

PERSPECTIVA JURÍDICA DEL PRINCIPIO QUIEN CONTAMINA PAGA

Tania García López*

Universidad Anáhuac de Xalapa

1. Origen y evolución del principio *quien contamina paga*

1.1. Orígenes

En el año de 1974, los Estados miembros de La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante OCDE) adoptaron una recomendación conocida como el principio de *quien contamina paga*¹.

Dicho principio, nacido en el ámbito de las ciencias económicas busca traspasar el coste de las llamadas externalidades negativas², que en principio soporta la colectividad en su conjunto, a los agentes potencialmente contaminadores.

De este modo, nace con un contenido claramente económico y, poco a poco se juridifica, apareciendo hoy en normas de derecho positivo.

Lo que persigue es reflejar en el precio de las actividades y productos contaminantes las deseconomías externas causadas por el deterioro del ambiente³.

La prosperidad y el bienestar no consisten solamente en los resultados económicos medidos con los indicadores convencionales, sino también en factores tales como el aire que respiramos y la salubridad del medio ambiente que nos rodea⁴.

* Profesora y Directora de la Escuela de Derecho de la Universidad Anáhuac de Xalapa, Veracruz, Mexico.

¹ OCDE, París, 14 de noviembre de 1974. Vid., OCDE, C(74) 223, 21 de noviembre de 1974, 14 ILM, 234, 1975 (V de la T).

² AYRES Y KNEESE, "Producción, Consumo y Externalidades", en, *Economía del Medio Ambiente*, Instituto de Estudios Fiscales, Ed. J.A. Gallego Gredilla, Madrid, 1974, p.74.

³ Cfr., HERNÁNDEZ BERASALUCE, LUÍS, *Economía y Mercado del Medio Ambiente*, Ediciones Mundi-Prensa, Madrid, 1997, p.25.

⁴ En este sentido, PROVENCIO, ENRIQUE, "El desarrollo en los noventa: posibles implicaciones ambientales", en, *Desarrollo Sustentable. Hacia una política ambiental*, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, 1993, pp.61 y ss.

Hasta hace relativamente poco tiempo se partía del supuesto de que estos elementos no faltarían, sin embargo, a medida que el desarrollo se hace más intensivo, aumenta la degradación del entorno y los recursos naturales comienzan a considerarse bienes económicos, y a la vez jurídicos (durante mucho tiempo se hablaba de ellos como *res nullius* que adquirirían su juridicidad en el momento en que se convertían en objeto de apropiación por parte de personas individuales⁵).

Hoy en día queda muy claro que una cosa es crecimiento y otra muy distinta desarrollo. Una economía puede crecer, tomando en cuenta alguno de los indicadores frecuentemente usados; mas ello puede acontecer con un gran coste social y ecológico ⁶. Por eso, en el actual contexto mundial se debe entender por desarrollo aquel proceso que, además de potenciar los recursos de un país o de una región, satisfaga los objetivos de incrementar la economía, elevar la calidad de vida de la población y respetar el equilibrio de los ecosistemas, contribuyendo en la medida de lo posible a reparar los daños ya causados.

Así, los costes que se pretenden internalizar, basándose en el principio analizado, son aquellos provenientes de la prevención de la contaminación, de manera que ella ya no ocurra, y comprenden, también, los provenientes del control de la actividad potencialmente contaminante; es decir, se deberán asumir por el contaminador los costos tanto en la etapa de prevención como en la de control.

Ocurre una externalidad⁷ cuando la producción o el consumo por parte de una empresa o consumidor afecta directamente el bienestar de otra empresa u otro consumidor, donde "directamente" significa que el efecto no está mediado por ningún mercado, de modo que no tiene un precio marcado⁸.

⁵ MADDALENA, PAOLO, "Las Transformaciones del Derecho a la Luz del Problema Ambiental: Aspectos Generales", en, *Derecho Ambiental, Revista del Derecho Industrial*, año 14, mayo - agosto 1992, nº 41, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1992, p.365.

⁶ DARÍO BERGEL, SALVADOR, op. cit., p.305.

⁷ HERMANN E. DALY Y JOHN B. COBB, JR., *Para el Bien Común, Reorientando la Economía hacia la Comunidad, el Ambiente y un Futuro Sostenible*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p. 56.

⁸ Cfr., *OECD.Taxation and the Environment. Complementary Policies*, France, 1993, p.17.

Según Pearce⁹, la esencia de una externalidad es que involucra:

- a) una interdependencia entre dos o más agentes económicos; y
- b) el hecho de que no se fija ningún precio a tal interdependencia.“

Habitualmente estas externalidades son de carácter negativo¹⁰ y tan solo en contadas ocasiones se producen las de carácter positivo.

Como ejemplo de externalidad nos señala Hernández Berasaluce¹¹: “la acción de contaminar un río es una externalidad negativa que produce el contaminador sobre los usuarios o vecinos del río. Se les produce un perjuicio por la acción de otro agente. El caso contrario, de externalidad positiva, se produciría cuando en la implantación de una actividad de ecoturismo se regenera un espacio natural”.

La diferencia que existe entre una situación con contaminación y otra sin contaminación es el valor de la externalidad, que en la mayoría de las ocasiones no la cubre totalmente el agente contaminador sino la sociedad en su conjunto.

Es decir, se puede sostener que los precios de mercado son menores que el verdadero valor social¹² porque no se incluyen en los precios de los recursos los costes sociales de la contaminación.

Un mecanismo de precios que incluyese esos costes provocaría que a medida que un recurso se volviese escaso, aumentase su precio; en primer lugar, al aumentar los precios se reduciría la demanda; además, el recurso sería menos atractivo en comparación con sus sustitutos, y sería más atractiva la recuperación de los desechos, con lo cual aumentaría el reciclaje.

El concepto de externalidad tiene una larga tradición en economía. El primero en formularlo fue Marshall¹³ quien puso de relieve la idea de las

⁹ PEARCE, DAVID W., *Economía Ambiental*, Fondo de Cultura Económica, México, 1985, p. 39.

¹⁰ Cfr., SAMUELSON, P.A.; D. NORDHAUS, WILLIAM, *Economía*, Decimotercera edición, Edit. McGraw-Hill, México, 1992, pp. 893-895.

¹¹ HERNÁNDEZ BERASALUCE, LUÍS, *Economía y Mercado del Medio Ambiente*, op. cit., pp. 25 y ss.

¹² Vid., GUTMAN, PABLO, “La Economía y la formación ambiental”, en, LEFF, ENRIQUE (comp), *Ciencias Sociales y Formación Ambiental*, Edit. Gedisa, Barcelona, 1994, p.130.

¹³ MARSHALL, A., *Principles of Economics*, Macmillan, Londres, 1890.

externalidades positivas que conllevaba el desarrollo industrial. Más adelante Pigou¹⁴ señala que también se pueden producir externalidades negativas.

La contaminación desde la óptica económica, es una externalidad negativa que generan determinados procesos de producción y/o de consumo. La externalidad implica, por lo tanto, un coste, siempre que el agente económico que la sufre no sea compensado por el agente que la genera. Cuando se produce la compensación, la externalidad desaparece o, dicho en términos económicos, se internaliza la misma.

En nuestras economías, las decisiones económicas se toman en gran medida en función de unas señales que son los precios¹⁵. Como los consumidores ajustan sus decisiones de compra a las variaciones de precios y las empresas determinan los distintos aspectos de producción también en función de los precios, es esencial que los mismos reflejen de una forma correcta los costes y beneficios para los individuos y para la sociedad¹⁶, es decir que internalicen las externalidades ambientales.

Los bienes públicos tienen la propiedad de ser no exclusivos y no rivales en su consumo. La no exclusividad del bien público sugiere que el bien puede ser consumido por cualquier persona, sin excluir a nadie de su consumo; mientras que la no rivalidad implica que el consumo de ese bien por una persona no reduce el consumo del mismo a las demás personas. Los bienes públicos pueden ser ofrecidos por la naturaleza, el gobierno o particulares. Ejemplos de bienes públicos son la defensa nacional, el aire, el agua¹⁷, la educación, etc.¹⁸.

¹⁴ PIGOU, A., *The Economics of Welfare*, Macmillan, Londres, 1920.

¹⁵ Cfr., BELAUSTEGUIGOITIA RÍUS, JUAN CARLOS, "Algunas consideraciones sobre el uso de instrumentos económicos en la política ambiental", en, YÚÑEZ NAUDE, ANTONIO, (comp.), *Medio Ambiente: problemas y soluciones*, Centro de Estudios Económicos, El Colegio de México, México, 1999, p. 101.

¹⁶ Cfr., Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *Crecimiento Económico y Medio Ambiente; Implicaciones para la Política Económica*, COM(94), 465 final, Bruselas, 03.11.1994.

¹⁷ Cfr., SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL, "La ordenación de los recursos hidráulicos en España", en, *Temas de Legislación, Gestión y Derecho Ambiental*, Ed. Dyquinson, S.L., Madrid, 1997, pp. 183 y 184.

¹⁸ AGUILAR BARAJAS, ISMAEL et. al., "Algunos aspectos económicos del desarrollo sostenible", en ENKERLIN; CANO; GARZA Y VOGEL, *Ciencia Ambiental y Desarrollo Sostenible*, International Thomson Editores, México, 1997, p.532.

Una diferencia fundamental entre los bienes privados y los públicos es la existencia de un sistema de mercado para los bienes privados, en el cual existen precios para comprarlos y venderlos. En el caso de los bienes públicos, la no exclusividad crea un problema para un mercado que funcione con base en el precio, ya que una vez que el bien público es producido, un gran número de personas se beneficiarán, paguen o no por él.

Muchos bienes ambientales tienen esta propiedad¹⁹ y siempre que el uso por una persona no cuesta nada a otros, el coste de oportunidad marginal es cero y por lo tanto el precio debiera ser cero. Estos bienes, entonces, jamás serán provistos por el mercado por sí solo.

Y sin embargo, tales bienes son claramente benéficos y, en el caso del medio ambiente, necesarios para la sociedad. Los mercados necesitan la ayuda de los gobiernos para la provisión eficiente de los bienes públicos.

Así, es necesario considerar que una gestión sostenible y económicamente eficiente de los recursos ambientales necesita la internalización de los costes de prevención y control de la contaminación²⁰.

De este modo, aparece el principio *quien contamina paga*.

1.2. Formulación del principio por la OCDE

Como fue originalmente concebido se trataba de un “principio fundamental para asignar los costos de las medidas de prevención y control de la contaminación, introducidas por las autoridades públicas de los países miembros”²¹. Se planteaba, entonces, como una forma de imputar al contaminador la carga de la lucha contra la contaminación, quien debía asumir el coste de las medidas necesarias para evitarla o reducirla hasta los estándares marcados por dichas autoridades.

Además, se pretendía que los bienes y servicios que causaban contaminación en la producción y / o consumo reflejasen en sus precios el

¹⁹ Cfr., Ley de aguas española de 2 de agosto de 1985.

²⁰ Cfr., BELAUSTEGUIGOITIA RÍUS, JUAN CARLOS, “Proyecto para la aplicación de instrumentos económicos en la solución de problemas ambientales”, en, *Economía del Medio Ambiente en América Latina*, op. cit., pp. 225 y ss.

²¹ Vid., OCDE, C(74)223, 21 de noviembre de 1974..

coste de estas medidas ya que las valoraciones económicas pueden ayudar a los agentes económicos en la tarea de tener en cuenta los efectos sobre el medio ambiente cuando toman decisiones de inversión o consumo.

Cuando una empresa, por ejemplo, no aprovecha al máximo las materias que utiliza y produce contaminantes al aire, al agua y al suelo, el producto de ese proceso tiene un precio menor al que le correspondería, se podría decir que ese producto tiene una subvención de la sociedad, con lo que el precio que obtiene en el mercado no es el real; y, además, colocaría en una situación de desventaja a aquellos productos que hubiesen sido producidos sin contaminar²².

Por otra parte, se plasma por parte de la OCDE "la necesidad de aplicar uniformemente este principio a través de la adopción de una base común para las políticas ambientales de los países miembros lo cual aumentaría el uso racional y la mejor asignación de recursos ambientales escasos, y prevendría la aparición de distorsiones en el comercio y la inversión internacionales"²³.

La Recomendación del Consejo de la OCDE relativa a la aplicación del principio *quien contamina paga*²⁴ a la contaminación accidental reitera que, de acuerdo a dicho principio, los costes de todas las medidas de prevención y control de la contaminación introducidas por las autoridades públicas de los Estados miembros para asegurar que el medio ambiente se encuentra en un estado aceptable deberían ser asumidas por el potencial contaminador.

En el ámbito de la contaminación accidental, el principio *quien contamina paga* implica que el operador de una instalación peligrosa debería soportar los costes de las medidas de prevención y control de la contaminación accidental que pudiera llegar a producirse fruto de sus actividades.

Ello implica que las exigencias de prevención y control de accidentes impuestas por las autoridades públicas, según el derecho interno de cada país, deberían cubrirlas económicamente los operadores de dichas instalaciones.

²² Cfr., *OECD.Taxation and the Environment. Complementary Policies*, op. cit., pp. 16 y 17.

²³ OCDE, C(74)223 de 21 de noviembre de 1974.

²⁴ De 7 de julio de 1989, C(89)88(Final), G.36.2-G.36.5.

Se recomienda, además, que “como regla general, las autoridades no ayuden a los contaminadores a soportar esos costes a través de subsidios, ventajas fiscales u otras medidas”²⁵.

Las medidas de prevención y control de la contaminación accidental incluyen aquellas tomadas para prevenir los accidentes y limitar sus consecuencias para la salud humana y el medio ambiente.

Pueden incluir, específicamente:

- medidas de seguridad para instalaciones peligrosas,
- planes de emergencia,
- medidas de limpieza,

...

No se incluyen:

- medidas humanitarias u otras medidas tomadas por las autoridades públicas de un país; ya que éstas se encuentran dentro del concepto de servicio público,
- medidas para compensar a las víctimas por las consecuencias económicas del accidente.

En la Recomendación se señala que las autoridades públicas pueden introducir gravámenes específicos para aquellas instalaciones en las que se realizan actividades peligrosas; de acuerdo al principio *quien contamina paga*, estos gravámenes deberían afectarse a cubrir los gastos que ocasionen las medidas extraordinarias de prevención y control de los accidentes que pudieran darse en estas instalaciones²⁶.

Es indudable que todo desarrollo económico debe basarse en una utilización racional de los recursos naturales que no sólo constituya la base sino también el límite de ese mismo desarrollo²⁷, por lo tanto, es imprescindible orientarse hacia el desarrollo sin destrucción, sin daño²⁸.

²⁵ Ibidem.

²⁶ Cfr., JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, JORGE, *El Tributo como Instrumento de Protección Ambiental*, Edit. Comares, Granada, 1998, pp. 103 y ss.

²⁷ FUENTES BODELÓN, FERNANDO, *La Protección Ambiental en la Unión Europea*, Apuntes para el X Curso de Especialización en Comunidades Europeas, Centro de Estudios Europeos, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 1994, p. 5.

²⁸ Cfr., *Crecimiento, Competitividad, Empleo. Retos y pistas para entrar en el s. XXI*, Libro Blanco, Boletín de las Comunidades Europeas, DOCE, suplemento 6/93, p.159.

La armonización de las políticas ambientales de los países miembros de la OCDE llevaría a que no resultasen favorecidos aquellos países menos protectores del medio ambiente, y por ello con menores costes en la producción de sus productos, que aquellos más exigentes en dicha protección, vulnerando el deseo común de proteger el ambiente y distorsionando el comercio y la inversión internacionales²⁹.

En un ámbito fundamentalmente económico el principio *quien contamina paga* ayudaría a evitar estas distorsiones³⁰.

Otra de las funciones importantes de este principio es la de definir de una manera clara y aplicable la medida en la que los costes de la lucha contra la contaminación deben ser soportados por las empresas responsables y no subvencionadas por el Estado, para evitar que las ayudas financieras en favor de los productos nacionales no se transformen en una medida de protección de la industria nacional, lo que amenazaría con afectar negativamente al sistema de intercambios internacionales.

Por otra parte, existe una estrecha relación entre la política ambiental de un país y su política socioeconómica general³¹; y, por ello, aunque el principio estudiado pretende que las autoridades de un país fomenten que sea el contaminador quien asuma el deber de prevenir y controlar la contaminación y sus costes, se puntualiza por parte de la OCDE que, en circunstancias excepcionales, pueden desarrollarse problemas socioeconómicos de tal importancia que justifiquen la consideración de otorgar asistencia gubernamental, cuando:

- sea necesario aplicar rápidamente un régimen de control de la contaminación especialmente estricto y necesario,
- los objetivos de política ambiental de un país miembro deban realizarse dentro de un tiempo prescrito y específico,
- se otorgue asistencia con el objeto de estimular la experimentación con nuevas tecnologías de control de la contaminación.

²⁹ C fr., DÍEZ VELAYOS, MARÍA ROSA, "Fiscalidad Ambiental", en, *Temas de Legislación, Gestión y Derecho Ambiental*, op. cit., p.45.

³⁰ Cfr., OECD, *Economic Instruments for Environmental Protection*, France, 1989, pp. 25 y ss.

³¹ LEFF, ENRIQUE, "Sociología y ambiente: Formación socioeconómica, racionalidad ambiental y transformaciones del conocimiento", en, LEFF, ENRIQUE (comp.), *Ciencias Sociales y Formación ambiental*, op.cit., p.21.

Cuando las medidas tomadas para promover los objetivos socio-económicos específicos de un país, tengan el efecto incidental de contituirse en asistencia para efectos de control de la contaminación, el otorgamiento de esa asistencia no sería inconsistente con el principio *quien contamina paga*.

Sin embargo, se recomienda que, como regla general, los países miembros no apoyen a los contaminadores en el pago de los costos del control de la contaminación, ya sea mediante subsidios, ventajas fiscales u otras medidas³².

Se fijan, también, las condiciones para el otorgamiento de cualquier asistencia para el control de la contaminación, a saber:

- la asistencia sea selectiva y restrictiva para aquellos sectores de la economía, tales como las industrias, áreas o plantas, donde de otra manera ocurrirían serias dificultades;
- esté limitada a períodos de transición bien definidos, establecidos con anticipación, y adaptados a los problemas socioeconómicos específicos asociados con la aplicación del programa ambiental de un país;
- no cree distorsiones significativas en el comercio y la inversión internacionales.

Si un país miembro, en caso de dificultad excepcional, otorga asistencia a nuevas plantas, las condiciones deberán ser aún más estrictas que las aplicables a las plantas ya existentes, y se desarrollarán criterios sobre los cuales establecer esta diferenciación.

Por otra parte, en la Recomendación de la OCDE sobre principios rectores referidos a los aspectos económicos internacionales de las políticas ambientales³³, se subraya que esos principios pueden acarrear problemas, durante el período transitorio, hasta su incorporación por parte de los Estados, especialmente en lo que se refiere al principio *quien contamina paga* y a sus excepciones.

³² OECD. *Energy Prices and Taxes*. 1995, International Energy Agency, France, 1995, pp. 5 y ss.

³³ C(72)128.

También, la Recomendación de la OCDE relativa a la aplicación del principio *quien contamina paga* a la contaminación accidental³⁴ señala una serie de excepciones, entre ellas:

1. la necesidad de tomar rápidamente medidas para la prevención de un accidente,
2. pagos compensatorios o medidas para facilitar la reubicación de las instalaciones con la finalidad de disminuir los riesgos de la población,
3. cuando la aplicación del principio pueda conllevar consecuencias socio-económicas graves.

Como podemos observar, desde el momento en que se plantea el principio *quien contamina paga* por parte de la OCDE, se resalta la posibilidad de que existan excepciones que permitan que las autoridades de un determinado Estado puedan apoyar de distintas maneras a los contaminadores, asumiendo ellas, por ende, los costes de la lucha contra la contaminación.

1.3. Asunción del principio por La Comunidad Económica Europea: su juridificación y excepciones

La Comunidad Económica Europea pronto reflejó dicho principio en sus Programas de acción³⁵ en materia ambiental y, con base en ellos, se aprobaron numerosas directivas.

El V Programa de acción descansa, entre otros, en el principio *quien contamina paga*, como forma de conseguir un desarrollo sostenible, esto es,

³⁴ C(89)88(Final).

³⁵ I Programa de acción comunitario en materia ambiental, DOCE C 112 de 20 de diciembre de 1973.

II Programa de acción comunitario en materia ambiental, DOCE C 139 de 13 de junio de 1977.

III Programa de acción comunitario en materia ambiental, DOCE C 46 de 17 de febrero de 1983.

IV Programa de acción comunitario en materia ambiental, DOCE C 328 de 7 de diciembre de 1987.

V Programa de acción comunitario en materia ambiental, DOCE C 138 de 17 de mayo de 1993.

un desarrollo que satisfaga las necesidades del presente sin poner en peligro las necesidades de las generaciones futuras³⁶.

Desde el Acta Única Europea de 1986 el principio *quien contamina paga* se refleja en normas de derecho positivo. El artículo 130 R³⁷ señala:

“2. La acción de la Comunidad, en lo que respecta al medio ambiente, se basará en los principios de acción preventiva, de corrección, preferentemente en la fuente misma, de los ataques al medio ambiente y de quien contamina paga”.

El Tratado de la Unión Europea³⁸ también contempla el principio:

Artículo 130 R³⁹.

“ 2. La política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Comunidad. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga”

No podemos obviar que el Tratado de la Unión Europea hace de la cohesión económica y social su objetivo prioritario⁴⁰. Se pretende garantizar la solidaridad comunitaria para con los países, regiones y grupos de población menos favorecidos, a través de:

1. La distribución equitativa de los beneficios que producirá la unificación europea.
2. La aceleración de la aproximación de los niveles económico y social de los países menos desarrollados para que se puedan adherir plenamente a la unión económica y monetaria.

³⁶ Cfr., JAQUENOD DE ZSÖGÖN, SILVIA, “Política ambiental y Cooperación al desarrollo de la Unión Europea. 5º Programa de acción”, en, *Temas de Legislación, Gestión y Derecho Ambiental*, op. cit., pp. 33 y ss.

³⁷ Título VII del Tratado CEE, añadido según lo dispuesto por el artículo 25 del Acta Única Europea.

³⁸ DOCE C 224 de 31 de agosto 1992.

³⁹ Artículo 174 tras el Tratado de Amsterdam.

⁴⁰ FUENTES BODELÓN, FERNANDO, “Derecho Ambiental Comunitario(UE)”, en, *Temas de Legislación, Gestión y Derecho Ambiental*, op. cit., p. 157.

3. La corrección de los desequilibrios actuales considerados como fuentes potenciales de distorsión de la competencia, generadores de migraciones forzadas, etc.
4. Acompañar la creación de un mercado europeo del empleo en favor de los grupos más amenazados,
5. La contribución al crecimiento, la competitividad y el empleo en la Unión Europea con obras de infraestructura y proyectos de formación.

Como señala Enrique Alonso⁴¹, “el TUE aprovecha para constitucionalizar las excepciones al citado principio; en su artículo 130 S 5 dispone literalmente que “sin perjuicio del principio quien contamina paga, cuando una medida adoptada con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 implique costes que se consideren desproporcionados para las autoridades públicas de un Estado Miembro, el Consejo establecerá, en el propio acto de adopción de dichas medidas, las disposiciones adecuadas en forma de:

- excepciones de carácter temporal;
- apoyo financiero con cargo al Fondo de Cohesión que será creado a más tardar el 31 de diciembre (sic) de 1993 de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 130 D;
- o ambas posibilidades”.

El concepto de ayuda estatal es muy amplio, se refiere: “a la intervención de los poderes públicos en el capital de las empresas, de cualquier forma que sea (Bélgica v. Comisión, asunto c-142/87). Es decir, se refiere a todas las ayudas financieras por medio de recursos públicos, incluyéndose las ayudas concedidas por entidades regionales y locales cualquiera que sea su estatuto y denominación.”⁴²

Las ayudas estatales concedidas a las empresas pueden resultar, además, contrarias al artículo 92 del Tratado CEE, al falsear la competencia y afectar a los intercambios entre Estados miembros, especialmente en los

⁴¹ ALONSO GARCÍA, ENRIQUE, *El Derecho Ambiental de la Comunidad Europea*, vol. 1, Ed. Civitas, Madrid, 1993, p. 111.

⁴² GARCÍA URETA, AGUSTÍN, *Marco Jurídico del procedimiento de impacto ambiental: El contexto comunitario y estatal*, Colección Tesis Doctorales, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1994, p. 64.

sectores industriales y agrarios más contaminantes, comprometiendo también la consecución del mercado interior.

Por ello, la Comisión adoptó unas directrices sobre las ayudas estatales para el medio ambiente⁴³, que se aplican a las ayudas concedidas en todos los sectores con excepción de aquellos regidos por normas comunitarias específicas en materia de ayudas estatales⁴⁴.

Estas directrices contemplaban:

- las ayudas a las inversiones,
- as actividades en materia de información, formación y asesoramiento,
- las ayudas para funcionamiento de las empresas,
- ayudas a los consumidores finales, y
- ayudas a proyectos de interés común europeo.

En 1993, la Comisión revisó el marco de 1974 para las ayudas públicas con el fin de ampliar las oportunidades de ayudar temporalmente a las empresas en proyectos y objetivos ecológicos. Se aprobaron, así, las “Directrices comunitarias sobre ayudas estatales en favor del medio ambiente”, que servían de base para juzgar las ayudas públicas destinadas a proyectos medioambientales. El objetivo de las directrices era doble: garantizar por un lado que las ayudas públicas autorizadas con fines medioambientales cumplieren el principio de que *quien contamina paga* y, por otro lado, que fuesen coherentes con el mercado interior y con las políticas de competencia de la UE. Las directrices distinguían entre las siguientes formas de ayuda:

- subvenciones,
- préstamos subvencionados,
- avales,
- desgravaciones fiscales,
- reducción de impuestos y subsidios,

⁴³ Comunicación de la Comisión a los Estados miembros de noviembre de 1974, modificada en 1980, 1986 y 1994. DOCE C 72/3.

⁴⁴ Acero, construcción naval, transportes, sector del automóvil, fibras sintéticas, agricultura, pesca, carbón y métodos de producción agraria compatibles con la protección del medio ambiente. En este último caso, no se aplicarán las Directivas al ámbito cubierto por el Reglamento (CEE) n° 2078/92 del Consejo, de 30 de junio de 1993.

y servirían de guía a los Estados miembros a la hora de solicitar la autorización de la Comisión Europea para ayudas públicas.

Hay autores⁴⁵ que afirman: "La realidad es que las ayudas estatales o comunitarias en materia ambiental se han incrementado desde la inclusión de este principio en el tratado".

En resumen: desde el momento en que se plantea por parte de la OCDE el principio, y más tarde por la Unión Europea, se considera incompatible con las ayudas estatales, pero en casos concretos se admiten excepciones⁴⁶ fundadas en diversos motivos, entre ellos el de solidaridad.

Las ayudas financieras hacen más pesado el gasto público⁴⁷, lo cual exige la existencia de otros impuestos para financiarlo. Una importante consideración que va contra la utilización de las ayudas financieras en la protección del entorno, es el riesgo de que se conviertan en una forma de protección de sectores determinados. Puede ser muy vaga la delimitación entre ayuda financiera justificada y no justificada. Este ha sido, precisamente, un argumento fuerte en la adopción del principio *quien contamina paga*.

Por supuesto, pueden existir circunstancias como las que hemos señalado, en que estén justificadas las ayudas financieras⁴⁸, especialmente para cubrir los gastos de inversión en tecnologías limpias y de investigación y desarrollo de medidas de control de la contaminación, porque, sin ellas, quizá se arriesgarían otros objetivos ambientales prioritarios.

Pero, de forma general las ayudas financieras presentan una serie de problemas:

- Constituyen un medio menos eficaz para la protección del medio ambiente que otros instrumentos basados en el principio *quien contamina paga*, como por ejemplo los impuestos.

⁴⁵ DÍEZ VELAYOS, MARÍA ROSA, "Reforma Fiscal Ambiental", en, *Temas de Legislación, Gestión y Derecho Ambiental*, op. cit., p.90.

⁴⁶ Cfr., JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, JORGE, *El Tributo como Instrumento de Protección Ambiental*, op. cit., p. 81.

⁴⁷ Vid., BAYONA DE PEROGORDO, JUAN JOSÉ; SOLER ROCH, MARÍA TERESA, "Gasto Público y Medio Ambiente", en, *Noticias de la Unión Europea*, CISS, n° 122, op. cit., pp.25 y ss.

⁴⁸ Vid., FUENTES BODELÓN, FERNANDO, "Incentivos medioambientales de la CEE", en, *Noticias CEE*, CISS, n° 66, Valencia, 1990, p.82.

- Las ayudas financieras pueden reducir el precio final de los productos, de tal forma que estos no reflejen de forma correcta los costes para la sociedad que su producción conlleva.
- Son contrarias al principio *quien contamina paga*⁴⁹.

Por ello, la política de la Comunidad de control de ayudas y la política ambiental se complementan para aplicar estrictamente el principio de *quien contamina paga*, de tal manera que el recurso a las ayudas estatales se considera una etapa transitoria, destinada a facilitar la introducción progresiva del principio que estudiamos.

2. Perspectiva jurídica actual del principio *quien contamina paga*

El significado jurídico del principio *quien contamina paga* sigue sin estar definido.

Nos encontramos ante un principio que nace en el ámbito de las ciencias económicas y, paulatinamente, se va incorporando a normas positivas, algunas de ellas situadas al más alto nivel jurídico, como es el caso del artículo 174 del TUE que señala los principios que deberán regir la política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente⁵⁰.

Sin embargo, el principio todavía presenta márgenes de indefinición jurídica, tanto a nivel nacional, como comunitario e internacional.

No queda muy claro si se trata de un objetivo a alcanzar o es también un principio jurídico, un principio orientador o rector de las normas jurídicas en materia de medio ambiente.

2.1. El principio *quien contamina paga* como objetivo a alcanzar

La Declaración de Río⁵¹, en su principio número 16 nos señala que las autoridades nacionales procurarán tener en cuenta el principio *quien contamina paga*.

⁴⁹ Vid., HERRERA MOLINA, PEDRO MANUEL, "Desgravaciones tributarias y protección del medio ambiente (análisis a la luz de los principios constitucionales y del derecho europeo)", en, YÁBAR STERLING, ANA, (Editora), *Fiscalidad Ambiental*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1998, p.154.

⁵⁰ Vid., supra, p. 13.

⁵¹ Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, adoptada en Río de Janeiro, Brasil, en junio de 1992.

Del mismo modo, la OCDE recomienda a los países miembros que apliquen dicho principio⁵². Así, en la Recomendación del Consejo de la OCDE sobre los principios relacionados con los aspectos económicos de las políticas ambientales⁵³ se señala: "este principio debería ser un objetivo para los Estados miembros".

Por otra parte, el apartado 2 del artículo 174 del TUE dispone que la política de la Comunidad deberá regirse por el *principio quien contamina paga*.

Encontramos, además, tratados internacionales y disposiciones nacionales basadas en el principio, pero, ello no significa que, necesariamente, sea un principio jurídico.

El principio se incluye tanto en fuentes jurídicas como no jurídicas y adquiere diferentes significados dependiendo del contexto en el cual es invocado.

Desde luego, nos encontramos ante un objetivo a alcanzar; así, el principio *quien contamina paga* ha inspirado muchos instrumentos de protección ambiental como es el caso de los permisos negociables (marketable permits).

Sin embargo, si el principio es sólo un objetivo, los tribunales no podrían, por ejemplo, anular decisiones que lo hayan obviado.

Además, el afirmar que el principio *quien contamina paga* es un objetivo a alcanzar, sería poco más que decir que el ambiente debería protegerse.

Bajo esta concepción, la normativa ambiental adoptada no tendría porqué tomar en cuenta el principio.

2.2. El principio quien contamina paga como un principio autónomo

De acuerdo a este último planteamiento, el principio *quien contamina paga* no es solamente un objetivo a alcanzar sino un principio jurídico autónomo, rector u orientador del derecho ambiental.

⁵² Vid.,supra.

⁵³ De 26 de mayo de 1972, C(72)128, G.2.2.

Esto significaría que el principio se refiere a los requerimientos de internalización de costes ambientales que son definidos por otras normas y, por lo tanto, la legislación ambiental debería acatarlo.

No debemos olvidar, sin embargo, que la tutela del medio ambiente implica una acción integrada desde diversos ámbitos, muchos de los cuales no poseen el más mínimo cariz jurídico⁵⁴.

Así, hay autores⁵⁵ que afirman que: "si bien nos hallamos ante un principio que debería ser aplicado de manera estricta, la práctica reciente extiende toda suerte de dudas sobre el auténtico valor legal del mismo. Ello es así hasta el punto de que el principio empieza a ser percibido como carente de fuerza obligatoria y como mero elemento de expresión de la política económica".

En este mismo sentido, otros autores⁵⁶ señalan que

"...podría tratarse más de un eslogan que de un principio con un impacto legal palpable".

También se ha puesto de relieve que "existe un elevadísimo número de disposiciones que muy poco cumplen al amparo del principio"el que contamina paga"⁵⁷, o bien: "Se ha recurrido en ocasiones por nuestros tribunales a repetir la máxima formulada doctrinalmente de "quien contamina paga", de dudosa validez en nuestro ordenamiento"⁵⁸.

A pesar de todo lo anterior y de que, efectivamente, muchos han hecho del principio *quien contamina paga* casi un eslogan, en rara ocasión los que se refieren a él de esta manera reflejan que este principio lo que pretende es la internalización de costes ambientales por el contaminador.

⁵⁴ VERCHER NOGUERA, ANTONIO, "Algunas consideraciones sobre la recepción del principio "el que contamina paga" en el sistema legal español para la protección del medio ambiente", en, *La Ley*, año XIX, número 4455, Madrid, 1998, p. 1.

⁵⁵ CHALMERS, D., "Environmental Protection and the Single Market: an Unsustainable Development. Does the EC Treaty need a tittle on the Environment?", en, *Legal Issues of European Integration*_1995/1, p. 78, cit. en, VERCHER NOGUERA, ANTONIO, *ibidem*.

⁵⁶ En House of Lords Select Committee on The European Communities, Fourth Environmental Action Programmne, Session 1986-1987, 8th Report, p. 78, párrafo 343, cit. en, VERCHER NOGUERA, ANTONIO, *ibidem*.

⁵⁷ VERCHER NOGUERA, ANTONIO, *op. cit.*, p. 5.

⁵⁸ DE LA CUESTA AGUADO, PAZ M., *La Prueba en el Delito Ecológico*, Edit. Tecnos, Colección Jurisprudencia práctica, Madrid, 1995, p. 20.

El principio *quien contamina paga* constituye, a nuestro juicio, un principio rector u orientador de las normas para la protección del medio ambiente.

Esto es, no estamos solamente ante una regla de referencia sino que el principio tiene un significado normativo autónomo.

En el asunto 321/95⁵⁹ referido a la legalidad de las Decisiones tomadas por la Comisión siguiendo la Resolución del Consejo 1787/84, es de resaltar la postura del Abogado General Comas en relación a otro de los principios incluidos en el artículo 130 R del TUE: el principio de la integración de la variable ambiental en las políticas sectoriales.

La Comisión garantizaba a España asistencia financiera para la construcción de dos centrales eléctricas en las Islas Canarias.

Greenpeace aseguraba que esto era contrario al Derecho comunitario, especialmente a los requerimientos de la Evaluación de Impacto Ambiental.

El Abogado General señaló en este asunto que las previsiones del TUE relativas al medio ambiente no son meras declaraciones de principios, y agregó: "parecen imponer a las instituciones comunitarias una obligación específica y clara que podría producir efecto directo en el orden jurídico comunitario".

En este sentido, GARCÍA URETA⁶⁰ afirma que aunque se haya indicado que estos principios se refieren tan solo a la acción de la Comunidad y, por lo tanto, no se aplicarían directamente a los Estados miembros, "Sin embargo, en la medida en que inspiran la normativa secundaria de la Comunidad, su influencia sobre los ordenamientos jurídicos es patente⁶¹. La interpretación que sobre estos principios hace el Tribunal de Justicia, afecta en última instancia a la aplicación de medidas nacionales en la materia, y de igual manera la obligación que pesa sobre las autoridades de los Estados miembros (incluidos los Tribunales) de interpretar la normativa nacional a la luz de la comunitaria⁶². La redacción del artículo 130 T abona esta postura al exigir que las

⁵⁹ Greenpeace v. Comisión.

⁶⁰ Cfr., GARCÍA URETA, AGUSTÍN, *Marco Jurídico del Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental: el contexto comunitario y estatal*, op. cit., p. 61.

⁶¹ Véase el artículo 130 T, cit. en, GARCÍA URETA, AGUSTÍN, *ibidem*.

⁶² Véase *Von Colson y Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen*, (1984) REC 1891, cit. en, GARCÍA URETA, AGUSTÍN, *ibidem*.

medidas de mayor protección que puedan adoptar los Estados miembros deben ser compatibles con el Tratado”.

La normativa comunitaria permite la posibilidad de invocar normas concretas ante los Tribunales estatales⁶³. Los Estados al adherirse a la hoy Unión Europea aceptaron que el Derecho comunitario entrase a formar parte de su orden jurídico⁶⁴.

El propio Tribunal de Justicia de la Comunidad ha reconocido que “el Tratado CEE ha instituido un orden jurídico propio integrado al sistema jurídico de los Estados miembros y que se impone, por una parte, a sus jurisdicciones, por otra, a sus nacionales, y, por último, a los mismos Estados”⁶⁵.

En el asunto *R. Vs. Secretary of State for Trade and Industry, ex parte Duddrige* ⁶⁶, padres de familia, preocupados por los riesgos de leucemia en sus hijos debido a una instalación subterránea de cables de alto voltaje demandaron a la Secretaría de Estado de Comercio e Industria a expedir regulaciones estableciendo estándares de emisión basados en el principio de precaución. A pesar de que éste es otro de los principios incluidos en el artículo 174 del TUE, los tribunales británicos rechazaron la petición debido a que el principio todavía no se encontraba en la legislación nacional y, por lo tanto, no regía legalmente.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no ha dudado en fundar en este principio su resolución de 13 de noviembre de 1990 para confirmar la validez de determinadas medidas de seguridad alimenticia⁶⁷.

⁶³ Cfr., CATALANO, NICOLA; SCARPA, RICCARDO, *Principios de Derecho Comunitario*, Edit. Tecnos, Madrid, 1988, p. 97.

⁶⁴ Vid., MOLINA DEL POZO; CARLOS F., *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, Ed. Trivium, Madrid, 1990, segunda edición, p. 295.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Cfr., LEXIS, *The Independent*, octubre, 4, 1994 (Q.B), *aff'd*. *The Independent*, octubre, 20, 1995 (CA), cit. en, VANDER ZWAAG, DAVID, “El criterio del Principio Precautorio (Precautionary Principle Approach) en Política y Derecho Ambiental. Retórica Elusiva y Primeras Adopciones”, en, *Acción Jurídica para el Desarrollo Sostenible*, invierno, 1998, volumen 1, número 2, Centro Jurici, ITESM, México, 1998, p. 17.

⁶⁷ Vid., Sadelcer, Nicolas, “Le principe de précaution: du slogan à la règle de droit”, en, *Droit de L'Environnement*, abril, 2000, n° 77, op. cit., pp. 14 y 15.

Algunos autores lo ven como una manifestación del principio de solidaridad⁶⁸, ya que éste “constituye el fundamento jurídico de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, y el “principio quien contamina paga” incluye entre sus posibles consecuencias el establecimiento de tributos ambientales”⁶⁹, considerando, además, que se trata de un precepto de resultados, dejando en manos de las autoridades la elección de la forma y los medios.

Brañes afirma que se trata de un principio de política ambiental⁷⁰, aunque esto no añade nada nuevo a la situación legal existente ya que un principio jurídico es diferente de un principio político; una política puede justificar la acción normativa o regulatoria, pero en sí misma no constituye una norma.

En el plano internacional, por otra parte, sabemos que en ausencia de una norma jurídica concreta la Autoridad de un Estado no puede verse limitada.

Los Estados sólo están limitados cuando hay una regla específica, si ésta no existe, será necesario afirmar su libertad de acción.

Los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas⁷¹, considerados habitualmente como fuente del Derecho Internacional Público llenan aquellas lagunas legales que no se encuentran cubiertas por normas específicas.

El principio *quien contamina paga*, desde esta óptica puede ser visto como un intento por cerrar la normativa que se abre a través de normas específicas.

Desde luego su estatus jurídico es todavía incierto.

En definitiva, el principio *quien contamina paga*:⁷²

⁶⁸ Cfr., artículo 45 de la Constitución Española.

⁶⁹ Cfr., HERRERA MOLINA, PEDRO MANUEL, “El principio “quien contamina, paga” desde la perspectiva jurídica”, en, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 122, op. cit., p. 82.

⁷⁰ Cfr., BRAÑES BALLESTEROS, RAÚL, *Manual de Derecho Ambiental Mexicano*, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1994, p. 151.

⁷¹ Tal como aparecen definidos en el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia.

⁷² Cfr., *mutatis mutandis*, NOLKÄMPER, ANDRÉ, “The Integration Principle and the Search for Normative Closure in European and International Environmental Law”, paper, en, *1998 Environmental Summer Workshop*, European University Institute, Florence, 1998, p. 3.

1. Puede ser un objetivo a alcanzar que subraya e inspira el Derecho Ambiental.
2. Puede ser usado como una regla de referencia para que las Instituciones internacionales, la Unión Europea y los países utilicen al crear normas jurídicas ambientales.
3. Por último, y más problemático es afirmar que se trata de un principio jurídico autónomo. Si jugará este papel o no va a depender mucho de la disposición de los agentes interesados de cristalizar el principio en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales.

Nosotros consideramos que se trata de un principio rector del derecho ambiental que busca proporcionar un cierre normativo al sistema incompleto de derecho ambiental, aunque su ejercicio ante los tribunales deberá adecuarse a lo que dispongan las normas que lo desarrollen.