

LA FALSEADA RECEPCIÓN DEL AMBIENTE EN EL “DERECHO CONSTITUCIONAL” DE LA UNIÓN

Esteban Arlucea*

Los tratados originarios de las Comunidades europeas fueron, sin duda, hijos de su tiempo. Dieron respuesta a una serie de necesidades, obviaron otras y desatendieron aspectos, hoy relevantes, pero que en esa década de los cincuenta no se habían manifestado con la virulencia actual y que tampoco habían despertado una conciencia ciudadana amplia¹. Por desgracia, el medio ambiente cae de lleno en estas dos últimas categorías. Se trataba de un concepto desestructurado, no percibido en cuanto unidad a la vez que advertido, generalizadamente, como contradictorio con las exigencias librecomerciales del nuevo espacio europeo a construir. Esta necesaria ajenidad con la idea de construcción común puede entreverse en la filosofía que rodea el Plan Schuman al vincular las guerras en suelo europeo de esa primera mitad del siglo pasado con la existencia de bloques comerciales antagónicos basados en mercados protegidos y con difícil acceso a productos y agentes económicos no nacionales². En este escenario, la unificación económica entre los países fundacionales se llevará a efecto mediante un mercado común a ellos bajo los principios de

* Profesor Titular de Escuela de Derecho Constitucional. Universidad del País Vasco

¹ D. FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, “La política ambiental y sobre el desarrollo sostenible de la Unión Europea: de sus orígenes a la estrategia de desarrollo y al tratado de Lisboa”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental* nº 13, 2008, p. 19.

² J. ARRIOLA PALOMARES y B. IÑARRITU, “Del mercado común de los 70 al mercado interior de los 90”, en *Cuadernos europeos de Deusto*, nº 24, 2001, p. 11. Por su parte, la libre circulación de mercancías es una realidad que se ha visto favorecida con el impuesto común del IVA. En cuanto a la prestación de servicios, la polémica ha sido más reciente con ocasión de la Directiva Bolkestein (123/2006/CE), relativa a los servicios en el mercado interior (al respecto puede verse el monográfico “La directiva relativa a los servicios en el mercado interior (la directiva Bolkestein)” publicado en la *Revista de Derecho de la Unión Europea* nº 14, 2008).

libre circulación de mercancías y trabajadores, libre prestación de servicios, libertad de establecimiento, etc, es decir, concernientes exclusivamente al comercio.

Tratados económicos (dos específicos –carbón y acero y energía atómica– y otro generalista –comunidad económica) que solamente reconocían derechos y libertades en la sola medida de su idoneidad para lograr un espacio mercantil común³. Una preocupación comunitaria explícita por el medio ambiente habrá de esperar a los años setenta⁴ cuando se observa que políticas ambientales de algún socio (Alemania) distorsionan ese anhelado libre mercado⁵. De estos años a nuestras fechas, varias han sido las modificaciones de este derecho originario al objeto de paliar deficiencias y evolucionar la organización hacia el sentido que ya en 1952 expresara Monnet de convertirla en una “auténtica autoridad política”: democratización de sus instituciones, adaptación a las sucesivas ampliaciones estatales, logro de mayores cotas de bienestar para la ciudadanía, etc. El último esfuerzo, el Tratado de Lisboa de diciembre de 2007 y menguado sucesor del fallido proyecto constitucional de 2004, plantea, de momento, problemas con la no ratificación de Irlanda el 12 de junio de 2008.

Si bien la hoy Unión Europea ha evolucionado mucho con respecto a las tres Comunidades iniciales, esta evolución poco parece haberse trasladado al sector ambiental más allá de palabras, declaraciones ampulosas y un derecho subordinado al omnipresente objetivo económico. Lo que se pretenderá a lo largo de estas líneas es tratar de mostrar por qué una organización que se ha refundado a sí misma durante los últimos quince años y que es plenamente consciente de la preocupante situación ambiental, no sólo de Europa sino mundial, desliza sus políticas en este área de una manera superficial y totalmente supeditada a otros dictados. El hecho es que hoy día existe una gran distancia entre sus declaraciones y sus políticas en una materia en la que, por otro lado, cuenta con extensos poderes⁶.

³ C. LONDON, “Droit communautaire de l’environnement”, en *Revue trimestrielle de droit européen*, nº 1, 2001, p. 139.

⁴ M. VACCA, *La politica comunitaria dell’ambiente e la sua attuazione negli statu membri*, ed. Giuffré, Milán, 1992, p. 9.

⁵ F. LÓPEZ RAMÓN, “Les politiques environnementales espagnoles modernes dans leur contexte”, en *Revue européenne du droit de l’environnement*, nº 3, 2007, p. 277.

⁶ Lo más reciente es el empleo de la vía de las medidas provisionales del art. 243 TCE ante el TJCE por parte de la Comisión. Desde 2006 la Comisión ha empezado a solicitar y el TJCE a conceder medidas provisionales cuando hay riesgo de causar daños irreversibles durante la larga sustanciación del procedimiento judicial (v.gr. Comisión /Italia, auto del TJ de 19.12.06 recaído en el asunto C-503/06R, Comisión/Polonia, auto de 18.4.07 en el asunto C-193/07R o Comisión/Malta, auto de 24 de abril de 2008 en el asunto C-76/08R).

Nos inclinamos a creer que la respuesta fundamental se encuentra en la perduración, más acusada que nunca, de las ideas fundacionales originarias y en el cierre de filas en torno a ellas, que a partir de la crisis de los años iniciales de la década de los noventa y la vertiente económico-financiera de la globalización se produce. La respuesta a crisis y rivalidad de nuevos espacios emergentes con menores costes productivos y sociales conduce, «de facto», a políticas neoliberales que potencian el ya acusado componente capitalista de la Unión, en detrimento no ya de políticas sociales y de solidaridad, sino de la verdadera revolución ambiental que se operaría articulando estructuralmente el espacio europeo sobre el que se cierne. Todavía en nuestros tiempos parece sostenerse que el aumento del bienestar social es la consecuencia del florecimiento económico, como se mantuvo por el Comité de expertos de la CECA en 1956 para defender en concreto la ausencia de políticas sociales⁷. Ésta es la tarea pendiente y el marco que exige es una verdadera política estructural ambiental dimensionada en lo económico a través de un desarrollo que integre en igualdad de planos lo social (humano), lo ambiental (ecológico) y lo económico. Empleando una locución más breve y más conocida, desarrollo sostenible.

Pues bien, la UE trata de enmascarar su origen y lo que entiende una rivalidad con EEUU y nuevas economías emergentes más competitivas financieramente (China, India, Brasil, Corea del Sur, etc.) mediante una deconstrucción de dos conceptos fundamentales, como son el de medio ambiente y el de desarrollo sostenible, que ubican el discurso en unos debates estériles y ajenos a la fuerza transformadora que implican.

Por otra parte, medio ambiente y desarrollo sostenible son dos realidades mutuamente interrelacionadas. El uno es incomprendible sin el otro si lo que se pretende es la construcción de una sociedad durable. Y como de lo que se trata es de favorecer una sociedad sostenible de personas y para las personas, la unión, ambiente y derechos, devendría un requisito irrenunciable.

Siendo conscientes de todo lo anterior, la situación hoy en día es que continúan ausentes del derecho originario europeo esos conceptos provistos de contenidos reales, porque, como se verá, si bien un derecho ciudadano a un medio ambiente no existe en la Carta de derechos de 2000, ni en el proyecto constitucional de 2004, ni en el reciente Tratado de

⁷ E. SAENZ ROYO, "Integración europea y Welfare State. Un camino todavía por recorrer", en AAVV., *Constitución y democracia*, vol. II, ed. UPV, Madrid, 2005, p. 111.

Lisboa, la apelación a un desarrollo sostenible está presente en los tres y en las versiones consolidadas de los tratados vigentes, pero con un significado propio y a medida elaborado por las instancias europeas, las mismas que se han fijado como objetivos, ya en el art. 2 TUE, la promoción del progreso económico y social y un alto nivel de empleo... principalmente mediante la creación de un espacio sin fronteras interiores, el fortalecimiento de la cohesión económica y social y el establecimiento de una unión económica y monetaria. Posiblemente lo mismo que se viene a afirmar con la fórmula de economía social de mercado altamente competitiva del art. 2.3 del Tratado de Lisboa.

La Carta de derechos fundamentales de la UE fue una excelente ocasión perdida para comenzar a dar el salto hacia la redefinición ambiental de la Unión que se impulsara con el Acta Única europea del 86 (art. 130R); sin embargo, una atenta lectura del preámbulo de aquélla ilustra en cuanto a la intensidad de sus contenidos pues los únicos derechos y libertades que cita son “la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales, así como la libertad de establecimiento”, aunque bien es cierto que a lo largo de su articulado recoge otros provenientes de la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa, derechos y libertades compartidos por una Europa relativamente uniforme en este sentido, pero a la que no se vuelve la vista en tendencias más recientes que plasman el concepto de solidaridad y que están accediendo al bagaje constitucional y jurisprudencial de sus Estados miembros en la actualidad⁸. En este sentido, poco nuevo aporta la Carta a los ciudadanos europeos respecto a sus textos constitucionales.

Su art. 37 es el que más se aproxima a estas cuestiones, pero bajo fórmulas caducas e insuficientes, totalmente descontextualizadas del momento histórico en el que se elaboran. Que las políticas de la UE integren y garanticen, con arreglo al principio de desarrollo sostenible, un alto nivel de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad, es una declaración totalmente vacía de contenido a finales del siglo XX y difícilmente sostenible en una Carta de “derechos fundamentales”. De momento, la vía de los derechos parece estar cerrada salvo que, como destaca el párrafo

⁸ Por ejemplo la interpretación del contenido del derecho a la intimidad personal y familiar (art. 8 del Convenio de 1950) que se desprende de la jurisprudencia del TEDH (por todas la STEDH del 16 de noviembre de 2004, asunto Moreno Gómez c. España) y que comienza a ser recibida por las jurisprudencias constitucionales internas. Véase al respecto M^{ra}. ALMODOVAR INIESTA, “Comentario a la STEDH de 16 de noviembre de 2004 (asunto Moreno Gómez c. España)”, en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental* n^o 7, 2005.

5º del preámbulo de la Carta, se reafirmen en el sentido que cobran para la jurisprudencia más actual del TEDH⁹.

Sin embargo, la responsabilidad de una protección y mejora ambientales se traslada al debate sobre el desarrollo sostenible, extrayéndose del marco expreso de los derechos. De este modo se evita la posible interferencia de la ciudadanía europea en este enfrentamiento dialéctico ambiente/modelo económico de la Unión. Difícilmente cabe justificar una Europa de los ciudadanos en un espacio jurídico en el que se recela de la fuerza evolutiva de la misma sociedad.

Ante una declaración del tenor de este art. 37 de la Carta pocas interpretaciones expansivas caben de postulados como el recogido en el considerando 20 del sexto programa ambiental de la UE¹⁰ cuando previene que "la existencia de unos sistemas naturales sanos y equilibrados es esencial para el mantenimiento de la vida en el planeta", declaración, sin embargo, aislada que queda eclipsada y aun contradicha por el contenido del mismo programa. Un ejemplo más de la vacuidad de ciertos enunciados europeos.

La nueva Europa post Maastricht pretendidamente superadora de la inicial Europa de los comerciantes, no se decide a apostar por derechos de transformación. En este ámbito parece no haber despegado la mirada de los derechos de primera y segunda generaciones, individuales y políticos¹¹, con algún guiño a situaciones jurídicas de necesario reconocimiento en la civilización actual: igualdad entre hombres y mujeres, derechos del menor, de los mayores y de los discapacitados. Todos ellos inocuos para con el sistema económico liberal en que descansan¹². Cualquier atisbo de alteración de ese paradigma resulta excluido. Y el reconocimiento de un derecho a un medio ambiente sano (entre otros hoy bajo la categoría de derechos de solidaridad) se concibe como uno de ellos.

De ahí que desde la UE se haya desactivado su potencial de cambio de esta estructura político-económico liberal. Espacio europeo en enfrentada contradicción con el tránsito hacia el estado postsocial de sus Esta-

⁹ L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, "La defensa cruzada de derechos: la protección del medio ambiente en la jurisprudencia del TEDH", en *REDA* n.º 132, 2006, p. 730.

¹⁰ Decisión 1600/2002/CE, de Parlamento y Consejo, del 22 de julio de 2002.

¹¹ Son las deficiencias a las que, entre otros, alude P. PÉREZ TREMPES ("La constitución europea antes y después de Niza", en *Cuadernos de derecho político* n.º 13, 2001, p. 275.

¹² M. A. GARCÍA HERRERA, "Rigidez constitucional y Estado social", en AAVV.: *La experiencia jurisdiccional: del estado legislativo de derecho al estado constitucional de derecho*, coed. CGPJ/Escuela judicial, Madrid, 1998, p. 265.

dos miembros. La estrechez de posibilidades de la economía (social) de mercado y la salvaguarda de la libre competencia europeas son mucho mayores que el abanico que va desde la economía de mercado de nuestro art 38 CE¹³ hasta la programación democrática del 131¹⁴, pasando por la reserva al sector público del 128.2¹⁵. Desactivación, decíamos, que discurre fundamentalmente por tres vías. A una de ellas ya se ha hecho referencia, su no reconocimiento como derecho individual, pero existen otras dos: la elaboración de un concepto de medio ambiente inoperante y la reconducción de éste a una idea peculiar de desarrollo sostenible.

A) Es curioso observar cómo una de las cuestiones más polémicas del conocido como derecho ambiental, la definición de medio ambiente, no ha ocupado ninguna reflexión en el seno de la Unión. Parece ser que se parte de un concepto pacífico y asentado que se importa por la legislación comunitaria. Nada más alejado de la realidad. Precisamente una de las graves deficiencias del derecho ambiental es la ausencia de un concepto pacífico de lo que se deba entender por ambiente. La cuestión no es baladí porque esta indefinición conceptual ha llevado a ciertos actores políticos a servirse de la misma en aras a articular un concepto posible, pero al propio tiempo servil a sus intereses. La Unión no es ajena a esta particularidad y se ha servido y en la actualidad no ha corregido, un macroconcepto de ambiente del que nada escapa. Obviamente un concepto tan extenso es de imposible manejo por el derecho.

La Directiva de impacto ambiental 85/337/CE del Consejo de 27 de junio es la que recoge un concepto descriptivo inalterado hasta la fecha. Abarca al hombre (al ser humano, se sobreentiende), fauna, flora, suelo, agua, aire, clima, paisaje, la interacción entre los factores anteriores, los bienes materiales y el patrimonio cultural (art. 3). Este mismo es ratificado por su modificación mediante Directivas 97/11/CE y 2003/35/CE, siendo la concepción que se mantiene en España en el Real Decreto legislativo 1/2008, del 11 de enero, Texto refundido de la ley de evaluación de impacto ambiental.

Aunque, como se puede apreciar, se trata de una enumeración descriptiva de ámbitos de intervención, la Unión ha identificado la precedente

¹³ "Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio... de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación".

¹⁴ "El Estado podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas... y estimular la más justa distribución de renta y riqueza".

¹⁵ "Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales".

relación con el contenido de un término que bien definido supondría alterar las bases jurídicas de la organización. Ante esta evidencia, se ha procedido a esta asunción conceptual en modo alguno operativa con carácter general, lo que, a su vez, permite evitar plantear debates incómodos sobre objetivos (alta productividad) y medios (economía de mercado). Es decir, una reapertura de las reflexiones en torno a otra relación alternativa entre sociedad, economía, naturaleza.

B) Finalmente, la última vía de desactivación de su fuerza transformadora es también la noción de desarrollo sostenible que se maneja desde las normas europeas. Las diversas e interesadas acepciones de esta locución esconden diversas relaciones de poder y de entender la convivencia entre dos extremos, el ambiente y la economía. Las respuestas a lo anterior han originado una multiplicidad de alternativas que ha llevado a la devaluación del concepto¹⁶. Desde que éste surgiera en el informe Brundland de 1987, pasara a formar parte del acervo comunitario y se sustantivizara a través del V programa de acción en materia ambiental 1992-2000 “Hacia un desarrollo sostenible”, el derecho originario ha ido caracterizándolo de una manera subordinada para con los objetivos de la Unión (entre los que también figura –art 2 TUE–), de modo que el desarrollo sostenible al que aspira es un desarrollo que ella misma configura al margen del consensuado como aquel que satisface las necesidades actuales sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer las suyas. Desde el TUE se trata de un objetivo a la misma altura del progreso económico y social y del logro de un alto nivel de empleo, lo cual demuestra el error de conceptualización del cual se parte, pues de él se tiene que hablar como el marco que, integrando «a fortiori» dimensiones sociales, ambientales y económicas, produce una situación de perdurabilidad. Como se ve, el TUE lo concibe como un objetivo individual aislado de los componentes que reconduce.

El V programa ambiental (coetáneo a la Conferencia de Río y al Tratado de Maastricht) dio paso al actual VI (Decisión 1600/2002/CE, de Parlamento y Consejo del 22 de julio) con vigencia hasta 2012. En su Considerando 6º enumera los requisitos del desarrollo sostenible al que tiende: uso prudente de los recursos naturales, protección del ecosistema mundial, prosperidad económica y desarrollo social equilibrado. Ello habrá de conciliarse con la modificación que el Tratado de Lisboa impone al art. 2.3 TUE que igualmente señala el tipo de desarrollo sostenible europeo.

¹⁶ V. PEPE, *Lo sviluppo sostenibile: tra governo dell'economia e profili costituzionali*, ed. La Tribuna, Piacenza, 2002, p. 22.

Un desarrollo sostenible basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente.

La primera impresión que asalta de la lectura de ambas normas es el fuerte barniz económico que impregna esta idea de desarrollo sostenible, muy próxima a la de crecimiento autosostenido a la que originariamente sustituía y habitual entre los economistas que venían trabajando cuestiones de desarrollo, al objeto de evitar el término ecodesarrollo o desarrollo alternativo que la diplomacia americana se resistía a incluir en la declaración de Cocoyoc de 1974¹⁷. A partir de ahí, la expresión se ha generalizado debido a la fácil confusión entre crecimiento y desarrollo, esto es, entre la manifestación contable del incremento de determinadas magnitudes macroeconómicas y la medición de la producción del mercado integrando cálculos de costes sociales y ambientales¹⁸. Y esta confusión continúa en la actualidad cuando lo basa en los siguientes caracteres:

- crecimiento económico equilibrado,
- estabilidad de precios,
- alta competitividad,
- nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente,

Son elementos que han de darse en el marco de una economía social de mercado.

De la descripción transcrita del Tratado de Lisboa se aprecia una sobredimensión económica frente a los otros dos pilares que deben informar este desarrollo, el social y el ambiental, máxime cuando, como se ha visto, en el seno de la Unión se ha operado una destrucción de un concepto eficaz de medio ambiente. De modo que no sería arriesgado sostener la equivalencia entre desarrollo sostenible y crecimiento económico a la luz de esta modificación en trámite de ratificación por los Estados.

En este sentido, lo que realiza este nuevo Tratado es una concreción de contenidos bajo la expresión, cerrando el anterior debate sobre su significado y alcance, situación que genera un contrasentido en el seno de

¹⁷ J. M. NAREDO, "Sobre el origen, el uso y el contenido del término sostenible", en <http://habitat.aq.upm.es>. Conferencia organizada por el programa de NNUU sobre el medio ambiente y la conferencia de NNUU sobre comercio y desarrollo bajo la presidencia de Barbara Ward.

¹⁸ J. FRIEDMAN, *Empowerment: the politics of alternative development*, ed. Blackwell, Oxford, 1992, p. 98.

la Unión entre la realidad que cobija y la proliferación de agencias y actividades socioambientales, lamentablemente supeditadas a esa definición de objetivos del derecho originario.

RESUMEN

La situación comunitaria de hoy en día por lo que hace al medioambiente es directamente tributaria de los orígenes de las Comunidades europeas. La ausencia, e incluso temor, iniciales a la recepción de esta materia en tratados exclusivamente económicos ha derivado en nuestros días a una situación *de iure* que, acogiendo en su seno esta innegable preocupación social, la aborda supeditada a la concepción económico-social liberal en que se sustenta y que, a la vez, contribuye a perpetuar. Esta realidad tiene su reflejo en el *modus* en que se opera su recepción, que se realizará bajo fórmulas innegablemente filoliberales que ensombrecen, hasta prácticamente erradicar, su verdadero sentido transformador.

PALABRAS CLAVE: Unión Europea, derecho subjetivo medioambiental, desarrollo sostenible, concepto de medio ambiente.

ABSTRACT

The present European situation in relationship with the environment derives directly from the origins of the European Communities. In these first moments Environment matters were not included in the Treaties, which were almost economical, maybe because of afraid. That is reason of the present situation of the regulation, which tries to give an answer to the undeniable social preoccupation about environment. Anyhow, the present regulation is supported (and also supports) by the liberal socioeconomical ideas. This fact affects the way of the inclusion of Environment issue in the Treaties, which have been made under liberal principles that make Environment regulation real power to change almost disappear.

KEY WORDS: European Union, Personal Right to Environment, Sustainable Development, Concept of Environment.