

Alemania: el dilema entre la lucha contra el cambio climático y la protección de la naturaleza

FRANZ REIMER

JULIA ORTEGA BERNARDO

SUMARIO: 1.INTRODUCCIÓN. 2. DERECHO AMBIENTAL GENERAL. 2.1. La Evaluación de impacto ambiental. 2.2. Protección judicial en asuntos medioambientales. 3. LEGISLACIÓN AMBIENTAL DE PROTECCIÓN FRENTE A LAS EMISIONES. 3.1. Prohibición de circulación de vehículos de diésel. 3.2. El nuevo desarrollo reglamentario en Derecho relativo a las emisiones. 3.3. Desarrollos especiales. 4. DERECHO EN MATERIA DE RECURSOS HÍDRICOS. 4.1. Derecho federal. 4.2. Derecho de los Länder. 5. DERECHO DE PROTECCIÓN DE LA NATURALEZA. 5.1. Reformas en la legislación. 5.2. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el control judicial en supuestos de incertidumbre en el conocimiento científico y técnico. 6. LA LEGISLACIÓN SOBRE RESIDUOS O DE ECONOMÍA CIRCULAR. 7. RESULTADOS Y AGENDA POLÍTICA. 8. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Nuevamente, como ya sucediera en pasadas ediciones de esta crónica, resulta necesario desde el principio poner expresamente de manifiesto que las referencias que aquí se realizarán sobre el Derecho vigente de la República Federal de Alemania en materia de protección del medio ambiente parten, como no puede ser de otra forma, de una lectura

atenta a cómo este ordenamiento jurídico se presenta en el momento actual: como un Derecho sometido a un constante proceso de reforma y de continua adaptación a los retos presentes y futuros que la realidad plantea. De hecho, son bastante numerosas las normas ambientales, tanto aprobadas por el Estado federal como por los respectivos Estados miembros (Länder), que están siendo o han sido recientemente objeto de reforma. En algunos casos estas modificaciones normativas se traducen en cambios puntuales, aunque significativos, en otros se trata de reformas que introducen transformaciones generales, e igualmente relevantes. Este fenómeno de constante evolución obliga lógicamente a que tengamos que renunciar a proporcionar un listado completo de los cambios que se están produciendo en la legislación ambiental. Se pondrán de manifiesto, sin pretensión de exhaustividad, simplemente aquellos que afectan a las cuestiones que resultan, a nuestro juicio, más relevantes. Para este propósito, nos centraremos primero en las reformas más trascendentes relativas al Derecho ambiental general (2.) Después se aludirá a diversas modificaciones que afectan a la parte especial del Derecho ambiental. Señaladamente se abordarán de forma sucinta cambios relativos a la legislación contra emisiones (3.), a la legislación en materia de recursos hídricos (4.), a la normativa de conservación de la naturaleza (5.) y, por último, se hará referencia a los cambios que se han producido en el ámbito del Derecho de residuos, de la actualmente llamada economía circular.

2. DERECHO AMBIENTAL GENERAL

2.1. LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

La regulación sobre la Evaluación de impacto ambiental se encuentra actualmente recogida en la Ley Federal de Evaluación de Impacto Ambiental (*Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung*, por sus siglas UVPG). A pesar del título de la ley, restringido a la Evaluación de Impacto Ambiental de Proyectos (EIA), esta norma legal incluye también la Evaluación Ambiental Estratégica (SEA). Esta legislación ha sido objeto de una profunda reforma en 2017 con el objetivo de incorporar las directivas europeas correspondientes (Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente en su redacción dada por la Directiva 2014/52/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014 y la Directiva 2001/42/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la Evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente. Con esa finalidad el legislador federal

aprobó una ley de cobertura en julio de 2017, cuyo artículo primero dispuso la completa regulación de la nueva Ley del EIA Ley para la modernización del Derecho sobre la Evaluación de impacto ambiental (*Gesetz zur Modernisierung des Rechts der Umweltverträglichkeitsprüfung vom 20.7.2017, Art. 1: Artikel 1 Änderung des Gesetzes über die Umweltverträglichkeitsprüfung*).

Desde un enfoque formal, se ha modificado la legislación para disponer de una versión mucho más coherente y estructurada del nuevo texto legal. Así, por ejemplo, en lugar de la numeración de los supuestos sometidos a evaluación, que se preveía de forma un tanto caótica en la anterior redacción de la norma (§§ 1-25 con numerosos añadidos posteriores, por ejemplo, §§ 14a-n para Evaluación Ambiental Estratégica), la nueva redacción legal contiene un nuevo listado más claro y coherente de supuestos (§§ 1- 74).

Desde una perspectiva sustantiva, la novedad de la reforma de la legislación de impacto ambiental presenta varias dimensiones. Por un lado, es importante resaltar la incorporación de disposiciones detalladas sobre el informe que ha de presentar el promotor del proyecto sobre el impacto y los efectos ambientales que resulta previsible causar como consecuencia del mismo ("informe EIA"). Esta nueva regulación es mucho más densa en este punto en comparación con las previsiones que se establecían en la antigua redacción de la ley (antigua versión del § 6 UVPG), especialmente si se atiende a lo relativo a la documentación que el promotor del proyecto tiene ahora que adjuntar, (el § 16 junto con el nuevo Anexo 4 de UVPG contiene especificaciones mucho más minuciosas). Asimismo, también resulta muy novedoso el contenido incorporado en la Sección 28 UVPG, que lleva por nombre "Vigilancia". Esta nueva Sección de la ley versa sobre las funciones y obligaciones inherentes al deber de control y monitorización con respecto a las actividades contaminantes que han sido previamente objeto de la Evaluación de Impacto Ambiental. Estas funciones derivadas del deber de control e inspección anteriormente solo se preveían en la ley, en su versión anterior, con respecto a la Evaluación Ambiental Estratégica (§ 14m UVPG a.F.). A partir de la reforma estas funciones y deberes se contemplan y regulan con respecto a cualquier tipo de evaluación. De modo que "la autoridad competente debe adoptar las medidas de vigilancia adecuadas para verificar el cumplimiento de las obligaciones y prescripciones en relación con el medio ambiente dispuestas en la resolución autorizatoria otorgada" (§ 28 I 1 UVPG en su nueva versión). Como resultado de esta modificación puntual, la actividad administrativa de control e inspección se convierte en una fase más del procedimiento administrativo y pasa a ser una nueva competencia administrativa horizontal en materia de medio ambiente. De este modo la legislación de

evaluación de impacto ambiental la configura como una función transversal, que ha de ejercerse por la Administración en los distintos procedimientos de autorización. Además esta nueva función de la Autoridad administrativa competente en cada caso no está exclusivamente reservada a la atribución de competencias realizada en la legislación de impacto ambiental, sino que se está incorporando poco a poco a todos los sectores del Derecho ambiental alemán. Un ejemplo de cómo la función de control y vigilancia se ha ido integrando recientemente se encuentra en la legislación sectorial de protección de la naturaleza (*Naturschutzrechts*). Dejar constancia de esto lleva, sin duda, también a reconocer que hasta fechas recientes la función de control y vigilancia no había sido completamente integrada a nivel normativo en el Derecho ambiental de Alemania, lo que se explica en la medida que este ordenamiento había optado tradicionalmente y de forma preferente por la adopción de controles preventivos en su legislación de protección ambiental. Este fenómeno permite entender que en estos momentos esta materia resulte ser de interés desde el punto de vista científico y doctrinal.

Otro cambio sustantivo relevante incorporado en esta última reforma de la legislación reguladora de las Evaluaciones ambientales es la introducción de las repercusiones sobre el cambio climático como uno de los factores que han de resultar ser parámetro y objeto de análisis en el momento de llevar a cabo este tipo de Evaluaciones. De hecho, ahora es necesario realizar una ponderación de este factor a la hora de autorizar el respectivo proyecto en cuestión. Así, conforme el Anexo 3, se enumera como un factor más entre los criterios que han de ser tomados en consideración para la evaluación preliminar dentro del proceso de Evaluación de impacto ambiental: "Los riesgos de incidentes, accidentes y desastres relacionados con el proyecto, incluidos los incidentes, accidentes y desastres científicamente probados que tengan consecuencias con respecto al cambio climático". De un tenor parecido resulta ser el Anexo 4 No. 4. En resumidas cuentas, el informe EIA debe proporcionar información sobre "la posibilidad de que el proyecto como tal sea susceptible de incrementar las consecuencias vinculadas al cambio climático (por ejemplo, un mayor riesgo de inundaciones en ese mismo lugar)". Otro ejemplo en este sentido, de integrar explícitamente el factor de la posible repercusión de los proyectos en un incremento de las consecuencias del cambio climático se encuentra también la legislación urbanística. Se halla concretamente previsto en el Código de la Construcción (§ 1, párrafo 5, oración 2, § 1a, Abs. 5 BauGB).

En este sentido hay que tener en cuenta que desde hace años la Coalición de gobierno de demócratacristianos y liberales en Alemania estableció en su Acuerdo de Coalición que la protección del clima sería el

desafío número uno de la política ambiental. El objetivo del gobierno alemán ha sido limitar el calentamiento global a un máximo de 2°C. Para alcanzar este objetivo se deben reducir las emisiones de gases de efecto invernadero en Alemania en un 40% en 2020, en comparación con 1990. Como medio para ello en materia energética se creó un programa de Transición energética, según la cual las fuentes de energía convencionales se reemplazarán de forma sucesiva y constante por energías alternativas. Como es sabido, ello condujo a ampliar los parques eólicos en alta mar, el uso de la biomasa y la utilización de biocombustibles. También se ha tratado de optimizar el uso energético de edificios para lograr menores emisiones de dióxido de carbono, lo que incluye el uso de las energías renovables en el ámbito térmico.

2.2. PROTECCIÓN JUDICIAL EN ASUNTOS MEDIOAMBIENTALES

En el ámbito de la protección judicial en supuestos de infracción de las normas ambientales se han realizado recientemente muchos avances en la República federal.

De todos modos, no hay que olvidarse que son España y Alemania, según los informes de la Comisión, los Estados con el número más elevado de asuntos de incumplimiento pendientes por transposición o aplicación incorrectas de la legislación de la UE. Esto se puede constatar en el Informe anual sobre el control de la aplicación del Derecho de la UE referido al año 2016. Y el sector medioambiental es uno de ellos. En este sentido conviene recordar la relevancia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala segunda), de 15 de octubre de 2015, asunto C-137/14. En ella se resuelve el recurso por incumplimiento de las Directivas de evaluación ambiental, de emisiones y de participación y acceso a la justicia por parte de la República Federal de Alemania. Como es lógico, esta sentencia ha resultado muy controvertida y ha suscitado mucho debate en este Estado. Se trata de una sentencia muy relevante y valiosa, en la que el TJUE se pronuncia respecto a la legitimación y al ámbito de recurso frente a decisiones de las autoridades públicas relacionadas con el medio ambiente. En ella se condena a la República Federal de Alemania. Se considera que su legislación procesal interna incumple el Derecho de la Unión al limitar la anulación de las decisiones por vicios de procedimiento, al supuesto de omisión de la evaluación o del examen previo del impacto medioambiental, y a los supuestos en los que el demandante acredite una relación de causalidad entre el vicio de procedimiento y el resultado de la decisión. El fallo condenatorio también se debe a que finalmente se considera que limita la legitimación activa y el alcance del control jurisdiccional, que se reducía a invocar las objeciones

que ya se hayan formulado dentro del plazo concedido en el procedimiento administrativo que condujo a la adopción de la decisión. Se trata de obligaciones que a Alemania le incumbe cumplir conforme a lo previsto en el artículo 11 de la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, y del artículo 25 de la Directiva 2010/75/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 noviembre de 2010, sobre las emisiones industriales (prevención y control integrados de la contaminación).

Recientemente, el legislador federal como reacción a esta sentencia adoptó en mayo de 2017 (*Gesetz zur Anpassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer Vorschriften an europa- und völkerrechtliche Vorgaben* vom 29.5.2017), una nueva regulación. Se modificaron tanto el art. 10, frase 5, de la legislación sobre control de emisiones industriales, como la legislación de recursos ambientales, - *Gesetz über ergänzende Vorschriften zu Rechtsbehelfen in Umweltangelegenheiten nach der EG-Richtlinie 2003/35/EG (Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz – UmwRG)*.

Muy significativo también en este sentido es la incorporación por el legislador federal de una cláusula que, conforme a lo declarado e interpretado por el STSJUE en la sentencia de 10 de octubre de 2015, prevé reglas procesales específicas, como la posibilidad de inadmitir motivos de impugnación presentados de forma abusiva o de mala fe, siempre que constituyan mecanismos apropiados para asegurar la eficacia del proceso jurisdiccional. Tal cláusula debe, a nuestro juicio, interpretarse de manera restringida a la vista de la doctrina científica en la medida que se trata de restringir el acceso a la justicia atendiendo a un elemento subjetivo cuya concurrencia ha de ser probada en todo caso. Asimismo la legislación reciente también ha reforzado la protección del medio ambiente en Alemania a través de una modificación legal que ha introducido la reclamación en la vía de procedimiento civil a fin de proporcionar a los consumidores una protección legal efectiva contra un daño medioambiental que se haya producido en masa (tipo *class action*), como el que se produjo tras el escándalo del diésel.

Por último, hay que tener en cuenta en relación con el alcance del control judicial ordinario en materia de medio ambiente la sentencia del Tribunal Constitucional, a la que se hace referencia infra 5.2, que aunque dictada en el ámbito de la legislación de protección ambiental, tiene una trascendencia que excede, sin duda, de dicho sector, y que ha de ser tomada

en consideración en cualquier litigio en el que se reproduzca el mismo tipo de problema.

3. LEGISLACIÓN AMBIENTAL DE PROTECCIÓN FRENTE A LAS EMISIONES

3.1. PROHIBICIÓN DE CIRCULACIÓN DE VEHÍCULOS DE DIÉSEL

Una de las cuestiones más singulares y acuciantes de los últimos tiempos en Derecho alemán medioambiental ha sido la prohibición de vehículos de diésel impuesta por algunos tribunales contencioso-administrativos. Estas decisiones se han adoptado a la vista de la superación en diferentes momentos de los valores límite de óxidos de nitrógeno de la Directiva de calidad del aire 2008/50/CE, de 21 de mayo, en los centros de las grandes ciudades alemanas. La base legal para tales prohibiciones viene establecida en el § 40 (1) frase 1 de la Ley Federal de Control de emisiones (BImSchG). Conforme a esta previsión legal resulta admisible disponer restricciones de tráfico "de acuerdo con las normas de circulación" en ciertos casos (en particular sobre la base de un plan de control de contaminación del aire según el § 47 BImSchG). A este respecto el Tribunal Administrativo Federal ha pronunciado en la misma fecha, el 27 de febrero de 2018, dos sentencias (BVerwG, Urt. vom 27.2.2018 – 7 C 30/17 (VG Stuttgart), NJW 2018, 883 ff., und Urt. vom 27.2.2018 – 7 C 26/16 (VG Düsseldorf), NJW 2018, 890 ff.), ambas referidas asimismo a dos casos paralelos, sucedidos en Stuttgart y Dusseldorf, en las que ha declarado que las prohibiciones de conducir determinados vehículos están de por sí totalmente fuera de discusión, pero se encuentran al mismo tiempo y en todo caso sujetas al principio de proporcionalidad.

Estos fallos judiciales han causado un gran revuelo. Se calcula que, si se empiezan a contar con precisión los supuestos en los que realmente se ha producido superación de los límites de emisión es probable que más de 110 ciudades alemanas se encontrasen afectadas por tales medidas. En un solo caso, en el de la ciudad de Frankfurt am Mein, la adopción por parte de las Autoridades públicas de la ciudad una prohibición de circulación ha resultado anulada judicialmente en primera instancia (Sentencia del Tribunal contencioso-administrativo de Hessen de 17.12.2018, 9 A 2037/18.Z), y se encuentra aún en vía de recurso. Hay que tener en cuenta que precisamente el recurso se ha admitido porque se trataría de una prohibición de circulación basada en una delimitación zonal (en oposición a las simples prohibiciones de conducción relacionadas con un tramo o

trayecto), lo que, a juicio de la jurisprudencia, podría ser considerado como desproporcionado.

En toda esta situación problemática en relación con la circulación de vehículos de diesel ha de mencionarse que está sobradamente probado que en la práctica a menudo las situaciones de contaminación por conducción de vehículos solo exceden ligeramente la previsión recogida en el art. 13 sec. 2 de la Directiva de calidad del aire - el valor límite permitido de NO₂ es de 40 µg / m³ -. Por ello el Gobierno Federal está barajando la presentación de un proyecto de ley que regule un cambio en la legislación en este sentido - *Entwurf eines Dreizehnten Gesetzes zur Änderung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes, BT-Drs. 19/6335 vom 07.12.2018* -; de manera que la adopción e imposición de las prohibiciones de conducción no resulten contrarias al principio de proporcionalidad, y se acepten y resulten admisibles solo para aquellos supuestos en los que se superan en exceso ciertos límites.

La posible aprobación de esta nueva regulación, como ha quedado constancia en el debate parlamentario, está siendo muy controvertida, especialmente en lo que atañe a lo que haya de considerarse como cumplimiento preciso de la directiva. A día de hoy la polémica sigue abierta y todavía no se conoce con certeza lo que un futuro próximo deparará a esta propuesta.

Por otro lado, son numerosas las medidas adoptadas por los municipios, en parte con fondos federales, en parte con financiación de los Länder, que promueven el uso de medios de transporte público o que fomentan la movilidad mediante vehículos eléctricos, así como otras formas de movilidad ecológica. A pesar de estos impulsos por parte de las Administraciones locales, lo cierto es que por ahora no es previsible que tengan un éxito muy grande, al menos a corto plazo, sobre todo, si se tiene en cuenta que el uso del automóvil está muy interiorizado en este Estado. Es claramente un elemento más de la forma de vida, de la cultura y de la mentalidad alemana.

3.2. EL NUEVO DESARROLLO REGLAMENTARIO EN DERECHO RELATIVO A LAS EMISIONES

Desde hace algún tiempo no hace más que crecer el número de reglamentos de desarrollo de la Legislación federal en materia de emisiones - *Bundes-Immissionsschutzgesetz* -.

Así, el 12 de julio de 2017, el Ministerio de Medio Ambiente adoptó el Reglamento para el desarrollo de la Ley Federal de Control de Inmisiones (Reglamento sobre Sistemas de Enfriamiento por Evaporación,

Torres de Enfriamiento y Separadores Húmedos - 42a. BImSchV), cuyo objetivo es remediar las enfermedades de legionella, que se han cobrado varias muertes en Alemania.

Un año después, se aprobó otro reglamento de ejecución de la Ley Federal de emisiones, que establece las determinaciones nacionales para limitar las emisiones de Ciertos Contaminantes del Aire – (BImSchV). Esta última norma sirve para transponer la Directiva (UE) 2016/2284, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2016, relativa a la reducción de las emisiones nacionales de determinados contaminantes atmosféricos, por la que se modifica la Directiva 2003/35/CE y se deroga la Directiva 2001/81/CE, y contiene, entre otras previsiones la obligación del Gobierno Federal de elaborar un programa nacional de control de la contaminación del aire.

Por otro lado, un proyecto del Ministerio Federal de Medio Ambiente plantea la necesidad introducir el Reglamento sobre los hornos de tamaño mediano y para modificar la regulación por vía reglamentaria existente sobre las plantas de combustión pequeñas y medianas. Esta regulación sobre las instalaciones de combustión de tamaño mediano, si se aprueba en un futuro, se convertiría en la 44ª versión de este reglamento y serviría al mismo tiempo para transponer la Directiva (UE) 2015/2193 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, sobre la limitación de las emisiones a la atmósfera de determinados agentes contaminantes procedentes de las instalaciones de combustión medianas.

3.3. DESARROLLOS ESPECIALES

Las decisiones esenciales del Derecho ambiental alemán se adoptan con frecuencia por medio de normas infralegales. Esta práctica seguiría los postulados de la llamada teoría de la esencialidad inversa, que sería precisamente un enunciado para denominar de forma irónica la opción normativa que se adopta sentido contrario a la que se ha propugnado tradicionalmente con la defensa de la teoría constitucional de la esencialidad. Como es sabido, conforme a esta última, las cuestiones esenciales en la vida social y económica de la comunidad estatal deberían ser adoptadas por medio de la ley parlamentaria, no en normas reglamentarias de desarrollo y ejecución de la ley. Sin embargo, la práctica normativa alemana de los últimos años pone de manifiesto que cuestiones importantes no sólo se deciden a través de reglamentos de ejecución de la legislación, sino también a través de reglamentos internos, extremadamente técnicos. Así es en el caso, por ejemplo, de las Instrucciones Técnicas para la Protección contra el Ruido - TA Lärm) que, fechadas en 1998, deben ser

actualizadas conforme un acuerdo que ya ha sido adoptado por las fuerzas políticas.

Otra novedad normativa, aprobada en enero de 2018, es el Reglamento de reducción de emisiones (*Verordnung zur Anrechnung von Upstream-Emissionsminderungen auf die Treibhausgasquote 22.1.2018*, UERV), que transpone la Directiva (UE) 2015/652 del Consejo, de 20 de abril de 2015, por la que se establecen métodos de cálculo y requisitos de notificación de conformidad con la Directiva 98/70/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la calidad de la gasolina y el gasoil. Con esta nueva regulación se pretenden reforzar los objetivos de reducción de gases de efecto invernadero por medio de la disminución del empleo de ciertos combustibles (§ 37a BImSchG). La finalidad es proporcionar incentivos para un menor uso de estos combustibles y una mayor reducción de los gases de efecto invernadero en el ciclo de vida de la producción, por ejemplo, en el proceso de refinación durante la quema.

Como puede fácilmente constatarse la tradicional legislación de control de emisiones y la moderna legislación de protección del clima están estrechamente vinculadas.

4. DERECHO EN MATERIA DE RECURSOS HÍDRICOS

4.1. DERECHO FEDERAL

En el centro de la ley alemana de protección de recursos hídricos se encuentra la ley sobre la organización del presupuesto del agua de 31 de julio de 2009 (*Wasserhaushaltsgesetz - WHG*). Fue modificada por última vez en julio de 2017 por una ley sobre lixiviados de vertidos - *Gesetz zur Einführung einer wasserrechtlichen Genehmigung für Behandlungsanlagen für Deponiesickerwasser, zur Änderung der Vorschriften zur Eignungsfeststellung für Anlagen zum Lagern, oder Umschlagen wassergefährdender Stoffe und zur Änderung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes v. 18.7.2017* – a fin de cumplir con los requisitos de la Directiva de Emisiones Industriales y en diciembre de 2018 por la Ley de reducción de la geotecnología marina. Esta última norma supone una intervención en una actividad económica que se desarrolla en el medio marino y que influye decisivamente en los procesos naturales, al comportar efectos adversos sobre el medio ambiente, la salud humana, y en particular supone una restricción para combatir el cambio climático antropogénico. Se suma a todo ello que la reglamentación sobre el agua potable fue modificada por el Reglamento sobre la reestructuración de la legislación sobre el agua potable. La razón es su necesaria adaptación a la Directiva

(UE) 2015/1787 de la Comisión, de 6 de octubre de 2015, por la que se modifican los anexos II y III de la Directiva 98/83/CE del Consejo, relativa a la calidad de las aguas destinadas al consumo humano.

4.2. DERECHO DE LOS LÄNDER

A pesar de la gran importancia del Derecho europeo en materia de protección de recursos hídricos y de la legislación federal en este ámbito, no se debe olvidar que los Estados alemanes tienen siempre un margen para regular sobre este sector. Trece de los dieciséis estados federales han hecho uso de esta función normativa en la medida que el parlamento federal no ha agotado su competencia en esta materia conforme a lo previsto en la Constitución alemana. En este sentido hay que recordar que conforme a la Constitución el reparto de competencias en este ámbito se reconduce a la fórmula de competencia concurrente (Artículo 74 (1) n° 32 GG). Así, los Länder en ejercicio de su competencia normativa sobre la base de la competencia restante (Artículo 72 (1) SA 2 GG) pueden introducir un impuesto que se devenga cuando se produce la toma o extracción de agua ("*water cent*").

Incluso después de que el Tribunal Constitucional Federal haya confirmado repetidamente en numerosas sentencias – así BVerfG, Beschluss v. 7.11.1995 – 2 BvR 413/88 u.a., BVerfGE 93, 319 ff. (zu Baden-Württemberg und Hessen); Beschluss v. 18.12.2002 – 2 BvR 591/95, NVwZ 2003, 467 ff. (zu Schleswig-Holstein); Beschluss v. 20.1.2010 – 1 BvR 1801/07 u.a., NVwZ 2010, 831 ff. (zu Niedersachsen) - la constitucionalidad de tales impuestos territoriales que gravan la toma de agua, siempre aparecen nuevas cuestiones jurídicas que ponen en duda si se trata de gravámenes que han de tener relevancia federal.

Por otro lado, en dos sentencias judiciales, el Tribunal Federal competente en materia contencioso-administrativa (BVerwG, Urt. v. 16.11.2017 – 9 C 15/16, BVerwGE 160, 334, BVerwG, Urt. v. 16.11.2017 – 9 C 16/16 = BVerwGE 160, 354, Leitsatz 1) ha tenido que pronunciarse sobre conflictos jurídicos que han tenido lugar en el Estado de Renania del Norte-Westfalia (en el territorio de este *Land* la minería plantea específicos problemas, especialmente con respecto a la eliminación de las aguas residuales procedentes de la explotación minera). Según el Tribunal Federal, resulta conforme con la Constitución que el legislador del Land (*Wasserentnahmeentgeltgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen von 27. 1. 2004*) pueda considerar el tratamiento y la gestión de las aguas residuales (en realidad tóxicas) como actividad generadora de una utilidad especial susceptible de ser gravada y por lo tanto, haya establecido respecto a ella la recaudación de un tributo. También existe la posibilidad de considerar

como generadora de utilidad especial el usar el agua procedente de una cantera privada para reutilizarla en operaciones de lavado de minera e imponer, de este modo, el correspondiente tributo.

5. DERECHO DE PROTECCIÓN DE LA NATURALEZA

5.1. REFORMAS EN LA LEGISLACIÓN

La codificación federal de la legislación en el ámbito de la conservación de la naturaleza de 29 de julio de 2009, (*Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege, Bundesnaturschutzgesetz – el BnatSchG*), se modificó recientemente, en septiembre de 2017. Fundamentalmente la modificación legislativa buscaba traducir normativamente, llevar a cabo la positivización de la jurisprudencia recaída en lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo Federal sobre la prohibición de matar especies conforme a lo previsto en el § 44 BNatSchG. Según esta disposición está prohibido "reproducir, atrapar, herir o matar animales silvestres de las especies especialmente protegidas o eliminar, dañar o destruir sus formas de desarrollo en plena naturaleza" (§ 44 párr. 1 No. 1 BNatSchG). El trasfondo del asunto pone de manifiesto un problema que se ha agravado enormemente con La Transición energética que ha comenzado y está teniendo lugar en Alemania, y, específicamente, se traduce en un problema relacionado con la expansión de la energía eólica en tierra. El asunto problemático tiene que ver con la mortandad que causan de los parques eólicos de todo el mundo, que en ciertos casos se revela como el impacto más negativo que causan los aerogeneradores, que son, como es sabido, contruidos e instalados como máquinas que de forma muy eficiente producen cantidades inigualables de energía renovable. Se ha comprobado que muy a menudo los aerogeneradores causan miles de muertes de aves. Con las aspas de los molinos eólicos chocan con frecuencia murciélagos, pero una de las especies en Alemania sufre más el impacto de los aerogeneradores es la de los milanos reales (*milvus milvus*). Se trata de una especie animal que está especialmente protegida por la legislación de conservación de la naturaleza de la Unión Europea. El debate se ha abierto en la República Federal Alemana en relación con esta cuestión. Ante los índices de elevada mortandad que presentan los datos relativos a esta especie – en un gran porcentaje causada, insistimos, por la actividad de los aerogeneradores eólicos -, se plantea la necesidad de adoptar medidas tecnológicas que pongan fin a este problema. También se plantea el interrogante de si mientras tales medidas se implantan, realmente es admisible seguir otorgando autorizaciones para la instalación de parques eólicos. Hay que tener en cuenta que los estudios previos sobre el impacto

en la avifauna se exigen en la mayoría de los países y también en Alemania como información de especial interés y con gran peso en la concesión o no de la autorización ambiental para instalar un parque eólico.

El otorgamiento de estas autorizaciones está en manos de la Administración. La autoridad administrativa correspondiente ha de llevar a cabo al decidir un juicio de ponderación en el que valore el riesgo al que cabe someter a las aves. Este juicio de ponderación está sometido claramente al control judicial. En este punto la jurisprudencia administrativa alemana se ha ido decantando hacia una interpretación según la cual se entiende que el § 44 BNatSchG ha de aplicarse en un sentido lato, extensible tanto a las situaciones de eliminación o muerte de individuos de una especie animal, como a los supuestos en los que se les coloca en situación en la que se produce un aumento significativo de ese riesgo. A la vista de ello el legislador federal ha introducido una cláusula nueva en el tenor literal del texto del artículo 44 de la Ley de protección de la naturaleza. De acuerdo con la misma no se produce una infracción de la prohibición de matar y herir a individuos de una especie animal si "no se aumenta significativamente el riesgo de matar y lesionar individuos de las especies afectadas siempre que ese riesgo no se pueda evitar aplicando las medidas de protección apropiadas y técnicamente reconocidas". Para poder entender esta cláusula en su contexto hay que tener en cuenta que desde el punto de vista tecnológico se está estudiando desde hace tiempo la instalación de dispositivos para evitar estos daños a la fauna. Se trata de aparatos que insertados en los molinos de viento son capaces de detectar la presencia de aves y su trayectoria, con el fin de detener o frenar la velocidad las palas de los aerogeneradores para evitar causar daño a las aves. Se trata en algunos casos de aparatos que disponen de una cámara de televisión, que puede detectar a las aves a unos 750 metros del molino, de modo que con ello se logra un margen de tiempo para reducir la velocidad a la que se mueven las aspas del aerogenerador. Se ha comprobado de esta forma que, si desde 14 revoluciones por minuto se reduce a 3 revoluciones, el riesgo de dañar al ave es mucho menor.

5.2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL SOBRE EL CONTROL JUDICIAL EN SUPUESTOS DE INCERTIDUMBRE EN EL CONOCIMIENTO CIENTÍFICO Y TÉCNICO

Al margen de la reforma legislativa del § 44 BNatSchG, surgió un problema en la aplicación de la norma. La cuestión es que se parte de que no hay estudios ornitológicos que aporten una certeza suficiente sobre la relación de causalidad entre las máquinas de aerogeneradores y las muertes de aves. Esto puede decirse incluso en la actualidad en relación con la

situación del milano real. En una situación de incertidumbre como ésta, resulta discutible si la Administración competente para la autorización del parque eólico o, en su caso, la Administración con competencias en materia de conservación de la naturaleza, que ha de pronunciarse durante la tramitación del procedimiento de otorgamiento de la autorización de un parque eólico, ha de ejercer su discrecionalidad. En otras palabras, la cuestión que hay que dilucidar es si se confiere a la Administración competente un margen de libertad en la adopción de la decisión relativa a esta cuestión del que no quepa realizar un ulterior control judicial. De acuerdo con la protección constitucional que se dispensa a la tutela judicial efectiva conforme al art. 19 (4) de la Constitución alemana (*Grundgesetz*), se requeriría una autorización legislativa explícita o al menos implícita para que la Administración ejerciera ese poder. Desde el punto de vista jurídico-constitucional resulta entonces, conforme al ordenamiento alemán, inadmisibles que ella misma se la autootorgase o que la jurisdicción contencioso-administrativa se impusiera a sí misma un control limitado de la decisión administrativa en cuestión.

En una decisión especialmente significativa de 23 de octubre de 2018 el Tribunal Federal Constitucional (BVerfG, Beschl. des Ersten Senats v. 23.10.2018, NJW 2019), declaró que en situaciones de incertidumbre o insuficiencia de conocimientos ambientales (como en el caso del riesgo de muerte de milanos reales por las aspas de los aerogeneradores de los parques eólicos) está justificada la eliminación de un pleno control judicial, en la medida que este tipo de control encuentra límites en la propia función que se ejerce: "se agota el control judicial en la medida que se ha hecho lo posible por alcanzar claridad en los límites del conocimiento científico y técnico en materia de protección natural, el artículo 19 (4), oración 1 GG no requiere que el tribunal lleve a cabo investigaciones adicionales, sino que le permite adoptar su decisión con base en la ponderación que la Autoridad técnica haya realizado en la medida que resulte plausible encontrar el fundamento de esta última en las razones argüidas por los expertos. La restricción de control judicial no se deriva de una prerrogativa que proceda de la discrecionalidad otorgada a la administración pero tampoco requiere de una autorización legal específica". Sin embargo, el Tribunal Constitucional en la referida sentencia enuncia también otra directriz. Realiza una advertencia al legislador mientras se mantenga la situación de vacío o incertidumbre en el conocimiento técnico y científico. Aclara que el poder normativo tampoco es enteramente libre para atribuir sin más condicionamientos la competencia para decidir en esos asuntos. Afirma que en aquellos ámbitos que resultan relevantes por su incidencia en los derechos fundamentales no se puede atribuir potestades decisorias sin aportar al mismo tiempo ciertos parámetros para la adopción de la

decisión, sobre todo cuando se trata de cuestiones con efectos a largo plazo que inciden en el conocimiento científico y técnico, por ello la atribución de la competencia o del poder de decisión debe realizarse estableciendo al menos unos parámetros normativos infralegales que sirvan para enmarcar y adoptar las decisiones administrativas en este ámbito.

6. LA LEGISLACIÓN SOBRE RESIDUOS O DE ECONOMÍA CIRCULAR

Mientras que la regulación central en materia de Derecho de residuos o economía circular no se ha modificado recientemente en Alemania (*Kreislaufwirtschafts- bzw. Abfallrechts, das Kreislaufwirtschaftsgesetz, Gesetz zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der umweltverträglichen Bewirtschaftung von Abfällen (Kreislaufwirtschaftsgesetz – KrWG)* v. 24.2.2012, BGBl. I S. 212 -, sí lo ha hecho la regulación de desarrollo de la misma. Así se ha aprobado un nuevo reglamento de envases y residuos, que sustituye al anterior – que como se sabe tuvo una influencia decisiva en la primera legislación de envases y residuos de envases española. Esta nueva regulación de envases no presenta desde una perspectiva material ninguna novedad sustancial puesto que sigue implantando un sistema dual de gestión de envases y residuos de envases – el sistema de retorno tradicional y el sistema del punto verde -. Asimismo la regulación de lodos y aguas residuales de 1992 se ha modificado (*Verordnung über die Verwertung von Klärschlamm, Klärschlammgemisch und Klärschlammkompost, AbfKlärV*) = *Art. 1 der Verordnung zur Neuordnung der Klärschlammverwertung* vom 27.9.2017 para aumentar los requisitos para la utilización de este tipo de residuos. También en esta regulación se realizan especificaciones exhaustivas en relación con la gestión del fósforo, que hasta ahora ha sido un recurso mal regulado con muy diversos campos de aplicación.

7. RESULTADOS Y AGENDA POLÍTICA

La política ambiental alemana se encuentra en un dilema difícil al tener que cumplir las ambiciosas determinaciones, tanto propias como externas, en materia de protección del clima, por una parte, y tener que satisfacer al mismo tiempo los requisitos para la protección del paisaje, la biodiversidad y otros bienes ecológicos, por otro. Cómo se resolverá esta tensión es algo que todavía no se conoce. El Gobierno federal está fundamentando su política ambiental en la actual legislatura sobre un

acuerdo de coalición dirigido a satisfacer concretos objetivos de planificación y seguridad jurídica para las empresas que sirvan asimismo para facilitar el ejercicio de sus actividades con procedimientos de aprobación más rápidos y sencillos. Las metas propuestas resultarán alcanzables en la medida que, previamente el Derecho alemán ejecute el Derecho europeo, en especial, las previsiones que conforman el contenido obligatorio de las Directivas ambientales correspondientes. Desde una perspectiva ambiental, el Acuerdo gubernativo de Coalición presenta cuatro áreas relevantes: protección del clima, en particular ahora también medidas sobre la extracción de carbón, protección de la biodiversidad y fin de la etapa de supresión de la energía nuclear. El contenido del acuerdo se desglosa asimismo en varios apartados. En el primerio de ellos se contiene el compromiso dirigido a que el Estado alemán siga siendo pionero en la protección del clima. Para ello se intentará reforzar ese compromiso tanto a nivel estatal como europeo a fin de alcanzar los objetivos climáticos internacionales para 2020, 2030 y 2050. Asimismo se pretende reducir la brecha en la disminución de los efectos del cambio climático para 2020 e introducir nuevos objetivos climáticos para 2030. Igualmente se quiere reforzar el compromiso con las regiones más afectadas para establecer con ellas un programa de acción conjunta con la Comisión europea a fin de alcanzar el objetivo del 40% de reducción en la generación de energía a base de carbón y con ello asegurar el cambio energético estructural necesario. En tercer lugar, con el referido Acuerdo de Coalición se quiere preservar el medio ambiente para cumplir con las generaciones futuras por medio de la realización de acciones que sirvan para proteger y promover la diversidad. De esta forma se adopta un compromiso efectivo contra la extinción de insectos y se realizan iniciativas para evitar la generación y eliminación de basuras a fin de mantener el aire limpio y reforzar la protección del agua, el suelo y los océanos. Por último, se vuelve hacer alusión al firme compromiso de abandono de la energía nuclear. En relación con esta cuestión el Acuerdo de la Coalición pone de manifiesto que no hay fondos de la Unión Europea para nuevas centrales nucleares y se hace referencia asimismo al compromiso de poner fin a toda la financiación con cargo a los fondos públicos del Estado alemán con respecto al funcionamiento de centrales nucleares en el extranjero.

Parece evidente que la política ambiental alemana sigue caracterizándose por enunciar grandes compromisos, pero también hace gala de cierto grado de desorientación. De hecho los continuos cambios de la legislación ambiental alemana ponen de manifiesto cierto desconcierto y creciente disparidad debido a los continuos cambios, - que no solo se

derivan de las determinaciones que constantemente se renuevan por acción de la legislación de la Unión europea.

8. BIBLIOGRAFÍA

REHBINDER, Eckhard; SCHINK, Alexander (Hrsg.), (2018). *Grundzüge des Umweltrechts*, 5ª Ed.

KOCH, Hans-Joachim; HOFMANN, Ekkehard; REESE, Moritz (Hrsg.), (2018). *Handbuch weltrecht*, 5ª Ed.

Koalitionsvertrag

PETERS/BALLA/HESSELBARTH, Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (Nomos-Kommentar), 4ª Ed. 2019.

SALZWEDEL, Jürgen (2006). *Schutz natürlicher Lebensgrundlagen*, in: ISENSEE/KIRCHHOF (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. IV, 3ª Ed., § 97 Rn. 20.

SCHLACKE, Sabine (anteriormente: ERBGUTH/SCHLACKE), (2019). *Umweltrecht*, 7ª Ed.

(2017) Die Novelle des UmwRG 2017, NVwZ, 905 ff.

SCHÜTTE, Peter; WINKLER, Martin (2017). *Aktuelle Entwicklungen im Bundesumweltrecht*, Zeitschrift für Umweltrecht.

WILL, Martin (2019). *Neues zu den sog. Diesel-Fahrverboten*, Neue Zeitschrift Verkehrsrecht.