

# El conflicto ecológico en el momento judicial del Estado de Derecho

José Luis SERRANO MORENO

## 1. INTRODUCCION

En este artículo<sup>1</sup> caracterizaremos como ambiental a un conflicto cuando al menos uno de los intereses concurrentes —con independencia de que sea individual o colectivo, público o privado— coincida con el *interés ecológico*<sup>2</sup>. Interés que, a su vez, podríamos definir como aquel difundido en nuestras sociedades y en virtud del cual es conveniente detener cada uno de los tres factores generales de la crisis ecológica —el agotamiento de recursos naturales, la contaminación o el crecimiento incesante<sup>3</sup>— o alguna de sus múltiples retroalimentaciones, porque de no hacerlo —y si nuestra información científica acerca del proceso civilizatorio es correcta— ponemos en juego la pervivencia de la especie sobre el planeta.

Dicha esta generalidad, lo primero que debe subrayar un jurista es que ni todo interés ecológico es un interés jurídicamente legítimo o tutelable, ni todo conflicto ambiental es un conflicto jurídico-ambiental. El que no todo interés ecológico sea un interés jurídicamente tutelable se debe a que todavía no tenemos un principio general o una norma constitucional que convierta en preferente al interés ambiental y a que, por lo tanto, este interés está llamado a concurrir con otros igualmente legítimos. Y el que no todo conflicto ambiental sea un conflicto jurídico-ambiental se debe a que el conflicto ambiental por excelencia es un conflicto entre un modelo civilizatorio —un modo universal de producción de la existencia social— y una percepción ético-política de los ries-

gos de ese modelo; un conflicto, por tanto, de alcance y naturaleza civilizatorios que desborda con mucho a los sistemas jurídicos.

Hechas estas dos importantes salvedades, aún quedaría por hacer una tercera para acabar de delimitar el ámbito de este trabajo: no todo conflicto jurídico-ambiental puede resolverse en el momento judicial de los sistemas jurídicos; más bien todo apunta hacia lo contrario: «un fenómeno paralelo a la progresiva degradación del medio ambiente a nivel nacional e internacional ha sido, tanto en nuestro derecho, como en el de otros países, el atribuir globalmente la tarea de corregir y disminuir dicha degradación (...) a la Administración» (Escribano, P., y López, J.I., 1980 pág. 367).

Cierto que todas estas afirmaciones no sólo son predicables de los conflictos ambientales. Incluso, puede decirse que tanto la impotencia jurídica, como la materialización administrativa son predicables hoy de casi todo conflicto social. Y, por lo tanto, ni una ni otra nos sirven para delimitar el territorio del conflicto ecológico en sede judicial. Para lo que sí nos deben servir es para relativizar la importancia del derecho para una adecuada protección del ambiente. La dimensión jurídica de la crisis ecológica no debe sustantivarse en exceso<sup>4</sup>. Los juristas que trabajan en este campo saben bien que, en la fase actual de desarrollo de las sociedades contemporáneas, sólo es posible hablar sobre Derecho Ambiental en la misma medida en que se pueda hablar de voluntad política de intervención ambiental<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Este texto es elaboración de la ponencia titulada «Posibilidades y límites de la protección jurisdiccional del ambiente» que defendí en el *Seminario de formación para fiscales, jueces y magistrados organizado por el Consejo General del Poder Judicial* que se celebró en la ciudad de Baeza los días 8 y 9 de noviembre de 1993. Debo agradecer a don Pío Aguirre, juez decano de los de Jaén, su invitación, su amabilidad y su paciente espera para recibir este texto escrito.

<sup>2</sup> Utilizaremos aquí los términos «interés ecológico» e «interés ambiental» como sinónimos por entender que su distinción carece, por ahora, de relevancia jurídica. En cambio, la distinción entre «ecológico» y «ambiental» sí que parece relevante ya en el campo económico, como ponen de manifiesto Aguilera Klink, F. y Alcántara, V. (1994) págs. 13-30. Para una distinción sociológica entre conservacionismo, ecologismo y ambientalismo recomendamos la lectura de Riechmann, 1991, págs. 423-424.

<sup>3</sup> Nótese que si le quitamos a estos tres factores las connotaciones ecológicas podemos traducirlos con tres palabras mucho más generales: carencia, degradación y saturación. Y una vez generalizados, los tres términos se pueden volver a reespecificar aplicándolos a cualquier sistema —sea o no natural—. Por ejemplo, se dice que los medios de comunicación no informan de todo lo que deberían (carencia) o que contaminan la verdad o que sa-

uran los sistemas de información. Así también puede oírse que los sistemas jurídicos tienen carencias que le impiden adecuarse, están contaminados por normas sociales o económicas y, sin embargo, proliferan las normas, etcétera. Este juego de lenguaje no implica necesariamente la tan discutible analogía entre seres vivos, máquinas y sistemas sociales, pero sí que prueba el carácter civilizatorio de la crisis ecológica.

<sup>4</sup> Si lo hacemos podemos olvidar el dato de la instrumentalidad y artificialidad de lo jurídico. Un riesgo así sólo deberían correrlo quienes sostengan una concepción sustancialista del derecho, como una especie de encarnación de la justicia, o quienes, por el contrario, limiten el contenido del término «derecho» a la norma válida, excluyendo de él los aparatos que lo sostienen y las prácticas que lo aplican y ejecutan. Es decir, los humanistas bien intencionados y los positivistas por ellos caricaturizados.

<sup>5</sup> He aquí una de las pocas características generales de nuestra crisis civilizatoria que la Dogmática jurídica comparte con otras ciencias: la impotencia de los expertos. Característica ésta que ha sido expuesta por uno de los mejores analistas del aspecto de la crisis ecológica en cuanto crisis civilizatoria: «uno de los signos más sorprendentes, de nuestro tiempo es la impotencia de los llamados "expertos" ante los problemas urgentes que han sur-

Precisamente, trazar una caracterización más detallada del conflicto ambiental en sede judicial es el objetivo principal de este artículo. A lo largo de él traduciremos al lenguaje de nuestro sistema procesal los diagnósticos más globales de la crisis ecológica, sin negarlos y sin quitarles gravedad, pero intentando abrir algunas ventanas en el pesimismo de la inteligencia para dar entrada al optimismo de la voluntad. Cuenta Capra, en el libro antes citado, que en la lengua china la palabra crisis (*wei-ji*), está formada por dos términos traducibles por peligro y oportunidad. Adelantaremos algo de las conclusiones afirmando que, a nuestro juicio, el peligro reside en la incontinencia del mercado y en la arbitrariedad de la administración mientras que la oportunidad reside en una actuación judicial garantista.

## 2. PRIMERA CARACTERÍSTICA: LA INEXISTENCIA DE DERECHOS SUBJETIVOS Y LA SIMULTANEA RELEVANCIA JURÍDICA DE LOS INTERESES EN JUEGO

Una de las posibles acepciones de la palabra derecho en castellano la hace sinónima de potestad. Derecho puede significar que determinados sujetos tienen la potestad de promover el funcionamiento del aparato coactivo del Estado para que otros sujetos actúen o no actúen de una determinada manera. Así, la configuración más primaria del derecho subjetivo —considerado en un sentido amplio— es aquella según la cual el sujeto manifiesta autónomamente su *voluntad*, al hacerlo ejerce un poder que recae sobre una *cosa* y crea un *negocio jurídico*. De la autonomía de su voluntad nacen así, al mismo tiempo, una regla de conducta que se convierte en el *ordenamiento objetivo* relativo a la cosa y una «zona exenta al poder», un espacio de autonomía individual. El ordenamiento objetivo se subordina a la iniciativa, a la capacidad de decisión del sujeto y se pone en movimiento como consecuencia del ejercicio del *derecho subjetivo* por parte y sólo por parte del individuo propietario.

Por lo tanto, una construcción teórica del derecho subjetivo al medio ambiente tal y como lo tenemos formulado en nuestro ordenamiento sería la siguiente: un *sujeto* firmante del pacto constituyente, recibe del artículo 45 y otros de la misma Constitución —el contrato social— un poder que recae sobre una cosa —el medio ambiente—. De la Constitución nacen así, al mismo tiempo, una regla de conducta que se convierte en *ordenamiento objetivo del medio ambiente* y un espacio inmune a los poderes, una zona exenta reservada para el «disfrute de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la personalidad» (art. 45 CE).

Pero algo debe fallar en esta construcción. Imaginemos que un ciudadano se dirige al juez debido por la ley y argumenta que el disfrute de un medio

ambiente adecuado para el desarrollo de su personalidad —al que le da derecho el artículo 45 de la Constitución— se está viendo alterado por la contaminación acústica y atmosférica que provoca la saturación de automóviles en su ciudad, que ya ha ejercido sin respuesta del municipio su derecho de petición y que su pretensión es que se le tutele ese derecho obligando al Ayuntamiento a poner en marcha programas de peatonalización, planes de prevención de la contaminación o, en definitiva, políticas públicas sostenibles. ¿Obtendría este ciudadano la tutela de su derecho? ¿conseguiría que el juez obligase al Ayuntamiento a diseñar, por ejemplo, un sistema ecológico de transporte público? Seguramente no; para empezar, porque probablemente *no hay jurisdicción* para tutelar ese derecho, que debería haber sido argumentado a través de alguna ley ordinaria de desarrollo que lo concretase (art. 53.3 CE); por otra parte, es legal, sin duda, que el municipio permita el movimiento de vehículos privados, movimiento sometido a tributación y que reporta un buen porcentaje de la hacienda municipal; se dice, con otras palabras, que el Ayuntamiento puede permitir la circulación de vehículos privados porque eso forma parte de su *discrecionalidad*. Tal vez, por otra parte, debiera el ciudadano ejercer su derecho de participación en las elecciones municipales, votando programas más ecológicos o incluso presentándose como candidato (art. 23 C.e), al fin y al cabo la actuación del Ayuntamiento está respaldada por su elección democrática. ¿acaso es lícito que un ciudadano aislado corrija el sólo la actuación de una corporación mayoritariamente respaldada por el pueblo? Tampoco está claro que sea precisamente este ciudadano el *legitimado* para actuar, porque no está claro que sea el *sujeto* pasivo que sufre el daño en su patrimonio material o moral, menos claro aún estará si imaginamos que el demandante es un grupo ecologista o una asociación de defensa del patrimonio histórico de la ciudad. Es dudoso también que la cosa sobre la que recae su derecho —el medio ambiente— incluya dentro de sus límites —contenido esencial— la concreta pretensión formulada. Por si fuera poco habría que discutir mucho la *afeción causal* de su patrimonio ambiental por las emisiones sonoras y gaseosas de los vehículos. En definitiva, respondería cualquier jurista, aquí *no hay derecho subjetivo alguno para tutelar*.

Ahora bien, de la misma forma que es evidente que la peculiar problemática del conflicto ambiental se desvanecería si consiguiésemos una exhaustiva asignación de derechos específicos derivados del genérico contenido en la Constitución, también es evidente que la dificultad técnica para la articulación procesal del derecho subjetivo a un medio ambiente adecuado no puede suponer que los conflictos ambientales derivados del interés ecológico carezcan de relevancia jurídica. Y ello, sobre todo, porque el interés ecológico ha sido asumido por el orden constitucional de forma substantiva —en el artículo 45— y de forma procedimental en los artículos 23 y 24.

gido en sus campos de especialización. Los economistas son incapaces de entender la inflación, los oncólogos están totalmente confundidos sobre las causas del cáncer, los psiquiatras están

desconcertados por la esquizofrenia, la policía se ve impotente ante el aumento de la criminalidad, y la lista continua» (Capra, 1982, pág. 26).

Por tanto, es verdad que estamos lejos de articular procesalmente un derecho sustantivo a un ambiente adecuado, pero también es verdad —como dice Martín Mateo, 1991 pág. 184— que aquí no se trata de impulsar la concesión de graciables beneficios mediante la actuación de grupos de presión que buscan pronunciamientos favorables para ellos pero indiferentes para el Derecho. Por el contrario, el interés ecológico cuenta con el respaldo del ordenamiento y se puede, por tanto, decir que es un interés legítimo.

Así que de alguna forma habrá que compaginar las reglas de la legitimación activa y de la titularidad individual de los derechos, con la tutela de intereses legítimos que se expresan sin el acompañamiento de derechos subjetivos. Veamos ahora por separado los problemas de la legitimación, del sujeto y de la cosa y dejemos para más adelante los relativos a la presencia de la administración en el conflicto ambiental.

### 3. SEGUNDA CARACTERÍSTICA: PROBLEMAS DE LEGITIMACION

Es importante comenzar afirmando que la función jurisdiccional del Estado necesita efectuar una rigurosa selección<sup>6</sup> de conflictos, como condición de posibilidad de su propia existencia. Ni todo es judicializable, ni todo debe serlo. Para lograr la necesaria selección existe en el modelo constitucional del Estado de derecho un principio que se formula sobre todo como regla de legitimación activa y en virtud del cual *sólo tienen legitimación para demandar aquellos que han sufrido en su patrimonio moral o material consecuencias no queridas por el Derecho e imputables a otras personas* (Martín Mateo, 1991, pág. 177). Esta regla ha sido clave para el ejercicio histórico de la jurisdicción. Ha sido exigencia de la propia existencia de un poder público judicial diferenciado del ejecutivo y del legislativo, de la separación entre derecho y moral, de la identificación de derecho con ley, del sometimiento exclusivo de los jueces a la ley, de los diversos grados de garantía, de la intervención del ministerio público, de la distinción entre diferentes órdenes jurisdiccionales, del equilibrio entre los poderes, etcétera. Observada desde el punto de vista interno al sistema jurídico —*ex parte principis*—, la regla de la legitimación es una autorrestricción de las esferas de poder, en virtud de la cual no todo conflicto social es un conflicto judicialmente soluble (ni tampoco administrativa o legislativamente soluble). En cambio, observada desde el punto de vista externo —*ex parte populi*—, el principio de selección o regla de la legitimación sugiere que la tutela judicial recae sólo sobre aquellos sujetos que sufren un daño imputable a otro sujeto. Por consiguiente, en tercer lugar y objetivamente

ahora, las reglas de la legitimación activa presuponen la existencia de *sujetos* determinables, de *bienes* concretos y de *afecciones causales* a estos bienes.

Precisamente estas tres exigencias le han provocado serias impugnaciones en las sociedades contemporáneas, impugnaciones que han puesto en tela de juicio los presupuestos teóricos y funcionales del principio de selección y de su regla de legitimación activa. Pero, antes de abordar este problema y para mejor exponerlo, demos un rápido vistazo a las especificidades de la regla de la legitimación en nuestro sistema procesal.

En primer lugar, el orden jurisdiccional penal es abierto y no plantea particulares problemas de legitimación activa. Existe acción popular, es decir, cualquier persona sea o no afectada puede —y debe— acudir a la autoridad competente si tuviere conocimiento de la comisión de un delito ecológico del artículo 347 bis del Código Penal.

A diferencia del orden jurisdiccional civil —en el que sólo la titularidad de un derecho subjetivo confiere legitimación a los sujetos para obtener una tutela judicial efectiva y en el que la reparación exige por lo general demostrar un nexo de causalidad directa, estática e inmediata entre el daño ambiental y el sujeto—, en el Derecho Procesal Administrativo la titularidad de un *interés directo* «se comporta como soporte jurídico suficiente para ostentarla» (Gimeno Sendra y otros, 1993 pág. 199). En efecto el artículo 28 de la LJCA distinguiendo entre «pretensiones de anulación» (art. 41 LJCA) y «pretensiones de plena jurisdicción» (art. 42 LJCA) confiere —en su párrafo 1.b— legitimación activa para promover las primeras a «los que tuvieran interés directo en ellas» y las segundas a los titulares de un «derecho derivado del ordenamiento» (art. 28.2 LJCA). Hasta 1979, correspondió a la jurisprudencia del Tribunal Supremo estimar cuándo y en qué condiciones podía apreciarse la existencia de tal interés y, efectivamente, en numerosas sentencias se fue precisando, con cierta generosidad, cuáles eran los intereses tutelables. De manera muy sucinta puede decirse que la precisión jurisprudencial del precepto legal, de una parte, excluyó como elemento legitimador bastante el impulso de factores subjetivos, la mera pretensión de legalidad y la acción popular salvo en supuestos legalmente establecidos; incluyó, de otra, criterios de notoria amplitud como la simple razón de vecindad; y estableció, finalmente, el principio en virtud del cual en las situaciones dudosas no se debe cerrar el acceso al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Después de 1979 y a la vista de lo dispuesto en los artículos 9.2 y 24 de la Constitución, resultaba difícil mantener el término *interés directo* en sentido estricto, y comenzó la tendencia a identificarlo con el concepto constitucional de «interés legítimo». Esta interpretación era la reclamada insistentemente por la doctrina del Tribunal Constitucional<sup>7</sup> (STC

<sup>6</sup> En términos de teoría general de sistemas, la selección pertenece al ámbito de la teoría de la complejidad. La complejidad implica selección, la selección implica variabilidad y la variabilidad supone riesgo. Por tanto, la selección es el proceso en vir-

tud del cual un sistema reduce su propia complejidad. Para más información véase el capítulo primero de Luhmann, 1984.

<sup>7</sup> Doctrina que, por lo demás redundaba sobre la tradicional del Tribunal Supremo en el sentido de que la expresión «interés directo» ha de entenderse «referida a un interés en sentido pro-

60/1982, de 11 de octubre). Si bien en la importante sentencia 71/1982 de 30 de noviembre, este Tribunal, revisando la constitucionalidad de un precepto de la ley vasca de protección a los consumidores que declaraba la legitimación de sus organizaciones, estableció la doctrina en virtud de la cual no bastaban los artículos constitucionales para entender modificado el cuadro procesal entonces vigente, de manera que la ley de la Comunidad autónoma introducía un novum en el bloque del artículo 32 de la LJCA.

Con posterioridad el artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder judicial recogía ya expresamente la legitimación colectiva de determinados grupos sociales, en dos sentidos: por estar estos afectados, es decir, por compartir todos el mismo interés individual que sumado genera un interés colectivo; o bien, por estar legalmente habilitados. Y ya más recientemente el artículo 31.2 de la nueva LPA señala que «las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales, serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la ley reconozca». Como se ve redacción tan general como la del 7.3 de la LOPJ pero que hace alimentar la esperanza de una reforma legislativa que provea cauces razonables y eficaces para la tutela del interés ambiental mediante la habilitación expresa de aquellos grupos que hayan hecho de este interés colectivo su razón constitutiva.

De manera que, desde el punto de vista del interés ecológico como interés colectivo, podemos decir que tenemos un orden prácticamente cerrado —el civil—, otro totalmente abierto —el penal— y un tercero que debería estar abierto y anda semiabierto —el contencioso-administrativo—. Si añadimos algunos datos más nos será muy fácil extraer una primera conclusión. Estos datos serían telegráficamente los siguientes: la mayor contundencia y rapidez de los fallos penales, la mayor demora de los fallos contencioso-administrativos, los efectos *erga omnes* de la sentencia penal, las dificultades de ejecución de las sentencias de lo contencioso y la barbaridad del procedimiento penal. La conclusión es simple: sobreutilización del orden jurisdiccional penal incluso para satisfacer pretensiones civiles o administrativas.

Esta sobreutilización es un problema simultáneamente ambiental y constitucional. Ambiental, porque la saturación de un orden jurisdiccional con conflic-

tos ecológicos que deberían resolver los otros no garantiza una adecuada satisfacción del interés ambiental, más bien crispa en exceso al conjunto social y empuja la balanza hacia el interés ecocida. Constitucional porque, como se sabe, el sistema de garantías penales es todo lo rígido que requiere el hecho de que este orden pueda imponer sanciones privativas de libertad. Es —y debe seguir siendo— más difícil imponer una pena privativa de libertad que anular un acto administrativo o ratificar una sanción económica. Y es un disparate jurídico que las sanciones administrativas puedan llegar a ser en algunos casos más duras que las penales. Paradójicamente, este desnivel entre mayores garantías y menores sanciones en lo penal y mayores garantías y mayores sanciones en lo administrativo empuja también a los contaminadores hacia el orden penal<sup>8</sup>. La preferencia por el orden penal compartida por el interés ecocida y por el interés ecológico, debería hacernos pensar en la urgente necesidad de abrir los órdenes civil y contencioso-administrativo y de contener, al mismo tiempo, la enorme *vis atractiva* del derecho penal, situando al delito ecológico donde debe estar: en la *última ratio*, en la cúspide de un sistema de tutela judicial ambiental que sepa adecuarse al hecho evidente de que no todo ilícito ambiental reviste la gravedad de un delito.

#### 4. TERCERA CARACTERÍSTICA: LA EVANESCENCIA DEL SUJETO, DE LA COSA Y DE LA CAUSA

Otra característica de un contencioso ambiental estándar residirá en la frecuente dificultad —cuando no imposibilidad— de delimitar lesiones individualizadas. El sujeto jurídico es, en materia ecológica, tendencialmente evanescente. El daño ambiental, por definición es un daño que afecta a una colectividad que rodea al demandante. Probablemente sea esta la característica más definitoria del conflicto ambiental y, al mismo tiempo, la que mejor lo incardina en un marco más amplio de conflictividad social de alcance colectivo e intercomunicación de efectos jurídicos<sup>9</sup>.

En efecto, el interés ecológico forma parte de una categoría más amplia denominada intereses colec-

pio, cualificado o específico. No cabe, pues, confundirlo con el interés genérico en la preservación de derechos que tiene todo ente u órgano de naturaleza política, cuya actividad está orientada a fines generales y que ha de cumplir en su ámbito de atribuciones» (STC 257/1988). Siendo necesario, en todo caso, que exista «un interés real y actual en la base de la pretensión impugnatoria» (STC 93/1990). En cualquier caso «El interés legitimador para la impugnación o el control de los actos y disposiciones de la Administración, requiere, como mínimo cualquiera que sea el calificativo que se le aplique —«legítimo», según la Constitución, o «directo», conforme a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa—, que derive directa o indirectamente de una norma jurídica» (STC 93/1990).

<sup>8</sup> Es ya notorio en los medios de la abogacía que, una vez lograda una benigna sanción penal —una pena privativa de libertad inferior a un año sin ingreso en prisión y una multa que no excedera los cinco millones en el peor de los casos—, pueden eludirse sanciones administrativas de hasta cincuenta millones

de pesetas con una impecable argumentación basada en el *non bis in idem*.

<sup>9</sup> «Al implicarse —dice Martín Mateo, 1991, pág. 183— un colectivo más o menos amplio de sujetos se produce en diversos planos un fenómeno de intercomunicación de efectos jurídicos. Así, por ejemplo, el progreso en la defensa, procesal o administrativa, de un interés ecológico individual beneficiará a todos los que están en la misma situación. Aislados logros conseguidos en su defensa se prolongan automáticamente y de forma positiva a la esfera jurídica de otros individuos que nada han hecho en concreto». Es sorprendente el parecido entre esta descripción y el concepto económico de *externalidad*. Los problemas ecológicos, pensados económicamente, serían caracterizables como externalidades, esto es, divergencias entre lo que un agente económico paga por producir y los efectos ambientales que causa su proyecto o su propio proceso productivo. Para una visión clásica véase Coase, 1961.

tivos o difusos<sup>10</sup>, o necesidades colectivas<sup>11</sup>, acuñada —creo que no antes de 1974<sup>12</sup>— por las doctrina jurídica italiana. Esta amplia categoría describe justamente aquella situación en la que un interés, un deseo, una necesidad o una expectativa de tutela jurídica está difundida en una colectividad y es compartida por sujetos diversos del titular del específico bien lesionado. Y, por tanto, con ella podemos referirnos a cualquiera de las demandas contemporáneas relacionadas con la calidad de los bienes y servicios, la protección de la naturaleza, del entorno urbanístico, la veracidad informativa y, típicamente, la tutela ambiental.

Esta amplia categoría —que como se ha dicho no constituye un concepto acabado y categorial sino que más bien invoca una idea-fuerza renovadora de la clásica e insuficiente tutela procesal (Almagro, 1983 pág. 67)— tendría como característica central una cierta concurrencia y una continua interferencia entre el aspecto individual y el colectivo. Se trata, pues, de intereses simultáneamente individuales y transindividuales<sup>13</sup>.

Por otra parte, en el conflicto ambiental, el poder conferido por el ordenamiento al sujeto en forma de derecho subjetivo no podrá recaer sobre una cosa determinable, sino que recaerá sobre complejas relaciones ecológicas que cruzan los límites de no menos complejos sistemas naturales. Las cosas tienen límites, bordes, paredes o muros, que las convierten en *unidades*; los sistemas naturales en cambio no son unidades, sino *relaciones*; no tienen muros inmóviles que los delimiten como unidad, separándolos de su entorno; sino membranas que vibran al

comunicarse con y al diferenciarse de su entorno.

Por lo tanto, siempre será relativamente fácil determinar cuando las conductas están dentro del ordenamiento objetivo que recae sobre la cosa y cuando están fuera, en la zona exenta al poder que corresponde al derecho subjetivo; es relativamente fácil tutelar judicialmente las cosas, garantizar el ejercicio de derechos que recaen sobre bienes. Y, por el contrario, será siempre más difícil determinar si un interés ecológico pertenece o no a la esfera de lo judicialmente tutelable, si es un interés aislado o acumulativo y sinérgico<sup>14</sup>, si un daño ambiental es o no resarcible, si un colectivo difuso ha sido o no afectado, si hay relación de causalidad entre la conducta y el daño, si es cuantificable la afección sufrida, etcétera.

Esto explica, entre otras cosas, por qué en los procesos judiciales que resuelven conflictos ambientales, los particulares como demandantes se encuentran en una situación especialmente desfavorecida. Fundamentar una demanda en materia ambiental no es nada fácil desde el punto de vista técnico. Se trata casi siempre de demostrar una afección causal desde unos conocimientos científicos que provienen de un paradigma, el ecológico, que ya no trabaja con la ley de la causalidad o que al menos, a diferencia del lenguaje jurídico, asume las serias carencias que se le han imputado<sup>15</sup>. Se trata, por tanto, de un difícil y caro ejercicio de traducción al que una dogmática ambientalista, demasiado joven aún, no puede coadyuvar. Se requiere, además y por tanto, de una financiación capaz de hacer frente no sólo a los costes procesales, sino también a los informes científicos necesarios para probar la afección causal<sup>16</sup>.

<sup>10</sup> La traducción correcta de la palabra italiana *difussi* sería «difundidos» y no difusos. Sin embargo el error ha tomado cuerpo y parece inútil intentar modificarlo.

<sup>11</sup> Así los llama la Constitución española: «El Estado . para planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas » (art. 129).

<sup>12</sup> La cita más antigua que yo he encontrado de la expresión es la de Sgubbi en su informe a la III Convención de la Asociación Italiana de Derecho Comparado celebrada en Salerno en mayo de 1975, sobre el tema «Tutela jurídica de los intereses difusos, con particular atención a la protección del ambiente y los consumidores»; Martín Mateo (1991, págs. 177 y ss.) cita, sin embargo, trabajos de 1974.

<sup>13</sup> La Corte Suprema Italiana de Casación (Sentencia 2207/78) define los intereses *difundidos* como aquellos «que en relación al objeto protegido, a las características y a la particular naturaleza de la normativa concierne, son idóneos para ser considerados en el ámbito exclusivamente individual, pudiéndose pues referir al sujeto no ya como individuo, sino como miembro de una colectividad más o menos amplia coincidente al límite con la generalidad de los ciudadanos, pudiendo así dar lugar a una pluralidad de situaciones jurídicas análogas, con la consecuencia de que la disposición administrativa destinada a incidir sobre dichos intereses difusos no perjudica —en vía directa y actual— la esfera jurídica individual del sujeto». Lozano-Higuero, 1983 los describe así: «interés de un sujeto jurídico en cuanto compartido —expandido— o compartible —expandible— por una universalidad, grupo, categoría, clase o género de los mismos; cuyo disfrute, ostentación y ejercicio son esencialmente homogéneos y fungibles, y que adolece de estabilidad y coherencia en su vinculación subjetiva, así como de concreción normativa orgánica en sus tutelas material y procesal».

<sup>14</sup> En un contencioso ambiental suelen presentarse junto o frente al interés ecológico y de manera acumulativa o no, algunos o varios de los siguientes institutos jurídicos: la propiedad, en cuanto a sus posibles minoraciones por causas exteriores no

queridas (art. 33 de la CE), la organización y tutela de la salud pública (art. 43.2 de la CE), extensible hoy a la calidad de la vida y al bienestar social, según la propia Organización Mundial de la Salud (véase Sánchez Alhama, 1993); el libre desarrollo de la personalidad mencionado por el mismo artículo 45 y por el 10.1; la utilización racional de los recursos naturales del artículo 45.2; el crecimiento económico del artículo 40 de la Constitución; el ambiente construido del artículo 46; la vivienda digna y adecuada y la utilización no especulativa del suelo reconocidos por el artículo 47; la defensa de los consumidores y usuarios (art. 51)... La lista no es ni mucho menos exhaustiva y nos sirve sólo para añadir otra caracterización a lo que ya llevamos definido como interés ecológico y legítimo: *interés concurrente siempre con otros igualmente legítimos*.

<sup>15</sup> El problema de la traducibilidad de los postulados del paradigma ecológico no puede ser abordado aquí, por más que se trata de un problema central en nuestro estado civilizatorio.

<sup>16</sup> Carecemos todavía en nuestro país de organizaciones capaces de mantener financieramente el aparato legal y el nivel de asesoramiento técnico adecuado para enfrentarse con grandes empresas y grupos de sociedades. Estamos todavía lejos de conformar una red de bufetes especializados —al modo norteamericano del que informa Martín Mateo, 1991, pág. 178— financiados con cargo a fondos o instituciones filantrópicas que, a su vez, se beneficien de las deducciones tributarias que perciben quienes ayudan a tales organizaciones. «En otros casos —continúa Martín Mateo, 1991, pág. 178 citando a Macbeth, 1975, págs. 5 y ss.— se trata de firmas que sólo actúan en litigios en los que están involucrados intereses públicos importantes y cobran honorarios inferiores a los ordinarios o esperan resarcirse con base a condenas en costas. Por último, algunas firmas ordinarias acceden a participar en estos procesos con tarifas reducidas. Típico es el caso del *Sierra Club Legal Defense Fund*. A estas características responden también el *Natural Resources Defense Council* y el *Environmental Defense Fund*, todos los cuales tienen plantillas permanentes de abogados.

## 5. CUARTA CARACTERÍSTICA: LA PRESENCIA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN EL MOMENTO JUDICIAL DEL CONFLICTO AMBIENTAL

En el conflicto que venimos caracterizando por la presencia de un interés ecológico, legítimo y transindividual las administraciones públicas estarán casi siempre presentes. La razón es obvia: la protección ambiental es, sobre todo, en óptica jurídica un título competencial que abre una *función administrativa*. En este sentido, las normas jurídicas ambientales pueden clasificarse en dos tipos: o bien disposiciones que declaran facultades o títulos de intervención administrativa y, por lo tanto simultáneamente, obligaciones de particulares; o bien, al contrario, obligaciones cuyo destinatario es la Administración y que, por lo tanto simultáneamente, generan derechos ciudadanos.

Al poder judicial le corresponde interpretar y aplicar ambas clases de normas. Cuando interpreta y aplica las primeras realiza —siempre aunque junto con otras— la función constitucional de control judicial de los actos de la administración (art. 106 de la CE), cuando interpreta y aplica las segundas realiza —siempre aunque junto con otras— la función de tutela judicial efectiva (art. 24 de la CE).

La función de control judicial está sometida a límites. Ningún poder es ilimitado en un Estado de derecho. El poder judicial —como todos los otros poderes públicos— está sometido a reglas de actuación legales y constitucionales. En el caso de los conflictos ambientales, control judicial no puede significar ejercicio por el juez de la competencia administrativa conferida al órgano público. El poder ejecutivo-administrativo cumple funciones que se denominan competencias (la medida de la potestad de un órgano) y el poder judicial cumple funciones que derivan de su jurisdicción. La competencia tiene un ámbito, la jurisdicción otro, pero ni la administración puede juzgar ni los jueces pueden administrar.

Ahora bien, ¿significa esto que cuando hablamos de separación de poderes lo hacemos en un sentido tajante, como si juzgar y administrar fuesen dos compartimentos de la acción del Estado separados por muros? En absoluto, se trata de dos funciones del Estado, no separadas por muros, sino diferenciadas y comunicadas como se diferenciarían y comunicarían dos órganos de un mismo sistema vivo. De forma que en la actuación administrativa de relevancia ambiental<sup>17</sup> hay un límite más allá del cual el poder judicial no puede pasar y a la inversa: el control judicial de los actos de la administración es un instrumento de garantía de derechos ciudadanos cuyo límite la administración no puede transgredir. ¿Dónde está trazado ese límite?

En la Constitución, sin duda, pero no está trazado

de forma tajante, sino de forma tangente; es un límite que se desplaza y establece siguiendo la evolución histórica de un juego de principios: por un lado, el principio de discrecionalidad de la administración; por otro, el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos<sup>18</sup>. Un juez no puede sustituir el Plan Director de Infraestructuras del Estado por otro plan que implique mayor proporción de inversiones ferroviarias, por muy ecocida que sea este plan y por muy convencido que el juez esté —como yo lo estoy— de que es un auténtico disparate ecológico dedicar tan poca inversión al transporte ferroviario y tanta al automóvil privado. Al elaborar ese plan el poder ejecutivo-administrativo ha ejercido su función constitucional de gobernar-administrar de acuerdo con el interés general y con sometimiento a la ley y el Derecho, que en ningún momento impiden potenciar al automóvil privado. Ni siquiera puede un juez diseñar el trazado de una carretera.

Ahora bien, lo que sí puede un juez es impedir que determinada autovía atraviase determinado paraje natural por capricho, por impericia o por aún más oscuras razones. Basta para impedirlo con que el juez argumente en razón y sea capaz de fundamentar en derecho que la decisión administrativa es arbitraria y que, por lo tanto, no puede ser amparada y debe derribarse su presunción de legalidad.

Lo primero —paralizar un plan— no puede hacerlo el poder judicial porque constitucionalmente no es su función ni elaborar políticas, planes o programas, ni ejecutar proyectos; lo segundo —impedir un ecocidio gratuito— sí puede hacerlo porque su función constitucional sí que consiste en controlar la adecuación de la actividad administrativa a los fines que la justifican y porque la Constitución no ampara el ejercicio arbitrario del poder. Cuando la ley se viola *ex parte populi* se corrige la ilegalidad, cuando el derecho se viola *ex parte principis* lo que se impide es la arbitrariedad.

Como se ve, aquí el juego es de principios y no de normas. Y el matiz es importante porque, como se sabe, las normas jurídicas o se aplican o no se aplican, mientras que los principios siempre se aplican en grados. Las normas son comparables con «interruptores» del sistema jurídico que funcionan con la lógica del *encendido/apagado*. Los principios, en cambio, serían comparables a «termostatos» del sistema que regulan su funcionamiento en grado. Por tanto, aquí no se trata de elegir con una condición de *tertium non datur* entre el principio de discrecionalidad y el de interdicción de la arbitrariedad con control judicial de los actos de la administración, sino más bien de graduar el porcentaje de aplicación de uno y otro.

Ciertamente, los científicos nos advierten que esa graduación debe ser inclinada hacia el interés ecológico y frente al interés ecocida, pero su opinión no

<sup>17</sup> No estará de sobra advertir que cuando hablo de actuación administrativa de relevancia ambiental, no me refiero exclusivamente a la administración ambiental, sino también a toda otra actuación que repercuta favorable o desfavorablemente, por acción o por omisión en el crecimiento o en la contención de los factores de la crisis ecológica.

<sup>18</sup> Creo que ya no se puede decir una palabra más sobre ar-

bitrariedad sin citar a Tomás Ramón Fernández (1991a, 1991b, 1992, 1993 y 1994). En estos cinco trabajos se perfilan, a mi juicio admirablemente, los problemas centrales del Derecho Administrativo contemporáneo y de la Teoría General del garantismo administrativo. El tercero de los cinco artículos fue contestado por Luciano Parejo, 1991 y a esa contestación debemos agradecerle el cuarto trabajo de Tomás Ramón Fernández.

es jurídicamente determinante: la ciencia no es fuente del derecho. De forma que la graduación del termostato jurídico ambiental dependerá, más que de la técnica, de la importancia y prioridad que los protagonistas sociales concedan al interés ambiental.

## 6. UN MODELO ECOJURIDICO PARA EL SISTEMA PROCESAL

Pero antes de proceder a esta necesaria tarea de graduación y precisamente para hacer posible su realización por los protagonistas sociales, sería imprescindible remover cierto obstáculo arraigado en la cultura jurídica española. Como se sabe, es todavía poderosa entre los juristas la opinión en virtud de la cual, en el ordenamiento español, el proceso contencioso administrativo es un proceso abierto al acto en el que la Administración aparece siempre como demandada y en el que los jueces administrativos se limitan a la revisión formal de sus actos. Esta interpretación es paralela a aquella otra en virtud de la cual determinados sectores de la magistratura y la fiscalía muy vinculados a conflictos ambientales exigen que toda actuación judicial esté respaldada por el legislador<sup>19</sup>.

Sólo dos respuestas que traducen dos modelos de Estado caben: la primera diría que el Estado es un fin en sí mismo, que el Estado posee una racionalidad, un devenir ético; que el Estado-sustancia, el Estado-persona puede verse obligado a contaminar, a destruir para progresar o a permitir que otros lo hagan y que, por lo tanto, es legítima la consideración de la discrecionalidad como autodefensa en perjuicio de otros bienes. Sometimiento a la ley aquí es sinónimo de cumplimiento de las disposiciones procedimentales.

La segunda respuesta diría que el Estado no es fin en sí, sino instrumento de los derechos individuales; que no es sustancia sino forma; que no es persona sino Constitución; que no es sujeto de derechos, sino sinónimo de derecho objetivo; que jurídica no es toda norma vigente, sino sólo la válida que además recibe su validez de un juicio positivo de constitucionalidad; que Constitución no es cualquier *prima lege*, sino sólo aquella norma suprema que reconoce un catálogo de derechos inviolables; que,

<sup>19</sup> Se observa aquí una cierta impregnación de la judicatura española de lo que podríamos llamar una cultura penalista exorbitante. En efecto, por ejemplo, el principio *nulla poena sine lege* cuyo respeto es fundamental en sede penal, puede presentar ciertas distorsiones cuando se le exorbita a otros ordenes judiciales. Pondré como ejemplo la frase que en cierta ocasión pude oírle a un magistrado: «yo no desví una carretera si el legislador no me dice en una ley que se pueden desviar las carreteras por razones ambientales». A veces —sólo a veces—, el control judicial no necesita anclajes tan explícitos en los textos legislativos. A veces —sólo a veces—, una moderada y prudente creación judicial de derecho en los marcos de la Constitución es tan garantista en otras sedes como el *nulla poena sine lege* en sede penal.

<sup>20</sup> La Ecología jurídica sería tanto la teoría crítica del Derecho ambiental como el programa de ecologización del sistema jurídico, es decir, la aplicación a éste de las reglas que permitan frenar sus propios procesos internos de carencia, degradación y saturación, paralelos a los procesos de agotamiento, contaminación y crecimiento ilimitado propios de los sistemas naturales. Una ex-

por lo tanto, las cláusulas de la LJCA que permiten restricciones a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses ambientales legítimos estarán vigentes, pero no son válidas por anticonstitucionales; que el Estado no puede contravenir el derecho porque él es derecho, que es intolerable que viole por acción u omisión derechos ciudadanos (aunque sólo sean de tercer grado como los ambientales) porque su sola razón, el único motivo por el que existe el Estado, es la tutela de los derechos; y, finalmente que una tutela efectiva del interés ecológico exige concebir los procesos judiciales y, muy en especial, el proceso contencioso-administrativo como un sistema de acciones para tutelar derechos e intereses legítimos de los ciudadanos (art. 7.3 LOPJ) y no como un mero proceso al acto que averigua si éste se ajusta o no al procedimiento.

Hay que optar individual y socialmente por uno de los dos modelos de Estado y el paradigma ecológico puede ayudarnos a ejercer la opción. Si admitimos la posible existencia de reglas ecológicas en el interior de los sistemas jurídicos y nos permitimos hablar así de Ecología jurídica<sup>20</sup>, entonces siempre será preferible el segundo modelo (el de los derechos) frente al primero (el de los poderes). En efecto, un modelo de Ecología jurídica para el sistema procesal administrativo exige desplazar el centro de gravedad desde la categoría de *acto administrativo* hacia la más compleja categoría de *relación jurídica*<sup>21</sup>. Esta segunda categoría traduce los intereses legítimos en pretensiones procesales y concibe el sistema procesal no de forma mecánica como revisión de actos (partes) de un procedimiento (todo), sino de forma compleja como relación entre elementos. Así, por ejemplo, el interés legítimo en que la administración deshaga lo que ha hecho debe traducirse en una pretensión de anulación; el interés en que la administración abandone su pasividad<sup>22</sup> —cuando no su tolerancia— se debe traducir en una pretensión prestacional; el interés en que la administración actúe frente a un sujeto se traducirá en una pretensión prestacional a favor de terceros<sup>23</sup>; el interés legítimo en prevenir una situación ecológicamente no sostenible se traducirá en una pretensión preventiva; el interés cautelar en una pretensión cautelar, etcétera.

Desde una perspectiva científico-ecológica resulta evidente que un sistema es la suma de sus elementos y *algo más*<sup>24</sup>. Para la Ecología jurídica ca-

posición algo más detenida de las reglas elementales de una Ecología jurídica puede verse en el prólogo de Peña y Serrano, 1994.

<sup>21</sup> Véase en este sentido el sugerente estudio de González Varas (1992) que supone un interesante esfuerzo de adecuación del proceso contencioso administrativo del derecho a la tutela judicial efectiva. Este estudio está lleno además de sugerencias y contiene interesantes relecturas adecuadoras de la Teoría General del Derecho, aunque no sea ésta la disciplina cultivada por el autor en su trabajo.

<sup>22</sup> El recurso a la presunción de actos por vía interpretativa del silencio constituye sin duda —como dice Martín Mateo, 1991, pag. 182— un alivio, pero no una solución satisfactoria para situaciones que requerirían enérgicas y rápidas respuestas para la eliminación de las perturbaciones denunciadas a los jueces.

<sup>23</sup> Véase García de Enterría, E., 1992.

<sup>24</sup> Ese *algo más* es una de las acepciones posibles de la complejidad. Para una teoría de la complejidad véase Morín, Edgar, 1977.

rece de fundamento la creencia de que el procedimiento administrativo es igual a la suma de actos administrativos que lo componen y de que, por tanto, basta con revisar la legalidad de cada uno de los actos para comprobar que todo el procedimiento es válido. Esta es la concepción legalista paralela en el tiempo jurídico a la ideología del mecanicismo. En óptica ecojurídica el procedimiento administrativo no puede verse como un todo compuesto de partes, sino como un sistema complejo de decisión susceptible siempre de al menos dos juicios el de legalidad y el de constitucionalidad. No toda decisión legal es una decisión constitucional.

La legitimidad jurídica del interés ecológico exige adecuar los sistemas procesales al sistema de principios y valores externos de la Ecología jurídica. Exige que el juez oriente su decisión no hacia dentro del sistema procesal de forma legalista, sino hacia fuera de forma garantista (Ferrajoli, 1989), tomando en serio los derechos (Dworkin, 1977). Como se ve, así vista, la propuesta de ecologización del sistema procesal es completamente sinónima de las propuestas para su constitucionalización.

La incorporación del interés ecológico (art. 45 CE) al catálogo de principios rectores de la actividad del poder judicial (art. 53.3 CE), la fuerza normativa de toda la Constitución (Disposición derogatoria tercera CE) y la consiguiente exigencia de que la decisión judicial contenga un juicio positivo de constitucionalidad de cada una de las normas aplicadas incluidas las procesales<sup>25</sup> resuelve en buena medida el problema de la orientación de la decisión judicial del conflicto ambiental.

Sin embargo, la incorporación del juicio constitucional de las leyes procesales, no hace sino reabrir el problema de cómo objetivar la toma de decisiones. El hecho de que el juez pueda y deba encontrar en el sistema constitucional y no en la norma procesal las pautas que necesita para resolver en justicia el conflicto ambiental no lo exime de decidir, ni lo inmuniza frente a su propia arbitrariedad. Pero este es ya otro problema<sup>26</sup>.

## BIBLIOGRAFIA

- Aguilera Klink, Federico y Alcántara, Vicent (1994): *De la economía ambiental a la economía ecológica* (Barcelona, Icaria: Fuhem, D.L., 1994).
- Almagro Nosete, J. (1983): «La protección procesal de los intereses difusos en España» en *Revista Justicia* 1983.
- Capra, Fritjof (1982): *El punto crucial* (Barcelona, Integral, 1985).
- Coase, R.H., (1960): «The problem of social cost» en *Journal of Law and Economics III* (vers. cast. por la que se cita: «El problema del coste social»

- en *Hacienda Pública Española*, núm. 68, 1981, una nueva versión castellana en Aguilera, F. y Alcántara, V., 1994, págs. 65-124).
- Dworkin, Ronald (1977): *Los derechos en serio* (Barcelona, Ariel, 1984).
- Escribano, P., y López, J.I. (1980): «El medio ambiente como función administrativa» en *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 26 (1980).
- Fernández Rodríguez, Tomás Ramón (1988): «Los principios constitucionales del procedimiento administrativo» en obra colectiva *Gobierno y Administración en la Constitución*, (Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, vol. I, 1988).
- Fernández Rodríguez, Tomás Ramón (1994): *De la arbitrariedad de la administración* (Madrid, Civitas, 1994).
- Ferrajoli, Luigi, (1989): *Diritto e ragione: Teoria del garantismo penale* (Bari, Laterza, 1989).
- García de Enterría, Eduardo (1992): «Las pretensiones en el proceso administrativo español y la pretensión prestacional» en *Revista del Poder Judicial* núm. 26, junio 1992.
- Gimeno Sendra, Vicente; Moreno Catena, Víctor; Garberi Llobregat, José, y González-Cuellar Serrano, Nicolás (1992): *Derecho Procesal Administrativo* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1993).
- González-Varas Ibáñez, Santiago, (1993): «Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa» en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial* núm. 29.
- Grasso, Eduardo (1987): «Una tutela giurisdizionale per l'ambiente» en *Rivista de Diritto Processale* (1987).
- Huglo, Christian (1995): «Le contentieux de l'environnement, nouvelles dimensions, nouvelles stratégies» en *Revue juridique de l'environnement* (número especial bajo el título *Le juge administratif, juge vert?*, 1995).
- Lozano-Higuero y Pinto, Manuel (1983): *La protección procesal de los intereses difusos* (Madrid, Ed. Rufino García Blanco, 1983).
- Luhmann, Niklas, (1984): *Soziale Systeme* (Frankfurt, Suhrkamp, 1984). (Versión castellana del capítulo 1, en Luhmann, N., *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría* (Barcelona, Paidós, 1990).
- Martín Mateo, Ramón, (1991): *Tratado de Derecho Ambiental* 2 vols. (Madrid, Trivium, 1991).
- Peña Freire, Antonio y Serrano Moreno, J.L., (1994): *Ecología y Derecho: 2. La evaluación ambiental* (Granada, Comares-Ecorama, 1994).
- Morín Edgar Morín, (1977): *El Método. La naturaleza de la naturaleza* (Madrid, Cátedra, 1986).
- Rehbinder, Eckart, (1991): «Évaluation et réparation du dommage écologique: rapport général» en Société Française pour le droit de l'environnement y Institut du droit de la paix et du développement (eds.) *Le dommage écologique en droit interne*,

<sup>25</sup> La exigencia de un juicio positivo de constitucionalidad de cada norma aplicada incluidas las procesales deriva del artículo 163.1.1) de la Constitución. Este precepto establece la obligación del juez de plantear cuestión de inconstitucionalidad si surgiese duda razonable y, por lo tanto y a contrario, exige suponer que si no ha habido cuestión de inconstitucionalidad, entonces ha habido juicio positivo. Este juicio, sin duda, se debe ejercitar com-

parando cada norma con toda la Constitución, sin distinguir en ella partes ni en función de los grados de garantía del artículo 33, ni en función de cualquier otro criterio.

<sup>26</sup> El problema de la racionalización de las decisiones normativas es uno de los objetos más importantes de discusión de la Teoría del Derecho contemporánea. Un excelente *status quaestionis* en Saavedra, 1993