reducción a cero de la discrecionalidad no es válida en estos casos (62), y habría de abandonarse».

(60) F. de B. LÓPEZ JURADO. «Finalidad y realidad en el Derecho: caracteres comunes a la regulación ambiental y a la regulación económica». *Revista empresa y humanismo*, 1/04, Navarra, p. 69.

(61) E. DESDENTADO DAROCA, op. cit. p. 134.

(62) G. PÜTTNER. «Ermessen und Ermessensausübung». *Zeitschrift für öffentliches Recht*, nº 4, 2008.

Discretion is still one of the most important issues of German administrative law. The doctrine of discretion has been steadily developing onward in Austria and Germany since the end of the 19th century. The legislator may authorize administrative authorities to decide discretionarily also subjected to the rule of law if it comes up to the best possible decision in the individual cases. But dis-

V. LAS NORMAS Y SUS PROPOSICIONES. CONDICIONES LOCALES Y CONDICIONES GLOBALES. ¿QUÉ CABE ESPERAR DE NUESTRO SISTEMA NORMATIVO?

1. Uso literario de la expresión «desarrollo sostenible» y ausencia de su conexión con el cambio climático

No es la intención despreciar aquí un término que ha pasado a impositarse en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea como un principio incluido en su capítulo IV (Solidaridad). En efecto, la protección del medio ambiente se ha convertido en algo más que el principio rector de las políticas europeas, ahora contenido en el artículo 6 del Tratado de Roma (63). Las políticas de la Unión integrarán y garantizarán, con arreglo al principio de desarrollo sostenible, un alto nivel de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad. Sin embargo, hay que reconocer que a punto de transcurrir 25 años desde la formulación del concepto «desarrollo sostenible» en el Informe Brundtland, desentrañar el contenido de su filosofía sigue siendo complejo por más que se haya intentado desde la economía, la filosofía o el Derecho. Se sabe que hay que llegar a conseguirlo, pero no se adivina de qué forma se implementan las vías para alcanzarlo, especialmente en cada uno de los sectores donde se aplica (64).

Las normas dictadas especialmente a partir del año 2000, contienen el término «desarrollo sostenible» en un exceso de acepciones; como principio, como objetivo, como medida de promoción de condiciones, de marcos o ámbitos de regulación concretos, como designación de actividades compatibles con él, como proscripción de actividades incompatibles con el desarrollo sostenible, como acciones de la Administración, como acciones de los particulares, como medidas para incentivar la diversificación económica en un medio concreto, como forma de gestión... (65) En fin, parece que la cláusula del desarrollo sostenible se haya convertido en la cláusula de policía del siglo XXI.

cretion does not mean «free» discretion; it has to serve the public interest. Therefore, the German doctrine of «reduction of discretion to zero» has to be abandoned. Special problems result from the exercise of «discretion step by step» (particularly concerning legal protection) and of the doctrine of «creative discretion» that exists in the field of planning (cf in Austria the so-called «final programming») and in the field of managing public services.

(63) Se cita como Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y no todavía como Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, visto lo ocurrido con la ratificación del Tratado de Lisboa.

(64) M.J. MONTORO CHINER, «El estado ambiental de Derecho. Bases constitucionales». *El Derecho Administrativo (...)*, op. cit. p. 34-50.

(65) La Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural (BOE de 14 de diciembre de 2007) es, posiblemente, en el ordenamiento positivo, la norma en que más ocasiones emplea la expresión «desarrollo sostenible» en cada una de las acciones que allí se regulan.

Sin entrar a negar esa posibilidad, pero tampoco afirmándonos en ella, hay que criticar el uso excesivo de una expresión que puede perder su capacidad de irradiación debido al uso expansivo y, a veces errado, que de ella efectúan las normas.

Si los legisladores utilizasen un lenguaje jurídico adaptado a la realidad social, de conformidad con la ciencia, de conformidad con la evidencia científica, habrían de contraponer al desarrollo sostenible el mayor de sus enemigos en la actualidad: el cambio climático. No se alcanza el desarrollo sostenible si no se mitigan, a través del medio que fuere, los efectos del cambio climático. Estas acciones se consiguen volviendo a reunir fragmentos que han quedado erráticos y desperdigados en decenas de normas difíciles de aplicar, ya que sobre algún sector de regulación pueden solaparse hasta ocho tipos de planes distintos (66).

Como se ha dicho, la expresión «cambio climático» ha sido descubierta por el legislador recientemente, aunque, debe de reconocerse, que ésta se emplea con mayor rigurosidad que la expresión «desarrollo sostenible». Merece resaltarse la rigurosidad con la que, sin mencionar el cambio climático (entre otras cosas porque en 1985 todavía no se había producido la evidencia científica respecto a él), el art. 3 de la Ley de Aguas de 1985 hablaba de la modificación de la fase atmosférica: «la fase atmosférica del ciclo hidrológico sólo podrá ser modificada artificialmente por la Administración del Estado o por aquellos a quienes ésta autorice».

Decididamente, se refieren al cambio climático y a las medidas para paliar las emisiones de dióxido de carbono, la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, al igual que la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera (67). Contienen también, men-

(66) Sobre un espacio rural o natural, no importa de qué índole sea, se pueden solapar planes de protección de la naturaleza, planes de protección del medio rural, planes turísticos, planes paisajísticos, planes de protección de la costa, planes de protección de la biodiversidad, planes de utilización de las aguas, planes directores costeros y, dominándolo todo aunque de manera aparente, los planes urbanísticos. Ahorramos la numeración de los planes de infraestructuras que, a su vez, también, pueden coincidir según el ámbito territorial; a saber, portuarios, ferroviarios, de carreteras, etc. pero añadimos aquellos propios de un sector concreto del territorio ya más urbano como los planes de contaminación acústica, planes de contaminación lumínica; y añadimos, también, los de instalaciones fijas, que emiten gases a la atmósfera: planes para la asignación de emisiones, planes de calidad de la atmósfera, etc.

(67) Promulgada en función de los compromisos adquiridos al amparo del Protocolo de Kyoto y desde la promulgación de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003.

ciones a la expresión «cambio climático», entre otras, la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del patrimonio cultural y de la biodiversidad (68).

La Ley 34/2007, de calidad del aire y protección de la atmósfera, tras advertir que la atmósfera es un bien común e indispensable para la vida, reconoce los daños que de su contaminación pueden derivarse y los impactos negativos en la calidad del aire que se hacen presentes, tanto a nivel *regional e internacional*; pretende así *la articulación de un amplio repertorio de instrumentos legales tendentes a hacer compatibles el desarrollo económico y social, y la preservación de este recurso natural* (nótese la omisión del término «desarrollo sostenible», pues el legislador utiliza, correctamente, la expresión «desarrollo económico y social»); entiende, también, la norma, que el marco jurídico de la Comunidad Europea, desde los años setenta, ahora ya, la Unión Europea irrefutablemente, ha tomado como finalidad la protección de la atmósfera. Los Tratados regionales y multilaterales adoptados tienen por objeto reducir la contaminación transfronteriza, proteger la capa de ozono y combatir el cambio climático (69).

Por fortuna, también la Ley 34/2007 ha considerado que el aire y la contaminación no conocen de límites territoriales o administrativos, por lo que la Ley insiste en la necesaria cooperación y colaboración interadministrativa en el ámbito del ejercicio de las competencias. La Ley intenta contar con un enfoque integral e integrador para materializar el objeto y el ámbito de aplicación en su lucha contra la contaminación atmosférica, abarcando *problemas tales como la contaminación atmosférica, el agotamiento de la capa de ozono o el cambio climático*.

La Ley 10/2006, que modifica la Ley 43/2003, de Montes, proclama la necesidad «de la adaptación de los bosques al cambio climático» y de fomentar la gestión de los bosques encaminada a la resistencia al fenómeno del cambio climático (art. 3.k).

Estimando positivas las reflexiones que a sí mismo se hace el legislador, llama la atención la escasa relevancia que otorga a la fase atmosférica del ciclo hidrológico. Se supone que ello es fruto también de la fragmentación nor-

(68) Esta norma, por cierto, de manera correcta y en la cabecera de su Exposición de motivos, reza así: «(...) la globalización de los problemas ambientales y la creciente percepción de los efectos del cambio climático (...)». Como también se expresa correctamente la Ley 34/2007, de calidad del aire y protección de la atmósfera.

(69) El legislador entiende en la Exposición de motivos de la Ley 34/2007, que el resultado de las medidas adoptadas hasta ahora ha llevado a algunas importantes mejoras «en la calidad del aire», particularmente, en lo que se refiere a ciertos contaminantes, tales como el dióxido de azufre, ha permitido fijar objetivos de calidad y de limitación de emisiones, reducir la contaminación de fuentes fijas y móviles, mejorar la calidad ambiental de los combustibles, y abordar problemas como la lluvia ácida o el ozono troposférico, entre otros.

mativa con la que se preparan y tramitan los anteproyectos de ley. En efecto, esa omisión ha sido una regresión respecto a avances realizados con anterioridad, del que resulta el ejemplo más relevante el siguiente. La Directiva 2007/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, relativa a la evaluación y gestión de los riesgos de inundación, en su considerando (4) reconoce expresamente *que la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, tampoco tenía en cuenta los futuros cambios del riesgo de inundación que se derivarán del cambio climático*. Justamente, los criterios de la Directiva 2007/60/CE mencionada, se incorporan al Derecho interno por el Real Decreto 9/2008, de 11 de enero, por el que se modifica el Reglamento del dominio público hidráulico (Real Decreto 849/1986, de 11 de abril). De manera que, respecto a los efectos del cambio climático en el agua, la conjunción de ambos aspectos —si bien reducida a la fijación de zonas inundables— ya había sido tomada en cuenta por el legislador. Agua y cambio climático habían comenzado a tenerse en cuenta de manera holística, aunque materialmente limitada a aspectos concretos (70).

(70) La Directiva 2000/60/CE había fijado el marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas. Su objetivo venía constituido por la fijación de un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, imponiendo la elaboración de planes de gestión de *cuenca fluvial* para cada *demarcación hidrográfica*, con objeto de conseguir un buen estado químico y ecológico y contribuir a mitigar los efectos de las inundaciones.

La Directiva 2007/60/CE, relativa a la evaluación y gestión de los riesgos de inundaciones, establece reglas de coordinación entre Estados miembros para prevenir y atenuar las inundaciones, requiriendo, además, la cooperación con terceros Estados. Esto se ajusta a los principios internacionales sobre gestión del riesgo de inundaciones, tal como se desarrollaba concretamente en el Convenio de las Naciones Unidas sobre la protección y uso de los cursos de agua transfronterizos y los lagos internacionales, aprobado por la Decisión 95/308/CEE del Consejo. Como es lógico, la coordinación incluye también, mecanismos para facilitar la cooperación reforzada en las intervenciones de ayuda en el ámbito de la protección civil, en los casos de emergencias graves producidas por inundaciones. Lo anterior culmina con la creación, en virtud del Reglamento CE 2012/2002, del Consejo, de 11 de noviembre de 2002, del llamado Fondo de Solidaridad de la Unión Europea para concederse ayuda económica rápida en caso de catástrofes graves, inundaciones en zonas naturales, regiones y países afectados. Especial atención merecen las zonas costeras.

La Directiva 2007/60/CE en su considerando (22) se confiesa respetuosa con los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos, en particular, por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que trata de fomentar la integración en las políticas comunitarias de un alto nivel de protección del medio ambiente, de acuerdo con el principio de desarrollo sostenible, según establece el artículo 37 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. También se manifiesta respetuosa con las medidas a adoptar que se someterán siempre a los principios de subsidiariedad (consagrado en el art. 5 del Tratado) y, también, conforme al principio de proporcionalidad reconocido en el mismo artículo.

En el ámbito de regulación, la Directiva tantas veces citada, insiste en que los Estados miembros respetarán la unidad de gestión de cada demarcación hidrográfica o de cada parte de una

La conclusión que se extrae del análisis de las normas más recientes es la de que *la regulación del agua, desgranando la expresión en todas las facetas que del agua tiene en cuenta el Derecho, y la regulación de los medios y acciones para combatir el cambio climático, discurren paralelamente; si bien en algunos puntos de su recorrido se estrecha la distancia entre ambas líneas, que casi llegan a tocarse, para después separarse y volver a discurrir de manera paralela.*

Donde la legislación tiene en cuenta las influencias mutuas y las repercusiones sobre el agua y el cambio climático, es de manera decidida, en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental. Esta circunstancia permite ratificarnos en lo ya analizado respecto a la idoneidad de los procedimientos tipo de evaluación de impacto ambiental, como procedimientos aptos

demarcación hidrográfica internacional situada en su territorio, efectuando evaluaciones preliminares del riesgo de inundación. La obligación más concreta que a los Estados impone es la de realizar planes de gestión del riesgo de inundación, para lo cual disponen de un plazo que termina el 26 de noviembre de 2009.

El Real Decreto 9/2008, de 11 de enero, por el que se modifica el Reglamento del dominio público hidráulico, advierte que su contenido no es una trasposición de la Directiva 2007/60/CE, si bien se incorporan los criterios que dicha Directiva establece en lo que se refiere a las zonas inundables. La creciente y rápida presión sobre los cauces, fundamentalmente urbanística, reduce día a día, el espacio fluvial, incrementa los riesgos frente a las inundaciones y menoscaba la protección medioambiental del dominio público hidráulico, exigida por la Directiva 2000/60/CE (Directiva marco del agua). El Real Decreto entiende que ambas Directivas se encuentran una ya incorporada a la Ley de aguas (la Directiva marco), y la otra pendiente de incorporación.

El Decreto plantea la elaboración de un sistema nacional de cartografía de zonas inundables a desarrollar en colaboración con las Comunidades Autónomas, para aportar una información valiosa que se tenga en cuenta por las restantes Administraciones en el ejercicio de sus competencias sobre ordenación del territorio y planificación urbanística.

Por cierto, que la presión urbanística que frente a las corrientes fluviales tratan de evitar las Directivas citadas en materia de aguas, no ha tenido el reflejo o la proyección que se merecía en la Ley 8/2007, de suelo (ahora citable por el Real Decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio, que aprueba el Texto refundido de la Ley de suelo). En efecto, el art. 2, titulado Principio de desarrollo territorial y urbano sostenible, hace referencia a políticas públicas de ordenación, ocupación, transformación y uso del suelo, utilizando el recurso conforme al interés general, y según el principio de desarrollo sostenible; naturalmente, se refiere a la protección del medio ambiente y a la contribución a prevenir y reducir la contaminación; sin embargo, entre las medidas que se proponen, aparecen la conservación y mejora de la naturaleza, la flora y la fauna, y la protección cultural y del paisaje; la protección adecuada a su carácter, del medio rural y la preservación de los valores del suelo necesario o idóneo para atender las necesidades de transformación urbanística. En su art. 10, titulado Criterios básicos de utilización del suelo, habla también, de atender en la ordenación del uso del suelo, a la eficacia energética, a la garantía de suministro de agua, de prevención de riesgos naturales y de accidentes graves, de prevención y protección contra la contaminación, y limitación de sus consecuencias para la salud y el medio ambiente. El art. 13 regula el régimen de seguimiento y evaluación de la sostenibilidad del desarrollo urbano.

Entre la promulgación de la Ley de suelo y la promulgación de la Ley del patrimonio natural y de la biodiversidad, acerca las consecuencias del cambio climático, han transcurrido seis meses.

o idóneos para la valoración holística de las repercusiones entre ambos, si bien es cierto que el detalle con el que se ha procedido a la trasposición de la Directiva referida a proyectos y actividades, contrasta con la generalidad con la que se ha procedido en la trasposición de la Directiva de planes y programas (Directiva 85/337/CEE y todas sus modificaciones, en contraste con la Directiva 2001/42/CE); traspuestas, la primera, ahora ya de manera cerrada, por el Texto refundido de la Ley de evaluación de impacto ambiental de proyectos, Real Decreto legislativo 1/2008, de 11 de enero, y la segunda, mediante la Ley 9/2006, de 28 de abril, relativa a la evaluación de los planes (71).

2. Si el legislador ha reconocido el fenómeno del cambio climático, sus efectos y su carácter global, por coherencia, habría de someter a evaluación si agua, aire y atmósfera están reguladas en función de los efectos del cambio climático

No puedo dejar pasar la oportunidad de este análisis de dos fragmentos del medio ambiente que han de contemplarse en un contexto global, para sugerir a los poderes públicos una reflexión acerca de la conveniencia de codificar una legislación ambiental fragmentaria, creada a lo largo de los últimos treinta años sobre la base de modificaciones legislativas, en algunos casos parciales; intransparente, puesto que a veces tiene más calado normativo el contenido de regulación de las disposiciones modificativas de otras normas anteriores que el objeto principal que se está tratando de regular; mimética, en cierto modo, puesto que las técnicas e instrumentos jurídicos que se contienen (planes, programas, autorizaciones, relaciones de cooperación, etc.) son idénticos para todos los sectores; falta de conexión, puesto que a veces,

(71) El artículo 1 del Real Decreto legislativo 1/2008, en su apartado tercero, letra b), declara que la evaluación del impacto ambiental identificará, describirá y evaluará de forma apropiada, en función de cada caso particular, los efectos directos e indirectos de un proyecto sobre el suelo, *el agua, el aire, el clima*, y el paisaje. Agua, aire y clima, contemplados por este orden.

El artículo 3 de la Ley 9/2006, de evaluación del impacto estratégico, posiblemente influido por la expresión del artículo 3.2.a) de la Directiva que integra, establece que serán objeto de evaluación de impacto ambiental los planes y proyectos, así como sus modificaciones, que puedan tener efectos *significativos* sobre el medio ambiente cuando cumplan los requisitos siguientes: los que establezcan el marco para la futura autorización de proyectos legalmente sometidos a evaluación de impacto ambiental en las materias de agricultura, ganadería, silvicultura, acuicultura, pesca, energía, minería, industria, transporte, gestión de residuos, gestión de recursos hídricos, ocupación del dominio público marítimo-terrestre, telecomunicaciones, turismo, ordenación del territorio urbano y rural, o del uso del suelo (el artículo correspondiente de la Directiva mencionaba la agricultura, la silvicultura, la pesca, la energía, la industria, el transporte, la gestión de residuos, la gestión de recursos hídricos, las telecomunicaciones, el turismo, la ordenación del territorio urbano y rural o la utilización del suelo). Aquí agua y cambio climático vuelven a separarse.

un mismo plan o programa podía contener las determinaciones aplicables a distintos subsectores ambientales regulados separadamente (contaminación acústica, contaminación lumínica), ya que se transmiten por el mismo espacio físico. Codificar, refundir o consolidar la legislación estatal ambiental básica, aportaría, al menos, inteligibilidad en la regulación.

Cada una de las normas ambientales que se examina posee una distribución interna distinta, sorprendiendo profundamente que el contenido modificativo de las disposiciones finales de otras normas ambientales anteriores, suele ocupar más páginas de los diarios oficiales que el contenido de regulación objeto de la Ley (72).

Prefiero evitar advertir al lector el trastorno que supone para los aplicadores jurídicos encontrar en normas de contenido sustantivo que regulan subsectores ambientales, modificaciones de Leyes, de medidas fiscales administrativas y del orden social que, a su vez, contenían preceptos sustantivos modificativos de otros subsectores ambientales.

No constituiría una tarea titánica el intento de codificar, al menos la legislación estatal medioambiental, fragmentada y dislocada, uniformizando criterios, unificando instrumentos jurídicos, y combinando aquellos elementos de la naturaleza o agentes contaminantes que hubieran de ser contemplados de manera holística. Piénsese, por otra parte, cómo facilitaría la tarea de trasposición del Derecho europeo, al menos a nivel estatal cuando la materia recayese, en lo básico, bajo la competencia del Estado, que todas las reglas ambientales formaran parte de un mismo cuerpo normativo (73). Con independencia, como ya se sabe, que el Consejo, en la Unión Europea, está acabando su tarea de codificación.

La reunión de todos los textos de los diversos subsectores ambientales haría más clara su consulta si la distribución interna de la codificación se efectuase mediante separación entre técnicas, instrumentos jurídicos, medidas activas, medidas represivas, elementos de cooperación, elementos de coordinación, etc.

(72) Este ejemplo es ilustrativo. La Ley 34/2007, de calidad del aire y protección de la atmósfera, no incluye en su ámbito de aplicación a las actividades sometidas a la Ley 16/2002, de prevención y control integral de la contaminación. Su disposición final tercera modifica el artículo 22 de la Ley 16/2002 citada, y el contenido de regulación de esta modificación hace referencia a las instalaciones sujetas a la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen de comercio de derechos de emisión de bases de efecto invernadero (...).

(73) Para quien entienda que el contenido concreto de una Directiva ha de ser traspuesto a través del contenido concreto de una norma sustantiva, propia e individualizada, se le puede tranquilizar advirtiéndole que esa no es una exigencia directamente derivada de las obligaciones del Tratado. Cómo se traspongan las Directivas, mediante norma de rango legal o reglamentario, única o en su conjunto, es una cuestión del Derecho interno en la que ni el Derecho europeo ni el Tribunal de Justicia Europeo tienen por qué entrar.

quedando en anexos los aspectos técnicos, valores, límites, parámetros, vectores, etc. que, incluso con una cláusula de habilitación reglamentaria podrían ser modificados sin necesidad de tramitar un nuevo proyecto normativo.

Pero si esa operación legislativa apareciese como inalcanzable, la evidencia del cambio climático exigiría, al menos, que cuantos elementos componen el ciclo de la atmósfera, y sus relaciones con el ciclo hidrológico, fueran objeto de una legislación conexas y unificada. Las leyes tienen que atender a una realidad social; realidad social que en esta materia, como ya se ha advertido, ha supuesto la existencia de una industrialización que ha traído como consecuencia efectos impactantes en la atmósfera, evidenciados como el cambio climático. Hoy en día se puede dudar de la racionalidad y del acierto científico de las nuevas regulaciones de los Estatutos de Autonomía; de las fragmentaciones de las cuencas; de la no contemplación de las demarcaciones hidrográficas conforme a la Directiva marco del agua; de la escasa atención a los efectos transfronterizos; del localismo decimonónico con que los poderes públicos están regulando y troceando reglas sobre una materia de naturaleza y consecuencias globales.

Lo anterior, también bajo la consideración de otros problemas y repercusiones que el cambio climático puede proyectar sobre las aguas, traducibles en disminución de precipitaciones, producción de casos de agua extrema, inundaciones, y aumentos del nivel marino (74).

3. Si el cambio climático es una evidencia ¿las medidas activas de las Administraciones se encaminan a la mitigación de sus efectos?

Como quiera que este análisis contiene una serie de propuestas para el debate acerca del tratamiento conjunto de las cuestiones del agua y del cam-

(74) A. FANLO LORAS. *El trasvase Tajo-Segura y su instrumentación jurídica*. Cuadernos Civitas, 2008, p. 179. «Ese puede ser —lanzo la idea— un camino que, obviamente, está en las antípodas de los procesos de «territorialización» y «fragmentación» de cuencas, que se han justificado para favorecer —de manera totalmente equivocada e innecesaria en mi opinión— una «mayor participación de las Comunidades autónomas en la gestión del agua».

Suscribo desde la razonabilidad, y desde la evidencia científica, la necesidad de corregir los desequilibrios hidrológicos y, celebro que en la obra recién citada, página 29, se recojan las palabras del Ministro Indalecio Prieto, en el Teatro Monumental de Alicante, el 23 de febrero de 1933, respecto a la posibilidad de tratar, ya entonces, el agua como una cuestión global.

Preceptos como el artículo 17.1 del Estatuto valenciano y otros semejantes, no sólo me parecen contrarios a la Directiva marco de aguas, sino que resultan, en general, incompatibles con el Derecho comunitario. Me planteo, si por tanto, pueden continuar aplicándose, pese a su constitucionalidad.

bio climático, renuncio, especialmente, a efectuar una exhaustiva relación de las medidas activas o represivas que en las Administraciones públicas se están adoptando, en orden a la mitigación de sus efectos (75). Sólo me limitaré a mencionar algunas de las políticas de lucha contra el cambio climático que, como medidas a adoptar de manera urgente, afectan al sector residencial, al sector de la fachada marítima, e incluso al sector de la salud de las personas.

En primer lugar, hay que celebrar que los poderes públicos ya han entendido que el cambio climático es inequívoco, al menos a partir de 2007. También han entendido las medidas y políticas de adaptación y de mitigación que se desprenden del Protocolo de Kyoto (no estoy segura si en la versión ya propuesta por la Conferencia de Bali).

Hay que resaltar que se ha entendido que las fórmulas de organización administrativa han de dar paso a sistemas de encuentro y de adopción de resoluciones que integran las diferentes políticas: así, la creación de las comisiones interdepartamentales contra el cambio climático, las oficinas contra el cambio climático, etc.

En el sector de la edificación, el intento de utilizar tecnologías y prácticas de gestión, tanto en la propia edificación como en el uso del agua, se están plasmando, si quiera de una forma idealista, en las leyes que regulan la vivienda. El *label* de la calidad de la vivienda, de la sostenibilidad, y de los requisitos arquitectónicos exigibles a la vivienda (en cumplimiento de la Directiva 2002/91/CE de eficiencia energética en los edificios) son, desde luego, loables. La introducción de códigos técnicos en la edificación, y la correcta aplicación de las medidas de eficiencia y de energías renovables en el sector de la edificación promovidas por la Directiva 2006/32/CE, de 27 de abril, no pueden dejar de mencionarse. Bien es verdad que su repercusión será mayor cuando se compruebe si verdaderamente el informe y valoración de los efectos ambientales del planeamiento urbanístico se ha realizado con la suficiente racionalidad, evidencia científica, y conforme al estado de la ciencia, como ya se ha expuesto anteriormente.

No obstante, las exigencias de eficiencia energética de los edificios han de tenerse en cuenta desde su proyección; de nada sirve que una vez levantados éstos, las cédulas de habitabilidad sean las que otorguen el *label* de eficiencia al edificio; operación difícil de realizar si no se ha tenido en cuenta

(75) En el ámbito organizativo se ha constituido la Comisión Interdepartamental contra el cambio climático (Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña de 26 de febrero de 2007); de la misma manera que el Real Decreto 186/2008, de 8 de febrero, que aprueba los Estatutos de la Agencia Estatal de Meteorología iniciando una «nueva cultura» en la que se relaciona a la economía con el cambio climático.

desde el inicio en la concepción del proyecto. Medidas como la inspección técnica de los edificios y de las viviendas existentes a los efectos de poder mejorar su eficiencia climática y energética, son imprescindibles y se están ya empezando a tomar en consideración. Su regulación es tan extensa que excedería del ámbito de este trabajo.

En un nivel más amplio, la estrategia española del cambio climático y energía limpia (horizonte 2007-2012-2020), se fundamenta, en parte, en el Plan Nacional de Asignación 2008-2012, aprobado por el Real Decreto 1370/2006, de 24 de noviembre, que establece la asignación de emisiones y su intercambio.

Los pilares del Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático (PNACC) se basan en el sector residencial (modificación de las energías) y en el comercio de derechos de emisión (76). Con todo, la estrategia española de cambio climático y energía limpia, aunque contempla una serie de sistemas y sectores donde realizar las evaluaciones de impacto por su vulnerabilidad y adaptación al cambio climático (biodiversidad, recursos hídricos, bosques, sector agrícola, zonas costeras, caza y pesca continental, zona de montaña, pesca y ecosistemas marinos, transporte, salud humana, industria y energía, turismo, finanzas-seguros, urbanismo y construcción), dista de contemplar las actuaciones holística o de manera global.

Bien es cierto que la Oficina Española de Cambio Climático, cuyo principal objetivo es el desarrollo y la aplicación del PNACC, tiene como primer escenario la evaluación del impacto del cambio climático en los recursos hídricos mediante una modelización cuantitativa y cualitativa, identificando las áreas críticas. El escenario de impacto citado ha de extenderse a las zonas costeras.

Se entiende que son medidas horizontales las políticas fiscales, las que afectan a la ordenación del territorio, las que afectan a la aplicación de las llamadas mejores tecnologías disponibles; teniendo en cuenta, también, la funcionalidad de los sistemas de gestión ambiental.

Son relevantes las estrategias para la defensa del dominio público marítimo-terrestre pensando en un programa de adquisición de fincas con el fin de reforzar la protección de la costa, y de evitar la regresión litoral, que se efectuará a través de expropiaciones forzosas de fincas existentes en diversas provincias litorales. Una de las justificaciones de lo anterior es «el desafío deri-

(76) Real Decreto 1866/2004, por el que se aprueba el Plan Nacional de Asignación de Derechos de Emisión de Gases de Efecto Invernadero; Real Decreto 1264/2005, por el que se regula el Registro Nacional de Derechos de Emisión de Gases de Efecto Invernadero; y Real Decreto 1370/2006, por el que se aprueba el Plan Nacional de Asignación de Derechos de Emisión de Gases de Efecto Invernadero 2008-2012.

vado del cambio climático, que en pocas décadas, reducirá sustancialmente la anchura de buena parte de nuestras playas. Los expertos señalan que para el año 2050 se habrá producido un retroceso medio de 15 metros en el conjunto de las playas españolas, y valores de más del doble en algunas playas concretas. La estrategia plantea los diferentes problemas que se deben afrontar para tratar de minimizar los efectos del cambio climático causados por la amenaza urbanística (77).

Naturalmente, se puede hablar también del Plan Nacional de Reducción de Sustancias Acidificantes y Precursoras del Ozono, y de otras, que afectan a la atmósfera.

Van teniendo prioridad en las políticas ambientales, aquellas que contemplan la creciente presión urbanística, la falta de recursos hídricos, los exagerados usos en el litoral y el cubrimiento de los cauces de los ríos y rieras, siendo necesario, de forma acelerada, ampliar la franja de dominio público, que es la más vulnerable a las consecuencias, cada vez más perceptibles del cambio climático; principalmente la elevación del nivel marino y los cada vez más fuertes y frecuentes temporales que amenazan a las formaciones costeras, constituidas por materiales sueltos, así como las playas, los humedales, las lagunas y los litorales (78).

Es imprescindible un mayor control de los consumos del agua y de los vertidos, la mejor reutilización de las aguas depuradas según los usos previstos, medidas normativas contra la sequía, modernización de regadíos, restauración hidrológico-forestal y la gestión de zonas inundables. Son todos requerimientos ambientales que, poco a poco, apuntan hacia una comprensión holística del agua como régimen natural de caudales, del agua como recurso, o de la escasez del agua en tiempos de sequía.

En fin, las políticas ambientales comienzan a plantearse los desórdenes climáticos como fenómenos de la naturaleza y han de considerar medidas dirigidas a evitar los desbordamientos y medidas dirigidas a paliar las sequías.

(77) Todas estas políticas, iniciadas por el Ministerio de Medio Ambiente a través de la Dirección General de Costas, incluyen expropiaciones en el Cabo de Creus, en Carboneras (Almería), en Malpica (La Coruña), en Cangas de Foz (Lugo), entre otras.

El protocolo con el Ministerio de Defensa implica incorporar al dominio público marítimo-terrestre las fincas adscritas a Defensa que se encuentran en la costa y han perdido su valor militar para, de esta forma, aumentar la protección del litoral.

(78) Solamente el tiempo dirá si el Real Decreto Ley 2/2004, por el que se modificaba la Ley 10/2001, del Plan Hidrológico Nacional, derogando la transferencia de agua desde el Ebro a las cuencas hidrográficas internas de Cataluña, del Júcar, Segura, y del Sur, ha sido una medida acertada o localista.

El 20 de julio de 2007 se han adoptado medidas urgentes en la estrategia española de cambio climático y energía limpia. Entre sus ámbitos de acción sitúa el transporte, lo que ha dado lugar a la reducción de velocidades en determinadas entradas y salidas de accesos a las grandes capitales; actuaciones en materia de infraestructuras; y actuaciones en el sector residencial, comercial e institucional (ahorro energético de edificios, alumbrado público, campañas de difusión de ahorro y eficiencia energética).

Si se observa con atención, el resultado ya será algo distinto a lo recogido en la «Estrategia Territorial Europea» (ETE) hacia un desarrollo equilibrado y sostenible del territorio de la UE, elaborada por el Comité de Desarrollo Territorial y acordada en la reunión informal de Ministros responsables de ordenación del territorio en Potsdam, en mayo de 1999.

* * *

Me pregunto, para finalizar, si también los poderes públicos se plantean las medidas a adoptar para prevenir los efectos negativos en las personas, especialmente en los mayores, en los momentos de las anunciadas olas de calor cíclicas. Me pregunto si los servicios sociales, voluntariado, etc. serán suficientes para auxiliar a las personas vulnerables por las olas de calor o, si, por el contrario, el Estado tiene el deber constitucional, en función de la protección de la salud y de la vida de las personas, de idear un sistema de internamiento (incluso no voluntario) en instalaciones adaptadas, como último recurso de preservación de la salud en los momentos y olas de calor. En fin, cabe preguntarse si se ha pensado en la necesidad de establecer, mediante Ley orgánica, medidas especiales en la materia con el objeto de proteger la salud de las personas, cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de factores climáticos que pueden poner en peligro la salud de un sector de la población, debido a una situación climática concreta (79).

El concepto de la seguridad pública, entendida siempre como la protección de la vida y de la propiedad, así como la prevención y la garantía del orden jurídico, ha de interpretarse ahora ante la contingencia del proceso de interacción que supone el cambio climático. Se impone, pues, un nuevo dis-

(79) Salvadas las distancias, tal y como se hizo por Ley orgánica 3/1986, de Medias especiales en materia de salud pública, aún cuando en aquella ocasión, la finalidad de la norma era el control de enfermedades transmisibles, otorgando a las autoridades sanitarias la posibilidad de adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control si se apreciaban indicios racionales que permitieran suponer la existencia de peligro para salud de la población, debido a la situación sanitaria concreta de una persona.

Las olas de calor sufridas en Europa con consecuencias, especialmente, en Francia, apenas hace tres años, son un ejemplo a tener en cuenta.

curso sobre los *Staatsaufgaben* que comprenda no sólo la prevención de los riesgos sino las medidas positivas para hacer frente a ellos. En el momento actual, la ausencia de medidas es tan lesiva como la adopción de medidas ilegítimas. Es impensable un Estado que adoptase tan sólo medidas de bienestar residuales, que se desentendiese de los problemas ambientales, o que no tuviera en cuenta las condiciones de vida de las futuras generaciones. Tal tipo de Estado no tendría legitimación suficiente. Convengo, pues, con la doctrina que entiende que, además de la legitimación por el procedimiento, el poder público se legitima también a través de sus funciones (80).

(80) D. GRIMM. «Ertrag. Staatsaufgaben-eine Bilanz», en *Staatsaufgaben* (D. Grimm, Ed.), 1994, p. 785.