

LA ARMONIZACIÓN DE LEGISLACIONES, MERCADO INTERIOR Y MEDIO AMBIENTE: LOS RETOS DEL PACTO VERDE

HARMONISATION OF LAW, INTERNAL MARKET AND ENVIRONMENT: THE CHALLENGE OF IMPLEMENTING THE GREEN DEAL

N. DE SADELEER

*Catedrático de Derecho en la Universidad Saint-Louis
Cátedra Jean Monnet*

Recibido:13.12.2021 / Aceptado:17.01.2022

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6681>

Resumen: Este trabajo expone cómo las nuevas propuestas normativas previstas por la Comisión Europea en el marco del Green Deal para alcanzar la neutralidad climática en 2050 se adoptarán sobre la base jurídica medioambiental genuina (artículo 192 del TFUE), o gracias a la base jurídica del mercado interior (artículo 114 del TFUE).

Palabras clave: mercado interior, política medioambiental, la elección de las base jurídicas, distorsiones de la competencia entre empresas, pacto verde europeo, principio de subsidiariedad, libertades económicas fundamentales.

Abstract: Although it was not mentioned in the 1957 Treaty of Rome, environmental concerns have, through the various treaty reforms, gradually been able to establish themselves as one of the greatest values enshrined in the treaties. Henceforth, environmental protection is not only a core objective of the Union, it has also been placed on equal footing with economic growth and the internal market. The choice of legal basis of EU measures aiming at protecting the environment represents a critical juncture in relations between institutions, as well as the relations between the Member States and the EU. It is not the case that every single provision even remotely relating to environmental issues has been passed under the only chapter of the Treaty dedicated to environmental policy. As the EU harmonisation measures aim at avoiding distortions of competition between undertakings, a significant number of product-oriented directives and regulations which have a direct impact on the internal market, and in particular those which lay down product standards, have been adopted on the base of Article 114 TFEU, a provision empowering the EU institutions to enact all measures affecting the establishment and the functioning of the internal market.

It is thus the aim of this article to assess in line with the new regulatory developments stemming from the Green Deal whether the environment benefits from a greater level of protection thanks to the recourse to the genuine environmental basis (Article 192 TFEU), or thanks to the internal market legal basis (Article 114 TFEU).

Keywords: internal market, environmental policy, choice of legal bases, distortions of competition between undertakings, European Green Pact, principle of subsidiarity, fundamental economic freedoms.

* El autor desea agradecer al Sr. José Manuel Escudero y su colega Angel Manuel Moreno por la revisión de la traducción, así como al Instituto de Estudios Europeos de la Universidad Saint-Louis por su apoyo financiero.

Sumario: I. Introducción II. El reconocimiento de la protección del medio ambiente en el derecho originario. III. El Pacto verde europeo ¿una revolución silenciosa? IV. Los dos ejes de la armonización. 1. Política medioambiental. 2. Política de mercado interior. 3. Asuntos situados a caballo entre el mercado interior y la legislación medioambiental. V. Las medidas medioambientales y las libertades económicas fundamentales. 1. Armonización positiva. 2. Armonización negativa. VI. Conclusiones.

I. Introducción

1. Aunque la protección del medio ambiente no es una preocupación reciente, ha adquirido una nueva urgencia en los últimos años, marcada por la necesidad de encontrar soluciones universales al calentamiento global, la pérdida de biodiversidad y el agotamiento de los recursos naturales. No pasa un día sin que se nos informe de nuevas amenazas, riesgos insospechados, vertidos de petróleo, desaparición de especies salvajes, incendios devastadores, deshielo de glaciares, smog troposférico, disruptores endocrinos....

Sin embargo, aunque el concepto de medio ambiente está ahora bien asentado en los sistemas jurídicos, cabe preguntarse si esta noción no está anticuada en la medida en que la distinción entre naturaleza y medio artificial se ha difuminado¹.

Hay que recordar que el concepto de medio ambiente es un neologismo de finales de los años 60 y cuya preocupación nació, para algunos, como reacción a los excesos del progreso científico y técnico. Pero, ¿qué es exactamente el medio ambiente? Si hablamos de conceptos generales, este es sin duda uno de ellos. Rechazando todo esfuerzo de segmentación jurídica, este concepto camaleónico se limita en su acepción más restringida a lo inmediato, mientras que en su sentido más amplio se confunde con la biosfera. Se ha vuelto, además, imposible trazar la línea entre lo natural y lo artificial. De hecho, «si abrimos los ojos al mundo que nos rodea, veremos que todo lo que nos rodea... lleva la marca de las actividades técnicas del hombre, no sólo las ciudades, sino también el campo, los bosques, los ríos... Asimismo, los innumerables objetos que utilizamos nos conectan a vastas redes de infraestructuras tecnológicas, de cuyo funcionamiento depende inexorablemente nuestra vida, en todos sus aspectos y en cada momento»². Y lo que no conseguimos artificializar (transgénicos, animales clonados, etc.), lo contaminamos. En efecto, ¿cuántas sustancias, residuos, contaminantes, emisiones, radiaciones y efluentes esparcimos en este planeta Tierra, sin darnos cuenta de que se extenderán en la naturaleza, que se convertirán en elementos naturales que ya no controlaremos? De este modo, naturalizamos nuestros artificios.

2. Sea como fuere, esta problemática ha pasado de la marginalidad a situarse como un tema central de la política de la UE, hasta el punto de convertirse recientemente, con el denominado “Green Deal”, en una de las puntas de lanza de la Comisión Europea.

La intervención de la UE en el ámbito medioambiental se justifica por varias razones. La contaminación y la fauna no entienden de fronteras. Aunque el cambio climático pueda producir impactos regionales o locales, lo cierto es que no es sino un fenómeno global.

Ya sea la gestión de los cursos de agua transfronterizos, los traslados internacionales de residuos, la conservación de las especies migratorias, la lucha contra las sustancias que agotan la capa de ozono estratosférica o la reducción de los gases que contribuyen al calentamiento global, es necesario actuar a nivel transnacional. Por ello, desde principios de los años setenta, la Comunidad Económica Europea estaba llamada a desempeñar un papel importante en la aproximación de las normativas nacionales relativas a la protección del medio ambiente. Poco a poco, su política ha ido abarcando un amplio abanico de ámbitos, desde la protección de las aguas subterráneas hasta la de las especies endémicas o vulnerables.

3. Dado que el “Green Deal” se estará aplicando mediante la futura adopción de un gran número de directivas y reglamentos, se plantea la cuestión de si las medidas reglamentarias previstas deben estar vinculadas a la política medioambiental (artículo 192 TFUE) o a la política de mercado interior (artículo

¹ C. Y R. LARRERE, *Du bon usage de la nature, Pour une philosophie de l'environnement*. Paris : Alto Aubier, 1997, p. 159.

² PH. ROQUEPLO, *Climats sous surveillance. Limites et conditions de l'expertise scientifique*. Paris : Economica, 1993, p. 266.

114 TFUE), que tiene una connotación más económica. Así pues, el objetivo de este artículo es evaluar si el medio ambiente se beneficia de un mayor nivel de protección gracias al recurso a la base medioambiental genuina, o recurriendo a la base jurídica del funcionamiento del mercado interior.

4. En la primera sección, destacaremos el lugar que ocupa la protección del medio ambiente en el derecho originario. En la segunda sección, explicaremos brevemente los enfoques complementarios del Pacto Verde Europeo. A continuación, expondremos las tensiones entre esta política y la del mercado interior, concretamente en lo que respecta a la elección de las respectivas bases jurídicas de los actos de armonización y la determinación de los umbrales de protección. Finalmente, en una última sección, evaluaremos el impacto en la aplicación del principio de libre circulación de mercancías que complementa la armonización lograda a través de una serie de directivas y reglamentos.

II. El reconocimiento de la protección del medio ambiente en el derecho originario

5. A principios de los años 70 no era fácil desarrollar las bases de una política medioambiental europea en un mundo tan artificial.

Como el ordenamiento jurídico comunitario se concibió originalmente en términos de integración económica, ignorando la precariedad de los recursos naturales y los bienes inapropiados que debemos a las generaciones futuras, sólo se abrió lentamente a las exigencias ambientales. Aunque no se mencionaba en el Tratado de Roma de 1957, la protección del medio ambiente ha conseguido, a lo largo de las reformas institucionales, convertirse en una de las principales preocupaciones de las instituciones, como demuestra el nuevo “Green Deal” de la Comisión Europea³.

La ausencia de disposiciones que establecieran una competencia específica de la Comunidad Económica Europea en materia de lucha contra la contaminación no impidió que el Consejo de ministros adoptara, ya a finales de los años 60, las primeras directivas que contribuirían al desarrollo de una política comunitaria de medio ambiente. Todo comenzó con una decisión adoptada en París en octubre de 1972 por la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la época, que invitaba a las instituciones a elaborar un programa de acción con un calendario preciso. Esta evolución es tanto más significativa puesto que la política social, que fue objeto de disposiciones específicas (artículos 117 a 128 del Tratado CE), surgió no solo más tarde que la política medioambiental sino que también a un nivel de intensidad menor⁴.

6. A falta de bases jurídicas, el Consejo de ministros tuvo que basar su intervención, antes de la entrada en vigor del Acta Única, unas veces en el artículo 100 del TCE (artículo 115 del TFUE; artículo 94 del TCE), otras en el artículo 235 del TCE (artículo 352 del TFUE; artículo 308 del TCE), así como en estas dos disposiciones simultáneamente. Sin embargo, estas disposiciones que acabamos de mencionar supusieron un gran obstáculo para el desarrollo de una política controvertida desde el principio. La regla de la unanimidad en el Consejo, exigida para estos dos procedimientos, frenó considerablemente el desarrollo de una política comunitaria ambiciosa.

Además, se criticó la adopción de directivas medioambientales sobre la base de aquellas dos disposiciones, alegando que la CEE no tenía competencia global para tratar este asunto. Por supuesto, no era una de las tareas que le asignaba el artículo 3 del Tratado CE. A lo sumo, su competencia se limitaba a la regulación de las cuestiones directamente relacionadas con la supresión de los obstáculos al comercio intracomunitario. El Tribunal de Justicia no tardó en poner fin a cualquier duda sobre la legalidad de esta competencia, dictaminando que «no se excluye en absoluto que las disposiciones relativas a la

³ El “Pacto Verde” de la Unión Europea proporciona un plan maestro para una transición justa hacia un futuro sostenible y climáticamente neutral. Con este Pacto, la Unión se trazó el objetivo de convertir hasta el 2050 a Europa en el primer continente clima neutral. Comunicación de la Comisión, *El Pacto Verde Europeo*, COM(2019) 640 final, de 11 de diciembre de 2019.

⁴ A.M. MORENO MOLINA, *Derecho comunitario del medio ambiente*. Barcelona: Marcial Pons, 2006, pp. 23-36.

protección del medio ambiente estén cubiertas por el artículo [115 TFUE] (antiguo artículo 100 TCE)»⁵. Además, la protección del medio ambiente, como valor fundamental, fue afirmada a principios de los años 80 por el Tribunal de Justicia, no así por los autores del Tratado de Roma con la intención de ampliar la lista de excepciones expresas a la libre circulación de mercancías. De hecho, la intervención de la Comunidad estaba justificada por el hecho de que «las consideraciones sanitarias y medioambientales pueden suponer una carga para las empresas a las que se aplican y, a falta de aproximación de las disposiciones nacionales en este ámbito, la competencia podría verse sensiblemente falseada»⁶. Así, la consagración de este valor fue inicialmente más reactiva que proactiva. Posteriormente, el Tribunal de Justicia reconoció que una directiva sobre la eliminación de aceites usados formaba parte de «la protección del medio ambiente, que es uno de los objetivos esenciales de la Comunidad» y, por tanto, justificaba las restricciones a los «principios fundamentales» del derecho comunitario, a saber, la libre circulación de mercancías y la libre competencia ⁷.

La afirmación del medio ambiente como valor de interés general por parte del Tribunal ha contribuido a reforzar el estatus del derecho ambiental como rama significativa del derecho comunitario. Sin embargo, esta premisa no aclaraba la naturaleza y el contenido de las medidas que debían adoptarse. Por lo tanto, era esencial dotar al Consejo de un marco de actuación mejor estructurado.

7. Más tarde, afirmada como «acción» en 1987 por el Acta Única Europea, se convirtió en «política» con la adopción del Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992. Las competencias se profundizaron: objetivos más claros y votación por unanimidad en el Consejo sustituida por mayoría cualificada en el marco del procedimiento de cooperación. Con el Tratado de Ámsterdam de 1997 se exigió «un alto nivel de protección y mejora del medio ambiente» en todas las políticas comunitarias. Además, se sustituyó el procedimiento de cooperación por el procedimiento de codecisión, con un contenido mucho más democrático. Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009, el reconocimiento simultáneo de los tres pilares del desarrollo sostenible consagrados en el artículo 3.3 del TUE y de un principio de alto nivel de protección del medio ambiente en la Carta de los Derechos Fundamentales (artículo 37) permite medir el alcance de los progresos realizados desde la entrada en vigor del Tratado de Roma.

8. El objetivo de la Unión ya no es únicamente económico, sino también medioambiental. Por lo tanto, el funcionamiento del mercado interior debe conciliarse con un valor no mercantil cuya protección jurídica es igualmente esencial. El lugar destacado que ocupan ahora las cuestiones ambientales en el derecho originario no es baladí.

Dicho esto, la consagración en el derecho originario de tal valor no puede poner en tela de juicio los principios generales del Derecho de la Unión. Por muy legítimas que sean, las consideraciones medioambientales no pueden justificar la discriminación indirecta resultante de la percepción de una tasa por el uso de la infraestructura vial a la que están sujetos los vehículos de menos de 3,5 t., mientras que los vehículos matriculados en Alemania se benefician de una exención del impuesto sobre los vehículos de motor equivalente a la que habrían tenido que pagar por la tasa ⁸.

Por último, podría argumentarse que, al constituir una de las múltiples facetas del interés general, la protección de este valor no sería más específica que otros valores como la salud pública⁹, la protección de los consumidores¹⁰, o la promoción de la diversidad cultural¹¹. Sin embargo, este razonamiento ignora el imperativo del desarrollo sostenible. El crecimiento económico sostenible va de la mano de la conservación de los recursos naturales, la mejora de la calidad de vida, la protección de los trabajadores

⁵ STJCE de 18 de marzo de 1980, *Comisión / Italia*, asuntos acumulados C-91/79 y C-92/79, Rec. p. I-1099 y 1115, EU:C:1980:85.

⁶ Ibid.

⁷ STJCE de 7 de febrero de 1985, *Association de Défense de Brûleurs d'Huiles Usagées (ADBHU)*, asunto C-240/83, Rec. p. I-531, EU:C:1985:59.

⁸ STJUE de 18 de junio de 2019, *Austria / Alemania*, asunto C-591/17, EU:C:2019:504, apartado 75.

⁹ Artículo 168.1 TFUE.

¹⁰ Artículo 169.1 TFUE.

¹¹ Artículo 167.1 TFUE.

frente a la contaminación industrial, la concienciación de los consumidores sobre su huella ecológica y la conservación de la biodiversidad. Desde esta perspectiva, la protección del medio ambiente se convierte en el acicate de un crecimiento económico más responsable, que podría retrasar el riesgo de apocalipsis pronosticado por una gran parte de la comunidad científica. Existe, pues, una jerarquía implícita de valores en el derecho primario¹².

Ciertamente, podemos congratularnos de que los autores de los tratados hayan ponderado intereses, fijado objetivos, proclamado principios, exigido la descompartimentación de las políticas y definido ampliamente los marcos de intervención. Pero, ¿está el derecho derivado a la altura de las ambiciones que se plasmaron en los tratados? Esta es la pregunta a la que trataremos de responder en la siguiente sección.

III. El Pacto Verde Europeo ¿una revolución silenciosa?

9. Según la Comisión europea, «Estamos en un momento crucial de la respuesta mundial a las emergencias relacionadas con el clima y la biodiversidad, y somos la última generación que aún puede actuar a tiempo». En este contexto, la Comisión ha adoptado, en 2019 y 2021, dos comunicaciones históricas.

10. En primer lugar, el Pacto Verde Europeo adoptado por la Comisión europea en diciembre de 2019 estableció el plan para este cambio transformador¹³. En él, la Comisión analiza el desarrollo de las políticas de suministro de energía limpia al conjunto de la economía, la industria, la producción y el consumo, las grandes infraestructuras, el transporte, la alimentación y la agricultura, la construcción, la fiscalidad y las prestaciones sociales¹⁴. En consecuencia, el Pacto Verde Europeo prevé la adopción de estrategias sobre biodiversidad, economía circular, contaminación cero, movilidad sostenible e inteligente, oleada de renovación, alimentos sostenibles, hidrógeno, baterías, energía renovable marina y muchas otras.

11. En segundo lugar, en virtud de la legislación europea sobre el clima (Reglamento (UE) 2021/1119), la UE se ha fijado objetivos ambiciosos para reducir las emisiones netas en al menos un 55% para 2030 en comparación con 1990, así como para ser el primer continente neutral desde el punto de vista climático para 2050. En este contexto, el paquete «Objetivo 55» (Fit for 55, en su versión en inglés) es un conjunto de propuestas legislativas, las cuales tienen por objeto hacer que la Unión Europea pueda alcanzar esta reducción del 55 % y lograr así la neutralidad climática en 2050¹⁵. En otras palabras, estas propuestas están interconectadas y orientadas hacia el mismo objetivo de garantizar una transición justa, competitiva y ecológica de aquí a 2030 y más allá.

El paquete «Objetivo 55» incluye, por tanto, cuatro propuestas para la promoción de normas de productos con el fin de promover la comercialización de vehículos y combustibles más limpios¹⁶. Todas estas medidas se refuerzan y complementan mutuamente. Por otro lado, la Comisión propone igualmente promover la utilización de combustibles sostenibles en los sectores aéreo y marítimo como complemento del Régimen de Comercio de Derechos de Emisión (RCDE) para ambos sectores. Estas normas están basadas en el Artículo 114 TFUE.

La Comisión Europea propone también revisar las normas del régimen de comercio de derechos de emisión de la aviación, como parte del paquete legislativo «Objetivo 55», para garantizar que el sector contribuya al objetivo más ambicioso de lograr una reducción neta de emisiones de al menos el 55% para 2030, en comparación con los niveles de 1990.

¹² Sikora A. (2020). *Constitutionalisation of Environmental Protection in EU Law*. Groningen: Europa Law Publishing.

¹³ Comunicación de la Comisión, *El Pacto Verde Europeo*, *op.cit.*

¹⁴ *Ibidem*, nº 2.1.

¹⁵ Comunicación de la Comisión, «Objetivo 55»: cumplimiento del objetivo climático de la UE para 2030 en el camino hacia la neutralidad climática, COM(2021) 550 final, de 14 de julio de 2021, p. 1.

¹⁶ Véase el Reglamento (UE) 2019/631 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, por el que se establecen normas de comportamiento en materia de emisiones de CO₂ de los turismos nuevos y de los vehículos comerciales ligeros nuevos, DOUE L 111, p. 13.

Uno de los otros elementos del paquete «Objetivo 55» es la revisión de la Directiva sobre energías renovables (RED II), para cumplir el nuevo objetivo del 55% de GEI. En virtud de la RED II, la UE está actualmente obligada a garantizar que al menos el 32 % de su consumo energético provenga de fuentes de energía renovables para 2030¹⁷. La RED II revisada establece un nuevo objetivo de la UE de una cuota mínima del 40% de fuentes de energía renovables en el consumo final de energía para 2030. La directiva REDII se basa igualmente en el artículo 192, apartado 1, TFUE.

Del mismo modo, la adopción del Nuevo Plan de acción de la economía circular¹⁸ llevará a la modificación de un gran número de directivas sobre residuos, todas ellas adoptadas en base al artículo 192 TFUE¹⁹.

12. Sin embargo, las respuestas a la crisis climática requieren algo más que la adopción de normas sobre productos en el mercado interior. Se necesita más. De hecho, «las crisis simultáneas, climática y de biodiversidad, no pueden tratarse por separado. (...) Restaurar la naturaleza y permitir que la biodiversidad vuelva a prosperar es esencial para absorber y almacenar más carbono»²⁰. De ahí que la Comisión Europea también esté barajando la posibilidad de modificar varias directivas medioambientales que se adoptaron sobre la base del artículo 192 del TFUE.

En este contexto, la Comisión desea aumentar la capacidad de los bosques, los suelos, los humedales y las turberas, los océanos y las masas de agua de la UE para actuar como sumideros y reservas de carbono. En relación al Reglamento sobre el uso de la tierra, el cambio de uso de la tierra y la silvicultura (conocido por sus siglas LULUCF),²¹ con base en el artículo 192, apartado 1, TFUE, la Comisión propone establecer mayores ambiciones para la expansión del sumidero natural de carbono de la UE, que es esencial para equilibrar las emisiones y alcanzar la neutralidad climática en 2050.

En su Estrategia sobre Biodiversidad,²² la Comisión propone objetivos cuantificados, como incrementar la cobertura de zonas terrestres y marítimas protegidas con gran diversidad a partir de la red Natura 2000 establecida por la Directiva 92/43 relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres²³.

13. Las reformas legislativas previstas en este texto por la Comisión Europea parecen, a primera vista, muy ambiciosas. Así, surgen dos ejes de reforma legislativa: por un lado, la integración máxima en el marco del mercado interior (artículo 114 TFUE); por otro, la integración mínima en el caso de la política medioambiental (artículo 192 TFUE). Por lo tanto, nos corresponde exponer en la sección siguiente las cuestiones que se derivan de cada forma de armonización. No trataremos aquí las directivas sobre energía, que se basan en el artículo 194 TFUE.

IV. Los dos ejes de la armonización

14. Inspirada unas veces por el temor a un mercado común que se desmorona, otras veces por el deseo de presentar una imagen menos mercantil, y otras tantas por el deseo de salvaguardar la natu-

¹⁷ Directiva (UE) 2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, OJ L 328, 21.12.2018, p. 82.

¹⁸ Comunicación de la Comisión, *Nuevo Plan de acción para la economía circular por una Europa más limpia y más competitiva*, COM(2020) 98 final, de 11 de marzo de 2020.

¹⁹ Véase De Sadeleer, N. (2017). *Le droit des déchets dans l'UE. De l'élimination à l'économie circulaire*. Bruselas : Bruylant. p. 714.

²⁰ Comunicación de la Comisión, «Objetivo 55»: cumplimiento del objetivo climático de la UE para 2030 en el camino hacia la neutralidad climática, COM(2021) 550 final, de 14 de julio de 2021, n° 2.3.

²¹ Reglamento (UE) 2018/841 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, sobre la inclusión de las emisiones y absorciones de gases de efecto invernadero resultantes del uso de la tierra, el cambio de uso de la tierra y la silvicultura en el marco de actuación en materia de clima y energía hasta 2030, DOUE-L-2018-81020.

²² Comunicación de la Comisión, *Estrategia de la UE sobre la biodiversidad de aquí a 2030: Reintegrar la naturaleza en nuestras vidas*, COM(2020) 380 final, de 20 de mayo de 2020.

²³ Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, DOUE-L-1992-81200.

raleza amenazada, nació, hace casi cinco décadas, la política ambiental europea. En la actualidad, el derecho derivado consiste en una serie de regímenes jurídicos destinados a regular la contaminación y los riesgos (residuos, productos químicos, emisiones al agua y al aire) y a proteger los principales medios (hidrosfera, atmósfera, pedosfera) y algunos de sus componentes (biosfera)²⁴. Actualmente hay más de 300 normas en este sector, que representan casi el 8% del derecho derivado²⁵, cuya aplicación es objeto de numerosos litigios.

Aunque desde 1987 se dedica un título específico al medio ambiente (artículos 191 a 193 del TFUE; artículos 174 a 176 del TCE), esta cuestión es, por su carácter transversal, mucho más amplia de lo que cabría imaginar.

15. Aunque entran en juego varias bases jurídicas, la armonización se ha basado principalmente en dos ejes. Por un lado, una política de emisiones (normas de vertido) y de medios receptores (objetivos de calidad), cuyos actos se adoptan sobre la base del artículo 192 del TFUE; esta última es muy descentralizada y de mínimos (artículo 193 del TFUE)²⁶. Por otro lado, una política de productos, cuyos actos se adoptan sobre la base del artículo 114 del TFUE; ésta se basa en normas uniformes destinadas a facilitar su libre circulación en el mercado interior.

1. Política medioambiental

16. Mientras que el legislador de la UE se basa en el artículo 114 del TFUE cuando adopta reglamentos que regulan la comercialización de productos o sustancias nocivas para el medio ambiente, utiliza el artículo 192 del TFUE para adoptar directivas destinadas a proteger determinados ecosistemas y regular los perjuicios (contaminación acústica urbana, residuos, etc.).

17. Debido a la configuración de una política ambiental fuertemente marcada por la subsidiariedad,²⁷ estas directivas, y en particular las directivas marco, son la punta de lanza de la armonización lograda en este ámbito. Si bien el legislador nunca ha recurrido a reglamentos para la protección del agua, la protección del aire o la regulación del ruido, sí lo ha hecho para las cuestiones siguientes:

- la regulación de la participación voluntaria de las empresas (véanse, por ejemplo, los reglamentos sobre etiquetas ecológicas o sobre auditorías ecológicas)²⁸,
- el control de la importación, exportación y traslado de especies en peligro de extinción por el comercio internacional²⁹,
- el control de la importación, la exportación y el traslado de residuos de acuerdo con el Convenio de Basilea³⁰,

²⁴ L.KRÄMER, *EU Environmental Law*, octava edición, 2016, Sweet and Maxwell; D.LANGLET/S. MAHMOUDI, *EU Environmental Law and Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2016; A.M. MORENO MOLINA, *Derecho comunitario del medio ambiente*. Barcelona: Marcial Pons, 2006.

²⁵ De Sadeleer, N. (2010). *Commentaire Mégret. Environnement et marché intérieur*. Bruselas : ULB.

²⁶ A.M. MORENO MOLINA, *Derecho comunitario del medio ambiente*. Barcelona: Marcial Pons, 2006, pp. 110-112.

²⁷ Artículo 5.3 TUE.

²⁸ Véase, por ejemplo, el Reglamento (CE) n° 1221/2009 del Parlamento Europeo y de Consejo, de 25 de noviembre de 2009, relativo a la participación voluntaria de organizaciones en un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS), DOUE-L-2009-82515.

²⁹ Véanse, a modo de ejemplo, los reglamentos (CEE) n° 348/81 del Consejo, de 20 de enero de 1981, relativo a un régimen común aplicable a las importaciones de productos derivados de los cetáceos, DOUE-L-1981-80046; n° 32544/91 del Consejo, de 4 de noviembre de 1991, por el que se prohíbe el uso de cepos en la Comunidad y la introducción en la Comunidad de pieles y productos manufacturados de determinadas especies animales salvajes, DOUE-L-1991-81623; n° 338/97 del Consejo, de 9 de diciembre de 1996, relativo a la protección de especies de la fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio, DOUE-L-1997-80321.

³⁰ Reglamento (CE) n° 1013/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativo a los traslados de residuos, DOUE-L-2006-81366.

- la aplicación de los tres componentes (participación, acceso a la información ambiental, acceso a la justicia) de la Convención de Aarhus³¹,
- la aplicación de las obligaciones derivadas de los acuerdos internacionales de los que la UE es parte (convenios de Basilea, Estocolmo, Rotterdam, etc.)³²,
- la propuesta de Reglamento por el que se establece un Mecanismo de ajuste en frontera por emisiones de carbono³³.

18. A diferencia de los reglamentos mencionados, que pueden llegar a ser muy precisos o detallados, las disposiciones de las directivas marco suelen estar redactadas de forma muy general.³⁴ A priori, el recurso a este instrumento tiene como efecto aumentar el margen de discrecionalidad de las autoridades nacionales en cuanto a la elección de la forma y los medios adecuados para alcanzar los objetivos fijados por el legislador de la Unión. Sin embargo, este margen está limitado por el efecto útil de las normas de derecho derivado que obligan a los Estados miembros a adoptar una línea de acción específica con el fin de prevenir los daños al medio ambiente³⁵. Además, la armonización tiene un carácter mínimo, ya que, en virtud del artículo 193 del TFUE, los Estados miembros pueden adoptar medidas más estrictas que las previstas en la medida de armonización³⁶.

19. Al igual que otros ámbitos del derecho europeo, las directivas adoptadas sobre la base del artículo 192 del TFUE son cada vez más complejas y procedimentales, lo que agrava el carácter engorroso de estas normas, redactadas más por técnicos que por juristas.

Además, los regímenes de protección del medio ambiente están vinculados a enfoques sectoriales heterogéneos (naturaleza, agua, aire, residuos, cambio climático, protección de la capa de ozono, etc.) que persiguen objetivos distintos (buen estado de la calidad del agua³⁷, estado de conservación favorable de hábitats y especies³⁸, etc.), según procedimientos específicos, a menudo realizados sin ninguna visión de conjunto.

La armonización es variable: algunas cuestiones están más sujetas a la subsidiariedad (instalaciones clasificadas, objetivos de calidad para diversos contaminantes en los ecosistemas, etc.) que otras. Otros sectores son objeto de una armonización casi total: movimiento interestatal de residuos³⁹, restricciones a la comercialización o al uso de sustancias peligrosas⁴⁰. Debido a la reticencia de algunas autoridades nacionales, algunos sectores también escapan en parte a la armonización. Es el caso de

³¹ Reglamento (CE) n° 1367/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006, relativo a la aplicación, a las instituciones y a los organismos comunitarios, de las disposiciones del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, DOUE-L-2006-81793.

³² Véanse, a modo de ejemplo, los reglamentos n° 2037/2000 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, sobre las sustancias que agotan la capa de ozono, DOUE-L-2000-81791; y n° 338/97 del Consejo, de 9 de diciembre de 1996, relativo a la protección de especies de la fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio, DOUE-L-1997-80321.

³³ SEC(2021) 564 final.

³⁴ Véase la Directiva 2008/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, por la que se establece un marco de acción comunitaria para la política del medio marino (Directiva marco sobre la estrategia marina), DOUE-L-2008-81148.

³⁵ Véase la STJCE de 24 de octubre de 1996, *Kraaijeveld y otros*, asunto C-72/95, *Rec.* p. I-5403, EU:C:1996:404, apartado 50; así como la STJCE de 28 de febrero de 2008, *Abraham y otros*, asunto C-2/07, *Rec.* p. I-1197, EU:C:2008:133, apartado 37; y la STJCE de 7 de septiembre de 2004, *Waddenzee*, asunto C-127/02, *Rec.* 2004 p. I-7405, EU:C:2004:482, apartado 53.

³⁶ N. DE SADELEER, *Commentaire Mégret. Environnement et marché intérieur*. Bruselas: ULB, 2010, pp. 421 y siguientes.

³⁷ Artículo 4.1, a, ii) de la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, DOUE-L-2000-82524v.

³⁸ Artículo 2.2 de la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, DOUE-L-1992-81200. Véase De Sadeleer, N. (2021). "La consideración de la incertidumbre a la luz del principio de precaución: el caso de las Directivas de Aves y Hábitats", *Actualidad Jurídica Ambiental*, 2 Noviembre 2021, n. 117.

³⁹ STJCE de 13 de diciembre de 2001, *Daimler Chrysler*, asunto C-324/99, *Rec.* 2001 p. I-9897, EU:C:2001:682, apartado 33.

⁴⁰ STG de 12 de abril de 2013, *Du Pont de Nemours (Francia) y otros / Comisión*, asunto T-31/07, EU:T:2013:167, apartado 203.

la regulación de los vertidos de sustancias peligrosas al agua. Por ejemplo, la contaminación histórica escapa al régimen armonizado de responsabilidad ambiental⁴¹. Por último, sectores enteros (ordenación del territorio, fracking, etc.) han sido totalmente desatendidos con el argumento de que estas cuestiones son competencia del legislador nacional.

20. ¿Ha producido este ámbito del derecho derivado los efectos deseados? ¿Debemos ver el vaso medio lleno o medio vacío? Hay que decir que esta plétora de normas heterogéneas dispersas en diferentes regímenes sectoriales, cuya normatividad es extremadamente variable, constituye una estructura en gran medida inacabada.⁴²

El resultado es que las cuestiones son especialmente enmarañadas: los regímenes de autorización se solapan o incluso se contradicen, la ordenación de las múltiples “zonificaciones” previstas por las directivas que persiguen objetivos divergentes resulta delicada, los regímenes que persiguen un puro utilitarismo se codean o incluso compiten con los regímenes que garantizan la conservación de forma totalmente desinteresada. Los niveles de protección fluctúan constantemente, ya que el objetivo no es ciertamente eliminar todo el riesgo, sino mantener los daños dentro de los límites considerados como aceptables, teniendo en cuenta las capacidades de asimilación, dilución y resiliencia de los ecosistemas. A menudo es difícil ver si ciertos regímenes pueden evolucionar más en la dirección de la conservación que del compromiso. La prolijidad del legislador no es necesariamente una garantía de madurez. Además, la subsidiariedad, la proporcionalidad, la diferenciación regional, los caprichos de las negociaciones y la debilidad de los controles son obstáculos para el desarrollo de una política ambiciosa. A esto hay que añadir que las normas del derecho derivado quedan rápidamente obsoletas, tanto por el progreso de los conocimientos científicos como por la evolución especialmente rápida de los problemas ecológicos del planeta en su escala histórica.

El problema radica en la aplicación de estas directivas, una tarea, todo sea dicho, que corresponde a los Estados miembros. Según jurisprudencia reiterada, los Estados miembros tendrán que adoptar todas las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados que imponen las directivas⁴³. La competencia que se deja a los Estados miembros en cuanto a la forma y los medios de las medidas que deben adoptar las autoridades nacionales no es, sin embargo, una facultad discrecional. Depende del resultado que las instituciones pretendan conseguir. En consecuencia, el margen de maniobra de los Estados miembros disminuye en proporción a la precisión de la obligación de resultado mostrada por el legislador de la Unión.

La falta de voluntad política y de recursos financieros⁴⁴, la preeminencia de los intereses tradicionales sobre los ambientales, los regímenes de aplicación inadecuados, las restricciones de acceso a la justicia y los regímenes jurídicos ambiguos son factores que socavan la aplicación de las directivas sobre la protección del medio ambiente y, en última instancia, desacreditan el derecho ambiental europeo. El creciente número de sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia es sólo la punta del iceberg.

21. Los problemas ambientales están constantemente en primera línea. El umbral de 400 ppm de CO₂ se superó en Hawái en mayo de 2013, un umbral que no se había superado desde el Plioceno, hace 3 millones de años. Los últimos años han sido los más cálidos jamás registrados desde que se empezó a investigar el clima. La contaminación atmosférica también está reduciendo la esperanza de vida en Europa en casi medio millón de personas. En cuanto a la biodiversidad, el número de especies que desaparecen es el más alto de todos los tiempos. En Europa, el objetivo de detener la pérdida de

⁴¹ Artículo 17 de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, DOUE-L-2004-81009.

⁴² N. De Sadeleer, *EU Environmental Law and the Internal Market*. Oxford : OUP, 2014, pp. 175-222.

⁴³ STJCE de 18 de enero de 2007, *Confédération générale du travail y otros*, asunto C385/05, Rec. 2007 p. I611, EU:C:2007:37, apartado 40.

⁴⁴ Los Estados miembros no pueden invocar las dificultades financieras que provoca la aplicación de las directivas, debido a las implicaciones socioeconómicas y presupuestarias de las grandes inversiones que deben realizarse, para justificar los retrasos en la transposición. Véanse la STJUE de 24 de octubre de 2019, *Comisión / Francia*, asunto C636/18, EU:C:2019:900, apartado 85 ; y la STJUE de 10 de noviembre de 2020, *asunto 644/18*, EU:C:2020:895, apartados 151-152.

biodiversidad para 2010 no se ha cumplido. Sólo el 17% de las especies y hábitats evaluados en los informes periódicos se encuentran en un estado de conservación favorable, y la degradación y la pérdida de capital natural están socavando los esfuerzos para cumplir los objetivos de biodiversidad y cambio climático de la UE⁴⁵. A pesar de la acumulación de directivas y reglamentos, y de las normas nacionales resultantes, la presión sobre los ecosistemas aumenta, los espacios naturales se reducen rápidamente⁴⁶, las especies desaparecen a un ritmo preocupante⁴⁷, los productos químicos se acumulan, los suelos se erosionan, los mares se vuelven más ácidos, el hormigón se extiende por la costa, ... Como demuestran los citados ejemplos, el desfase entre las advertencias de la comunidad científica y las decisiones adoptadas para contrarrestar los riesgos importantes es a veces considerable⁴⁸. El desfase entre la norma y las cuestiones que debe regular empieza a ser preocupante.

2. Política de mercado interior

22. El desarrollo de una política medioambiental a nivel europeo surge, sin duda, de la preocupación por evitar las distorsiones de la competencia entre empresas. Si se dejan las medidas ambientales en manos de las autoridades nacionales, se corre el riesgo de que algunos Estados miembros entren en una competencia feroz, ya que algunos podrían atraer las instalaciones contaminantes al lugar donde el coste de la contaminación es más bajo, un fenómeno que difícilmente podría contrarrestarse invocando simplemente el principio de “quien contamina paga”⁴⁹. La falta de armonización de las medidas de control de la contaminación podría haber provocado una reducción general del nivel de protección (« *Race to the Bottom* »). Así, se adoptaron desde los años 70 varias directivas sobre la base del antiguo artículo 100 TCE, posteriormente sustituido por el artículo 95 TCE y ahora por el artículo 114 TFUE con vistas a la creación del mercado común, que se transformó en un mercado interior⁵⁰.

23. En el marco de la política de mercado interior, la comercialización de sustancias químicas (Reglamento REACH, Reglamento sobre plaguicidas, Reglamento sobre biocidas, Reglamento sobre nuevos alimentos, otras sustancias de riesgo químico, etc.) se regulaba originalmente mediante directivas, que posteriormente fueron sustituidas por reglamentos.

La siguiente tabla ejemplifica la sustitución de las directivas legislativas que armonizan la comercialización de productos que contienen sustancias químicas por reglamentos entre 2006 y 2012.

Materia	Directivas	Reglamentos
Comercialización de cosméticos	Directiva 76/768/CEE	Reglamento (CE) n° 1223/2009
Comercialización de productos fitosanitarios	Directiva 91/414/CEE	Reglamento (CE) n° 1107/2009
Comercialización de biocidas	Directiva 98/01/CEE	Reglamento (UE) n° 528/2012
Registro, evaluación y autorización de sustancias químicas	Directiva 76/769/CEE	Reglamento (CE) n° 1907/2006

24. Estos actos diversos han conseguido armonizar los procedimientos que han de seguirse y las condiciones que deben cumplirse para poder comercializar productos de riesgo. Además, esta armonización es de carácter máximo, ya que los Estados miembros sólo pueden apartarse de la medida

⁴⁵ Apartado sexto del Anexo I del VII Programa General de Acción de la Unión en materia de Medio Ambiente hasta 2020 «Vivir bien, respetando los límites de nuestro planeta».

⁴⁶ Joint EEA-FOEN Report No 11/2016, *Urban Sprawl* in Europe.

⁴⁷ EEA Report No 10/2020, *State of nature in the EU*.

⁴⁸ Aunque los inspectores de trabajo británicos ya habían puesto de manifiesto el peligro que suponía la extracción de amianto para los trabajadores a principios del siglo XX, no fue hasta el 19 de marzo de 1987 cuando el Consejo adoptó la primera directiva sobre la prevención y la reducción de la contaminación del medio ambiente producida por el amianto. Véase la Directiva 87/217/CEE del Consejo, de 19 de marzo de 1987, DO, n° L 85/40.

⁴⁹ Artículo 191 TFUE. Véase De Sadeleer, N. (2021). *Environmental Law Principles*. Oxford : OUP. pp. 32-83.

⁵⁰ N.De SADELEER, *EU Environmental Law and the Internal Market*. Oxford : OUP, 2014, pp. 157-161.

comunitaria si actúan de acuerdo con una cláusula de salvaguardia⁵¹ o si, en su caso, están autorizados por la Comisión Europea en virtud de los artículos 114 (4) a (6) del TFUE⁵².

25. ¿Ha conseguido este corpus legislativo secundario frenar los riesgos medioambientales que suponen las decenas de miles de sustancias que producimos, usamos, consumimos y eliminamos?

Estos actos tienen como objetivo eliminar los posibles obstáculos al comercio intracomunitario que se derivarían de las normas unilaterales⁵³. Dicho de otro modo, su principal objetivo es establecer la igualdad de condiciones para todos los importadores y productores.

Así pues, la política de la UE sigue impulsada más por el deseo de igualar las condiciones que por la conservación de los ecosistemas. Además, a pesar del alcance relativamente amplio del reglamento REACH, la UE no dispone de un conjunto de normas destinadas a reducir el impacto de los productos en la salud y el medio ambiente de forma sistemática y coherente. El quid de la cuestión es probablemente que, según la lógica del desarrollo sostenible, los productos deben utilizarse durante mucho tiempo, mientras que el crecimiento económico tradicional se basa no sólo en un aumento constante de la producción de bienes, sino también en productos con una vida útil cada vez más corta. Además, la obsolescencia programada de los productos electrónicos confirma nuestros evanescentes patrones de consumo. No hay ningún producto cuyo impacto sea nulo en el medio ambiente; tan solo hay unos más dañinos y otros menos.

Al leer algunas de las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia, el profano, preocupado por el consumo de productos naturales, se hundirá en un abismo de perplejidad en cuanto a la artificialización de nuestro mundo⁵⁴.

3. Asuntos situados a caballo entre el mercado interior y la legislación medioambiental

26. La frontera entre las competencias compartidas en relación con el funcionamiento del mercado interior (artículo 114 del TFUE) y el derecho ambiental (artículo 192 del TFUE) no siempre es fácil de trazar. Así, algunas cuestiones están cubiertas por directivas y reglamentos con bases jurídicas diferentes.

27. Un ejemplo es la regulación de los productos fitosanitarios. La comercialización de estos, así como de las «sustancias activas» que contienen, que en un principio estaba cubierta exclusivamente por la PAC (artículo 43 del TFUE; artículo 37 del TCE), se reguló inicialmente mediante la Directiva 91/414/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1991, relativa a la comercialización de productos fitosanitarios. Esta directiva fue sustituida a finales de 2009 por el Reglamento 1107/2009/CE relativo a la comercialización de productos fitosanitarios (en adelante, «Reglamento sobre productos fitosanitarios»)⁵⁵. La base jurídica de este Reglamento son los artículos 43.2 TFUE, 114 TFUE y 168.4 TFUE. La autorización sólo puede concederse si las sustancias activas del producto fitosanitario están incluidas en un reglamento que contiene la lista de sustancias activas (anexo I)⁵⁶. La inclusión de estas sustancias por

⁵¹ Por lo que respecta a las cláusulas de salvaguardia relativas al cultivo de OGM, véase en particular la STJUE de 13 de septiembre de 2017, *Fidenato y otros*, asunto C-111/16, EU:C:2017:676.

⁵² N. DE SADELEER, *EU Environmental Law and the Internal Market*. Oxford : OUP, 2014, pp. 358-380.

⁵³ M. ONIDA, “*Products and the Environment*”, en MACCRORY, R. (ed.). (2005). *Reflections on 30 Years of EU Environmental Law. A High Level of Protection?*. Groeningen : Europa Law publishing, p. 248; M. PALLEMAERTS, *EU and WTO Law : How tight is the Legal Straitjacket for Environmental Product Regulation?*. Bruselas : VUB University Pres, 2006; L. KRÄMER, *EC Environmental Law*. Londres : Sweet & Maxwell, 1999, pp. 224-272 ; A.M. MORENO MOLINA, *El régimen jurídico de los productos químicos en la Unión europea*. Ed. Iustel, 2010.

⁵⁴ STJCE de 14 de julio de 2005, *Comisión / España*, asunto C-135/03, *Rec.* 2005 p. I-6906, EU:C:2005:457, apartados 36 a 41; STJCE de 4 de abril del 2000, *Darbo*, asunto C-465/98, *Rec.* 2000 p. I-2321, EU:C:2000:184, apartado 33 ; STJCE de 26 de mayo de 2005, *Codacons y Federconsumatori*, asunto C-132/03, *Rec.* 2005, p. I-4167, EU:C:2005:310.

⁵⁵ Reglamento (CE) n° 1107/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, relativo a la comercialización de productos fitosanitarios, DOUE-L-2009-82202.

⁵⁶ Artículo 29, párrafo primero, apartado a). Véase el Reglamento de Ejecución (UE) n° 540/2011 de la Comisión, de 25 de mayo de 2011, por el que se aplica el Reglamento (CE) n° 1107/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la lista de sustancias activas autorizadas, DOUE-L-2011-81129.

parte de la Comisión, en el marco de un procedimiento de comitología, es un reto importante. Para ser incluida en el anexo I del Reglamento, la sustancia activa no debe tener ningún efecto nocivo sobre la salud humana o animal ni ninguna influencia inaceptable sobre el medio ambiente⁵⁷. La inclusión de una sustancia activa (por ejemplo, el glifosato, la azoxistrobina, el triasulfurón, la carfentrazona-etilo, etc.) en el anexo I implica que no tendrá que registrarse como sustancia química con arreglo al reglamento sobre sustancias químicas⁵⁸. La autorización del producto fitosanitario (por ejemplo, el Roundup⁵⁹) la concede el Estado miembro en cuyo territorio se comercializa por primera vez el producto. Para garantizar el buen funcionamiento del mercado interior, el Reglamento somete las autorizaciones concedidas por los Estados miembros al principio de reconocimiento mutuo⁶⁰.

Además, a finales de 2009, el legislador de la UE adoptó la Directiva 2009/128/CE por la que se establece el marco de la actuación comunitaria para un uso sostenible de los plaguicidas⁶¹. Adoptada sobre la base del artículo 192 del TFUE, esta directiva establece una serie de medidas preventivas que incluyen la planificación nacional para la reducción de los peligros y los riesgos del control químico de las plagas, la mejora de la información al público en general, un sistema de certificación para los usuarios profesionales y los distribuidores, la inspección periódica de los equipos de aplicación, la prohibición de la pulverización aérea, la gestión integrada de las plagas y la protección del medio acuático y de las zonas protegidas, en particular en el marco de la Directiva Marco sobre el agua y de las Directivas sobre aves y hábitats.

Estos dos enfoques normativos son complementarios. Mientras que el Reglamento 1107/2009/CE sobre productos fitosanitarios garantiza la comercialización de los productos que contienen sustancias activas menos nocivas, la Directiva 2009/128/CE establece un marco normativo posterior que obliga a las autoridades públicas a regular el uso de los productos autorizados. Así, el Reglamento sobre productos fitosanitarios conduce a una armonización máxima, mientras que la Directiva 2009/128/CE constituye una armonización mínima, que se justifica por la diversidad de las condiciones agrícolas, fitosanitarias y ambientales de las regiones afectadas. El siguiente cuadro destaca las diferencias entre estos dos enfoques normativos.

Actos de derecho derivado	Reglamento (CE) n°1107/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de octubre de 2009 relativo a la comercialización de productos fitosanitarios	Directiva 2009/128/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 octubre de 2009 por la que se establece el marco de la actuación comunitaria para conseguir un uso sostenible de los plaguicidas
Enfoques	Comercialización de los productos fitosanitarios	Uso de los productos fitosanitarios
Medidas preventivas	Lista positiva de sustancias activas ; comercialización y restricciones de productos fitosanitarios	Planes nacionales, formación, regulación de la venta de pesticidas, sensibilización
Base jurídica en el TFUE	Artículo 43, § 2 TFUE (PAC) 114, § 1 TFUE (mercado interior), Artículo 169, § 2, b) TFUE (protección de consumidores)	Artículo 192, § 1 TFUE (medio ambiente)
Armonización UE	Máxima (Artículo 114, § 4-6, TFUE)	Mínima (Artículo 113 TFUE)

28. Del mismo modo, el derecho derivado en materia de conservación de la naturaleza distingue entre un enfoque centralizado para las especies de fauna y flora silvestres que son objeto de comercio internacional (Reglamento 338/97) y las especies autóctonas vulnerables o en peligro (Directivas 2009/147

⁵⁷ Artículo 4, párrafo segundo.

⁵⁸ Artículo 15, párrafo primero, REACH.

⁵⁹ De Sadeleer, N. "Glyphosate as an active substance authorised under the EU pesticides regulations: Regulatory principles and procedures", en Mesnage, R. y Zaller, J. G. (2021) (eds). *Herbicides: Chemistry, Efficacy, Toxicology, and Environmental Impacts*. Elsevier. pp. 292-319.

⁶⁰ Reglamento (CE) n° 1107/2009, Artículo 40.

⁶¹ JOUE, N° L 309/71.

(aves silvestres) y 92/46 (hábitats)). La relación entre estos dos enfoques reguladores es compleja⁶². Así pues, a pesar de la ausencia de una disposición específica en el Reglamento (CE) n° 338/97, las especies cuyo comercio está prohibido por las Directivas sobre aves y hábitats se incluyen automáticamente en el anexo A⁶³. El siguiente cuadro ilustra la línea divisoria entre estos dos enfoques normativos.

Actos de derecho derivado	Reglamento (CE) n° 338/97 relativo a la protección de especies de la fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio	Directiva 2009/147 relativa a la conservación de las aves silvestres Directiva 92/43 relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres
Objeto	Aplicación de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES). El Reglamento establece una lista de especies amenazadas agrupadas en cuatro anexos (A, B, C y D).	Estas directivas establecen un régimen general de protección de todas las especies de aves silvestres que viven en el territorio europeo, así como de especies de otros taxones.
Base jurídica en el TFUE	Artículo 192, § 1 TFUE (medio ambiente)	Artículo 192, § 1 TFUE (medio ambiente)
Armonización UE	Mínima (Artículo 113 TFUE)	Mínima (Artículo 113 TFUE)

V. Las medidas medioambientales y las libertades económicas fundamentales.

29. Algunos consideran que las medidas nacionales o regionales de protección del medio ambiente enmascaran el deseo de una política neoproteccionista. ¿El deseo de garantizar una mejor protección del medio ambiente limitando la importación de productos contaminantes no es acaso una coartada especialmente verosímil para reforzar la posición competitiva de las industrias nacionales? ¿No es esta estrategia tanto más insidiosa cuanto que las medidas adoptadas para luchar contra la contaminación son, en su mayor parte, aplicables indistintamente a los productos nacionales y extranjeros? ¿Deben las medidas nacionales de protección del medio ambiente ceder el paso a la libertad de circulación de bienes y servicios, que, a juicio del Tribunal de Justicia y de la gran mayoría de los tratadistas,⁶⁴ es una de las puntas de lanza de la integración europea?

30. La compatibilidad de las medidas ambientales adoptadas por los Estados miembros y las libertades económicas debe abordarse desde dos ángulos distintos: la aplicación directa de las libertades de circulación y, de forma complementaria, la armonización positiva.

El jurista tendrá que verificar primero si la validez de la medida nacional debe evaluarse a la luz de la medida de armonización o del Derecho originario, lo que no es un ejercicio fácil. En segundo lugar, a falta de una armonización completa, en la medida en que el régimen nacional constituye una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la libre circulación de mercancías (artículos 34-36 TFUE), deberá comprobar la pertinencia de la justificación alegada por las autoridades nacionales y la proporcionalidad de la medida. Dado que el derecho ambiental nacional incluye regímenes ambientales híbridos inspirados unas veces en el derecho administrativo, otras veces en el derecho fiscal o en el derecho penal, y otras tantas en el derecho civil, esta verificación no se antoja para nada fácil.

⁶² Véase García Ureta, A. (2010). *Derecho Europeo de la Biodiversidad*. Iustel.

⁶³ El anexo A incluye las especies incluidas en el anexo I de la CITES, así como otras especies que la UE considera en peligro de extinción o extremadamente raras. El Tribunal de Justicia ha juzgado que el Reglamento 338/97 no se opone a que un Estado miembro imponga una prohibición general de la utilización comercial de especímenes nacidos y criados en cautividad de especies del anexo A en su territorio. Es el caso de la prohibición francesa de comercializar determinadas especies de loros incluidas en el anexo A, a pesar de que estos ejemplares han nacido en cautividad en Francia. Véase STJCE DE 23 de octubre de 2001, *Tridon*, asunto C-510/99, Rec. 2001 p. I- 7777, EU:C:2001:559, apartado 41.

⁶⁴ Oliver, P. (2010). *Oliver on Free Movement of Goods*. Oxford : Hart. pp. 101-102.

1. Armonización positiva

31. En cuanto las exigencias de las directivas y los reglamentos armonicen plenamente una cuestión, las medidas nacionales que restringen el comercio deben evaluarse en el marco del derecho derivado y no del derecho originario relativo a la libre circulación de mercancías⁶⁵.

Por lo tanto, se priva a los Estados miembros de la posibilidad de adoptar medidas más restrictivas que las previstas en el derecho derivado. No se pueden invocar los requisitos de la jurisprudencia *Cassis de Dijon* ni las justificaciones establecidas en el artículo 36 del TFUE⁶⁶. Por ejemplo, cuando la norma de armonización ha establecido procedimientos de control comunes y completos, las autoridades nacionales están obligadas a realizar sus inspecciones de acuerdo con estos procedimientos. El caso de *Daimler Chrysler* ofrece una visión interesante. En este caso, el Land de Baden-Württemberg obligaba a los productores y poseedores de residuos peligrosos establecidos en su territorio a enviarlos para su incineración a un centro de tratamiento perteneciente a dicho Land, lo que privaba a sus poseedores de la posibilidad de exportarlos a menor coste a Bélgica para su tratamiento. Al tener que comprobar si el Reglamento 1013/2006, relativo a los traslados de residuos, permitía a los Estados miembros tomar medidas para prohibir los traslados de residuos con el fin de aplicar los principios de proximidad y autosuficiencia «de conformidad con el Tratado», el TJUE tuvo que definir los contornos de estos términos. El Tribunal dictaminó que la normativa alemana relativa al traslado de residuos en cuestión debe apreciarse a la luz de las disposiciones de dicho Reglamento y no de los artículos 30, 34 y 36 del Tratado»⁶⁷. Este examen debe realizarse únicamente a la luz de las disposiciones del Reglamento 1013/2006.

32. Los Estados miembros sólo pueden apartarse de la norma de armonización si esta prevé expresamente posibilidades de excepción, en forma de cláusula de salvaguardia. Así, si un Estado miembro desea contrarrestar un nuevo riesgo para el medio ambiente o la salud mediante un régimen de prohibición o restricción tras la concesión de la autorización de comercialización de un organismo genéticamente modificado (OGM) está obligado a utilizar una de las cláusulas de salvaguardia previstas en la normativa de la Unión⁶⁸, bien el apartado 2 del artículo 16 de la Directiva 2002/53 referente al catálogo común de las variedades de la especie de plantas agrícolas, bien el apartado 1 del artículo 23 de la Directiva 2001/18 sobre la liberación intencional en el medio ambiente de OGM, bien el artículo 34 del Reglamento 1829/2003 sobre alimentos y piensos modificados genéticamente⁶⁹. Expresiones específicas del principio de precaución⁷⁰, estas cláusulas de salvaguardia se han interpretado de forma restrictiva, especialmente en los casos del maíz MON 810, ya que suponen una excepción al principio general de libre circulación⁷¹.

⁶⁵ Véanse, entre muchas otras, las sentencias : STJCE, 5 de octubre de 1977, *Tedeschi*, asunto C-5/77, *Rec.* 1977 p. 1555, EU:C:1977:144, apartado 35 ; STJCE de 5 de abril de 1979, *Ratti*, asunto C-148/78, *Rec.* 1979 p. 1629, EU:C:1979:110, apartado 36 ; STJCE de 8 de noviembre de 1979, *Denkavit Futtermittel*, asunto C-251/78, *Rec.* 1979 p. 3369, EU:C:1979:252, apartado 14 ; STJCE de 20 de septiembre de 1988, *Moormann*, asunto C-190/87, *Rec.* 1988 p. 4689, EU:C:1988:424, apartado 10 ; STJCE de 7 de marzo de 1989, *Schumacher*, asunto C-215/87, *Rec.* 1989 p. 617, EU:C:1989:111, apartado 15 ; STJCE de 21 de marzo de 1991, *Delattre*, asunto C-369/88, *Rec.* 1991 p. I-1487, EU:C:1991:137, apartado 48 ; STJCE de 8 de abril de 1992, *Comisión / Alemania*, asunto C-62/90, *Rec.* 1992 p. I-2575, EU:C:1992:169, apartado 10 ; STJCE de 5 de octubre de 1994, *Centre d'insémination de la Crespelle*, asunto C-323/93, *Rec.* 1994 p. I-5077, EU:C:1994:368, apartado 30; STJCE de 10 de noviembre de 1994, *Ortscheit*, asunto C-320/93, *Rec.* 1994 p. I-5243, EU:C:1994:379, apartado 14.

⁶⁶ STJCE de 12 de noviembre de 1998, *Comisión / Alemania*, asunto C-102/96, *Rec.* 1998 p. I-687, EU:C:1998:529; STJCE de 20 de octubre de 2005, *Comisión / Suecia*, asunto C-111/03, *Rec.* 2005 p. I-8789, EU:C:2005:619.

⁶⁷ STJCE de 13 de diciembre de 2001, *Daimler Chrysler*, asunto C-324/99, *Rec.* 2001 p. I-9897, EU:C:2001:682, apartado 43.

⁶⁸ STJUE de 6 de septiembre de 2012, *Pioneer Hi Bred Italia*, asunto C-36/11, EU:C:2012:534; Conclusiones del Abogado General Y. Bot en este mismo asunto, EU:C:2012:250, apartado 51.

⁶⁹ De Sadeleer, N. (2018). "National Control of GMO Cultivation in the EU. The Path to Reconciliation of Opposed Interests", en *Nordic Journal of Environmental Law*. pp. 27-54.

⁷⁰ STJCE de 21 de marzo de 2000, *Greenpeace France y otros*, asunto C-6/99, *Rec.* 2000, EU:C:2000:148, apartado 44 ; STJCE de 9 de septiembre 2003, *Monsanto Agricultura Italia*, asunto C-236/01, *Rec.* 2003 p. I-8105, EU:C:2003:431, apartado 111.

⁷¹ STJUE de 8 de septiembre de 2011, *Monsanto*, asuntos C-58/10 a C-68/10, *Rec.* 2011 p. I-7763, EU:C:2011:553, apartados 70-71.

33. Sin embargo, la mera existencia formal de un acto de derecho derivado no es suficiente para ignorar el artículo 36 del TFUE o las exigencias imperativas de interés general. La armonización aún debe ser completa⁷². Mientras no lo sea, los Estados miembros pueden invocar válidamente los motivos contemplados en el artículo 36 del TFUE o una exigencia imperativa de interés general para impedir la libre circulación de las mercancías de que se trate, siendo la primacía del derecho derivado válida únicamente dentro de los límites del espacio armonizado⁷³.

34. La tarea del jurista es extremadamente difícil en materias heterogéneas reguladas por directivas y reglamentos de contenido muy técnico. Por ello, el Tribunal de Justicia ha tenido que comprobar en varias ocasiones si las disposiciones de las directivas ambientales pueden armonizarse plenamente en este ámbito. Dicho Tribunal ha afirmado que:

- El artículo 5 de la Directiva 94/62/CE relativa a los envases y residuos de envases, que permite a los Estados miembros promover, de conformidad con el Tratado, sistemas de reutilización de los envases que puedan reutilizarse sin perjudicar al medio ambiente, no conduce a una armonización completa de los sistemas nacionales de fomento de la reutilización de los envases⁷⁴.
- Asimismo, el artículo 7 de la Directiva 94/62 no armoniza completamente los instrumentos económicos que pueden adoptar los Estados miembros. De ello se desprende que un impuesto especial, que deben pagar los comerciantes que no participan en el sistema de recuperación de residuos de envases en Finlandia, debe evaluarse con arreglo al artículo 110 TFUE y no con arreglo a la Directiva⁷⁵.
- Antes de la entrada en vigor de REACH, la regulación de las sustancias químicas no constituía una armonización completa; su carácter incompleto permitía al Estado prohibir unilateralmente una sustancia peligrosa⁷⁶.
- Al no aplicarse a los vehículos de época, las directivas que establecen las normas de emisión que deben cumplirse en la primera puesta en circulación de los vehículos de motor no impiden que los Estados miembros retiren, en virtud de una de las cláusulas de salvaguardia, la matriculación de los vehículos extranjeros que no cumplan las normas de emisión⁷⁷.
- Aunque prohíbe a los Estados miembros restringir u obstaculizar la comercialización de embarcaciones de recreo que lleven el marcado CE, la Directiva 94/25/CE, de 16 de junio de 1994, no se opone a las medidas nacionales que, por razones de protección del medio ambiente, prohíben su uso, siempre que dichas medidas no infrinjan las normas del Tratado⁷⁸.
- El Reglamento 338/97/CE del Consejo, de 9 de diciembre de 1996, relativo a la protección de especies de la fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio, no ha armonizado plenamente el ámbito que abarca. Por lo tanto, las medidas más estrictas adoptadas o mantenidas por los Estados miembros deben ser compatibles con el artículo 34 del TFUE⁷⁹.

⁷² Oliver, P. (2010). *Oliver on Free Movement of Goods*. Oxford : Hart.

⁷³ STJCE de 5 de octubre de 1994, *Centre d'insémination de la Crespelle*, asunto C-323/93, *Rec.* 1994 p. I-5077, EU:C:1994:368; STJCE de 20 de septiembre de 1994, *Comisión /Italia*, asunto C-249/92, *Rec.* 1994 p. I-4311, EU:C:1994:335; STJCE de 12 de octubre de 2000, *Ruwet*, asunto C-3/99, *Rec.* 2000 p. I-8749, EU:C:2000:560. Por lo que respecta a la protección del medio ambiente, véase, por ejemplo, la STJCE de 11 de julio de 2000, *Toolex*, asunto C-473/98, *Rec.* 2000 p. I-5681, EU:C:2000:379, apartados 27-33.

⁷⁴ CJCE, 14 diciembre 2004, *Commission c. Allemagne*, C-309/02, points 37 à 45. el asunto no se llama así

⁷⁵ STJUE de 12 de noviembre de 2015, *Visnapuu*, asunto C-198/14, EU:C:2015:751, apartado 74.

⁷⁶ STJCE de 11 de julio de 2000, *Toolex*, asunto C-473/98, *Rec.* 2000 p. I-5681, EU:C:2000:379, apartados 27-33.

⁷⁷ STJCE de 11 de diciembre de 2008, *Comisión / Austria*, asunto C-524/07, *Rec.* 2008 p. I-187, EU:C:2008:717, apartados 46-47.

⁷⁸ STJCE de 4 de junio de 2009, *Mickelsson y Joakim Roos*, asunto C-142/05, *Rec.* 2009 p. I-4273, EU:C:2009:336, apartado 21.

⁷⁹ Véase, en particular, las siguientes sentencias : STJCE DE 23 de octubre de 2001, *Tridon*, asunto C-510/99, *Rec.* 2001 p. I- 7777, EU:C:2001:559, apartados 45-46 ; STJCE de 19 de junio de 2008, *Nationale Raad van Dierenkwekers en Liefhebbers y Andibel*, asunto C-219/07, *Rec.* 2008 p. I-4475, EU:C:2008:353, apartados 14-15 ; STJCE de 10 de septiembre de 2009, *Comisión / Bélgica*, asunto C-100/08, *Rec.* 2009 p. I-140, EU:C:2009:537, apartado 70.

- Al establecer medidas para proteger a las especies de peces autóctonas de los riesgos patógenos de las especies invasoras, los Países Bajos no pretenden proteger a las especies en peligro de extinción que entrarían en el ámbito de aplicación de la Directiva relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres y, por lo tanto, pueden ampararse en el artículo 36 del TFUE⁸⁰.

Por lo que respecta a los actos adoptados en virtud del artículo 114 del TFUE, el margen para adoptar medidas más estrictas es extremadamente limitado.

2. Armonización negativa

35. Cuando el legislador no ha regulado la materia o cuando la medida no conduce a la armonización completa, los Estados miembros siguen siendo libres de fijar el nivel de protección siempre que sus medidas no constituyan obstáculos a la libre circulación de mercancías. La prohibición de principio de las restricciones cuantitativas sobre las medidas de efecto equivalente en el sentido de los artículos 34 y 35 del TFUE puede, sin embargo, ser objeto de excepciones en virtud del artículo 36 del TFUE, en la medida en que estén justificadas por la necesidad de salvaguardar determinados intereses, que se enumeran exhaustivamente⁸¹.

Entre otras, el artículo 36 TFUE establece excepciones por razones de “protección de la salud y vida de las personas y animales” y la “preservación de los vegetales”, invocadas generalmente con éxito por las autoridades nacionales. No obstante, no aparece en este listado ninguna mención al medio ambiente⁸².

36. Además, el Tribunal ha declarado en repetidas ocasiones que la protección del medio ambiente constituye un objetivo de interés general que justifica las restricciones a las libertades económicas fundamentales.⁸³ El TJUE ha validado varios regímenes medioambientales sobre la base de un requisito imperativo de interés general⁸⁴, considerando que el medio ambiente “constituye uno de los objetivos esenciales de la Comunidad”⁸⁵. Su interpretación se ve corroborada por el derecho primario, quien reconoce ahora la protección del medio ambiente como un valor superior.

37. El análisis de estas lecciones jurisprudenciales muestra que se está produciendo un cambio en la jurisprudencia del TJ que durante demasiado tiempo ha sido favorable a los intereses mercantiles. Esta evolución es necesaria, por una parte, debido a la complejidad de las situaciones a las que se enfrentan los Estados miembros y, por otra, porque es preciso darles un margen de maniobra a la hora de hacer frente a nuevos riesgos sin tener que depender de la lentitud del proceso de toma de decisiones de la Unión.

Así lo ilustran los siguientes extremos.

⁸⁰ STJCE de 4 de diciembre de 2008, *Comisión / Países Bajos*, asunto C-249/07, Rec. 2008 p. I-174, EU:C:2008:683, apartados 42-43.

⁸¹ STJCE de 25 de enero de 1977, *Bauhuis*, asunto C-46/76, Rec. 1977 p. 5, EU:C:1977:6.

⁸² De Sadeleer, N. (2010). *Commentaire Mégret. Environnement et marché intérieur*. Bruselas : ULB. pp. 382-387.

⁸³ STJCE de 7 de febrero de 1985, *Association de Défense de Brûleurs d'Huiles Usagées (ADBHU)*, asunto C-240/83, Rec. p. I-531, EU:C:1985:59. Sin embargo, este caso no entraba exactamente en el ámbito de aplicación de la jurisprudencia Cassis de Dijon, ya que el asunto estaba parcialmente cubierto por una directiva de armonización.

⁸⁴ El tribunal nacional parece inclinarse por seguir la jurisprudencia del Tribunal. En cuanto a los obstáculos a la importación de residuos, véase CE fr, 15 avril 1996, *Freytmuth*, n^{os} 142.020, 142.022 et 142.053, avec les conclusions du commissaire du gouvernement Piveteau in *AJDA*, 1996, p. 440.

⁸⁵ Véanse, a título ilustrativo, las siguientes sentencias : STJCE de 20 de septiembre de 1988, *Comisión / Dinamarca*, asunto C-302/86, Rec. 1988 p. 4604, EU:C:1988:421, apartado 9 ; STJCE de 14 de julio de 1998, *Aher Waggon*, asunto C-389/96, Rec. 1998 p. I-4473, EU:C:1998:357; STJCE de 2 de abril de 1998, *Outokumpu*, asunto C-213/96, Rec. 1998 p. I-1777, EU:C:1998:155, apartado 32 ; STJCE de 13 de septiembre de 2005, *Comisión / Consejo*, asunto C-176/03, Rec. 2005 p. I-7879, EU:C:2005:542, apartado 41 ; STJCE de 15 de noviembre de 2005, *Comisión / Austria*, asunto C-320/03, Rec. 2007 p. I-9871, EU:C:2005:684, apartado 72.

En primer lugar se ha cuestionado la conveniencia de excluir de la jurisprudencia del caso *Cassis de Dijon* las medidas ambientales claramente aplicables. La discriminación *de facto* puede ser el resultado de la ventaja natural que tienen los operadores económicos locales sobre sus competidores extranjeros, en particular en lo que respecta a la reutilización de los productos para evitar que se conviertan en residuos⁸⁶. Consciente de la creciente interpenetración de la salud y el medio ambiente y de la dificultad de trazar una línea divisoria entre lo que corresponde al artículo 36 TFUE y lo que constituye una exigencia imperativa, el TJUE ha aceptado en varias ocasiones que las medidas medioambientales claramente aplicables puedan justificarse simultáneamente sobre la base de una exigencia imperativa y de un motivo recogido en el artículo 36 TFUE .

Además, cuando esconde un control axiológico de la proporcionalidad *stricto sensu*, la prueba de necesidad representa un verdadero obstáculo para justificar las medidas nacionales. Además, el uso de esta prueba no está exento de críticas⁸⁷. Se podría criticar al Tribunal de Justicia por no tener la suficiente competencia técnica para comparar, en un ámbito tan complejo como el de la protección del medio ambiente, métodos que son, cuando menos, divergentes en relación con el resultado previsto. ¿Es capaz de compararlos cuando no tiene necesariamente todos los elementos técnicos? ¿Puede censurar al legislador o al administrador cuando ningún conocimiento lo designa como más experto que el sujeto al que controla?

38. Sin embargo, en varias sentencias recientes, el Tribunal de Justicia ha prestado más atención a la eficacia de las medidas nacionales en cuestión, teniendo en cuenta las especificidades de la lucha contra la degradación del medio ambiente y las obligaciones derivadas del derecho internacional. Así, el coste y las dificultades técnicas de la aplicación de las distintas ramas de la alternativa parecen subestimarse mejor. El Tribunal también ha tenido en cuenta la limitada capacidad de las administraciones nacionales para aplicar una normativa cada vez más amplia y compleja.

Por ejemplo, un Estado miembro sólo puede rechazar la inclusión de una especie de animal salvaje en una lista positiva sobre la base de una evaluación exhaustiva del riesgo que supone la posesión de especímenes de la especie. Dada la incertidumbre que rodea al estado de conservación de las especies exóticas, a una administración nacional le resultará muy difícil aportar esas pruebas. Por lo tanto, el Tribunal de Justicia acepta que cuando sea imposible “determinar con certeza la existencia o el alcance del riesgo previsto debido al carácter insuficiente, no concluyente o impreciso de los resultados de los estudios realizados», el principio de precaución justifica la adopción de medidas restrictivas para contrarrestar «la aparición de daños reales para la salud o el medio ambiente»⁸⁸. De este modo, la lista positiva de especies que pueden tener los particulares, que limita la libre circulación de mercancías en el mercado interior, puede incluir especies respecto de las cuales los científicos no han comunicado todas las pruebas de la amenaza que se cierne sobre ellas.

39. Además, las medidas que se consideran más estrictas que las otras ramas de la alternativa pueden estar justificadas por la eficacia de los controles que deben realizar las autoridades descentralizadas. En efecto, el principio de libre circulación no debe llevar a la autoridad nacional a tener que aplicar una medida alternativa que quedará en papel mojado por ser inaplicable o demasiado costosa. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha reconocido recientemente la posibilidad de adoptar «normas generales que son, por una parte, necesarias debido a las circunstancias geográficas particulares del Estado miembro de que se trate y, por otra, fácilmente administrables y controlables por las autoridades nacionales» cuando se trata de limitar o prohibir la utilización de un producto nocivo para el medio ambiente⁸⁹. De

⁸⁶ STJCE de 14 de diciembre de 2004, *Comisión / Alemania*, asunto C- 463/01, *Rec.* 2004 p. I-11705, EU:C:2004:797, apartado 77 ; STJCE de 14 de diciembre de 2004, *Radlberger y Spitz*, asunto C-309/02, *Rec.* 2004 p. I-11763, EU:C:2004:799.

⁸⁷ *Ibid.* pp. 399-412.

⁸⁸ STJCE de 19 de junio de 2008, *Nationale Raad van Dierenkwekers en Liefhebbers y Andibel*, asunto C-219/07, *Rec.* 2008 p. I-4475, EU:C:2008:353, apartados 37-38 ; STJCE de 10 de septiembre de 2009, *Comisión / Bélgica*, asunto C-100/08, *Rec.* 2009 p. I-140, EU:C:2009:537, apartado 102; STJCE de 2 de diciembre de 2004, *Comisión / Países Bajos*, asunto C-41/02, *Rec.* 2004 p. I-11375, EU:C:2004:762.

⁸⁹ STJCE de 10 de febrero de 2009, *Comisión / Italia*, asunto C-110/05, *Rec.* 2009 p. I-519, EU:C:2009:66, apartado 67; STJCE de 4 de junio de 2009, *Mickelsson y Joakim Roos*, asunto C-142/05, *Rec.* 2009 p. I-4273, EU:C:2009:336, apartado 36.

hecho, es más fácil para las autoridades nacionales aplicar un régimen de prohibición generalizado (mitigado, si es necesario, por mecanismos de excepción) que aplicar un mosaico de regímenes particulares.

En nuestra opinión, cuando el legislador de la Unión no es capaz de determinar un umbral de protección común para los veintisiete Estados miembros, el Tribunal de Justicia no tiene que sustituir la ponderación de intereses realizada por las autoridades nacionales por la suya propia.

40. Por último, corresponde al Estado miembro demostrar, mediante pruebas científicas, la adecuación y la necesidad del obstáculo a la libre circulación de mercancías. Además, este riesgo debe evaluarse mediante una «evaluación en profundidad»⁹⁰. Sin embargo, en un mundo incierto, a los Estados no siempre les resulta fácil reunir pruebas que establezcan con certeza el vínculo causal entre la sustancia de riesgo y el presunto daño. No obstante, el Tribunal ha aceptado que los Estados miembros puedan invocar el principio de precaución, consagrado en el artículo 191, apartado 1, del TFUE. Así, la prohibición del tricloroetileno químico prevalece sobre la otra rama de la alternativa defendida por la Comisión Europea, es decir, la adopción de umbrales de exposición con el objetivo de reducir el riesgo de cáncer entre los trabajadores. A este respecto, las dificultades inherentes (incertidumbre científica) para establecer los umbrales de exposición subrayan los límites en términos de eficacia de la otra alternativa posible⁹¹. Por el contrario, el hecho de que la prohibición de comercialización (establecida por las autoridades suecas) reduzca el número de usuarios y fomente los sustitutos subraya su necesidad. En la medida en que mejoraba la protección de los trabajadores teniendo en cuenta las exigencias de continuidad de las empresas, el Tribunal concluyó que el régimen sueco era adecuado y proporcionado. La medida prohibitiva controvertida se considero tanto más conforme con el principio de proporcionalidad cuanto que la “concesión de una exención está supeditada a la condición de que no exista un producto sustitutivo menos peligroso y a la obligación de que el demandante busque en el futuro una solución alternativa menos nociva para la salud pública y el medio ambiente”⁹². Aplicado implícitamente en este caso, el principio de precaución enriquece el principio de proporcionalidad, ya que contribuye, en la ponderación de intereses, a clarificar las cuestiones medioambientales en un contexto de incertidumbre.

VI. Conclusiones

41. La política ambiental europea oscila entre los regímenes centralizados relativos a la comercialización de productos y sustancias de riesgo y una política descentralizada en la que se muestran claramente las preferencias estatales en materia de regulación. La armonización es, por tanto, de varias velocidades. De este modo, hoy en día es posible que un industrial explote una misma instalación en distintos países aunque la reglamentación sobre esta tecnología pueda variar de uno a otro, ya que corresponde a las autoridades evaluar si sus costes son excesivos, mientras que la comercialización de un coche o un tractor exige el cumplimiento de normas de emisión comunes a todos los Estados miembros.

También hemos visto que las medidas medioambientales, ya sean adoptadas por la Unión o por los Estados miembros, no deben socavar las libertades económicas consagradas en el derecho originario. La interacción entre las medidas de protección del medio ambiente y la libertad de circulación de mercancías es antagónica. Además, los conflictos no sólo surgen entre el derecho originario y el nacional. El derecho derivado también puede acudir en auxilio de los operadores económicos que desafían las medidas nacionales de protección del medio ambiente. Por ejemplo, de acuerdo con la Directiva de Envases y Residuos de Envases, el Estado alemán ha promovido la reutilización de botellas, lo que le ha hecho entrar en conflicto con una directiva que obliga a los productores de agua mineral a embotellar

⁹⁰ STJCE de 2 de diciembre de 2004, *Comisión / Países Bajos*, asunto C-41/02, Rec. 2004 p. I-11375, EU:C:2004:762, apartado 54.

⁹¹ STJCE de 11 de julio de 2000, *Toolex*, asunto C-473/98, Rec. 2000 p. I-5681, EU:C:2000:379, apartado 45. Sobre la imposibilidad de determinar un umbral de exposición a causa de las deficiencias científicas, véase también la STJCE de 5 de febrero de 1981, *Eyssen*, asunto C-53/80, Rec., p. 409, EU:C:1981:35.

⁹² STJCE de 11 de julio de 2000, *Toolex*, asunto C-473/98, Rec. 2000 p. I-5681, EU:C:2000:379, apartados 46-47.

su agua en origen⁹³. Igualmente, la “circunstancia de que existan itinerarios alternativos u otros medios de transporte que posibiliten el transporte de las mercancías” transportados por vehículos pesados cuyas emisiones contaminantes superan los objetivos de calidad del aire en Austria “no excluye la existencia de un obstáculo”⁹⁴.

Sin embargo, teniendo en cuenta el reequilibrio de los objetivos que persiguen los tratados, es preciso reconocer que el derecho del mercado interior no debe prevalecer sobre el derecho medioambiental. La conciliación tiene que ser apropiada. En efecto, para garantizar la libre circulación de bienes y servicios, es preferible armonizar veintisiete normativas dispares. Si los requisitos del derecho originario se aplican correctamente, el nivel general de protección se verá reforzado.

42. Pero nuestro argumento no termina aquí. El medio ambiente se ha convertido en una cuestión económica de primer orden. La UE es el mayor actor económico del mundo: debido a su riqueza, su huella ecológica es innegable. Además, su crecimiento económico depende de la importación de recursos naturales, desde el petróleo hasta las tierras raras, que se obtienen fuera de Europa, dependencia esta que agrava nuestra vulnerabilidad económica. Así, la ruptura del vínculo entre el crecimiento económico y la presión ambiental, tal y como defienden las instituciones de la UE, aspira a liberar a la Unión de su situación de dependencia en cuanto a la importación de materias primas y energías fósiles, actualmente al alza. La economía del reciclaje y de los recursos energéticos producidos a partir de fuentes renovables es ahora una cuestión tanto medioambiental como económica.

43. Finalmente, con el Pacto Verde Europeo, la Unión Europea contempla una de las mayores reformas legislativas de su historia.

Es cierto que las normas más estrictas sobre emisiones de gases de efecto invernadero y contaminantes de los vehículos de motor, que se adoptarán como resultado del Pacto Verde conducirán a una mayor centralización, ya que la armonización es máxima.

Una mejor protección de los ecosistemas parece esencial para limitar los efectos del cambio climático. Tanto el Pacto Verde como el “Objetivo 55” insisten en esta dimensión complementaria. Sin embargo, los aspectos relacionados con los ecosistemas dependen más de la adopción de nuevas directivas que de la mejora de las existentes. Entre ellas se encuentran medidas más estrictas para la protección de la naturaleza, la protección de los bosques y la protección de las aguas. En este caso, el legislador de la UE recurre a directivas en lugar de a reglamentos, lo que no hace sino acentuar las fuerzas centrífugas.

Por lo tanto, para lograr la neutralidad climática en 2050, la Unión Europea tendrá que desarrollar enfoques centrípetos para las normas de los productos y enfoques centrífugos para la protección y la resiliencia de los ecosistemas. En conclusión, las decisiones estratégicas adoptadas por los autores de los tratados fundacionales tienen consecuencias directas y muy concretas en las medidas de armonización previstas.

⁹³ STJCE de 14 de diciembre de 2004, *Comisión / Alemania*, asunto C- 463/01, *Rec.* 2004 p. I-11705, EU:C:2004:797, apartado 77 ; STJCE de 14 de diciembre de 2004, *Radlberger y Spitz*, asunto C-309/02, *Rec.* 2004 p. I-11763, EU:C:2004:799.

⁹⁴ STJCE de 15 de noviembre de 2005, *Comisión / Austria*, asunto C-320/03, *Rec.* 2007 p. I-9871, EU:C:2005:684, apartados 66-67. En efecto, al obligar a las empresas de transporte « a buscar (...) soluciones alternativas rentables para el transporte de las mercancías», el Estado miembro puede limitar las posibilidades de intercambios entre Europa septentrional y el norte de Italia. (Ibid. apartado 68).