

LAS VIRTUALIDADES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL AL MEDIO AMBIENTE

Manuel J. Sarmiento Acosta

*Profesor Titular de Derecho Administrativo
y Magistrado Suplente del Tribunal Superior de Justicia de Canarias.
Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.*

SUMARIO:

- I LA FUERZA EXPANSIVA DEL MEDIO AMBIENTE
- II. LA SUSTANTIVIDAD DEL DERECHO AMBIENTAL
 - 1. El reconocimiento por las últimas Constituciones
 - 2. El derecho al medio ambiente en la Constitución Española: concepto y ámbito
- III. LAS VIRTUALIDADES DEL ARTÍCULO 45 DE LA CONSTITUCIÓN
 - 1. Naturaleza normativa y aplicabilidad directa
 - 2. Sobre el carácter del derecho al medio ambiente
 - 3. El derecho al medio ambiente como función pública: intervencionismo versus desregulación
 - 4. El papel del Derecho penal
- IV. LOS INSTRUMENTOS PROCESALES DE PROTECCIÓN
 - 1. Los problemas de la legitimación: la acción pública
 - 2. Algunos caminos para la protección
- V. CONSIDERACIONES FINALES

I. LA FUERZA EXPANSIVA DEL MEDIO AMBIENTE

1. Si cada hombre debe librar sus propias batallas, cada generación tiene que afrontar sus propios retos. Y hoy es un reto irrenunciable la necesidad de proteger, conservar y fomentar el medio ambiente. Poco a poco la concienciación de que algo muy serio está en juego va calando en la opinión pública y en los políticos. Los desastres ecológicos, la desaparición de especies, los efectos devastadores de algunos residuos, como los nucleares o los químicos, son evidencias que están a la vista, y sobre las cuales no es necesario tener un conocimiento especial para saber que, de no tomar las medidas necesarias, los peligros se convertirán probablemente en siniestros reales y efectivos.

2. Superado queda el momento en el que los ideólogos y los grupos que defendían el ambiente eran mirados con recelo o eran considerados unos "outsiders" que venían a estropear la fiesta del crecimiento económico sin límites y fronteras¹. En la actualidad, el necesario crecimiento económico se conjuga con el factor ambiental.

¹ La relación medio ambiente-desarrollo económico debe ser armónica. No resulta adecuado un desarrollo que sólo prime la rentabilidad (Vid. T.R.FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "Derecho, Medio Ambiente y desarrollo", *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm. 24, 1980, pp. 5 y ss.), pero tampoco se puede olvidar que es, precisamente, el desarrollo económico equilibrado lo que permite la protección del ambiente. Recientemente, WILFRED BECKERMAN, profesor emérito del Balliol College de Oxford, y antiguo miembro de la Royal Commission on Environmental Pollution, ha publicado un libro de curioso título (*Small is Stupid*, traducción española, *Lo pequeño es estúpido. Una llamada de atención a los verdes*, Madrid, 1996, por la que se cita), pero que contiene observaciones interesantes. En él sostiene que alguno de los temores que se enfatizan en relación con los recursos no renovables no son justificados (pp. 81 y ss.), porque se fundamentan en un concepto de recurso estático y carente de imaginación, y que no debe olvidarse que en los países del tercer mundo es donde hoy están los problemas medioambientales más acuciantes (pp. 29 y ss.), por lo que entiende que el desarrollo equilibrado favorece la protección ambiental.

Las distintas opciones políticas resaltan la protección medioambiental, entre otras cosas porque saben que el medio ambiente ha adquirido en las últimas décadas muy buena **imagen** en ciertos segmentos del electorado (jóvenes, universitarios, y, en general, los grupos más dinámicos de la Sociedad), y que por esta razón tiene una gran rentabilidad electoral. A partir de esta circunstancia, los programas de los partidos contienen previsiones sobre la materia, y las propuestas de medidas y leyes son relativamente habituales. Por su parte, los gobiernos suelen crear distintos órganos con competencias medioambientales; algunos de ellos son de una ineficacia manifiesta y se agotan en la puesta en escena, otros, en cambio, tienen un carácter más serio y pueden servir para una efectiva protección ambiental².

3. Es claro, pues, que el medio ambiente hoy tiene fuerza, poder de convicción y capacidad de adhesión. Este vigor y energía se proyecta en lo científico y en lo político, en lo internacional y en lo nacional. En muchos casos la vocación ambiental no pasa de ser un mero oportunismo. Pero no hay duda de que nadie desconoce que de producirse un nivel de atentados ecológicos parecidos a los que se han sufrido, el colapso económico mundial sería algo más que un peligro, y que el riesgo cierto y directo de enfermedades originadas por la contaminación constituye, no una sospecha, sino una trágica certeza³.

La Comunidad Internacional desde hace tiempo se ha percatado de la dimensión del problema. El documento publicado por el Club de Roma en 1972 ponía el dedo en la llaga al destacar la grave quiebra que existía y existe en las formulaciones teóricas de los dos sistemas económicos implantados en el mundo. En el mismo año se celebró la primera gran Conferencia Internacional sobre Medio ambiente, la cual concluyó con la “Declaración de Estocolmo”, en la que se reconocieron a nivel internacional los problemas ambientales y su trascendencia⁴. En los años siguientes, las medidas adoptadas por los Organismos Internacionales, y los Tratados o Acuerdos Internacionales sobre el ambiente han proliferado. El hito más relevante tal vez sea la **Cumbre de la Tierra**, celebrada en la ciudad de Río de Janeiro en junio de 1992, en

2 En España, justamente, las primeras respuestas sobre el problema fueron organizativas. Los distintos Ministros crearon diversos órganos. Luego se pasó a la coordinación de los mismos y se constituyeron la Comisión Delegada del Gobierno para el Medio Ambiente y el Comité Interministerial del Medio Ambiente. En la esfera local, es habitual la existencia de un Concejal, Diputado provincial o cargo análogo con funciones ambientales. En la etapa socialista el Ministerio de Obras Públicas insertó en su nombre la referencia expresa al Medio ambiente. En la VI legislatura, con el Gobierno del Partido Popular, se ha creado un Ministerio específico, el de Medio Ambiente (cfr. arts. 1 y 8 del Real Decreto 758/1996, de 5 de mayo, de reestructuración de Departamentos ministeriales), el cual asume competencias que hasta ese momento correspondían a otros Ministerios, como Obras Públicas, Agricultura, Pesca y Alimentación, e Industria y Energía. Vid. T.R.FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Derecho, Medio Ambiente...”, cit., pp. 10 y ss., así como el trabajo de L.ORTEGA, “Organización del Medio Ambiente: la propuesta de una autoridad nacional para el Medio Ambiente”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría IV. Del Poder Judicial. Organización territorial del Estado*, Madrid, 1991, pp. 3751 y ss.

3 Cfr. D.I.LOPERENA ROTA, “La protección de la salud y el Medio Ambiente adecuado para el desarrollo de la persona en la Constitución”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría II*, cit., pp. 1455-1458.

4 La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente humano se celebró en Estocolmo entre los días 5 y 16 de junio de 1972.

la que se reunieron Jefes de Estado y de Gobierno en número jamás conocido para ningún otro asunto. Fruto de ella son Documentos de gran importancia, como la Declaración de Río, el Tratado sobre la Biodiversidad, la Convención sobre el cambio climático o la Agenda XXI⁵. La Declaración de Río es **hija y heredera**⁶ de la Declaración de Estocolmo, y en ella se aprecia la concepción antropocéntrica con la cual se aborda el ambiente: los seres humanos son el eje de toda la ordenación. Su derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza y la salvaguarda de las necesidades de las generaciones futuras son particularmente importantes, así como el concepto de desarrollo sostenible. Además, el problema del medio ambiente se plantea globalmente en orden a conseguir una mayor calidad de vida para todos⁷.

4. En el ámbito de la Unión Europea, si bien los Tratados básicos o fundacionales no contenían previsiones sobre el sector ambiental, debido a la trascendencia económica y social que fueron adquiriendo estas cuestiones, se fue configurando una política ambiental comunitaria. Los Programas de Acción que a partir de la década de los setenta se ponen en marcha, y que tenían su fundamento jurídico (indirecto) en los artículos 2, 100 y 235 (poderes implícitos) del Tratado de Roma son una buena muestra de ello, de la misma forma que también lo son Directivas como la dictada por el Consejo (79/831, de 18 de septiembre de 1979), sobre clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas, o la 85/337, de 27 de junio de 1985, de evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el Medio Ambiente. Pero va a ser el Acta Única Europea la que incorpore, en 1986, al Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea un título específico (el VII) dedicado al "Medio Ambiente". Título en el cual se establece un conjunto de normas que configuran los artículos 130R, 130S y 130T. El Tratado de la Unión Europea, suscrito en Maastricht el 7 de febrero de 1992, sigue la misma línea. La política en el ámbito del ambiente (art. 3-k) se orienta también hacia los fines de la Unión Europea, y para ello se refuerzan fórmulas, se establece más rigor en lo ya reconocido y se prevén cuestiones nuevas⁸. Como afirma Rafael de MENDIZÁBAL ALLENDE⁹, la acción de la Unión se orienta, en primer término, por el **principio de subsidiariedad**, en la medida que se materializa cuando los objetivos pueden alcanzarse mejor en el ámbito supranacional; y, en segundo lugar, por el **principio minimalista**, lo cual comporta que los Estados miembros pueden adoptar medidas más intensas que las comunitarias para proteger el medio ambiente (art. 130T)¹⁰.

5 Vid. D.I. LOPERENA ROTA, *El derecho al medio ambiente adecuado*, Madrid, 1ª ed., 1996, pp. 28-31.

6 Son los términos que emplea la Sentencia núm. 102/1995, de 26 de junio, del Tribunal Constitucional.

7 El concepto de desarrollo sostenible aparece en el informe *Our Common Future* (1987), de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, conocido también como "INFORME BRUNDTLAND", por su presidenta, la primera ministra de Noruega.

8. Vid. L.MARTÍN RETORTILLO, "Administración local y medio ambiente", en el volumen colectivo *Derecho del medio ambiente y Administración local*, Madrid, 1996, p. 36.

9. "Los espacios naturales y el medio ambiente", comunicación presentada al *I Congreso Nacional de Medio Ambiente*, Sevilla, abril de 1995.

10. Vid. E.ALONSO GARCÍA, *El derecho ambiental de la Comunidad Europea*, 2 vols. Madrid, 1993, y L.PAREJO ALFONSO-L.KRAMER y otros, *Derecho medioambiental de la Unión Europea*, Madrid, 1996, *in totum*.

5. La dimensión que está adquiriendo el medio ambiente ya condiciona otras políticas que puedan formularse, y que desarrollan los poderes públicos. Pero es que hay más. El factor ambiental, en su dinámica expansiva, afecta a la misma Ciencia, en general, y a la jurídica, en particular. Los avances científicos y tecnológicos deben partir de la necesidad de proteger el ambiente, y la adopción de líneas de investigación encaminadas a este fin adquiere cada vez más importancia. En el plano de lo jurídico, la definición de un Derecho Ambiental es una realidad. La elaboración de manuales y monografías sobre temas ambientales se ha incrementado sustancialmente en los últimos años¹¹. En la elaboración de los nuevos planes de estudio se debate sobre la inclusión de una asignatura referida al ambiente. Así, en el plan de estudios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra se ha insertado, como optativa, la asignatura de Derecho Administrativo Ambiental¹². Todo esto indica que se está sustentando el Derecho Ambiental, agrupando y sintetizando bajo un mismo perfil elementos que antes se encontraban dispersos, y, naturalmente, incorporando otros nuevos.

II. LA SUSTANTIVIDAD DEL DERECHO AMBIENTAL

1. El reconocimiento por las últimas Constituciones

Las Constituciones más recientes se muestran sensibles al problema ambiental¹³. No en vano a partir de los años setenta¹⁴ la relevancia de este sector no ha dejado de crecer, y este crecimiento se comprueba en la plasmación constitucional del medio ambiente. La Constitución griega de 1975 (art. 24), la polaca de 1976 (arts. 12.2 y 71), la portuguesa de 1976 (art. 66), la brasileña de 1988 (arts. 23 y 225, entre otros)¹⁵, la colombiana de 1991 (arts. 79 y 80), o la reforma de la Constitución de Argentina de 1994, que ha incluido un artículo (el 41), que alude al derecho a gozar de un ambiente sano, constituyen un buen ejemplo de la dimensión que ha adquiri-

11 Carece de sentido relacionar la bibliografía que sobre el Derecho Ambiental ha aparecido en las últimas décadas. Es, en cambio, necesario citar la obra del profesor R.MARTÍN MATEO, por ser pionera en España en el tratamiento de los problemas ambientales, y ser de referencia obligada: *Derecho Ambiental*, Madrid, 1977; *Tratado de Derecho Ambiental*, 2 vols. Madrid, 1991, *Nuevos instrumentos para la tutela ambiental*, Madrid, 1994, o *Manual de Derecho Ambiental*, Madrid, 1995. También, F.LÓPEZ RAMÓN ocupa un lugar relevante en el estudio de este sector. Sus libros *La conservación de la naturaleza: los espacios naturales protegidos*, Bolonia, 1980, o *La protección de la fauna en el Derecho español*, Sevilla, 1980, son de inexcusable mención. Otros autores han contribuido también al desarrollo de este sector. Vid. una referencia general en el apéndice bibliográfico del volumen colectivo ya citado *Derecho del medio ambiente y Administración local*, pp. 819 y ss. Han aparecido, asimismo, revistas especializadas, como la *Revista de Derecho Ambiental*, e, incluso, alguna de gran raigambre en el Derecho Público español, ha cambiado su nombre tradicional para mencionar al medio ambiente. Así, la *Revista de Derecho Urbanístico*, ahora se denomina *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*.

12 Cfr. F.GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho Administrativo Español*, Pamplona, 2ª ed., 1993, pp. 457, 640 y 641.

13 Sobre la sustantividad del Derecho Ambiental, véase A.PÉREZ MORENO, "Reflexiones sobre la sustantividad del Derecho Ambiental", en *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, vol. III, 1983, pp. 2767 y ss., y sobre el reconocimiento en el constitucionalismo más reciente, L.MARTÍN RETORTILLO, cit., p. 34.

14 La llamada *década ambiental*, en la cual se produjo un profundo avance sobre todo en Estados Unidos de América, donde el ecologismo nació y adquirió sustancia religiosa (Vid. V.VERDÚ, *El planeta americano*, Madrid, 1996, p. 113). No obstante, no se puede pasar por alto un antecedente importante, cual es el de la Constitución italiana de 1947, que en su artículo 9 establece que la República "tutelaré el paisaje y el patrimonio histórico y artístico de la Nación".

do este sector. Pero es que incluso una nación con una concepción tan peculiar de los derechos humanos como China reconoce en el artículo 26 de su Constitución que el “Estado protege y mejora el medio ambiente... y previene y elimina la contaminación ambiental y otros males comunes”¹⁶.

Al margen de la eficacia o de la credibilidad que muchas de estas previsiones constitucionales puedan tener, de lo que no se puede dudar es de que el derecho al medio ambiente ha adquirido carta de naturaleza como un derecho de los denominados de **tercera generación**, esto es, **derechos de solidaridad o colectivos**¹⁷. Su mismo reconocimiento conduce a determinar la titularidad de tal derecho y su protección jurisdiccional, en la medida que son fundamentalmente estos extremos los que dan contenido a las disposiciones constitucionales.

2. El derecho al medio ambiente en la Constitución Española: concepto y ámbito

La Constitución de 1978 reconoce el derecho al medio ambiente en el artículo 45¹⁸. En la redacción de este precepto influyeron otras Constituciones aprobadas en los años setenta, como la griega o la portuguesa, que también asumieron el medio ambiente. No obstante, la dicción de este artículo ha sido criticada por la doctrina, toda vez que, en primer lugar, el concepto de medio ambiente es redundante¹⁹, y se concibe el derecho en términos de tal abstracción y generalidad que resulta problemático extraer con trascendencia práctica su significado y alcance (MARTÍN MATEO). Lo previsto en el artículo 45.1 se configura como un derecho-deber de todos²⁰, de carácter constitucional²¹, que se orienta al desarrollo de la persona, lo cual supone que, al igual que sucede con las Declaraciones de Estocolmo y de Río de Janeiro,

15 Es destacable la preocupación que por el ambiente muestra la Constitución de Brasil. El carácter progresivo de su planteamiento es más que evidente: el artículo 5 consagra la acción popular, entre otras cosas, para anular los actos lesivos al medio ambiente; se afirma el carácter de normas de aplicación inmediata siempre que definan derechos y garantías fundamentales, etc. Late aquí la necesidad de proteger las selvas y reservas naturales que todavía subsisten en Brasil (la selva amazónica brasileña, el bosque Atlántico, la Sierra del Mar, el pantanal Matto-Grossense, y la Zona Costera). Según M.ACOSTA ROMERO (*Las mutaciones de los Estados en la última década del siglo XX. Necesidad de nuevas Constituciones o actualizaciones y reformas de las vigentes. Ensayo de Derecho Constitucional comparado*, México, 1993, p. 90), hay una opinión en Brasil según la cual lo previsto en la Constitución constituye una simple manifestación de buena voluntad, pues los gobiernos no han actuado de forma decisiva para evitar los incendios y la deforestación, por ejemplo, en el Amazonas, con la excusa de la falta de recursos financieros y humanos.

16 M.ACOSTA ROMERO, cit. pp. 318 y 319.

17 Los derechos de la primera generación son los políticos o cívicos; los de la segunda son los derechos económicos y sociales, mientras que los de la tercera son los de solidaridad y colectivos. Estos derechos plantean un abanico de cuestiones del máximo interés. Muchos de ellos, sencillamente, no se encuentran reconocidos en los Textos Constitucionales, es decir, son derechos extraconstitucionales (Vid. M.JIMÉNEZ DE PARGA, “Los derechos extraconstitucionales”, en *ABC* de 2 de enero de 1996, p. 3). Pero, incluso con el reconocimiento, los problemas que ofrece su ejercicio no son desdeñables (Cfr. I.ARA PINILLA, *Las transformaciones de los derechos humanos*, Madrid, 1990, pp. 143 y ss.).

18 Vid. F.LÓPEZ RAMÓN, *La conservación de la naturaleza...*, op. cit., pp. 33 y ss.

19 R.MARTÍN MATEO, *Manual de Derecho Ambiental*, cit., p. 21. También pone de relieve la redundancia F.UTRERA CARO, “Medio ambiente”, en la *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, 1995, p. 4240.

20 Sentencia núm. 102/1995, de 26 de junio, del Tribunal Constitucional.

21 Sentencia núm.32/1983, de 28 de abril, del Tribunal Constitucional.

prima la dimensión antropocéntrica. Por otra parte, se obliga a los poderes públicos a velar por su utilización racional y se prevé la posibilidad de sanciones penales y administrativas, como más adelante se examinará. Empero, para poder desarrollar lo reconocido por la Carta Magna es indispensable despejar una incógnita previa, que no es otra que la de saber qué es el medio ambiente, qué elementos lo integran y cómo opera en el terreno jurídico.

El artículo 45.2 de la Norma Fundamental utiliza tres conceptos: medio ambiente, recursos naturales y calidad de vida. Los distintos autores que se han ocupado de este extremo han propuesto conceptos amplios o estrictos, según entienden que uno u otro elemento debe incluirse o no en el medio ambiente²². A los efectos de este estudio no interesa detenerse en el análisis de cada definición, porque me parece que el Tribunal Constitucional ha acertado al captar el alcance que debe tener el medio ambiente desde la perspectiva constitucional. La Sentencia núm. 102/1995, de 26 de junio, cuyo ponente fue el Magistrado don Rafael de MENDIZÁBAL ALLENDE, es de gran trascendencia en este punto²³. Destaca el carácter complejo, polifacético y metafóricamente “transversal” del medio ambiente, por incidir en otras materias o sectores del Ordenamiento jurídico. Asimismo, declara que se trata de un concepto **“esencialmente antropocéntrico y relativo”**, porque, **“no hay ni puede haber una idea abstracta, intemporal y utópica del medio, fuera del tiempo y del espacio. Es -dice- siempre una concepción concreta, perteneciente al hoy y operante aquí”**. Afirma su carácter de concepto jurídico indeterminado, con un talante “pluridimensional e interdisciplinar”. Abunda en la evolución histórica que ha seguido en el sistema español, y señala que la expresión medio ambiente aparece por primera vez en el Reglamento independiente de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, y luego se recoge en otras normas (Ley 38/1972, de 22 de diciembre, etc.), y tras aseverar que el artículo 45 brinda alguno de los elementos del medio ambiente, como los espacios naturales, dice que:

“el medio ambiente como objeto de conocimiento desde una perspectiva jurídica, estaría compuesto por los recursos naturales, concepto menos preciso hoy que otrora por obra de la investigación científica cuyo avance ha hecho posible, por ejemplo, el aprovechamiento de los residuos o basuras, antes desechables con el soporte físico, donde nacen, se desarrollan y mueren. La flora y la fauna, los animales y los vegetales o plantas, los minerales, los tres ‘reinos’ clásicos de la Naturaleza con mayúscula, en el escenario que suponen el suelo y el agua, el espacio natural. Sin embargo, ya desde su aparición en nuestro ordenamiento jurídico el año 1916, sin saberlo, se incorporan otros elementos que no son naturaleza sino Historia, los monumentos, así

22 Vid. F.UTRERA CARO, *ibídem*, pp. 4243 y 4244

23 A pesar de que en otros aspectos resulte criticable, como sucede con la doctrina sentada acerca de las Directrices para la Ordenación de los Recursos Naturales. A mi juicio resulta más acertada la argumentación que se da en el voto particular que formuló el propio Magistrado ponente.

como el paisaje, que no es sólo una realidad objetiva sino un modo de mirar, distinto en cada época y en cada cultura (...)"

Sin embargo, el Alto Tribunal entiende que el concepto descriptivo resulta insuficiente para explicar la fenomenología o el comportamiento en el mundo del Derecho, y arguye:

"Un paso más en el camino de la síntesis, extrayendo de lo anterior su componente dinámico, donde subyace la idea de 'sistema' o de 'conjunto', pondrá de manifiesto que el medio ambiente no puede reducirse a la mera suma o yuxtaposición de los recursos naturales y su base física, sino que es el entramado complejo de las relaciones de todos esos elementos que, por sí mismos, tienen existencia propia y anterior, pero cuya interconexión les dota de un significado trascendente, más allá del individual de cada uno. Se trata de un concepto estructural, cuya idea rectora es el equilibrio de sus factores, tanto estático como dinámico, en el espacio y en el tiempo. En tal sentido ha sido configurado, desde una perspectiva netamente jurídica y con eficacia inmediata en tal ámbito, como la 'asociación de elementos cuyas relaciones mutuas determinan el ámbito y las condiciones de vida, reales o ideales de las personas y de las sociedades' (Programa de las Comunidades Europeas en materia de medio ambiente. Comunicación de la Comisión al Consejo, JOC 26 de mayo de 1972). Lo dicho nos lleva de la mano a la ecología, concepto joven (1869) y también interdisciplinar, que ha propiciado una cierta unidad de tratamiento a viejos saberes dispersos, desde la geografía en todos sus aspectos pero en especial su vertiente humana, hasta las ciencias naturales, dando un nombre nuevo a cosas muy antiguas. Aun cuando en principio se dedicara al estudio de las relaciones de una especie en concreto con su medio y, en un paso adelante, al conjunto de toda la comunidad de seres vivos confluyentes en un área dada y en unas condiciones determinadas, hoy por hoy tiene como objeto los seres vivos desde el punto de vista de sus relaciones entre sí y con el ambiente, que se condensa a su vez en el concepto de ecosistema (1935), cuyo ámbito comprende no sólo el rural sino también el urbano".

Lo que indica que el medio ambiente es un concepto nacido para reconducir a la unidad los diversos componentes de una realidad en peligro.

III. LAS VIRTUALIDADES DEL ARTÍCULO 45 DE LA CONSTITUCIÓN

1. Naturaleza normativa y aplicabilidad directa

Como se ha advertido anteriormente, aunque el derecho al medio ambiente ha adquirido carta de naturaleza en el constitucionalismo más reciente, es claro que en último extremo la operatividad práctica de este derecho la determina la naturaleza que el mismo tenga, pues si sólo se le da un sentido programático o retórico no se

ha avanzado, en realidad, nada. A este respecto hay que considerar que el artículo 45 de la Norma Suprema se encuentra ubicado sistemáticamente en el capítulo tercero (“De los principios rectores de la política social y económica”) del Título I (“De los derechos y deberes fundamentales”), lo que significa que, al igual que sucede con lo previsto en el resto del capítulo, su reconocimiento, respeto y garantía informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, y que “sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen” (art. 53.3 de la Constitución).

Lo previsto en el referido artículo 53.3 no puede inducir a ningún equívoco. Es palmario que la Constitución Española es una norma, y, además, la norma superior²⁴, y, por tanto, no tiene un contenido programático. El artículo 5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, es muy claro en este sentido. Y el Tribunal Supremo, en diferentes Sentencias, también lo ha afirmado, singularmente con relación al artículo 45. Sirva de muestra lo declarado en la Sentencia de 25 de abril de 1989 (Ponente: F.GONZÁLEZ NAVARRO), según la cual los preceptos del capítulo III del Título I “no constituyen meras normas programáticas que limitan su eficacia al campo de la retórica política o de la inútil semántica propia de las afirmaciones demagógicas (...). De manera que ese artículo 45, como los demás del expresado capítulo, tienen valor normativo y vinculan a los poderes públicos, cada uno en su respectiva esfera, a hacerlos eficazmente operativos”²⁵. Los poderes públicos - Legislativo, Ejecutivo, etc.- están vinculados por el Texto Constitucional, sin que puedan invocar ningún pretendido carácter programático. Como es lógico, el sistema de protección es menos intenso si se le compara con el de otros derechos reconocidos en la Constitución, pero ello no es obstáculo para su calificación como un verdadero derecho constitucional.

2. Sobre el carácter del derecho al medio ambiente

Ahora bien, los efectos del referido derecho dependerán del carácter que tenga el mismo. En el caso del derecho al medio ambiente nos encontramos ante un derecho reciente, que, aunque tiene carta de naturaleza constitucional, no por ello puede deducirse que tenga naturaleza de derecho fundamental²⁶. Su previsión expresa en la Norma Suprema revela la preocupación ecológica surgida en las últimas décadas en amplios sectores de opinión (Sentencia del Tribunal Constitucional núm.

24.Vid. por todos. E.GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 2ª ed. 1982, especialmente, pp. 41 y ss.

25.Otras Sentencias del Tribunal Supremo se pronuncian en el mismo sentido, vid. entre otras, las de 18 de abril de 1990, ó 26 de diciembre de 1991. También, J.L. BELTRÁN AGUIRRE, “El medio ambiente en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 134, 1994, pp. 282-286, y M.PIÑAR DÍAZ, *El derecho a disfrutar del medio ambiente en la jurisprudencia*, Granada, 1996, pp. 50 y ss.

26 Formalmente, es evidente que el derecho al medio ambiente no es un derecho fundamental, pues la Constitución no lo incluye en el capítulo y sección correspondiente a tales derechos. La jurisprudencia, por su parte, ha declarado también que no es un derecho de esta clase (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1991), y algunos autores también estiman que no se trata de un verdadero derecho fundamental, como L.MARTÍN RETORTILLO, cit., p. 31, o E.GARCÍA TREVIJANO GARNICA, “Consideraciones sobre la acción pública y el medio ambiente”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 145, 1995, pp. 145 y 151.

64/1982), que responde, como sucede con otros derechos de la tercera generación, a un consenso social acerca de determinadas exigencias que se consideran inherentes a la propia condición humana²⁷, y, por tanto, en él prima la dimensión colectiva y la solidaridad (art. 45.2). De manera que la legislación medioambiental puede limitar los derechos individuales (Sentencias núms. 227/1988, 66/1991 y 243/1993, todas del Tribunal Constitucional).

En una primera aproximación, el derecho al medio ambiente puede conceptuarse como un derecho **difuso** en la medida en que no existe un titular concreto ni se sabe con precisión cuáles son las prerrogativas a que da lugar. Porque la titularidad, más que del individuo, es de toda la colectividad²⁸. Por esta razón hay una controversia doctrinal acerca del carácter de derecho subjetivo que puede tener. Para algunos autores, entre los que destaca MARTÍN MATEO²⁹, no es un derecho subjetivo, toda vez que el Derecho Ambiental tiene un sustratum intrínsecamente colectivo y naturista que pretende proteger al hombre, desde luego, pero también al medio terráqueo en cuanto tal. Por el contrario, otras tesis se encaminan hacia la configuración de un auténtico derecho subjetivo³⁰. Así, utilizando la concepción del derecho subjetivo de IHERING, que basaba su naturaleza en la teoría del interés frente a la de SAVIGNY, LOPERENA ROTA mantiene que el derecho al medio ambiente es un derecho subjetivo³¹.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA³² ha destacado que el derecho subjetivo, desde su origen, lleva en su vientre una completa revolución del Derecho. Inicialmente -Escuela de Derecho Natural racionalista- supuso la exaltación del individuo, el cual portaba un conjunto de derechos (**iura innata**). Luego pasaron a configurarse como derechos políticos, que se erigen en piezas esenciales en las ideas políticas que hierven al final del Antiguo Régimen³³, y, tras sufrir una evolución, se tecnifica definitivamente en

27 I.ARA PINILLA, *Las transformaciones...*, op. cit., p. 116.

28 I.ARA PINILLA, *Las transformaciones...*, op. cit., p. 135.

29 *Tratado de Derecho Ambiental*, vol. I, op. cit., p. 145. Igual opinión tienen otros autores, como E.MORENO TRUJILLO, *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, Barcelona, 1991, pp. 73 y ss. y V.BELLVER CAPELLA, *Ecología: de las razones a los derechos*, Granada, 1994, pp. 231 y ss.

30 F.DELGADO PIQUERAS, "Régimen jurídico del derecho constitucional al medio ambiente", *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 38, 1993, p. 56, J.JORDANO FRAGA, *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Barcelona, 1995, pp. 453 y ss., o D.LOPERENA ROTA, *El derecho al medio ambiente adecuado*, cit. pp. 49 y ss.

31 Estima este autor que si no todo lo contenido en los capítulos primero y segundo del Título primero son derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 27.8 y 9, ó 31.2), tampoco todo lo inserto en el capítulo tercero son principios rectores de la política social y económica. Arguye que para mantener esta tesis se pueden considerar, al menos, tres datos: a) que el artículo 45, párrafo primero, no deja lugar a dudas sobre su carácter de derecho individual, toda vez que utiliza la misma expresión que otros preceptos, como los artículos 15, 17.1, 24.1, 27.1, 28.1 ó 29.1 de la Constitución; b) que el Título primero lleva por rótulo "De los derechos y deberes fundamentales", y no es sistemáticamente aceptable que de su ámbito esté excluido el capítulo tercero; y c) las reservas de ley o el procedimiento judicial de protección abreviada no son argumentos para desnaturalizar los derechos contenidos en el capítulo tercero.

32 *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid, 1994, p. 47.

33 E.GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos...*, op. cit., p. 65.

Alemania por obra de la Pandectística del siglo XIX. Posteriormente pasaría por otras evoluciones, coherentes con el declive del Estado liberal. Pero, dejando al margen estas vicisitudes, resulta claro que el derecho subjetivo puede definirse como el poder atribuido a un sujeto para la consecución o conservación de sus intereses³⁴.

La tesis que aboga por la consideración del derecho al medio ambiente como un derecho subjetivo parece, en principio, progresiva. Hemos visto que los derechos de la llamada tercera generación tienen perfiles colectivos y de solidaridad, y, como es lógico, es preciso construirlos técnicamente para hacerlos operativos, y evitar caer en la retórica vacía. Pero la Constitución Española, en su artículo 53.3, establece unas diferencias notorias que tienen que tener sus consecuencias, porque no es admisible una igualación que la Carta Magna no establece. En el caso del derecho que nos ocupa, resulta evidente que el grado de compromiso que la Carta Magna atribuye al Estado es sustancialmente inferior³⁵ y que, además, partiendo del concepto estricto de derecho subjetivo que se tecnifica con la Pandectística germana, resulta algo forzado ver un derecho subjetivo en la redacción del artículo 45.1 de la Norma Suprema. No obstante, como quiera que las transformaciones de los derechos no cesan, el reto del futuro próximo quizá está en construir sobre la base del derecho subjetivo la tecnificación y operatividad del derecho al medio ambiente, el cual, teniendo como elementos la titularidad, el contenido y el objeto, éstos fueran modulados en función de la naturaleza del medio ambiente. Una titularidad compartida (individual y colectiva)³⁶, un contenido que comprenda facultades de uso y disfrute de bienes ambientales y un objeto, que es la biosfera, podrían definir a este derecho al medio ambiente, no sólo de una forma más avanzada, sino más técnica y precisa, que es de lo que, en realidad, se trata. Aquí la labor de una futura Ley general sobre el medio ambiente es fundamental, y creo que es la vía más idónea para la configuración técnica de este derecho.

3. El derecho al medio ambiente como función pública: intervencionismo versus desregulación

El artículo 45.2 de la Constitución dispone que los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente. De ello se colige que todos los poderes públicos -Legislativo, Ejecutivo, Judicial, o, desde la perspectiva de la organización territorial, Estado, Comunidades Autónomas o Municipios- tienen la obligación de velar por el ambiente. Y son, entonces, responsables en orden a evitar el deterioro y las conductas antisociales que dañan el ambiente. Esta responsabilidad es subrayada por las Declaraciones de Estocolmo (principio 17) y de Río de Janeiro (principios, 11, 13, 15 y 17), así como por el Tratado de la Unión Europea (art. 130R.2). En la legislación nacional también se alzaprima el protagonismo y la responsabilidad de

34 A.M.LÓPEZ Y LÓPEZ, "Derecho subjetivo", en la *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Madrid, 1995, pp. 2369-2374.

El problema del derecho subjetivo es arduo y complejo. Como resulta evidente, a nuestros fines sólo podemos dar unas referencias muy sintéticas. Vid. H.KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, traducción del original en alemán de R.VERNENGO, 7ª ed., México, 1993, pp. 138 y ss.

35 Vid. A.TORRES DEL MORAL, *Principios de Derecho Constitucional Español I*, Madrid, 2ª ed. 1988, p. 235.

36 D.LOPERENA ROTA, *El derecho al medio ambiente adecuado*, cit., pp. 65 y 66.

los poderes públicos (v.gr.: Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, art. 28), y ello les obliga tanto a prevenir como a restaurar y mejorar los recursos naturales. El Tribunal Supremo ha declarado en diversas ocasiones que la Administración Pública desempeña un papel activo para conservar el medio ambiente, que se materializa en dictar normas y medidas y hacerlas cumplir, así como en articular los instrumentos necesarios para la más completa preservación del medio. La Sentencia de 30 de abril de 1990 declaró que no basta con dictar normas subsidiarias y calificar determinado suelo como de protección especial por su valor ecológico y paisajístico, sino que el Ayuntamiento no debe dar licencia en esas zonas y sus aledaños. La de 7 de noviembre de 1990 alaba la reducción de decibelios impuesta por el Ayuntamiento de Rocafort, pues -dice el Supremo- no ha hecho otra cosa que aplicar la Constitución. Además, hay alguna Sentencia que abunda en la planificación como instrumento útil para racionalizar la utilización de los recursos naturales³⁷. Por tanto, la Administración asume un rol relevante para proteger el ambiente. No cabe, pues, la abstención, el dejar hacer. Es, por el contrario, necesaria la acción, puesto que el Ordenamiento jurídico ha impuesto un compromiso que se concreta en crear las condiciones, los medios y las formas para asegurar la protección del ambiente, algo que, como es natural, resulta congruente con el modelo de Estado social y democrático de Derecho establecido por la Constitución de 1978³⁸.

El compromiso de los poderes públicos implica una regulación e intervención que evite el deterioro del medio. En este contexto ocupan un lugar de primer orden el establecimiento de estándares, las directrices, los planes de racionalización, el control efectivo por medio de servicios específicos, el fomento por la vía de la subvención, las exenciones fiscales o los premios. La adopción de esta "política" es absolutamente fundamental, porque frente a la **regulación** no hay alternativa eficaz. Si se quiere abordar los problemas ambientales con un mínimo de rigor es necesario partir de esta base, y desarrollar líneas de trabajo realistas y equilibradas, que no estrangulen, por supuesto, el crecimiento económico ni obliguen a los particulares a soportar unas cargas desproporcionadas que no tienen que soportar³⁹, pero que tampoco partan de premisas equivocadas. En último extremo, el dilema es muy elemental: o se protege al medio ambiente, y se es

37 Vid. Sentencia de 26 de diciembre de 1991. Cfr., asimismo, los artículos 4 y ss. de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre. El Tribunal Constitucional, a su vez, afirma que "la planificación de los recursos naturales no es sino una forma de poner orden y concierto para conseguir la utilización racional que exige la Constitución" (Sentencia 102/95, ya citada).

38 Vid. L.PAREJO ALFONSO, *Estado social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madrid, 1983, *in totum*.

39 Para el Tribunal Constitucional (Sentencia núm. 102/95, ya cit.), "la protección consiste en la acción de amparo, ayuda efectiva y fomento, guarda y custodia, tanto preventiva como represiva".

En ocasiones la protección comporta una limitación para los particulares afectados. El Ordenamiento jurídico no puede olvidar esta realidad, pues constituye una injusticia establecer cargas sin la adecuada compensación. El principio de solidaridad colectiva, previsto en el artículo 45 de la Constitución, exige articular mecanismos efectivos para compensar las desventajas relativas de los propietarios respecto del resto de los agentes económicos no afectados por las declaraciones protectoras (v.gr.: los Espacios Naturales). Las medidas de fomento o el establecimiento de beneficios tributarios pueden servir para dicha compensación (Vid. S.SARTORIO ALBALAT, "Sistema fiscal y Espacios Naturales Protegidos", en el vol. colectivo *Derecho al medio ambiente y Administración local*, cit., pp. 757 y ss.)

coherente con tal pretensión, o no se protege, y se deja hacer invocando las excelencias de la desregulación⁴⁰.

4. El papel del Derecho penal

El artículo 45.3 de la Constitución prevé el establecimiento de sanciones penales y administrativas, por este orden, dando relevancia al papel del Derecho penal. La previsión sobre las sanciones penales, que no se encuentra en otras Constituciones, como la griega de 1975⁴¹, abre paso a la tipificación de conductas delictivas y plantea también importantes cuestiones relativas a la función del Derecho penal y la coordinación entre sanciones penales y administrativas⁴², problema no resuelto siempre con el adecuado nivel de eficacia. Partiendo del reconocimiento de la sanción penal, hay que notar que, aunque con anterioridad había algunas previsiones en el Código penal que indirectamente protegían o podían servir de protección para el medio ambiente, es la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código penal, la que establece el denominado “delito ecológico”, mediante la inserción del artículo 347-bis, junto a los delitos contra la salud pública⁴³.

El delito ecológico, que obviamente no vamos a examinar en este trabajo en sus detalles, pues desborda la finalidad del mismo, es una modalidad de los delitos de peligro concreto, cuya consumación se produce por la creación del riesgo mediante la realización de alguna de las actuaciones previstas en el tipo. La doctrina penalista destacó la insuficiencia de la tutela penal al medio ambiente arbitrada por el artículo 347-bis (RODRÍGUEZ DEVESA, BARREIRO), abogando por una potenciación de las medidas extrapenales, pues hay que tener en cuenta el principio de intervención mínima del Derecho penal, y, por consiguiente, la norma penal debe convertirse en un instrumento secundario y auxiliar de las normas básicas administrativas⁴⁴. Sin embargo, tampoco puede sobrevalorarse el poder sancionador de la Administración

40 Sobre el arranque de la política de desregulación, y sus características, véase J.RODRÍGUEZ-ARANA, *La privatización de la empresa pública*, Madrid, 1991, pp. 90 y ss. Queda constancia histórica que la llamada década ambiental (años setenta), en la que se produjeron avances importantes en el medio ambiente, fue bruscamente frenada por la desregulación del presidente Reagan (Vid. D.LOPERENA ROTA “Veinte años de política ambiental en EE.UU.”, *Revista de Administración Pública*, núm. 129, 1992, p. 437)

41 L.RODRÍGUEZ RAMOS, “Protección penal del ambiente”, en *Comentarios a la Legislación penal. Tomo I. Derecho Penal y Constitución*, Madrid, 1982, p. 260.

42 Vid. J.SUAY RINCÓN, “El Derecho Administrativo sancionador como derecho garantizador y como alternativa al Derecho penal”, *Revista del Foro Canario* núm. 87, 1993, pp. 185 y ss; también, aunque dentro de un ámbito más general, R.PARADA, *Derecho Administrativo I Parte General*, Madrid, 7ª ed., 1995, pp. 511 y ss.

43 Cfr. G.QUINTERO OLIVARES y F.MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, Barcelona, 1983, pp. 203 y ss.

44 Las argumentaciones de J.M^a.RODRÍGUEZ DEVESA se encuentran en su *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Madrid, 9ª ed., 1983, pp. 1041-1059; argumentaciones, por cierto, muy duras: tacha de ignorancia el hecho de que la exposición de motivos de la Ley de 1983 no cuente con otras disposiciones ambientales. La de A.J.BARREIRO está en su artículo “Reflexiones acerca de la reforma española de los delitos contra los intereses colectivos: dos casos paradigmáticos: arts. 347 bis (delito ecológico) y 348 bis a) (protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo) del C.P.”, *Revista del Foro Canario* núm. 87, cit., pp. 140-146.

Por lo que se refiere al papel de las normas penales, L.RODRÍGUEZ RAMOS (*ibidem*, p. 26) asevera: “El Derecho penal ambiental es, pues, secundario, en el sentido de que corresponde a las normas no penales el papel primario en su protección y accesorio en cuanto que su función tutelar sólo puede realizarse apoyando la normativa administrativa que de modo principal y directo regula y ampara la realidad ambiental”

Pública. En algunos supuestos comprobados, los resultados de la aplicación del Derecho Administrativo Sancionador, como sucede con la Ley de 27 de marzo de 1989, no han sido espectaculares⁴⁵, y quizá el legislador ha sido consciente de esta realidad, porque el nuevo Código penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre⁴⁶, dice en su exposición de motivos que se ha afrontado la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela de una sociedad cada vez más compleja **“dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia, pero eliminando, a su vez, figuras delictivas que han perdido su razón de ser”**; y así introduce los delitos contra el orden socioeconómico y establece una nueva regulación de los delitos relativos a la ordenación del territorio y los recursos naturales⁴⁷. El Título XVI, dedicado a los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente (arts. 319-340) establece las disposiciones penales sobre la materia, aparte, claro está, de lo previsto en el Título XVII respecto a la seguridad colectiva (liberar energía nuclear, incendios forestales, etc.). Es diáfano que el legislador deposita su confianza en el Derecho penal. Habrá que esperar los resultados de esta regulación, pero sabido es que las medidas represivas, sean penales o administrativas, no son suficientes para evitar el deterioro ambiental.

IV. LOS INSTRUMENTOS PROCESALES DE PROTECCIÓN

1. *Los problemas de la legitimación: la acción pública*

Uno de los principales obstáculos con el que se enfrenta el derecho al medio ambiente es el de su efectiva tutela jurisdiccional. Ciertamente es un impedimento común a todos los derechos de la tercera generación, y obliga a la apertura de vías que puedan satisfacer este derecho, para que no se convierta en mera retórica.

Dejando de lado la denuncia, que cualquier persona puede formular, las posibilidades de actuación que se tienen para luchar contra las infracciones medioambientales dependerán del orden jurisdiccional de que se trate. En el ámbito que nos ocupa serán los órdenes civil, penal y contencioso-administrativo, los que conocerán de los conflictos que se susciten. La **vía civil** puede ser utilizada cuando se produzcan daños, tanto en el marco de las relaciones de vecindad (art. 590 del Código civil) como en el de las relaciones extracontractuales (arts. 1.902 y ss. del Código civil) (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1987, Sala primera), y, a menos que una Ley establezca la acción pública para tutelar intereses colectivos o difusos, no es la vía más adecuada para la eficaz tutela de dichos intereses. No obstante, hay que reparar en que el artículo 45.3 de la Constitución alude a la obligación de restaurar el daño causado, y, en el ámbito de la Unión Europea, hay un principio consolidado, según el cual **quien contamina paga** (art. 130R.2 del Tratado). Diferentes Leyes sectoriales han previsto la obligación de reparar el daño (arts. 110 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, 95 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, 46.3 de la Ley 12/1994, de 19 de diciem-

45 Véase J.A.DE VEGA RUIZ, “Presente y futuro del delito ecológico”, *La Ley* de 13 de marzo de 1992, p. 6.

46 Entró en vigor el 25 de mayo de 1996 (disposición final séptima).

47 Cfr. exposición de motivos.

bre, de Espacios Naturales de Canarias, etc.), y es una fórmula apta para conservar el medio y los recursos. Por su parte, la **vía penal** para combatir los deterioros ambientales ha sido ampliada por el Código penal de 1995, como se ha destacado, algo que puede robustecer la protección, ya que hay que tener en cuenta que para casi todos los delitos y faltas la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 1882, admite la acción popular (arts. 101, 102, 103 y 270)⁴⁸. Y por lo que se refiere al orden **contencioso-administrativo**, puede ser utilizado frente a los actos o acuerdos dictados por la Administración Pública sometidos al Derecho Administrativo por virtud del interés legítimo y la legitimación colectiva (arts. 24.1 de la Constitución y 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), y, en determinados casos, merced a la acción pública.

Interesa detenerse en este último mecanismo de legitimación, puesto que puede arrumbar o remover los obstáculos que tradicionalmente se presentan en la tutela del ambiente. Comprobamos que en diferentes normas, como la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas (art. 109.1), el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (art. 304)⁴⁹, la Ley de Caza de 1970 (art. 47-b), la de Pesca Fluvial de 1942 (art. 58), el Decreto 833/1975, de 6 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de Protección del Ambiente Atmosférico (art. 16), modificado parcialmente por el artículo 6 del Real Decreto 1613/1985, de 1 de agosto, el Reglamento de la Ley 81/1968, de 5 de diciembre, sobre incendios forestales, aprobado por Decreto 3769/1972, de 23 de diciembre (art. 133)⁵⁰ o en distintas normas autonómicas⁵¹ se establece la acción pública. E igualmente sucede con las Leyes de creación de Espacios Naturales⁵². Se trata de supuestos en los que el legislador ha querido superar las dificultades de la legitimación en orden a proteger y conservar bienes o recursos de la comunidad. En el medio ambiente es un hecho que la dimensión colectiva de los bienes y recursos prima, lo cual aconseja dar un paso más y postular por la acción pública con carácter general, al igual que acontece con el urbanismo⁵³. Una Ley general sobre el medio ambiente que abordara todos los problemas básicos del mismo tendría que incluir la acción pública, y de esta manera evitar los problemas de legitimación que frecuentemente se

48 Véase, también, los artículos 125 de la Constitución, 19.1, 20.3 y 406 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 151.2 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, sobre Régimen Electoral General, así como los artículos 18.1-g) y 68 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, aunque estos últimos artículos aluden a un supuesto singular.

49 Vid. mi trabajo "La propiedad inmobiliaria en la gestión urbanística: las facultades urbanísticas", *Revista Galega de Administración Pública* núm. 10, 1995, pp. 66 y ss.

50 También la Ley 13/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (art. 8.2) establece la posibilidad de la acción pública.

51 Leyes canaria 11/1990, de 13 de junio, de Prevención del Impacto Ecológico (art. 39), y de Castilla-León 8/1994, de 24 de junio, de Evaluación del Impacto Ambiental y Auditorías Ambientales.

52 Ley 91/1978, de 28 de diciembre, del Parque Nacional de Doñana (art. 11), Ley 25/1980, de 3 de mayo, del Parque Nacional de las Tablas de Daimiel (art. 13), Ley 3/1981, del Parque Nacional de Garajonay, Ley 4/1981, del Parque Nacional de la Caldera de Taburiente, Ley 5/1981, del Parque Nacional del Teide, Ley 6/1981, del Parque Nacional de Timanfaya, todas de 25 de marzo de 1981, Ley 52/1982, de 13 de julio, del Parque Nacional de Ordesa y Monte Perdido (art. 17), etc.

suscitan en este sector. Los intereses colectivos, la dimensión de la solidaridad, el compromiso con generaciones futuras, son aspectos que demuestran que se trata de una cuestión trascendental que desborda los intereses meramente individuales, y ello constituye base suficiente para establecer la acción pública. Repárese en que, al igual que ocurre con el urbanismo, es una función pública⁵⁴ que impele a los poderes públicos hacia la protección, pero que compromete también a “todos” para su conservación. Parece evidente que por la acción pública las pretensiones que se presenten ante los Tribunales irán dirigidas a exigir al Estado y, singularmente, a la Administración, el cumplimiento de sus deberes ambientales, los cuales pueden tener el suficiente grado de precisión por virtud de los instrumentos adoptados para la protección (directrices, planes, estándares...)

Un caso paradigmático que debe ser tenido en cuenta, en la medida que Estados Unidos ha sido un país pionero en esta materia, desde la **National Environmental Policy Act**, firmada por el presidente Richard NIXON el 1 de enero de 1970⁵⁵, es que la Corte Suprema se ha mostrado flexible en este extremo, pues una exigente y formalista legitimación convertiría la política ambiental en una zona exenta de control judicial⁵⁶, si bien hay que advertir que a raíz de la entrada en el Tribunal Supremo de juristas ultraconservadores, como por ejemplo William REHNQUIST, nombrados por REAGAN y BUSH, y que han abierto una etapa jurídica denominada “la Nueva Derecha Jurídica” (SCHWARTZ), se viene atenuando el control judicial sobre la Administración ambiental sobre la base de la doctrina de la “deferencia”, que se aplica cuando una Ley guarda silencio o se pronuncia en términos ambiguos. En estos casos, el juez, según esta doctrina, debe otorgar

53 Ya se ha puesto de relieve que en el orden penal la acción pública es reconocida por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero incluso por una interpretación de los artículos 24.1 y 125 del Texto Constitucional se podrá llegar a la conclusión de que la acción pública es en el ámbito penal una garantía, algo que no se puede decir del resto de los órdenes jurisdiccionales, sin forzar lo dispuesto en la Constitución (E.GARCÍA TREVIJANO GARNICA, “Consideraciones sobre la acción pública...”, cit., pp. 154 y ss.).

En el urbanismo, con la finalidad de asegurar en los términos más extensos posibles la legalidad urbanística se introdujo por la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 1956 la acción pública.

54 La Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 1956 configuró el urbanismo como una función pública (Cfr. E.GARCÍA DE ENTERRÍA, *Problemas actuales de régimen local*, Universidad de Sevilla, 2ª ed. 1986, pp. 108 y ss.), pues el planeamiento y la dirección del urbanismo lo hacen los poderes públicos.

55 Se trata de una Ley de gran importancia para el ambiente que viene a inaugurar la llamada “década ambiental”. Es una norma, por otra parte, de indudable trascendencia jurídica, tanto para los EE.UU., como para el resto del mundo, ya que aportó una novedad: la evaluación y declaración del impacto ambiental, que luego se plasmaría en otras normas de Brasil, Canadá, Israel o de la Comunidad Europea, toda vez que por virtud de la Directiva 85/ 377/CEE, de 27 de junio, se estableció esta técnica procedimental. En España dicha Directiva ha sido desarrollada por el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación del impacto ambiental, que, a su vez fue desarrollado por el Real Decreto 1131/1988, de 30 de septiembre. Por virtud de esta técnica se realiza un conjunto de estudios, que permiten estimar los efectos que la ejecución de un determinado proyecto, obra o actividad causa sobre el medio ambiente.

56 Vid. D.LOPERENA ROTA, “Veinte años...”, cit., p. 452, y J.JORDANO FRAGA, “Medio ambiente versus desarrollo: Experiencias en el Derecho ambiental norteamericano”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autónoma* núm. 264, 1994, pp. 723 y ss.

deferencia a la interpretación de las Leyes que haga la Administración. Lo cual es, desde luego, sorprendente⁵⁷.

2. Algunos caminos para la protección

El medio ambiente es patrimonio de todos, y, por tanto, están implicados en su protección y conservación tanto los poderes públicos como los ciudadanos. Se ha puesto de manifiesto la necesidad de que el Estado actúe por la vía de la planificación, los estándares, las ayudas, los servicios administrativos específicos, etc. Pero ello no debe conducir a la pasividad del ciudadano. La intervención administrativa es necesaria y tiene respaldo constitucional (arts. 1, 1.9, 2 ó 45.2 entre otros), pero resulta claro que debe encuadrarse en un contexto en el cual el ciudadano es “per se” un ser autónomo, responsable de sí mismo y portador de intereses⁵⁸, que por ello mismo puede hacerlos valer por medio de los instrumentos precisos. En el caso del medio ambiente, puede denunciar ante la Administración Pública competente el deterioro o daño ambiental, para que las autoridades administrativas pongan en marcha a través de sus servicios los mecanismos de protección (por ejemplo, la potestad sancionadora). Además, el Defensor del Pueblo o las figuras homólogas que desarrollan su actividad en las Comunidades Autónomas -como ocurre en Canarias con el Diputado del Común-, pueden, a su vez, impugnar los actos y acuerdos administrativos que perjudiquen el ambiente, de la misma manera que pueden promover la actuación de los Tribunales de Justicia ante la inactividad de la Administración. Por lo que se refiere a las infracciones penales, y ciñéndonos a un plano muy concreto y práctico, las autoridades, los particulares o los grupos ecologistas tienen la posibilidad de presentar sus denuncias en las Comisarías, los Cuarteles de la Guardia Civil o

57 Desde hace algunos años, y con motivo de la denominada “década Reagan”, se ha producido un giro importante en EE.UU que ha afectado a las bases, contenido y alcance del “judicial review”. Si con los Tribunales WARREN (1954-1969) y BURGER (1969-1986) se estableció una auténtica doctrina jurisprudencial que *reescribió* la bicentenaria Constitución americana en materia de derechos y garantías, aborto, etc., la reacción del poderoso conservadurismo estadounidense ha propiciado que se esté definiendo una manera de operar jurídica fundamentada en el originalismo, el literalismo y la deferencia para con la Administración. Originalismo porque lo que se pretende es que la interpretación de la Constitución se haga conforme con la voluntad o intención que los constituyentes tenían hace dos siglos (original intent). Sintomáticamente fue, unos años antes, Richard NIXON el que apadrinó la expresión “strict constructionist”, esto es, intérpretes estrictos de la Constitución. Literalismo porque la interpretación de la Constitución que haga el Tribunal Supremo no puede adicionar nada no previsto por los constituyentes (framers) (Vid. M. BELTRÁN, *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*, Madrid, 1989, pp. 26 y ss.), y deferencia por la razón que ya se ha expresado (Vid. E.GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, 1ª ed., 1995, pp. 178 y ss., quien analiza la doctrina de la deferencia tomando como punto de referencia básicamente la Sentencia Chevron v. Natura I Resources Council de 1984).

A cualquier jurista de fines del siglo XX le sorprende esta forma tan elemental de operar, que, como ocurre con otras cuestiones, persigue objetivos mucho menos toscos. Quizá existan razones mucho más profundas que conectan con el propio pulso vital de este país señero (V.VERDÚ últimamente ha destacado el “odio a los intelectuales” propio del norteamericano común, que valora sobre todo la claridad, lo pragmático y eficaz, y desdeña la sofisticación, *El planeta americano*, op. cit., pp. 104 y ss.), pero sea por lo que fuere, lo cierto es que la apertura de amplias brechas en el control judicial de la Administración constituye una evidencia.

58 Sobre el papel de la Administración en el seno de un Estado social y democrático de Derecho, vid. M.J.SARMIENTO ACOSTA, *Los recursos administrativos en el marco de la justicia administrativa*, Madrid, 1ª ed., 1996, pp. 36-40, y “Los derechos fundamentales como presupuesto y fin de la actividad administrativa”, *Revista del Foro Canario* núm. 88, 1993, p. 98.

en los Juzgados de Guardia. Luego, el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial habrán de practicar las diligencias correspondientes para comprobar la agresión ambiental.

Es una evidencia que hoy los mecanismos de protección del ambiente tienen que avanzar, madurar y tecnificarse⁵⁹. Al fin y al cabo, la preocupación por estos problemas es relativamente reciente, y sólo en los últimos años está calando en la conciencia de políticos y ciudadanos, por la gravedad y dimensión de los mismos. Por esta razón desde diversos sectores o desde la misma Fiscalía se sugieren medidas tendentes a intensificar y perfeccionar la protección ambiental (v.gr.: la creación de un Fiscal especial para delitos ecológicos⁶⁰). En el medio ambiente, pues, se necesita el esfuerzo de todos y la aportación de ideas de expertos y sectores que, por su actividad, gocen de la experiencia y los conocimientos adecuados para mejorar las políticas sobre el sector. Al ser una materia pluridimensional y tener un ámbito interdisciplinar, no se puede tener una perspectiva exclusivamente sectorial, sino también política y global⁶¹.

V. CONSIDERACIONES FINALES

El factor ambiental ocupa hoy un lugar preeminente tanto en el ámbito nacional como internacional, toda vez que algunos efectos del deterioro ambiental son irreversibles y de una manifiesta gravedad. No obstante, no se puede tener una visión alarmista y unidimensional de la cuestión. Es patente que el desarrollo económico equilibrado contribuye positivamente a la conservación medioambiental. La concepción idealista, utópica, y, a veces, hasta fundamentalista, para proteger el medio

59 Sobre la necesidad de tecnificación para hacer operativos los derechos, son muchos los juristas que se han pronunciado a favor. Un derecho sin una instrumentación técnica correcta y operativa no es más que una proclama retórica que en nada afecta a los ciudadanos (Vid. M.J.SARMIENTO ACOSTA, "Los derechos fundamentales...", cit., p. 99).

60 J.A.DE VEGA RUIZ, cit., p. 6.

61 La legislación que se está dictando sobre cuestiones relativas al medio ambiente es consciente de la necesidad de tener distintos puntos de vista para organizar y aplicar la política del ambiente. Así, la Ley 12/1994, de 12 de diciembre, de Espacios Naturales de Canarias, crea el *Consejo Asesor del Medio Ambiente y Ordenación Territorial* con el objeto de propiciar y aportar propuestas fundadas y contribuir con su experiencia a la "elaboración y seguimiento de la política ambiental de Canarias" (art. 44.1). Las funciones de este Consejo son las de emitir informes y elevar propuestas de actuación, proponer medidas que incentiven la participación ciudadana en la solución de estos problemas, conocer los anteproyectos normativos, realizar labores de seguimiento, o impulsar la coordinación entre la iniciativa pública y privada (art. 44.2). El Consejo está presidido por el Consejero competente en materia de Conservación de la Naturaleza (art. 44.3), y está adscrito a efectos administrativos a la Consejería competente.

Por otra parte, la participación ciudadana en la toma de decisiones concernientes al medio ambiente tiene unos instrumentos a través de los cuales se canaliza (Vid. E.ALONSO GARCÍA, "La participación de individuos en la toma de decisiones relativas al medio ambiente en España. Aspectos constitucionales", *REDA* núm. 61, 1989, pp. 49-65). La valía e importancia de los técnicos nadie la discute, pero en un Estado democrático no se puede orillar o minusvalorar la posición de los ciudadanos, ya que esas decisiones por muy arropadas que estén con cifras, estadísticas y razonamientos técnicos deben tener también la aquiescencia de los particulares, que son los que las van a sufrir o gozar. Refugiarse en el templo de los datos técnicos cuando hay una alarma social fundada de peligros o siniestros no es sólo una desfachatez, sino es incurrir en lo que ORTEGA llamó "la barbarie del 'especialismo'" (*La rebelión de las masas*, Madrid, 9ª ed., 1992, pp. 127-133). Y esto es lo que ocurre en alguna ocasión, sobre todo con motivo de escapes nucleares que originan malformaciones o enfermedades graves. El especialista de turno, con su aplomo y seguridad, lo desmiente, y tacha de ignorantes a los que argumentan lo contrario, apoyándose en evidencias para cuya captación no hace falta ser ningún experto.

ambiente no es una respuesta válida al problema. Desde una perspectiva estrictamente jurídica, se puede abogar por la aprobación de una Ley general sobre el medio ambiente que establezca un mínimo común denominador sobre la materia.

Esta Ley tendría que definir el régimen jurídico respetando, por un lado, la distribución constitucional de competencias, y, por otro, la doctrina ya sentada por el Tribunal Constitucional, en particular, en la Sentencia núm. 102/1995, de 26 de junio, la cual, si en algunos extremos es discutible, en otros ha acertado plenamente.

El derecho al medio ambiente exige una intervención administrativa. No se puede pretender conservar el ambiente y los recursos naturales sin una regulación clara y estricta que habilite jurídicamente la actividad de las Administraciones Públicas y señale los límites y garantías de los ciudadanos. Las técnicas de la planificación y coordinación, la fijación de estándares o el adecuado ajuste entre sanciones penales y administrativas son indispensables si se quiere tener una concepción progresiva del medio ambiente. Los poderes públicos, pues, no pueden renunciar a su responsabilidad, y deberán disponer de la cobertura económica (presupuestos) y jurídica suficiente para desarrollar sus funciones. Pero, además, tampoco puede desdeñarse el papel de los propios ciudadanos. Una política de fomento, por medio de subvenciones, incentivos fiscales y otras ayudas, puede contribuir decisivamente a mejorar el ambiente, aparte de que los propios particulares pueden denunciar y ejercer las acciones pertinentes en orden a la protección de los recursos y del medio. Aquí la educación e información desempeñan un cometido básico e importantísimo. Si no se sabe el valor de lo que se tiene es muy difícil que se luche por ello⁶². Por otra parte, resulta aconsejable remover los obstáculos de la legitimación. La Ley general sobre el sector podría establecer la acción pública e, incluso, facilitar las denuncias. Si todos tenemos derecho al medio ambiente, es claro que todos debemos implicarnos en la conservación⁶³, y sin caer en el fundamentalismo o en la actitud inquisitorial, no es posible cerrar los ojos cuando se producen atentados contra el ambiente. El elemento represivo, aunque ocupa un lugar secundario respecto del preventivo, resulta indispensable. En este sentido la opción por lo penal o lo administrativo dependerá de complejos factores, pero, sea cual sea la elección, es precisa la armonización entre sanciones administrativas y penales, bien entendido que estas últimas deben reservarse para las conductas más graves. Prevención y represión, coherentemente articuladas, ayudarán a garantizar la defensa de este bien para el desarrollo de la personalidad.

62 Respecto de la información y educación es significativo lo que establece el artículo 2.4 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, ya que alude a la labor de promoción de las Administraciones Públicas en estos términos: "Las Administraciones competentes promoverán la formación de la población escolar en materia de conservación de la naturaleza, incluyendo su estudio en los programas de los diferentes niveles educativos, así como la realización de proyectos educativos y científicos, todo ello en orden a fomentar el conocimientos de la naturaleza y la necesidad de su conservación".

63 R.MARTÍN MATEO, *Manual de Derecho Ambiental*, op. cit., p. 58.