

EL DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE ADECUADO¹

JESÚS JORDANO FRAGA

SUMARIO: — I. Introducción. — II. Planteamientos previos: A) ¿Acción popular como mínimo?; B) El derecho al medio ambiente en la Constitución; C) Posiciones doctrinales que niegan que el derecho al medio ambiente sea un derecho subjetivo. Crítica a las mismas; D) Posiciones doctrinales que afirman la naturaleza de derecho subjetivo del derecho a un medio ambiente adecuado. — III. El derecho a disfrutar de un medio ambiente como derecho subjetivo: A) Razones por las cuales el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado es un auténtico derecho subjetivo. Delimitación de este derecho; B) Naturaleza y caracteres del derecho a un medio ambiente adecuado. 1. Es un derecho fundamental. La protección refleja del derecho al medio ambiente a través del recurso de amparo. 2. Transoberanía de su delimitación. La estandarización del mismo. 3. Carácter bifronte. La titularidad del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado. 4. Supuestos de colisión con otros derechos. — IV. Algunas implicaciones de esta concepción. La configuración de los atentados ambientales como daños públicos. De la policía demanial al daño público ambiental; A) El derecho subjetivo de disfrute al medio ambiente como derecho susceptible de posesión y de protección interdictal; B) La configuración de los atentados ambientales como daños públicos: 1. Posiciones doctrinales que niegan la posibilidad de la construcción de los daños ambientales autónomos como daños públicos. 2. El daño ambiental en nuestro ordenamiento. Régimen jurídico y funcionamiento operativo. 3. Un reto pendiente: El desarrollo legislativo ordenado de la reparación de los daños ambientales.

I. INTRODUCCIÓN

La irrupción de nuevas realidades supone a menudo transformaciones estructurales que impactan los fundamentos de los sistemas jurídi-

(1) Extracto del Capítulo VI de la tesis doctoral «La protección del derecho a un medio ambiente adecuado», dirigida por el Profesor A. PÉREZ MORENO y leída en la Facultad de Derecho de Sevilla el 17 de junio de 1993. Dicha tesis fue juzgada por el tribunal presidido por el Profesor Dr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA e integrado por los Profesores Doctores M. CLAVERO ARÉVALO, R. MARTÍN MATEO, P. ESCRIBANO COLLADO y A. SÁNCHEZ BLANCO, recibiendo la calificación de apto *cum laude* por unanimidad. En estos momentos el trabajo ha sido aceptado para su publicación por el Consejo Editorial de la Editorial Bosch.

cos. Las necesidades de transformación dinamitaron en su día los viejos esquemas del Derecho civil dando ocasión al nacimiento del Derecho mercantil. Hoy el *Derecho Administrativo en una era global* (2) sufre tensiones parecidas que reclaman esa adaptación. En este estudio vamos a proceder al examen del derecho a un medio ambiente adecuado consagrado por el art. 45 CE. Como ha dicho KROMAREK, «Lejos de ser la panacea de los problemas del medio ambiente, el derecho al medio ambiente es un elemento esencial para su solución (3)». Vamos a intentar demostrar que el derecho consagrado en el art. 45 CE es un auténtico y verdadero derecho subjetivo. A partir de esta premisa vamos a delimitar la naturaleza de este derecho. La doctrina *ius* ambientalista tanto nacional como extranjera ha considerado que el derecho a un medio ambiente adecuado es un derecho humano, un derecho de la personalidad o un derecho fundamental. Intentaremos dilucidar su naturaleza a la luz de nuestro ordenamiento. Nuestro análisis se extenderá a problemas fundamentales del mismo (su titularidad, la transoheranía de su delimitación, etc.).

La reconstrucción del Derecho ambiental sobre la base de la consideración del derecho a un medio ambiente adecuado como un verdadero derecho subjetivo ciertamente es un elemento que facilita la comprensión del sistema y contribuye de forma decisiva a su reforzamiento. Desde esta consideración se analizarán, por último, las principales consecuencias de la conceptualización de la situación jurídica de la persona respecto de su entorno como un derecho subjetivo.

II. PLANTEAMIENTOS PREVIOS

A) ¿Acción popular como mínimo?

La idea de defender la existencia de una acción popular en el área ambiental en aquellos sectores en los que no se halla reconocida expresamente con base en los arts. 24 y 45 CE (derecho a la tutela efectiva) no es nueva en nuestra doctrina (4).

(2) Expresión acuñada por AMAN que da título a su excelente libro *Administrative Law in a Global era*, Cornell University Press, Ithaca and London 1992.

(3) KROMAREK, *Quel droit à l'environnement? Historique et développements*, en *Environnement et droits de l'homme*, UNESCO París 1987, pág. 150.

(4) Así, SÁNCHEZ MORÓN en su comentario *Un paso adelante en materia de legitimación. La superación de la legitimación corporativa*, REDA núm. 21, abril-junio 1979, proponía la superación del dogma legitimador en base a los arts. 24 y 45 CE. Para SÁNCHEZ MORÓN el art. 24 CE «obliga a revisar el actual plantel de obstáculos que limitan la

Dos cuestiones son el núcleo del problema que examinamos:

La primera de ellas sería preguntarnos acerca de la constitucionalidad del régimen general de legitimación desde el punto de vista del derecho a la tutela efectiva del art. 24 CE. La segunda es si el área del Derecho ambiental presenta especialidades. La primera de las cuestiones ha sido resuelta, al menos hasta el momento, en sentido negativo tanto por la jurisprudencia del T.S. como por la del Tribunal Constitucional (5).

La segunda de las cuestiones no ha sido planteada ante el T.S. ni ante el T.C. En mi opinión el sector ambiental es específico y presenta perfiles diferenciales. La solución sobre la constitucionalidad de las restricciones procesales que nuestro sistema de legitimación impone a la luz del derecho a la tutela deberá, por ello, ser también diferente. Desde nuestro punto de vista han de ponerse en relación los arts. 24 y 45 CE. Dado que el art. 45 CE consagra el derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado al desarrollo de la persona, si demostramos que el art. 45 CE consagra un verdadero derecho, entonces será innegable la inconstitucionalidad de las leyes Estatales y autonómicas ambientales que no reconozcan la acción popular, y en consecuencia la consagración como mínimo constitucional de una acción popular en materia ambiental.

La acción popular sería un mínimo. Esto significa que nuestro or-

admisibilidad del recurso contencioso-administrativo» y defiende la posibilidad «con base en las normas escritas hoy vigentes» de realizar «un proceso de reinterpretación que puede muy bien realizarse por vía jurisprudencial», apuntando el empleo por la Constitución de expresiones como «legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios» (art. 51.1 CE), y el reconocimiento de derechos a la protección de la salud (art. 43), y al medio ambiente (art. 45 CE). (vid. pág. 292 de este comentario jurisprudencial).

También LÓPEZ MENUENDO al preguntarse sobre la posibilidad de la existencia de una acción popular medioambiental sin reconocimiento expreso por las leyes señala como argumento los arts. 24 y 45 CE para la superación del obstáculo que supone el art. 19 de la LOPJ (*El Derecho a la Protección del medio ambiente*, «Revista del Centro de Estudios Constitucionales», núm. 10, septiembre-diciembre, 1991, pág. 194).

(5) En nuestra doctrina ha examinado esta cuestión LAFUENTE BENACHES, pronunciándose a favor de la subsistencia del presupuesto procesal. Para este autor, «la exigencia de una determinada aptitud en el proceso —legitimación— es perfectamente compatible con el ejercicio del derecho del art. 24.1 CE. «Si cada vez que un Tribunal inadmitiera un recurso contencioso administrativo por falta de legitimación, el administrado pudiera alegar la violación del citado precepto, la consecuencia inmediata sería consagrar de manera general la acción popular. Este no parece ser por ahora el propósito del legislador. La determinación de criterios necesarios para acudir a un proceso, pertenece todavía al ámbito de libertad disponible por el legislador y su exigencia por los Tribunales no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva» (*La legitimación para impugnar actos y disposiciones administrativas después de la Constitución*, «REDA» núm. 42, abril-junio 1984, págs. 439-440).

denamiento constitucional exige que en los contenciosos ambientales exista como mínimo una acción popular que permita combatir e impugnar las decisiones de la Administración. Hemos visto como la jurisprudencia relativa a la acción popular en la ley del Suelo concibe a este instituto de forma objetiva. A través de su ejercicio sólo son posibles pues pretensiones anulatorias, pero no el restablecimiento de situaciones jurídicas individualizadas. Este sería el mínimo constitucional exigible para el legislador. Lo que ocurre es que, si se demuestra que el derecho al medio ambiente es un verdadero derecho subjetivo, este mínimo constitucional, por la propia dinámica del art. 28 LJCA, sería superado. En nuestra posición, en los contenciosos ambientales no sólo existe una acción popular por imperativo constitucional. En nuestra construcción, en los contenciosos ambientales los demandantes o partes activas del proceso son titulares de un derecho, el derecho al medio ambiente, que les sitúa en posición superior a ese mínimo constitucional.

B) *El derecho al medio ambiente en la Constitución.*

Nuestra Constitución en su art. 45 ha consagrado el derecho a un medio ambiente (6). Recordemos una vez más su contenido:

(6) En nuestra doctrina existen diversos estudios sobre el derecho consagrado por el art. 45 CE. Numerosos autores han abordado el estudio de derecho al medio ambiente al hilo de otros objetos de investigación en el Derecho ambiental. De forma directa deben citarse los trabajos de: Catalina TORTOLERO y Agustín GALÁN, *El derecho a un medio ambiente sano y equilibrado como derecho del hombre*, «Boletín Informativo del Medio Ambiente», abril-junio 1979, págs. 114-120; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ Tomás-Ramón, *El medio ambiente en la Constitución española*, «Documentación Administrativa» núm. 190, abril-junio 1981, págs. 337-349; RODRÍGUEZ RAMOS Luis, *El medio ambiente en la Constitución española*, en el volumen colectivo *Derecho y Medio ambiente*, C.E.O.T.M.A., Madrid 1981, págs. 31-43; PÉREZ LUÑO Antonio Enrique, Comentario al artículo 45, en los *Comentarios a la Constitución Española*, dirigidos por ALZAGA VILLAAMIL, tomo IV, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid 1984, págs. 241-281; Javier GÁLVEZ, Comentario al artículo 45, en los *Comentarios a la Constitución*, dirigidos por GARRIDO FALLA, Ed. Civitas, Madrid 1985, págs. 807-824; MARTÍN MATEO, *Medio Ambiente y Constitución*, en *La Constitución Española Diez Años Después 1978-1988*, «Tapia», número conmemorativo 6 de diciembre de 1988, págs. 75-77; SERRANO MORENO, *El Derecho subjetivo al ambiente*, en el volumen colectivo *Seminario sobre Instrumentos Jurídicos y Económicos para la Protección del Medio Ambiente*, Ponencias y Comunicaciones, Servicio Central de Publicaciones del Principado de Asturias 1991, págs. 101-106; y LÓPEZ MENDUO, *El Derecho a la Protección del Medio Ambiente*, «Revista del Centro de Estudios Constitucionales», núm. 10, septiembre-diciembre, 1991, págs. 161-291.

En la doctrina extranjera el derecho al medio ambiente como objeto de estudio ha suscitado un gran interés. Sin duda, debe destacarse el libro colectivo dirigido por Pascale KROMAREK, *Environnement et droits de l'homme*, UNESCO, Paris 1987. En Italia debe citarse el libro de Amadeo POSTIGLIONE, *Il Diritto all'ambiente*, Jovene Editore, Napoli

1. «Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo» (7).

Nuestra Constitución ha seguido así una tendencia generalizada en el constitucionalismo moderno después de la Conferencia de Estocolmo de 1972. La Declaración de la Conferencia de Estocolmo estableció en su Principio primero: «El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, a la igualdad y al disfrute de las condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras». Más concretamente la doctrina suele señalar como fuente inspiradora del precepto el art. 66 de la Constitución Portuguesa de 1976 que declara en su apartado primero que «Todos tendrán derecho a un medio ambiente humano de vida, saludable y ecológicamente equilibrado, y el deber de defenderlo» (8).

El art. 45 CE se encuentra situado en el Capítulo III «De los principios rectores de la política social y económica», del Título I «De los Derechos y Deberes Fundamentales». En el sistema diseñado por nues-

1982 y los estudios de Fausto CAMERIERI, *Tutela individuale dell'ambiente e diritto alla salute*, «Responsabilità civile e previdenza», vol. XLVI, 1981, págs. 650-660; GASPARINI CASARI Vittorio, *Osservazioni e proposte in tema di tutela giurisdizionale del diritto alla salute e alla salubrità dell'ambiente*, «Archivio Giuridico», Vol. CCII, Fasc. 1, 1982, págs. 475-493; MADDALENA, Paolo, *Il Diritto all'ambiente come fondamentale diritto dell'individuo ed interesse generale della collettività*, «Il Consiglio di Stato», vol. XXXIV, 1983, págs. 427-434; ALBAMONTE Adalberto, *Il diritto all'ambiente salubre*, «Il Consiglio di Stato», vol. XXXVIII, parte seconda, 1987, págs. 1.297-1.304; Luca MEZZETTI, *Il diritto all'ambiente salubre quale diritto fondamentale e diritto sociale. Profili comparatistici*, Anuario de Derecho Público y Estudios Políticos, Granada 1989-1990, núm. 2, págs. 209-259; Gian LUCA VOLPI, *Diritto all'ambiente: Note generali su alcuni aspetti procedurali e sostanziali*, «Rassegna di Diritto e Tecnica Dell'Alimentazione», núm. 4, 1990, págs. 392-398.

(7) Antecedente histórico inmediato de este precepto en nuestro Derecho fue el art. 45.2 de la Constitución española de la segunda República que disponía: «El Estado protegerá también los lugares notables por su belleza natural o por su reconocido valor artístico o histórico».

(8) Señalando esta inspiración véase por todos a FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *El medio ambiente en la Constitución...*, cit., pág. 345. Para un estudio sobre el derecho al medio ambiente en el Derecho constitucional comparado pueden verse los trabajos de TORTOLERO & GALÁN, *El derecho a un medio ambiente...*, cit. y de RODRÍGUEZ RAMOS, *El medio ambiente en la Constitución...*, cit., págs. 34-36. Sin desmerecer estos trabajos el mejor estudio hasta el momento sobre el derecho al medio ambiente en el Derecho constitucional comparado es, sin duda, el de Pascual KROMAREK, *Quel droit à l'environnement? Historique et développements*, en el volumen colectivo *Environnement et droits de l'homme*, cit., págs. 113-150. En el anexo de dicho libro puede verse una recopilación de los preceptos instauradores del derecho al medio ambiente en las Constituciones extranjeras.

tra Constitución, de acuerdo con el art. 53.3, «el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo Tercero, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen» (9). Por eso el art. 45 CE no es susceptible de protección mediante el procedimiento de amparo. Y así, como es lógico, lo ha entendido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En el Auto 940/1985 de 18 de diciembre de 1985 (Sala primera, sección segunda) (10) el Tribunal Constitucional ha declarado en su Fundamento Jurídico segundo que:

«Los artículos 39, 43, 45 y 49 de la Constitución, no dan lugar a derechos susceptibles de protección por el procedimiento de amparo, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 41 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y su pretendida violación por la Sentencia impugnada no es por tanto admisible para iniciar un procedimiento de este tipo».

El asunto que dio lugar a este Auto fue la resolución de un contrato de arrendamiento de un piso de la ciudad de Lérida basado en la desocupación del mismo por el arrendatario. El arrendatario alegaba que la desocupación estaba motivada por la falta de calefacción, que estimaba justa causa debido a la inhabilitación que comportaba. Entre los preceptos alegados en amparo de forma absurda se invocó el art. 45 CE. Ciertamente, como ha señalado LÓPEZ MENUDO «el supuesto no era el más propicio para haber suscitado en el Tribunal Constitucional una reflexión de mayor alcance sobre el principio establecido por el artículo 45 C.E.» (11). Lo mismo cabría decirse de la STC 104/1986 dictada como consecuencia de la publicación de un artículo sin firma aparecido en la sección «Fin de semana humor» del periódico «Soria Semanal». El recurrente alegó una violación del art. 20.1.a) y d) C.E. (Libertad de expresión), en relación con el art. 45 pues al «exponer en tono humorístico, ejemplificativo y en carácter didáctico los hechos, el periodista lo hizo «para la formación de la opinión pública y el fomento y la promoción del medio ambiente en la ciudad». El artículo periodístico versaba sobre un árbol plantado por la autoridad municipal y algunas supuestas irregularidades con el árbol como pretexto. El propio T.C.

(9) El art. 53.2 CE limita el ámbito de la protección jurisdiccional del amparo a los derechos y libertades contenidos en el art. 14 y la Sección 1.ª del Capítulo Segundo del Título Primero de la Constitución. La LOCT reitera el precepto constitucional en su art. 41.1.

(10) Vid. *Jurisprudencia Constitucional*, Tomo XIII, págs. 1.922-1.925.

(11) *El Derecho a la protección...*, cit., pág. 177.

afirmó en esta ocasión en el Fundamento Jurídico primero de esta Sentencia:

«Traer a colación en defensa de los derechos del autor del artículo, hoy demandante en amparo, el art. 45.1 de la Constitución («Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado...»); ..., son argumentos jurídicos por completo irrelevantes para dilucidar si se han lesionado o no, y por quien, algunos de los derechos fundamentales que el demandado invoca como vulnerados» (12).

C) *Posiciones doctrinales que niegan que el derecho al medio ambiente sea un derecho subjetivo. Crítica a las mismas.*

Una de las posiciones tradicionales que niega que el derecho al medio ambiente sea un derecho subjetivo ha sido aquella que considera que la situación jurídica de una persona respecto del medio ambiente es un interés difuso. Los intereses difusos se caracterizan por imprecisión subjetiva, objetiva y formal (13). Los intereses difusos son tutelados mediante mecanismos más o menos tradicionales (Ministerio Fiscal, Defensor del Pueblo, Acciones populares). Estos medios de tutela ni existen en su totalidad, ni son los más adecuados para su protección. Así, de un lado, en nuestro ordenamiento el Ministerio Fiscal sólo está legitimado para intervenir ante la jurisdicción contenciosa en materia de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona

(12) También el ATC 1.187/1987 de 26 de octubre (Sala Segunda, sección cuarta), dictado en el recurso de amparo núm. 976/1987, ejercitado por la Asociación Española de Empresas de la Carne y la Federación Catalana de las Industrias de la Carne contra la STS de 10 de abril de 1987 y contra el Real Decreto 1.644/1981, de 3 de agosto, declarado conforme a Derecho, sobre modificación de la reglamentación técnico-sanitaria, considera en su Fundamento Jurídico segundo que el art. 45 no es susceptible de amparo.

(13) Estas son las notas fundamentales del concepto de interés difuso según ALMAGRO NOSETTE, *La protección procesal de los intereses difusos en España*, «Justicia», núm. 1, 1983, págs. 74-75. Sobre la categoría de los intereses difusos véanse los libros de LOZANO-HIGUERO, *La protección procesal de los intereses difusos*, Madrid 1983, FEDERICI, *Gli interessi diffusi*, CEDAM, Padova 1984 y CRESTA, *Contributo allo studio della tutela degli interessi diffusi*, Giuffrè Editore Milano 1992. En Italia la sentencia de la *Cassazione civile* núm. 2.207 de 8 de mayo de 1978 ha definido los intereses difusos como «aqueellos intereses que, por la inidoneidad de su objeto —a causa de su naturaleza y del carácter de la normativa— para ser considerados en el ámbito exclusivamente individual, son referibles no al sujeto como individuo, sino como miembro de una colectividad más o menos amplia, coincidente en último término con la generalidad de los ciudadanos, dando así lugar a una pluralidad de situaciones jurídicas análogas».

(art. 7 y 8 de LPJDFP) (14), y de otro, la acción popular como hemos comprobado no está reconocida en todos los supuestos. Por eso no es de extrañar que ALMAGRO NOSETE calificase la situación de «muy insatisfactoria» (15). Recientemente la consideración de la situación jurídica de la persona respecto de su medio como un interés difuso ha sido defendida en la doctrina civilista por LÓPEZ LÓPEZ. Para LÓPEZ el medio ambiente es el objeto de un interés difuso, «no se trata obviamente de proteger a una persona o personas frente al perjuicio que de manera directa y singular les acarree un atentado ecológico». Según LÓPEZ y LÓPEZ, el derecho a un medio ambiente adecuado es un principio rector y un interés difuso. Es un interés difuso digno de tutela para la colectividad, distinto de los meros intereses generales. Pero para hablar de intereses difusos, añade, «es preciso algo más, que atiene a lo que hemos enunciado como segundo problema: que a los particulares se les conceda legitimación para hacer efectivos de alguna manera, esos intereses; dicha determinación corresponde a la legislación ordinaria, como se deduce de artículo 53.3, segundo inciso; determinación que también se referirá al contenido de la tutela» (16).

La utilidad de la categoría de los intereses difusos se reduce, bajo nuestro punto de vista, a ser una acusación sobre la ineficiencia del ordenamiento para la tutela de bienes jurídicos modernos y de los derechos «de la tercera generación» (17). Pero ni es adecuada a la naturaleza de la posición jurídica subjetiva de la persona respecto del medio

(14) Con anterioridad a la Constitución, GONZÁLEZ PÉREZ defendió la necesidad de conferir al Ministerio Fiscal la defensa de la legalidad, *Vid. Derecho Procesal Administrativo*, Tomo II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1957, págs. 187-199. Pese a ser este el régimen actual, no han faltado autores (GONZÁLEZ PÉREZ, MARTÍN REBOLLO ...) que a la vista de las funciones encomendadas por la Constitución al Ministerio Fiscal en el art. 124 consideren que éste se halla legitimado activamente para intervenir en el contencioso ordinario. *Vid. MARTÍN REBOLLO, La justicia administrativa ante el texto constitucional*, «R.E.D.A.» núm. 19, octubre-diciembre 1978, págs. 525-526. Para una crítica al Ministerio Fiscal como mecanismo de tutela de los intereses difusos (*vid. ALMAGRO NOSETE, La protección procesal de los intereses difusos en España, cit.*, pág. 82-83).

(15) ALMAGRO NOSETE, *La protección procesal de los intereses difusos en España, cit.*, pág. 86.

(16) *Derecho Civil, Parte General*, Tirant lo blanch, Valencia 1992, págs. 321-322.

(17) La categoría unitaria de los intereses difusos ha sido defendida en la doctrina italiana por SCOCA que los concibe como los fenómenos en los cuales una pluralidad de personas está interesada en un bien de fruición múltiple. Para SCOCA «nada impide que el interés difuso a veces conquiste la categoría de interés legítimo o de derecho subjetivo: ello es algo que pertenece exclusivamente a las fórmulas de reconocimiento o de tutela; el problema es de elección entre técnicas de tutela diversas, no de dogmática sino de política del derecho» (*Tutela dell'ambiente: La difforme utilizzazione della categoria dell'interesse diffuso da parte dei giudici Amministrativo, civili e contabile*, en *Studi in memoria di Vittorio BACHELET*, Milano, Giuffrè editore 1987, pág. 519).

ambiente, ni ofrece soluciones a los problemas que ésta plantea (18). Una postura análoga a la que acabamos de examinar es la que expone, no exenta de cierta confusión de conceptos, MATEOS RODRÍGUEZ ARIAS, quien mantiene que el medio ambiente, hoy en día «debe ser considerado necesariamente como un interés colectivo». A su entender, «hoy se puede afirmar que el medio ambiente ha traspasado la frontera de los intereses difusos para convertirse en interés colectivo, ya que se ha reconocido por parte del ordenamiento la existencia de un derecho al medio ambiente, el cual debe ser entendido de forma totalmente autónoma del derecho a la salud, a la propiedad o en general de los otros derechos de disfrute real o personal sobre las cosas. Se produce, pues, un reconocimiento del medio ambiente como derecho de todas las personas, en definitiva como interés general de la colectividad» (19).

En nuestra doctrina varios autores niegan que el derecho al medio ambiente consagrado por el art. 45 CE sea un verdadero derecho subjetivo. Entre ellos cabe citar a ATIENZA, GARRIDO FALLA, ESCRIBANO COLLADO, LARUMBE BIURRUM y LÓPEZ GONZÁLEZ, CABANILLAS SÁNCHEZ, LÓPEZ MENUDO, MARTÍN MATEO y MORENO TRUJILLO.

Uno de los primeros autores en negar que el derecho a un medio ambiente es un derecho ha sido ATIENZA. Realmente niega ese carácter a todos los Principios rectores en bloque. Considera que «difícilmente puede admitirse que lo que contiene el capítulo tercero sean derechos, como sugiere la denominación del Título I (puesto que no son alegables ante los tribunales), y además fundamentales» (20). A nuestro juicio,

(18) Como dice CABAÑAS GARCÍA, al rechazar el encuadre del derecho a la salud en la categoría de los intereses difusos, la misma denominación «transmite la sensación de lo abstracto, inconsistente e incorpóreo» (*La tutela judicial efectiva del derecho a la salud*, «Revista General del Derecho», núm. 540, septiembre 1989, págs. 5.420). QUIROGA LAVIE cree que el concepto de difusividad que se divulga en el rótulo de la protección de los intereses difusos «no favorece el entendimiento de que en lo social existe una sustancia propia, que tiene identidad y también patrimonio. No de intereses difusos se trata, diríamos que ni de pertenencia difusa —según el tratamiento que le brindamos hasta ahora—, pues la propia representación por cualquier ciudadano es concreta y total» (*Los derechos públicos subjetivos y la participación social, cit.*, págs. 105-106).

También DROMI cree que «la concepción de los intereses difusos, lejos de aportar luz al problema, lo oscurece y trasunta una reminiscencia de la concepción decimonónica que consagraba la tripartición entre derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple» (*Derecho subjetivo y Responsabilidad pública*, Editorial Grouz, Madrid 1986, págs. 85-86).

(19) *Derecho Penal y Protección del Medio Ambiente*, Ed. COLEX, Madrid 1992, pág. 38.

(20) Esta afirmación es hecha desde una interpretación histórica y sistemática. Para ATIENZA «es interesante recordar que lo que en el Capítulo tercero se denomina ahora 'principios rectores de la política social y económica', se llamó en el borrador del anteproyecto 'principios rectores y derechos económicos y sociales', e igualmente ha quedado

esta afirmación choca con la realidad: el art. 53.3, párrafo segundo, que permite «la alegación de acuerdo con las leyes que los desarrollen». Tampoco es un obstáculo el que no sea un derecho fundamental de protección reforzada.

Aunque GARRIDO FALLA haya negado implícitamente la naturaleza de derecho subjetivo a los principios rectores, su concepción no excluye terminantemente esta posibilidad (21). Por ello su posición puede calificarse como moderada. En efecto, según GARRIDO FALLA «por el simple hecho de que el precepto se incluya en un texto constitucional (o legal) no queda, sin más, convertido en norma jurídica. Es necesario, además, que tenga 'estructura lógica' de norma jurídica; que sea una orden, mandato, prohibición —con la correspondiente consecuencia por su incumplimiento— o, en definitiva, que delimite esferas de correlativos derechos y deberes entre sujetos. *Lo demás es pura retórica constitucional; como cuando el artículo 5.º de la Constitución de 1812 decía que los españoles estaban obligados a ser justos y benéficos, o cuando el actual artículo 45 declara que 'todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado al desarrollo de la personalidad'*» (22).

ESCRIBANO COLLADO y LÓPEZ GONZÁLEZ estiman que el apartado

suprimido el hablar de 'derechos' en el artículo en el que se establecen las garantías de los mismos» (*Sobre la Clasificación de los Derechos Humanos en la Constitución*, «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense», Nueva época, núm. Monográfico 2, *Los Derechos Humanos y la Constitución de 1978*, pág. 125). También GOMES CANOTIHO descarta que el camino a seguir sea el «procurar desesperadamente una nueva teoría de 'derechos absolutos puros'», proponiendo en su lugar la promoción «a partir de 'pactos fundadores', 'antropológicamente amigos', una política constitucional de las libertades 'abierta' y 'progresista' (si se quiere posmodernista), pero siempre intersubjetivamente fraterna» (*Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales*, «Revista del Centro de Estudios Constitucionales», núm. 1, septiembre-diciembre 1988, pág. 260).

(21) GARRIDO FALLA cree que «aquí estamos ante derechos que no tienen su origen inmediato en la Constitución». Además, GARRIDO FALLA apunta el dato de que «con todo no existe prohibición de que sean alegados ante el Tribunal Constitucional, lo cual, a los efectos del recurso de inconstitucionalidad, puede tener consecuencias importantes» (*El artículo 53 de la Constitución*, «REDA» núm. 21, abril-junio 1979, pág. 189-190). A pesar de la no exclusión terminante de que sean derechos (una vez producido su desarrollo por obra del legislador), GARRIDO FALLA parece considerar que no es posible su alegación ante la Jurisdicción ordinaria (limitando su efecto al ámbito de la inconstitucionalidad), y aquí es donde se produce nuestra discrepancia. En nuestra opinión, un vez producido el desarrollo, se convierten en auténticos derechos subjetivos alegables ante la Jurisdicción ordinaria.

(22) Por eso afirma GARRIDO FALLA «se les califica de 'principios informadores' y a continuación —por si algún Tribunal lo entendiésemos de otro modo, y quisiese extraer sus propias consecuencias jurídicas de los preceptos del Capítulo III— se añade tajantemente: 'Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria, de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen'». *Op. ult. et loc. cit.*

primero del art. 45 CE «contiene una declaración dirigida más que a reconocer un derecho, que el artículo 53 desmiente categóricamente, a establecer el deber del Estado de mantener el medio ambiente en un nivel de conservación apto para la existencia y desarrollo del ser humano, por tanto, a reconocer y garantizar la existencia de una función pública dirigida a este fin...» (23). Similar a estas dos posiciones es la construcción de LARUMBE BIURRUM, que considera de forma general que en el capítulo III «no estamos en presencia de derechos subjetivos expresados en el Capítulo II del Título I del texto Constitucional, sino de grandes directrices que deben informar la actuación de los poderes públicos» por lo cual «el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado recogido por el artículo 45 del Texto Constitucional, así como el siguiente sobre el patrimonio histórico, cultural y artístico, es un puro principio informante, cuya efectividad y cristalización concretas depende de que el Estado, a tenor de lo dispuesto en el artículo 149.1.23, dicte la correspondiente legislación básica» (24).

Pese a no hacer una referencia expresa al art. 45.CE, GARCÍA DE ENTERRÍA tras realizar un examen del art. 53.3 CE considera que «lo que, con toda claridad, pero con escasa fortuna, intenta decir el artículo es que al formular tales principios la Constitución no ha pretendido configurar verdaderos derechos fundamentales, sino principios propiamente dichos que han de orientar la acción del Estado como fines determinados de su misión; *nada más*» (25).

También MARTÍN MATEO ha negado que el derecho al medio ambiente sea un verdadero derecho subjetivo (26). Para MARTÍN MATEO el

(23) *El medio ambiente como función administrativa*, «R.E.D.A.», núm. 26, julio-septiembre 1980, pág. 371.

(24) *Medio Ambiente y Comunidades Autónomas*, «Revista Vasca de Administración Pública» núm. 8, enero-abril 1984, pág. 28.

(25) GARCÍA DE ENTERRÍA considera desgraciada la redacción del 53.3 CE «que claramente no puede interpretarse como una prohibición de alegación, y menos de aplicación» (*Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, quinta edición, Ed. Cívitas, Madrid 1989, pág. 111).

(26) Al abordar la legitimación en los contenciosos ambientales MARTÍN MATEO mantiene: «es evidente que la problemática aquí apuntada se desvanecería si se invocasen derechos inequívocamente reconocidos a determinados ciudadanos, sin perjuicio que su defensa tenga a veces transcendencia individual» (*Tratado de Derecho Ambiental*, Vol. I, Ed. Trivium, Madrid 1991, pág. 184). Con anterioridad a este último posicionamiento y de forma directa al analizar el art. 45 CE ha afirmado este autor: «En cuanto a los particulares no se les reconoce, evidentemente, derechos subjetivos para una defensa general del ambiente, a lo más podrán alegar intereses legítimos, pero tal legitimación es improbable que pueda ser directamente entroncable con la Constitución, ya que el mismo artículo comentado dispone que este tipo de principios 'sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción

art. 45.1 «está concebido en términos de tal abstracción y generalidad que resulta problemático extraer con transcendencia práctica su significado y alcance. No es que el precepto en cuestión sea ambiguo, es simplemente inexpressivo. Su alambicada e ignota pretensión filosófica le priva de operatividad, rozando las ingenuas proposiciones del tipo de 'los españoles serán justos y benéficos' (27)». Por eso, MARTÍN MATEO considera que «la tutela de los intereses colectivos ambientales sólo puede realizarse por ahora entre nosotros con base a técnicas ordinarias que el ordenamiento ya prevé, susceptibles es cierto de una cierta flexibilidad adaptativa en cuanto a su manejo para nuestros fines» (28). Cree que la solución estriba en la expansión de la tutela de los «intereses ambientales» a través del concepto de interés legítimo (29). Así pues, MARTÍN MATEO se alinea con el sistema, o con una interpretación progresiva del mismo. La crítica a esta posición doctrinal sería la crítica al sistema y a sus límites.

Influenciado por MARTÍN MATEO, CABANILLAS SÁNCHEZ considera que estamos ante un interés legítimo, pues «no siendo la 'salud' y el 'medio ambiente' conceptos absolutos e inamovibles, sino relativos y variables, no hay en esos preceptos constitucionales la atribución de un verdadero derecho subjetivo específicamente determinado a cada persona, pero sí un interés legítimo, expresamente reconocido, a que se respete su individualidad, y que debe protegerse por los jueces y tribunales, ya que la protección alcanza, no sólo a derechos, sino —diferenciadamente— a los legítimos intereses (art. 24)» (30).

MORENO TRUJILLO cree que el art. 45 CE recoge el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado como uno de los principios rectores de la política social y económica, «por lo que no puede considerarse como un derecho subjetivo, por falta de contenido, facultades y deberes precisos con que se enuncia y por la doble naturaleza de las ti-

ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen'. (*Jurisprudencia Ambiental del Tribunal Supremo desde el cambio político*, «R.A.P.», núm. 108, septiembre-diciembre 1985, pág. 188).

(27) *Medio Ambiente y Constitución*, cit. pág. 75.

(28) *Tratado de Derecho ambiental*, cit., pág. 191.

(29) Textualmente afirma MARTÍN MATEO que «salvo en el caso más claro de la acción popular urbanística, las dificultades de legitimación difusa que se dan en los conflictos considerados pueden resolverse, como veremos, sin necesidad de recurrir a soluciones novedosas, quizás revolucionarias, simplemente en base a una progresiva y a la vez prudente expansión jurisprudencial del concepto de interés legítimo en línea con lo dispuesto en la Constitución...» (*Tratado de Derecho ambiental*, Vol. I, cit., pág. 193).

(30) *La responsabilidad civil por daños a personas o cosas a consecuencia de la alteración del medio ambiente y su aseguramiento*, «Revista Española de Seguros», núm. 55, julio-septiembre, págs. 26-27.

tularidades simultáneas que lo componen, ni como derecho de la personalidad, por falta de reconocimiento expreso y de tutela específica como tal». Mientras que no reciba este reconocimiento para MORENO TRUJILLO, que en esto sigue a ROCA JUAN, estamos ante «una manifestación concreta del deber general de respeto a la persona, principio general del Derecho que ha de informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actividad de las Administraciones públicas», «manifestándose también en una facultad de exigir el cese de toda perturbación medioambiental, como un poder sobre nuestros atributos, hasta tanto no aparezca expresamente recogido y dotado de contenido tal derecho en nuestro Ordenamiento Jurídico (31). La tesis negadora de MORENO TRUJILLO se halla impregnada, como por otra parte es lógico, de planteamientos privatistas, desde los cuales se hace difícil llegar a conclusiones diferentes. Los dos argumentos básicos que utiliza son desde nuestro punto de vista sencillamente insostenibles. El primero de ellos es la falta de titularidad del derecho o la voluntad apta, substrato del derecho subjetivo. Así, la autora afirma, siguiendo a ROCA JUAN, «el susodicho artículo 45 indica que *todos tienen derecho...*, sin determinar titularidad ninguna, ni asignar a un sujeto esa voluntad de actuar» (32). Craso error. El art. 15, el art. 24 CE, etc., emplean expresiones idénticas o parecidas. Es más, el prototipo de derecho subjetivo, la propiedad, a la luz del argumento de MORENO TRUJILLO tampoco lo sería desde el punto de vista constitucional, ya que la fórmula empleada «Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia» *no determina titularidad ninguna, ni asigna a un sujeto esa voluntad de actuar*. El error en que incurre MORENO TRUJILLO tiene varios orígenes perfectamente detectables: 1) Confunde el derecho al medio ambiente, que en la Constitución se configura como un derecho de disfrute, con un derecho sobre el medio ambiente. Y claro, desde esta equivocada comprensión, es normal afirmar que «el que el medio ambiente sea un bien indeterminado, unido a que no es un objeto que pueda ser específicamente atribuido (en su pertenencia, goce, etc.) a un titular concreto, ya que las condiciones ambientales que rodean a una persona son a su vez las mismas, en su totalidad o en alguno de sus elementos, al de otro sujeto o colectivo, parece ser un obstáculo insalvable para la consideración del derecho al Medio Ambiente como un derecho subjetivo» (33). El segundo de los argumentos de

(31) Esta es la opinión de la autora condensada sobre esta cuestión en la conclusión IV de su libro, *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, Bosch editor, Barcelona 1991, pág. 322. De forma más extensa MORENO TRUJILLO aborda la cuestión en el capítulo tercero de este libro (págs. 73-112).

(32) MORENO TRUJILLO, *op. cit.*, pág. 82.

(33) *Op. cit.*, págs. 82-83. Al margen de los errores en que incide la autora, incurre

MORENO TRUJILLO es la ausencia de facultad. Aquí el error deriva de una mala comprensión del art. 53.3 CE y, aunque sea duro decirlo, del desconocimiento de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Más recientemente, en un excelente trabajo, LÓPEZ MENUDO ha negado la naturaleza de derecho subjetivo al derecho al medio ambiente. En la opinión de LÓPEZ MENUDO, «en términos generales prevalece su consideración más como principio rector de la política que como auténtico derecho» (34). Para LÓPEZ MENUDO es decisiva la exclusión del ámbito del recurso de amparo para negar al derecho al medio ambiente el carácter de auténtico derecho subjetivo (35). Sin embargo ello no priva al art. 45 de eficacia. La construcción jurisprudencial sobre los derechos fundamentales susceptibles de protección mediante el recurso de amparo ciertamente coloca en un ámbito de manifiesta inferioridad a los restantes derechos, pero ¿Hasta el punto de negarles el carácter de derechos subjetivos? En nuestra opinión, y por las razones que se expondrán a continuación, no.

Descartado que el art. 45 contenga un verdadero derecho subjetivo, según LÓPEZ MENUDO la eficacia del art. 45, realizada a la luz de la jurisprudencia del T.C. y del T.S., puede sintetizarse del siguiente modo:

- 1) Como consecuencias negativas derivadas del tratamiento constitucional de este «principio rector»:
 - a) No es invocable o exigible de modo directo ante los tribunales «sino de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen» (art. 53.3 CE.). Su eficacia es indirecta o mediata.
 - b) No le son aplicables las garantías que benefician en todo o en parte a los derechos o libertades del capítulo II: garantía del contenido esencial, reserva de ley, desarrollo mediante ley orgánica; tutela ante los tribunales ordinarios mediante procedi-

en una notable contradicción porque si afirma esto no se comprende cómo (si tan insalvable es el obstáculo) mantiene que actualmente no lo es pero que es un derecho susceptible de reconocimiento.

(34) *El Derecho a la protección del Medio Ambiente*, cit., pág. 166, y de forma rotunda pág. 193.

(35) Tras examinar los ATC 519/1984 de 19 de noviembre, 130/1981 de 2 de diciembre y 356/1983 de 20 de julio y 940/1985 de 18 de diciembre, que niegan conforme a lo dispuesto por la CE y la LOTC que el derecho a la salud, el derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada, y el derecho al medio ambiente sean protegible mediante el recurso de amparo, LÓPEZ MENUDO afirma: «esos supuestos derechos no han sido objeto de un trato distinguido; paradójicamente, sobre los mismos se han producido pronunciamientos especialmente negativos como acabamos de ver», *op. cit.*, pág. 178.

miento de carácter preferente y sumario; recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

- 2) Como consecuencias positivas derivadas del tratamiento constitucional de este «principio rector» LÓPEZ MENUDO señala:
 - a) Imponen al legislador el deber de promulgar las leyes necesarias para la consecución de tales principios.
 - b) Podrán ser declaradas nulas —por inconstitucionales— las leyes que conduzcan a objetivos contrarios a esos principios.
 - c) Imponen a los poderes públicos y especialmente a la Administración el despliegue de la correspondiente acción administrativa prestacional.
 - d) El principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico, incluso de las normas preconstitucionales, no sufre merma alguna cuando la labor hermenéutica ha de servirse de uno de estos principios rectores.
 - e) Posibilidad de anulación por los tribunales Contencioso-administrativos o inaplicación pura y simple en los demás casos de los «Reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa» (art. 6 LOPJ) (36).

Este tratamiento se completa con una ulterior garantía de cierre: la existencia de una acción popular (37). Los argumentos que maneja LÓPEZ MENUDO para defender su existencia son los siguientes:

- a) El reconocimiento constitucional del medio ambiente como un derecho que «*todos tienen el derecho de disfrutar...*», lo cual no puede quedar —por el bien de la propia Constitución— sin una eficacia, aun-

(36) Este impresionante esquema que realiza LÓPEZ MENUDO, *op. cit.*, 178-182 ha sido aquí resumido por razones de espacio. Se han transcrito aquí las ideas esenciales del mismo por lo que su consulta directa se hace ineludible para el lector.

(37) El principal obstáculo que puede oponerse a la existencia de una acción popular «medio ambiental» sin expreso reconocimiento por las leyes es, en la opinión de LÓPEZ MENUDO, el art. 19.1 de la LOPI, «al haber sentado ésta, *expressis verbis*, que 'los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercer la acción popular, en los casos y en las formas establecidos por la ley' generalizando así, para todos los procesos, lo que la Constitución en su art. 125 establece sólo para los procesos penales, y cerrando el paso a cualquier evolución jurisprudencial constructiva en tal sentido en base a la conjugación de los art. 45.1 y 53.3 de la Constitución, o sea, haciendo prácticamente imposible la producción de esas llamadas por PIZZORUSSO sentencias «manipulativas», en este caso de la especie de las «sustitutivas», que permiten superar los déficits que ofrecen los textos legales respecto a las exigencias de la Constitución» (*op. cit.*, pág. 194).

que fuere «modesta», que al menos dé algún sentido y justificación a tan enfática declaración.

b) El propio tenor del artículo 53.3 al decir que la protección de derechos como el que nos ocupa informarán la práctica judicial, sin que la expresión «de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen» deba considerarse referida más que al contenido sustantivo y no a los requisitos de legitimación.

c) Por último, el derecho a la tutela judicial efectiva *ex art. 24 C.E.* Y por otro lado es preciso conjugar todo lo anterior con el art. 7.3 de la LOPJ (38).

Esta es, sin duda, la mejor y más autorizada apología que entre nosotros se halla realizado sobre la existencia de una acción popular «medio ambiental». Sin embargo, parte de una premisa, la negación de que el derecho consagrado por el art. 45 CE sea un verdadero derecho subjetivo, que supone a nuestro juicio un serio obstáculo para su defensa y un debilitamiento de las posibilidades reales de interpretación de nuestro ordenamiento. En este caso, la moderación de planteamientos dificulta la firmeza de los mismos. La construcción lógica es impecable, pues si se hubiese mantenido la naturaleza de verdadero derecho subjetivo del derecho consagrado por el art. 45 CE, como hacemos nosotros, en coherencia el resultado habría sido distinto. En vez de mantenerse la existencia de una acción popular, se habría de concluir que la existencia de ese verdadero derecho subjetivo supone un *plus* de protección ¿Por qué supone una tesis «más moderada», un debilitamiento de las posibilidades reales de interpretación de nuestro ordenamiento?

Negar que el derecho al medio ambiente es un verdadero derecho subjetivo supone situarnos en otras categorías (intereses directos, intereses difusos, intereses colectivos e intereses legítimos) que hacen imposible la defensa de la existencia de una acción popular sin reconocimiento expreso por las leyes. Si el derecho al medio ambiente es un interés su límite es la defensa de la legalidad. Si consideramos que una asociación o una persona individual ostenta en todo caso un interés legítimo en función del art. 45 CE para impugnar las decisiones ambientales de la Administración, afirmaremos al propio tiempo la inexistencia de la acción popular. Porque el límite de la noción de interés legítimo según la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional es la defensa de la legalidad. La Asociación o persona individual denunciante no estarían legitimados para impugnar una sanción impuesta en virtud de la denuncia. Ya hemos afirmado que el art. 7.3 LOPJ no contiene una acción popular (por

los límites subjetivos y de fondo que encierra). La diferencia de resultados es pues clara. La tesis según la cual el derecho al medio ambiente es un interés no permite la defensa de la legalidad (aunque supone una ampliación de los límites tradicionales de la legitimación). Desde luego, existen otra clase de argumentos que permiten la defensa de una acción popular «medioambiental» sin expreso reconocimiento por las leyes que no se verían afectados por la consideración del «derecho a disfrutar un medio ambiente adecuado» como interés difuso, legítimo colectivo (el art. 23 CE y la consideración del medio ambiente como bien jurídico). Sin embargo, afirmar que estamos ante la existencia de un interés choca con nuestro ordenamiento jurídico-constitucional (como se verá más adelante). Por otro lado, mantener la existencia de una acción popular sin expreso reconocimiento por la Ley (al menos desde esos argumentos) violenta y fuerza nuestro sistema (39). Nuestra construcción en este aspecto presenta la ventaja de ser sólo una reinterpretación o una adaptación del sistema respetuoso con el mismo. Una vez que se afirma que art. 45 CE en relación con el 53.3 es un auténtico derecho subjetivo todos estos problemas desaparecen.

Dicho esto debe de reconocerse algo que no carece de importancia. La tesis negadora de LÓPEZ MENUDO es más generosa que alguna de las posiciones doctrinales que mantienen que el derecho a un medio ambiente es un derecho subjetivo. Los resultados que se obtienen aceptadas ambas tesis (la de LÓPEZ MENUDO y la nuestra) ante la jurisdicción contenciosa-administrativa son casi equiparables. Otra cosa son las consecuencias que dimanar de la negación de que el derecho al medio ambiente sea un derecho subjetivo en la construcción de una teoría unitaria del daño público ambiental autónomo y su resarcibilidad ante la jurisdicción civil y la criminal. Los esquemas privatistas no permitirían el ejercicio de la acción reparadora de estos daños por los ciudadanos y las asociaciones ecologistas. Lo mismo cabría decir de la construcción de la tutela posesoria del derecho al medio ambiente. Este problema será examinado más adelante.

D) *Posiciones doctrinales que afirman la naturaleza de derecho subjetivo del derecho a un medio ambiente adecuado.*

En este sentido se han pronunciado FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, BASOLS COMA, RODRÍGUEZ RAMOS, PÉREZ LUÑO, PRIETO SANCHÍS y SERRANO MORENO (40).

(39) De esto es consciente LÓPEZ MENUDO, que como hemos visto opone como principal obstáculo a su defensa el art. 19.1 LOPJ (*vid. op. cit.*, pág. 194).

(40) En la doctrina extranjera tampoco han faltado quienes han defendido que el de-

(38) LÓPEZ MENUDO, *op. cit. et loc. cit.*

Uno de los pioneros en la defensa de la naturaleza de auténtico derecho subjetivo del derecho al medio ambiente ha sido FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. En su opinión, a la vista de su ubicación sistemática en la Constitución, del art. 53.2 CE, y de la exclusión de la garantía de amparo, «es obvio que no estamos en presencia de un derecho subjetivo tí-

recho a un medio ambiente es un derecho subjetivo. Estas posiciones tienen menos interés para nosotros porque la respuesta a si el derecho a un medio ambiente es un verdadero derecho subjetivo debe encontrarse en cada ordenamiento. El que existan ordenamientos donde se reconozca como tal tan sólo es un indicio para el intérprete pero no un elemento decisivo. A título de ejemplo, en la doctrina italiana, para SALMI el art. 32.1 (derecho a la salud) y los arts. 9.2 y 41.2 de la Constitución Italiana permiten fundar un derecho al ambiente y a la tutela ambiental como «derecho subjetivo perfecto, constitucionalmente garantizado y protegido» (*Diritto dell'ambiente*, seconda edizione Pirola Editore, Milano 1989, pág. 25). En contra vid. MANTINI, *Associazioni ecologiste e tutela giurisdizionale dell'ambiente. Aspetti e problemi in Associazioni ecologiste e tutela giurisdizionale dell'ambiente*, a cura di Nicola ASSINI e Pierluigi MANTINI, Maggioli Editore Rimini 1990, pág. 25. En Argentina, DROMI, a la luz del art. 33 de la Constitución («*Todo ser humano posee un derecho subjetivo a ejercer las acciones tendentes a la protección del equilibrio ecológico*») y la jurisprudencia, considera que la situación jurídica de la persona respecto de su entorno es un derecho subjetivo. El Juzgado contencioso-administrativo federal de primera instancia núm. 2 (Juez GARZÓN FUNES), en sentencia de 10 de mayo de 1983 'Kattan, Alberto E. y otros v. Poder Ejecutivo Nacional' afirmó: «la destrucción, modificación o alteración de un ecosistema interesa a cada individuo, y defender su hábitat constituye una necesidad o conveniencia de quien sufre el menoscabo, con independencia de que otros miembros de la comunidad no lo comprendan así y soporten los perjuicios sin intentar defensa»...el individuo «no acciona como administrado, sino como titular de derechos humanos que son inherentes a su condición de tal y que no han sido delegados a quienes los deban representar en las funciones de gobierno» (*Derecho subjetivo y Responsabilidad pública*, Editorial Grouz, Madrid 1986, págs. 86-87). Comentando esta sentencia, QUIROGA LAVIE estima que en la fundamentación del fallo el juez «no introduce la doctrina del derecho público sino la argumentación del derecho subjetivo individual al 'hábitat'». En su opinión este derecho es «—en cabeza de cada individuo— un derecho público subjetivo, pues si fuera individual debiera estar en condiciones de probar cómo han quedado afectados, en el momento de pedir reparación, su vida, su patrimonio o sus intereses» (*Los derechos públicos subjetivos y la participación social*, Ed. Depalma, Buenos Aires 1985, págs. 180-181). En la doctrina portuguesa COLAÇO ANTUNES ha defendido esta concepción en base al art. 268.5 de la Constitución portuguesa («Iguualmente se garantiza siempre a los administrados el acceso a la justicia administrativa para la tutela de sus derechos o intereses legalmente protegidos»). Para este autor «el llamado interés difuso al ambiente es un interés legalmente protegido que ha de ser considerado como derecho público subjetivo o interés legítimo. El interés difuso al ambiente se reconoce mejor bajo la forma del *derecho público subjetivo*, una vez que nuestro derecho constitucional no se ha limitado a tutelar la libertad individual y los derechos de naturaleza patrimonial, sino que tutela también los derechos plurindividuales, tal como sucede con el derecho al ambiente (art. 66 de la Constitución de la República Portuguesa)». (*Los intereses difusos: Ubicación constitucional; tutela jurisdiccional y 'acción popular de masas' (en torno a la revisión de la Constitución Portuguesa de 8 de julio de 1989)*, traducción por SAINZ MORENO, «R.A.P.», núm. 124, enero-abril 1991, pág. 425. Este trabajo compendia y desarrolla el anterior estudio *A tutela dos interesses difusos em Direito administrativo: Para uma legiti-mação procedimental*, Livraria Almedina, Coimbra 1989).

pico». Sin embargo, a la vista del art. 53.3 CE, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ matiza esta anterior aseveración y concluye: «el derecho del que habla el art. 45-1 *adquiere el perfil de un verdadero derecho subjetivo, que inicialmente no tiene, por intermedio del legislador ordinario, que está obligado a concretar los precisos contornos que haya de tener en cada caso*». Es más, según FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «realizada esta operación de concreción, el particular que se sienta afectado por una determinada actuación que ponga en peligro lo que, a partir de la intervención del legislador ordinario, se inscribe ya en su propia esfera vital, en el ámbito de sus propios asuntos, podrá reaccionar frente a ella en defensa de esa esfera o ámbito que le son privativos» (41).

Muy parecidos a los planteamientos de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ son los de BASSOLS COMA. Partiendo de la consideración de la Constitución como norma jurídica y de su valor informador, BASSOLS COMA concluye que los principios rectores de la política social y económica «constituyen directrices constitucionales de ámbito general, son fuente de cláusulas sociales modulares de los derechos económicos y *pueden devenir auténticos derechos a través de la legislación concreta de su desarrollo*, legislación que no necesariamente siempre tiene que ser general y estatal, pudiendo las Comunidades Autónomas legislar, dentro de los límites constitucionales, en estas materias» (42).

Para RODRÍGUEZ RAMOS, «el dato de que el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona no sea un derecho fundamental *no significa que deje de ser un derecho*». En cuanto a la relación art. 45/art. 53.3 CE, RODRÍGUEZ RAMOS estima que «la declaración constitucional que veta la alegación de tal derecho ante la jurisdicción ordinaria, si no existen leyes que lo desarrollen, sólo significa que no es un derecho subjetivo de inmediata protección jurisdiccional (43). Hasta aquí nuestra coincidencia con RODRÍGUEZ RAMOS es completa. Más discutibles son para nosotros las siguientes conclusiones a las que llega RODRÍGUEZ RAMOS. Para este autor «puede considerarse que todos tienen el derecho a que la legislación positiva española, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos estén informadas por 'el reconocimiento, respeto y la protección' de un medio ambiente adecuado para el desarrollo a la persona» y «tal derecho existiría igualmente aun cuando no estuviera formalmente expresado como tal en el

(41) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *El medio ambiente en la Constitución española*, cit., pág. 346.

(42) BASSOLS COMA, *Constitución y Sistema económico*, Ed Tecnos, Madrid 1985, págs. 99-100.

(43) *El medio ambiente en la Constitución española*, cit., pág. 36-37.

comentado párrafo primero del art. 45, y en tal sentido resulta superfluo...» (44).

Que el derecho al medio ambiente no es susceptible directamente de protección mediante el recurso de amparo es algo obvio como hemos visto. También es claro que esta circunstancia no priva al derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado del carácter de verdadero derecho subjetivo. El derecho a la propiedad privada y la herencia reconocido en el art. 33 CE, tampoco es susceptible de protección mediante recurso de amparo y hasta ahora a nadie se le ha ocurrido negar que sea un verdadero derecho subjetivo. Sin embargo, no nos parece correcto unificar los contenidos del art. 53.3 CE para constituir un único objeto. El art. 53.3 CE contiene dos mandatos claramente diferenciados. En efecto, el art. 53.3 CE, en primer término, ordena que «el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo Tercero», informe «la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos». En segundo lugar, el art. 53.3 CE establece que «sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen». La posible alegación del derecho no se limita al carácter informador (lo que no significa en absoluto que esta función carezca de importancia). En nuestra concepción, el apartado segundo consagra un auténtico derecho. El derecho al medio ambiente se puede alegar en la medida en que lo dispongan las leyes que lo desarrollen.

También PÉREZ LUÑO considera que el art. 45 consagra un auténtico derecho. En su concepción, el art. 53.3 no puede interpretarse como una prohibición de alegación ya que «difícilmente se podría cumplir el imperativo constitucional de que esas normas informen la práctica judicial, si no pueden ser objeto de alegación o aplicación por los tribunales». En opinión de PÉREZ LUÑO, de los arts 161.1,a), 163, 9.1 y 24.1 CE se induce «el carácter normativo y la plena vinculatoriedad del art. 45, al igual que los restantes preceptos recogidos en el capítulo III, sin que se les pueda relegar a meros principios programáticos. A estos argumentos añade este autor en favor de la normatividad del art. 45 CE, la invocación que expresamente se contiene en el art. 10.2 CE para interpretar el estatuto de los derechos fundamentales «de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España» (45). Para PÉREZ LUÑO el derecho a disfrutar de un medio ambiente

(44) *Op. ult. et loc. cit.*

(45) En concreto, cita PÉREZ LUÑO el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la O.N.U. que reconoce el derecho «a un nivel de

adecuado es un derecho fundamental que ostenta como rasgo peculiar de su garantía una dimensión *erga omnes*, «por lo que su tutela no sólo opera frente a los poderes públicos, sino también en las relaciones entre particulares (*Drittwirkung der Grundrechte*)» (46).

Sin embargo, de esta conceptualización del derecho al medio ambiente como auténtico derecho, PÉREZ LUÑO aparentemente no extrae consecuencias decisivas en orden a su tutela jurisdiccional. Parece como si PÉREZ LUÑO concibiera la acción popular como una actuación deseable pero no como un imperativo constitucional en todo caso (47). Y, desde luego, no considera que ese derecho constitucionalmente consagrado opere de por sí como título legitimador.

Una línea parecida a la mantenida por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y BASSOLS COMA es la defendida por PRIETO SANCHÍS. En su opinión la redacción del artículo 53.3 es particularmente desafortunada y en modo alguno puede suponerse que los artículos 39 y siguientes de la Constitución no sean alegables ante los Tribunales ordinarios, pues si el reconocimiento, respeto y protección de tales principios debe informar la práctica judicial, es evidente que no sólo son alegables, sino que deberán ser aplicados por los Tribunales. En cuanto a la naturaleza de los principios rectores, PRIETO SANCHÍS cree que estos «no son todavía derechos subjetivos, es decir, que los ciudadanos no pueden dirigirse a los Tribunales ordinarios requiriendo su cumplimiento por parte de los poderes públicos»; sin embargo, estas normas constitucionales son directamente aplicables, pero «los derechos que pueden derivarse de las mismas exigen, para su configuración como verdaderos derechos, la mediación del legislador, cuya función será concretar el alcance de la declaración, establecer formas de tutela, sanciones por el incumplimien-

vida adecuado... y a una mejora continua de las condiciones de existencia y el art. 12.2 b) de este mismo pacto que reconoce el derecho de toda persona «al mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente» (Comentario al artículo 45, en los *Comentarios a la Constitución Española...*, cit., pág. 265).

(46) *Op. cit.*, pág. 266 y 279.

(47) Así, en un estudio posterior PÉREZ LUÑO ha afirmado que «la experiencia de las últimas décadas ha mostrado que es necesario reconocer a la generalidad de los ciudadanos la legitimación para defenderse de aquellas agresiones a bienes colectivos o intereses difusos que, por su propia naturaleza, no pueden tutelarse bajo la óptica tradicional de la lesión individualizada. De ahí, que se tienda a postular la admisión de formas de *acción popular* como medio idóneo para superar la concepción individualista del proceso, permitiendo la iniciativa de cualquier interesado —individual o colectivo— en la puesta en marcha de los instrumentos de protección de los nuevos derechos» (*Las generaciones de derechos humanos*, «Revista del Centro de Estudios Constitucionales», núm. 10, septiembre-diciembre 1991, pág. 215).

to, etc. (48). Hasta aquí las conclusiones a las que llega PRIETO SANCHÍS son plenamente asumibles, pues a continuación nuestra discrepancia es frontal. PRIETO SANCHÍS cree además que «desde el punto de vista de los derechos fundamentales, estas normas generan únicamente los que se han llamado 'derechos subjetivos reaccionales o impugnatorios', ya que al no autorizarse un procedimiento para exigir de la Administración o del legislativo el comportamiento previsto en la norma o la aprobación de una ley de desarrollo, la fuerza del precepto se transforma en la prohibición de emanar normas contrarias a la Constitución». Ello le lleva a concluir que es una «cuestión distinta la legitimación y el órgano competente para fiscalizar el comportamiento de cada uno de los poderes públicos, pero en cualquier caso, los ciudadanos pueden alegar los principios del capítulo III con motivo de cualquier proceso dirigido a obtener la tutela jurídica de un derecho subjetivo o de un interés legítimo». «Lo único que impide el art. 53.3 es que dichos principios se invoquen como fundamento único de la pretensión, como verdaderos derechos subjetivos, mientras no se produzca el correspondiente desarrollo legislativo» (49).

Considero que existe una contradicción interna en los planteamientos de PRIETO SANCHÍS. Esta contradicción deriva de la confusión velada de dos realidades distintas: La fuerza aislada de los principios rectores y su fuerza y naturaleza una vez producido el desarrollo legislativo. En nuestra concepción el art. 53.3 impone, y esto no es una cuestión de gustos, la concepción de auténtico derecho subjetivo al derecho consagrado en el art. 45. Por eso en virtud del art. 24 CE caen, o más bien se cumplen, los requisitos de legitimación. Por eso es erróneo pensar (aparentemente esta es su idea) que la alegabilidad de este derecho sólo es posible cuando estamos en presencia de otro derecho e interés, no bastando aisladamente el primero como título legitimador para su alegación aislada.

Por último, SERRANO MORENO considera aparentemente que el derecho a disfrutar de un medio ambiente es un derecho subjetivo, pues «la formulación propia de las palabras del artículo 45 de la Constitución no deja lugar a dudas acerca del hecho de que nos encontramos ante un derecho subjetivo general» y «el contexto sistemático confirma en primera lectura esta hipótesis», ya que el art. 45 es uno de los que integran el Título I, 'De los derechos y deberes fundamentales'. Esta

(48) PRIETO SANCHÍS estima que «Esta conclusión se obtenía con mayor claridad de la primitiva redacción del precepto, pero la fórmula vigente debe conducirnos al mismo resultado» (*Comentario al artículo 53. Comentario a la Constitución* dirigido por Oscar ALZAGA, Tomo IV, EDERSA, Madrid, pág. 456).

(49) *Op. ult. cit.*, pág. 457.

idea inicial es posteriormente matizada: «lo cierto es que es estrictamente un principio rector de la política social y económica, tutelado en los términos previstos en el art. 53.3» (50). En la opinión de este autor, el art. 45 es una norma jurídica (51), «no es retórica constitucional insertible» y «tiene estructura de norma jurídica incompleta, de parte de una regla jurídica»: «Una cosa es que no tenga carácter de derecho fundamental, y otra afirmar que es un mero principio programático no normativo». Por ello, «el art. 45 es alegable y aplicable ante los tribunales ordinarios. Lo que el art. 53.3 CE quiere decir y no dice, es que por sí mismo este artículo no otorga derechos públicos subjetivos y generales; cosa muy distinta sería que nos encontrásemos ante una prohibición de alegación y/o aplicación» (52). Sin embargo, SERRANO MORENO, influenciado por la Recomendación núm 16 (1987), del Consejo de Europa, aprobada por el Consejo de Ministros el 17 de septiembre de 1987 y por ALONSO GARCÍA, opta por configurar el derecho a un medio ambiente adecuado, no como un derecho sustantivo, «sino como un derecho de participación en cuestiones relacionadas con el medio ambiente, mediante la conceptualización del medio ambiente como un valor constitucional o interés no monopolizado, como función pública por el Estado». En definitiva, SERRANO MORENO se inclina por lo que denomina «una salida procedimental» (53).

(50) Sin embargo, para SERRANO MORENO, «la inclusión del derecho a disfrutar del medio ambiente en el catálogo de derechos fundamentales (secc. 1.º del capt. 2.º) se hubiera justificado ampliamente» y hubiera sido preferible su consideración, al menos como «derecho constitucional autónomo», es decir, su inclusión en la sección segunda del capítulo II como *derecho-deber* de los españoles» (*El derecho subjetivo al ambiente*, en *Seminario sobre Instrumentos Jurídicos y Económicos para la Protección del Medio Ambiente*, Comisión de las Comunidades Europeas/Principado de Asturias, Servicio de Publicaciones 1991, pág. 101 y *Ecología y Derecho: Principios de Derecho ambiental y Ecología jurídica*, Ed. Comares, Granada 1992, pág. 130).

(51) *Ecología y Derecho: Principios de Derecho ambiental y Ecología jurídica*, cit., pág. 133-134.

(52) SERRANO MORENO, *op. cit.*, pág. 103. Para este autor, refuerzan estas consideraciones los art. 24 y 125 CE, pues «los ciudadanos, por su parte tienen derecho a la tutela judicial efectiva y a la acción popular, en virtud de lo dispuesto en los artículos 24 y 125 de la Constitución. Por otro lado, los artículos 7.3 y 19 de la LOPJ pueden ser interpretados en el sentido de que se reconoce, por primera vez, la existencia de intereses colectivos y la posibilidad de protegerlos colectivamente» (*op. cit.*, pág. 104 y *Ecología y Derecho: Principios de Derecho ambiental y Ecología jurídica*, cit., págs. 135-136). El planteamiento no está exento de contradicciones: SERRANO MORENO ha afirmado que «parece claro, por un lado, que los principios rectores no dan lugar al surgimiento de derechos subjetivos» (*Ecología y Derecho: Principios de Derecho ambiental y Ecología jurídica*, cit., pág. 131).

(53) Para SERRANO MORENO, «Esta 'salida procedimental' en el campo del derecho subjetivo al ambiente presenta, sin duda, un enorme interés si se piensa que la eficacia de

A nuestro juicio la tesis de SERRANO MORENO es asumible salvo en esto último. Relegar al derecho al medio ambiente a un derecho de participación es vaciarlo de contenido. Supone una lectura parcial de nuestro ordenamiento Constitucional que desde luego no lo limita a lo meramente procedimental. En nuestra concepción no cabe escindir lo material de lo formal. Eso sería algo así como construir un derecho subjetivo procesal en el aire. Para conseguir los fines de esa «salida procedimental» no son necesarias tantas alforjas. Bastaría una correcta interpretación del art. 23 CE y las posibilidades que ofrece nuestro ordenamiento (art. 7.3 LOPJ) (54).

III. EL DERECHO A DISFRUTAR DE UN MEDIO AMBIENTE COMO DERECHO SUBJETIVO

A) Razones por las cuales el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado es un auténtico derecho subjetivo. Delimitación de este derecho.

Como cuestión previa a la afirmación según la cual el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado consagrado por el art. 45 CE es un auténtico derecho subjetivo parece necesario recordar este concep-

las normas constitucionales de relevancia ambiental —e incluso su propia naturaleza— depende de factores externos a ellas mismas y a las construcciones de la dogmática y a la jurisprudencia» (*op. cit.*, pág. 106 y *Ecología y Derecho: Principios de Derecho ambiental y Ecología jurídica, cit.*, pág. 222-223). Ciertamente este planteamiento no es original. Así, LUCA VOLPI ha concebido el derecho al medio ambiente como «el derecho del ciudadano de ver ofrecida la posibilidad de ser informado e implicado a propósito de las decisiones que tienen impacto sobre su hábitat» integrando dos posiciones jurídicas diferentes: 1) el derecho de acceso a los documentos administrativos y 2) el derecho de los terceros a ser escuchados (*Diritto all'ambiente: Note generali su alcuni aspetti procedurali e sostanziali*, «Rassegna di Diritto e Tecnica Dell'Alimentazione», núm. 4, 1990, págs. 393-394).

Quizá, la mejor explicación de su carácter procedimental (y su diferenciación frente a otros derechos procedimentales) la ha realizado KISS. Según KISS, el derecho al medio ambiente es un derecho «procedural». La necesidad de un enfoque preventivo en el tratamiento de los problemas ambientales, dada la irreversibilidad de los daños ambientales, determina la necesidad de participación en futuras decisiones y por eso el derecho a la conservación del medio ambiente comporta necesariamente el derecho a ser informado de los proyectos y programas que puedan afectar al individuo a través de su medio ambiente (*Definition et nature juridique d'un droit de l'homme à l'environnement, en Environnement et Droits...*, *cit.*, pág. 25).

(54) *Vid.* nuestro estudio *Derecho a la participación, Participación administrativa y Medio Ambiente*, «Revista Andaluza de Administración Pública», núm. 11, julio-agosto-septiembre 1992, págs. 99-110.

(55). Una de las concepciones clásicas de este concepto es la formulada por IHERING que concebía el derecho subjetivo como un «interés jurídicamente protegido». Probablemente influido por IHERING, BACHOF definía el derecho subjetivo como «el poder de voluntad otorgado por el Ordenamiento jurídico para la satisfacción de un interés». A partir de la promulgación del art. 19.4 de la *Grundgesetz*, («si alguien es lesionado en sus derechos por el poder público tendrá abierta la vía judicial. Siempre que no se establezca otra cosa será competente la jurisdicción ordinaria»), BACHOF consideraba que «todos los intereses jurídicamente protegidos habían sido elevados hoy en día al rango de derechos públicos subjetivos» (56). En fin, esta dos notas, «interés jurídicamente protegido» y apoderamiento para la actuación en su defensa son los elementos definitorios del concepto. La definición de JELLINEK sintetiza de forma clara esta dualidad. El derecho subjetivo, según JELLINEK, es «la potestad de querer que tiene el hombre, reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico, en cuanto se refiere a un bien o interés» (57). También la definición propuesta por CASTÁN TOBEÑAS contiene esa misma fuerza sincrética: el derecho subjetivo es «la facultad de obrar válidamente, dentro de ciertos límites, y de exigir de los demás, por un medio coactivo, en la medida de lo posible, el comportamiento correspondiente, otorgada por el ordenamiento jurídico a un sujeto de volun-

(55) Desbordaría por completo el objeto de nuestro trabajo y nuestra limitada capacidad intelectual pretender elaborar un propio concepto de derecho subjetivo después de examinar las teorías existentes (quizá esta empresa requiriese realizar más de una tesis). Como ha dicho LÓPEZ y LÓPEZ, «suministrar un medianamente completo estado de la cuestión es tan sumamente arduo que resulta difícil incluso limitado a la literatura global de referencia. Aparte de ello, un elenco de las mil y una doctrinas del derecho subjetivo, resultaría de dudosa utilidad» (*GENY, DUGUIT y el Derecho subjetivo: Evocación y nota sobre una polémica*, «Quaderni Fiorentini» núm. 20, 1991, pág. 1). Por eso, nos vamos a limitar a manejar el concepto de derecho subjetivo ya elaborado, basándonos fundamentalmente para ello en las siguientes obras: *El concepto de derecho subjetivo*, «Revista de Derecho Privado», núm. 281, junio 1940, págs. 121-131 de CASTÁN TOBEÑAS; el *Tratado de Derecho administrativo*, Vol. I, décima edición, Ed. Tecnos, Madrid 1987 de Garrido FALLA en cuyas páginas 346-353 se sintetizan las principales teorías sobre su concepto; y la obra de Antonio Esteban DRAKE, (que Dios tenga en su Gloria), *El Derecho Público Subjetivo como instrumentación técnica de las libertades públicas y el problema de la legitimación procesal*, Ed. Cívitas, 1981.

(56) Otto BACHOF, *Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung*, Tübingen 1968, pág. 63 (*Vid. apud* Antonio Esteban DRAKE, *El Derecho Público Subjetivo...*, *cit.*, pág. 43).

(57) Esta definición de JELLINEK obtuvo un éxito completo siendo adoptada por SAN-TI ROMANO y por ZANOBINI, que definía el derecho subjetivo como «un interés protegido mediante el reconocimiento de la voluntad de su titular». Incluso las elaboraciones críticas como las de ALESSI «la garantía legislativa de una utilidad sustancial, directa o inmediata para el sujeto titular» conservan bajo diversa apariencia sus mismos fundamentos (*Vid. GARRIDO FALLA, Tratado de Derecho Administrativo, cit.*, pág. 349).

ta capaz o de voluntad suplida por la representación, para la satisfacción de sus fines e intereses» (58). Debe tenerse presente que no todas las definiciones del derecho subjetivo propuestas por la doctrina son susceptibles de amoldarse a la situación jurídica de la persona respecto de su entorno. Muchos autores han puesto el acento en la individualidad o estricta exclusividad del interés protegido. ZANOBINI, por ejemplo, cree que el derecho subjetivo es «un interés reconocido por el ordenamiento jurídico como exclusivamente propio de su titular y como tal y por esta razón protegido de modo directo e inmediato» (59). La nota de la exclusividad aparentemente faltaría en cualquier caso. Lo característico de la situación jurídica de la persona respecto de su entorno es, precisamente, la concurrencia de posiciones respecto de un bien jurídico colectivo. La definición de ZANOBINI debe de relativizarse. Su formulación obedece al intento de distinción derecho subjetivo-interés (60). Esa distinción esta hoy superada (BACHOF, GARCÍA DE ENTERRÍA). Además, el ordenamiento puede configurar la situación jurídica de la persona respecto de su entorno como un derecho subjetivo (SCOCA). Si el art. 45 de nuestra Constitución dispusiera «Todos tienen el derecho subjetivo a un medio ambiente adecuado...» ¿Podría seriamente dudarse que el derecho a un medio ambiente adecuado es un derecho subjetivo? Pues bien, como veremos inmediatamente, el art. 45 en conexión con el art. 53.3 CE ha dispuesto exactamente eso.

El concepto de derecho subjetivo ha sufrido el rechazo de quienes piensan que es la expresión de un individualismo extremado, incompatible con la realidad del Estado moderno. Pero como dijo en su día

(58) Según CASTÁN, en su sentido más general, derecho subjetivo «es la facultad reconocida y garantizada a una persona por el ordenamiento jurídico». Esta facultad tiene dos lados o facetas que constituyen sendos elementos del derecho subjetivo: la posibilidad de hacer o querer y la posibilidad de exigir de otros el respeto (*El concepto de derecho subjetivo, cit.*, págs. 123 y 130).

(59) *Corso di Diritto Amministrativo*, volume primo, *Principi Generali*, quinta edición, Giuffrè Editore, Milano 1947, pág. 144.

(60) Según ZANOBINI «si la norma toma en consideración el interés individual por sí mismo y, como interés del todo distinto del general, asegurando con medios idóneos su realización, dicho interés se constituye en la posición de derecho subjetivo. Si por el contrario, la norma toma en consideración un interés diverso del individual del que se trata, o sea, un interés general, y se preocupa sólo de asegurar la satisfacción de éste, produciendo sólo como consecuencia indirecta la defensa del interés individual, este último queda en la categoría de los intereses solo indirectamente protegidos» (*Corso di Diritto Amministrativo, cit.*, pág. 144). También SANDULLI cree que «donde existe una norma para la tutela de un interés, garantizándolo de modo *directo* frente a otros sujetos, existe un derecho subjetivo» (*Manuale di Diritto Amministrativo*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli 1952, pág. 44). En realidad, en todos los supuestos de reconocimiento por el ordenamiento de situaciones jurídicas protegidas aparece en mayor o en menor grado el interés general. ¿Cuál es si no la razón de la existencia del Derecho?

FORSTHOFF, «es seguir un falso camino el cargar el derecho público subjetivo con este lastre político-filosófico, ya que la historia del nacimiento de este concepto demuestra que distintas concepciones del mundo pueden informar una misma teoría y ponerla a su servicio (61). Esto es lo que nuestra Constitución ha hecho y la pretensión de la doctrina *ius* ambientalista de un gran número de países. El concepto de derecho subjetivo debe readaptarse a las exigencias de una sociedad moderna en la cual las relaciones jurídicas no se reducen a pretensiones interpersonales basadas en la propiedad agraria o urbana. Ni tampoco a relaciones bilaterales ciudadano-Administración. Los conflictos en la actualidad tienen una dimensión multilateral o plurisubjetiva. Lo cierto es que hoy por hoy el derecho subjetivo sigue siendo pilar de nuestro sistema jurídico («piedra angular de todo el edificio jurídico» en la feliz expresión de BEKKER) (art. 24 CE y 28 LJCA) (62), y es esta realidad la que nos obliga a realizar la indagación para esclarecer si el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado es un verdadero derecho subjetivo. En nuestra opinión existen tres razones o motivos que en nuestro ordenamiento jurídico imponen la configuración del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado como auténtico y verdadero derecho subjetivo.

(61) FORSTHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, Traducción de GARRIDO FALLA y GÓMEZ DE ORTEGA JUNGE, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1958, pág. 265. Las dificultades de la construcción del derecho al medio ambiente como derecho subjetivo han sido puestas de manifiesto entre nosotros por SERRANO MORENO, puesto que «la categoría de derecho subjetivo tiene como arquetipo los derechos de propiedad» y «esto es justo lo contrario a lo que necesitamos para proteger recursos naturales que en nuestro sistema de mercado son bienes comunes, de libre disposición, difusos y gratuitos», (*El derecho subjetivo al ambiente, cit.*, pág. 105). MARTÍN MATEO cree que esta adaptación es imposible porque «los derechos subjetivos, como la misma rúbrica indica, son derechos de cuño individualista y antrópico, mientras que el Derecho ambiental tiene un *substratum* intrínsecamente colectivo y naturista que pretende proteger al hombre desde luego, pero también al medio terráqueo en cuanto tal; de aquí los inconvenientes implicados conforme a los esquemas tradicionales» (*Tratado de Derecho Ambiental, cit.*, Vol. I, pág. 145). Quizá el punto de referencia de la construcción del derecho al medio ambiente como derecho subjetivo no debe de centrarse tanto en el modelo privatista sino en la construcción moderna de los derechos públicos subjetivos, pues como dijera JELLINEK «el interés individual reconocido predominantemente en interés común es el contenido del Derecho Público» (*Vid. apud* Antonio Esteban DRAKE, *op. cit.*, pág. 34).

(62) Idea que también LÓPEZ y LÓPEZ expresa como conclusión de su estudio del siguiente modo: «... no podemos obviar la constatación del declive del individualismo jurídico, por un lado, y que, por otro, aún no estamos en condiciones de prescindir (aunque por razones más que 'puramente' técnicas) de la lógica del sujeto como instrumento de análisis y explicación del ordenamiento que como legado histórico nos ha llegado desde la inauguración de la edad moderna hasta nuestros días» (*GENY, DUGUIT y el Derecho subjetivo: Evocación y nota sobre una polémica, cit.*, pág. 179).

Primera

La primera razón es la que nos ofrece la interpretación literal. Si el art. 45 CE utiliza la expresión «derecho», lo que reconoce es un derecho. Debe recordarse que el art. tercero del Código Civil establece en primer término como criterio hermenéutico la interpretación literal (textualmente dispone este precepto: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras...») (63). La utilización de términos distintos impone la atribución de consecuencias jurídicas distintas (64). Dicho esto podríamos recordar la máxima que ordena que *in claris non fit interpretatio*, y cerrar aquí el discurso. Pero ello, aparte de ser una actitud excesivamente cómoda, nos privaría de conocer otros argumentos. Lo que parece claro (al menos desde nuestro punto de vista) es que el que niegue que el derecho al medio ambiente sea un derecho (???) se ve sometido a una autentica *probatio diabolica*, ostentando la carga de demostrar que la Constitución consagra otra cosa. Sinceramente, creo que nadie hasta el momento ha realizado con éxito esa tarea. Otro dato a tener en cuenta es la jurisprudencia del Tribunal Supremo que viene afirmando que la situación jurídica de la persona respecto de su entorno es un derecho, y lo que es más importante extrayendo conclusiones concretas de dicha afirmación.

El T.S. ha afirmado que el derecho a un medio ambiente posee un contenido protegible. En la STS de 16 de abril de 1990, art. 3.650 (Sala 3.ª, sección quinta, Ponente GONZÁLEZ NAVARRO), relativa a un expediente de expropiación de urgencia y a un acuerdo de 4 de octubre de 1985 del Consejo Rector de la Agencia de Medio Ambiente que autorizaba la construcción de un vertedero de residuos sólidos urbanos en Cangas de Narcea (Asturias), el T.S. consideró de nuevo el art. 45 CE como «prisma interpretativo» del ordenamiento jurídico y al derecho al medio ambiente como un derecho no meramente retórico o programáti-

(63) Díez PICAZO y GULLÓN apuntan que el sentido literal no basta casi nunca como criterio interpretativo porque las palabras pueden tener distinto significado. Sin embargo, siguiendo a LARENZ, otorgan una importante finalidad a este criterio hermenéutico, porque «el sentido literal posible, es decir la totalidad de aquellos significados que pueden ser vinculados, según el lenguaje general a una expresión, marca el límite de la interpretación. Lo que no es compatible con el texto —es decir, lo que no es compatible con el sentido literal posible— no participa de la autoridad de lo ordenado por el legislador» (*Sistema de Derecho Civil*, Volumen I, séptima edición Ed. Tecnos, Madrid 1990, pág. 188).

(64) En esta línea CABAÑAS GARCÍA cree que deben interpretarse «adecuadamente el conjunto de normas que integran el capítulo tercero del Título I CE» y, por tanto, reconocer «que la fuerza jurídica que emana de ellas no es la misma en todos los casos; que la técnica legislativa es distinta, y que de ello depende la generación de un simple compromiso, o de un mandato imperativo para los poderes públicos», *La tutela judicial efectiva del derecho a la salud*, cit., págs. 5.414-5.415.

co. A la hora de interpretar la noción de «industria fabril» que emplea el art. 4 del R.A.M.I.N.P. de 30 de noviembre de 1961 el T.S. afirmó que:

«cualquier interpretación que se haga del citado precepto debe ser analizada desde la perspectiva del art. 45 de la Constitución, que, como ha tenido la ocasión de decir en más de una ocasión este Tribunal, no es una norma programática ni un pío deseo cuya eficacia deba quedar al albur de las convicciones ecologistas o no de los titulares de los poderes públicos. Esto quiere decir que ese «derecho a disfrutar un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona» tiene un contenido protegible y por eso los poderes públicos tienen el deber de velar («velarán» dice el número 2 de este artículo) por su efectivo ejercicio, a cuyo efecto deben «proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente».

Por otro lado en STS de 7 de noviembre de 1990, art. 8.750 (Sala 3.ª, sección quinta, Ponente GONZÁLEZ NAVARRO), el T.S. ha considerado que el derecho a un medio ambiente adecuado implica el derecho a un medio ambiente acústicamente no contaminado. En el Fundamento de Derecho tercero el T.S. afirmó:

«La Administración ha concedido lo que se le pedía —licencia de apertura de un pub— pero con los condicionamientos legales aplicables al caso, condicionamientos consistentes en no sobrepasar un determinado número de decibelios a fin de hacer compatible los derechos legítimos del recurrente con los no menos legítimos de los vecinos. Con la particularidad de que el de éstos a gozar de un medio ambiente adecuado es un derecho constitucional por cuyo respeto han de velar —y a ello les conmina la Constitución— los poderes públicos (art. 45). Es claro, por tanto que el recurrente tenía que saber que si su local es al aire libre en casi su totalidad no podía pretender que ese derecho al medio ambiente adecuado —que implica, entre otras cosas, medio ambiente acústicamente no contaminado— deba verse abatido en su beneficio. Los vecinos tienen derecho al descanso y a la salud, y uno y otro se ven gravemente conculcados si no se respeta la moderación en la música ambiental. En este problema del respeto por el medio ambiente —en cualquiera de sus manifestaciones, la música entre ellas— los Ayuntamientos y, en general, todos los poderes públicos —por tanto también los Tribunales— tienen que mostrarse particularmente rigurosos. Y este Tribunal Supremo, con machacona insistencia, así lo viene recordando con apoyo precisamente en el artículo 45 de la Constitución. Y obviamente, esto no es una moda jurisprudencial más o menos pasajera, porque ante preceptos constitucionales tan claros como el citado, no hay opción distinta a la aquí postulada».

Del mismo modo el T.S. ha afirmado el valor preeminente del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado y sus relaciones con

el derecho a la salud tanto en el Auto de 11 de mayo de 1989, art. 3.687 (Sala 3.ª, sección primera, Ponente GONZÁLEZ NAVARRO), dictado en asunto relativo a la suspensión de unas licencias de obra, apertura y funcionamiento de una discoteca en la ciudad de Betanzos. Dice así este Auto en su Fundamento de Derecho cuarto:

«El derecho a un medio ambiente adecuado cobra en nuestros días un valor preeminente, como lo prueba la reciente Ley de 27 de marzo de conservación de espacios naturales y de la flora y fauna silvestres, donde se establece la prevalencia de la planificación ambiental sobre cualesquiera otra territorial o física».

Segunda

Ya hemos visto como PÉREZ LUÑO acudía al art. 10.2 CE como elemento de «prueba». Cita PÉREZ LUÑO el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la O.N.U. que reconoce el derecho «a un nivel de vida adecuado... y a una mejora continua de las condiciones de existencia y el art. 12.2 b) de este mismo pacto que reconoce el derecho de toda persona «al mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente».

Además de estos preceptos aportados por PÉREZ LUÑO creo que cabe acudir para reforzar esta argumentación al Principio primero de la Declaración de Estocolmo («El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, a la igualdad y al disfrute de las condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras») (65) y al Principio primero de la Declaración de Río («Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. *Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armo-*

(65) Señala KROMAREK, cómo después de la Conferencia de Estocolmo, la formulación de un derecho del hombre al medio ambiente no ha sido alcanzado en el nivel internacional, «pero las recomendaciones, declaraciones, programas y resoluciones de las organizaciones internacionales especializadas, como las de la Organización Mundial de la Salud, la Organización Internacional del Trabajo, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, la Unesco, las resoluciones de la primera y tercera Conferencia parlamentaria internacional sobre el medio ambiente y por último el Acta final de la Conferencia sobre la seguridad y la cooperación en Europa, reunida en Helsinki en 1975, atribuyen o hacen referencia al carácter fundamental de un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado para la vida la salud y el bienestar del hombre» (*Quel droit à l'environnement? Historique et développements* en el volumen colectivo *Environnement et droits de l'homme*, UNESCO, Paris 1987, pág. 118).

nía con la naturaleza»). Por cierto, esta última Declaración fue aprobada por ciento sesenta países, entre ellos España, por aclamación siendo firmada por los Jefes de Estado y de Gobierno presentes en la cumbre el 14 de junio. Además de estas declaraciones existentes es previsible que en un futuro próximo el derecho a un medio ambiente adecuado se integre en la Convención Europea de Derechos humanos (66).

A este razonamiento cabría oponer objeciones de peso (67). La primera es si las Declaraciones de Estocolmo y de Río se incluyen en el art. 10 CE, pues éste limita el mandato a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Ciertamente las Declaraciones de Estocolmo y de Río no son propiamente un Tratado o un acuerdo. Pero la Declaración Universal tampoco, pues como todos sabemos fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Y, como ha afirmado MAKAREWICZ, Declaraciones como la de Estocolmo o la de Río «constituyen una interpretación generalmente aceptada de la noción de derecho del hombre que figura dentro de la Carta de las Naciones Unidas» (68). En tal sentido es indudable que son elementos interpretativos integrantes del bloque señalado por el art. 10 CE (69).

(66) En este sentido ALONSO GARCÍA pone de manifiesto la línea previsible de actuación de la UNESCO y el Consejo de Europa, que han dedicado «un gran esfuerzo para conseguir racionalizar lo que podría ser un futuro derecho a un medio ambiente adecuado sobre la base de no configurar el derecho como sustantivo (derecho a un medio ambiente adecuado), sino como un derecho de participación en las cuestiones relacionadas con el medio ambiente, mediante la concepción del medio ambiente como un valor constitucional o interés no monopolizable, como función pública por el Estado» (*La participación de individuos en la toma de decisiones relativas al medio ambiente en España. Aspectos constitucionales*, «R.E.D.A.», núm. 61 enero-marzo 1989, pág. 49).

(67) No todas las valoraciones de estos textos son acordes con la nuestra (claro que tampoco esos intérpretes cuentan con unos arts. 10 y 45 CE. Así MANTINI afirma, no sin cierta contradicción, que a la luz de los principios emergentes del ordenamiento jurídico supranacional debe reconocerse la subsistencia de un umbral imprescindible de garantía jurídica de la relación entre cualquier individuo y el ambiente natural, como pretensión jurídicamente protegida a una correcta gestión de los recursos naturales, en las formas oportunamente dispuestas por los específicos ordenamientos nacionales, «el defecto o la carencia de tal tutela *resultaría por tanto constitucionalmente ilegítima y contraria a los principios del Derecho internacional*», «cosa distinta y no necesariamente coincidente, en el ordenamiento de Derecho administrativo, con el reconocimiento de posiciones de derecho subjetivo, pudiendo coexistir formas diferenciadas de tutela (públicas, colectivas además de individuales) (*Associazioni ecologiste e tutela giurisdizionale dell'ambiente. Aspetti e problemi*, cit., págs. 32-33).

(68) MAKAREWICZ, *La protection internationale du droit à l'environnement*, Environnement et droits de l'homme, UNESCO, Paris 1987, pág. 81.

(69) Esta es también la opinión de RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, quien comentando el

La segunda objeción radicaría en la fuerza vinculante de las Declaraciones de Estocolmo y Río. Estas Declaraciones no tienen de por sí fuerza obligatoria. Pero como recuerda la doctrina internacionalista, estas declaraciones no dejan de tener por ello valor jurídico (70). Además, su valor interpretativo ex art. 10 CE deriva de una Declaración Universal que ostenta un rango «análogo».

Tercera

El artículo 53.3 CE es un argumento poderoso para defender la naturaleza de verdadero derecho subjetivo del derecho consagrado en el art. 45. La correcta exégesis del precepto debe en nuestra opinión ser la siguiente:

El art. 53.3 CE contiene dos mandatos claramente diferenciados. En efecto, el art. 53.3 CE, en primer término, ordena que «el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el

apartado segundo del art. 10 CE afirma: «el cauce mucho más flexible del art. 10.2, conecta nuestro ordenamiento jurídico con una serie de *Recomendaciones y Declaraciones aprobadas* por la Asamblea de las Naciones Unidas, que no tienen fuerza jurídica de Tratados pero que 'positivizan' valores, principios y exigencias normativas de amplio alcance, precisamente en materia de derechos y libertades fundamentales» ... «Los órganos judiciales y, muy principalmente el Tribunal Constitucional, podrán encontrar en ellos —aunque no sea Tratados internacionales ratificados y publicados en España, es decir, estrictamente integrados en nuestro ordenamiento jurídico— fértiles directrices para una más expansiva, y por ahí más humana, interpretación de las normas reguladoras de los derechos fundamentales» (*Comentario al art. 10 CE, Comentarios a las Leyes Políticas, Constitución Española de 1978*, Tomo II, dirigidos por ALZAGA VILLAAMIL, págs. 135-136).

(70) Como dice RODRÍGUEZ CARRIÓN este tipo de Declaraciones, «que formalmente se caracterizan por su misma denominación, *declaración*, y además por que con frecuencia se adoptan por un procedimiento diferenciado: en vez de recurrirse a un voto cuantificado, se adoptan por consenso, sin votación, aunque reservándose los Estados la posibilidad de votos particulares que maticen la interpretación de ciertos pasajes de las mismas», por lo que «Todo ello les rodea de un aura de *autoritas* cuyo valor resulta indiscutible...» (*Leciones de Derecho Internacional Público*, Ed. Tecnos Madrid, segunda edición, Madrid 1990, pág. 224). Por otro lado, una Declaración puede dar lugar a una costumbre que como es sabido si es fuente del Derecho Internacional (art. 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia). Sobre el valor jurídico de las Declaraciones y Recomendaciones (de la Asamblea General, pero con conclusiones plenamente trasladables a Declaraciones como la Río o Estocolmo) véase a CARRILLO SALCEDO, *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, segunda edición, Ed. Tecnos, Madrid 1976, págs. 370-385. A conclusiones parecidas ha llegado FERNÁNDEZ DE CASADEVENTE al estudiar el problema del valor jurídico referido específicamente a las declaraciones en el Derecho Internacional ambiental (*vid. La protección del medio ambiente en el Derecho Internacional, Derecho Comunitario Europeo y Derecho Español*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria 1991, págs. 103-118).

capítulo tercero», *informe* «la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos» (71).

En segundo lugar, el art. 53.3 CE establece que «sólo podrán ser

(71) Dos son las consecuencias fundamentales que se desprenden desde este primer mandato: el art 45 CE como principio rector, informa el ordenamiento jurídico (art. 53.3 párrafo primero). Así, el T.C. en la STC 19/1982 de 5 de mayo (Sala 2.ª, Ponente TRUYOL SERRA) (B.O.E. núm. 118 de 18 de mayo, *Jurisprudencia Constitucional*, Tomo III, págs. 246-256), dictada en el recurso de amparo núm. 398/1981 contra sentencia de 7 de noviembre de 1981 del Tribunal Central de Trabajo que negaba a la recurrente la compatibilidad de las pensiones de vejez y viudedad, estimó en el Fundamento Jurídico sexto la aplicabilidad al caso del conjunto de los principios rectores de la política social y económica del capítulo II del Título primero y afirmó en su Fundamento Jurídico primero que el artículo 53.3 CE «impide considerar a tales principios como normas sin contenido y que obliga a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las Leyes». Como dice la STC 15/1989 de 26 de enero de 1989 (Pleno, Ponente DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN) (B.O.E. núm. 43 de 20 de febrero de 1989) en su Fundamento Jurídico segundo, el art. 45 CE (refiriéndose la STC al art. 51 CE) es un principio general informador del ordenamiento jurídico.

También en el Tribunal Supremo se ha afirmado con fuerza el carácter de principio informador del art. 45 CE. En la STS de 11 de julio de 1987, Ar 6.977 (Sala 4.ª, Ponente DELGADO BARRIO), el T.S. de estudiaba la impugnación por Luis B.P. y otros del Plan General de Ordenación de Sant Celoni. Este Plan otorgaba una gran importancia cualitativa y cuantitativa al suelo no urbanizable. Los propietarios recurrentes estimaban que ello suponía una infracción de las leyes reguladoras de los espacios protegidos (que exigiría la declaración por ley de Reserva Integral así como una privación singular indemnizable. Tanto la Sala primera de la Audiencia Territorial de Barcelona como el T.S. rechazaron las pretensiones de los recurrentes. El T. S. consideró que el citado Plan había entendido que «el Montnegre» demandaba una protección especial, lo cual, dentro de la discrecionalidad que hay reconocer la Administración y del espíritu constitucional de protección de la naturaleza no había reputarse como protección exagerada. Uno de los argumentos que utilizó el T.S. en el Fundamento de Derecho tercero de esta sentencia fue el artículo 45 CE. Nuestro T.S. afirmó:

«Por otra parte, será de recordar que la intensa industrialización de la sociedad moderna ha originado un proceso de degradación de la naturaleza frente al que se viene reaccionando actualmente. Justamente por ello la Constitución proclama el derecho a disfrutar un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, encomendando a los poderes públicos la defensa y restauración de aquél —art. 45—. Se subraya especialmente la existencia de este precepto constitucional —ninguno debe ser mera retórica— para advertir que, *al integrar un principio rector de la política social y económica, ha de informar «la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos», como destaca el art. 53.3 de la misma Constitución*, siendo desde luego de tener en cuenta a la hora de interpretar conforme a la Constitución todo el ordenamiento jurídico —art. 5.º,1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial—»

En realidad este Fundamento de Derecho es copia casi literal del fundamento de Derecho segundo de las STS de 2 de febrero de 1987, Ar. 2.043 (sala 4.ª, siendo también Ponente DELGADO BARRIO), dictada en el recurso interpuesto por la «Asociación de Propietarios para la Defensa de la Institución de la Propiedad Privada en Cataluña y del Fomento Forestal del Macizo de Sant Llorenç» con ocasión de la revisión del Plan Especial del Par-

alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen». La posible alegación del derecho al medio ambiente, que el 53.3 CE no veda (GARRIDO FALLA, PÉREZ LUÑO, GARCÍA DE ENTERRÍA) no se limita a su carácter informador, como ocurría en el caso de los preceptos que no reconocen derechos dentro del mismo capítulo (los restantes preceptos, salvo el 43, 45 y 47).

Creo que esta distinción entre preceptos del capítulo III que consagran derechos-preceptos del mismo capítulo que consagran exclusivamente sólo principios es la clave para entender el ATC núm. 242/1985 de 17 de abril de 1985 (Sala primera, sección segunda) (72), en el cual el T.C. ha declarado, en su Fundamento Jurídico primero, que el art. 39 CE «no enuncia ningún tipo de derecho subjetivo sino un deber de los poderes públicos o una garantía colocada bajo la tutela de éstos». El art. 39.1 CE («Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia») ciertamente no enuncia un derecho subjetivo, a diferencia del art. 45.1 CE («todos tienen el derecho...»). Además, del art. 53.3 se desprende que un principio rector sin desarrollo es un principio (eficacia mediata). Como se ve, el ATC 242/85 no niega en absoluto ni que el art. 45 sea un supuesto distinto, ni que producido su desarrollo legislativo se convierta en verdadero derecho subjetivo. Lo único que afirma este auto, y con toda la razón del mundo, es que los principios rectores no consagran derechos subjetivos de modo inmediato.

Cabe una ulterior matización. Incluso el desarrollo del art. 39 CE puede generar un derecho subjetivo. Si el Parlamento promulga una Ley estableciendo el derecho a la asistencia social (de familias de rentas que no alcancen el salario mínimo) es obvio que los sujetos afectados serán titulares de un derecho a la percepción *ex lege* ¿cuál es entonces la diferencia entre el art. 39.1 CE y el art. 45.1 CE? Pues una de importancia. La utilización del término derecho en el art. 45 convierte de modo general al «bloque de la legalidad ambiental» en el contenido del derecho enunciado por este precepto constitucional.

En nuestra concepción, el apartado segundo consagra un auténtico derecho subjetivo de forma mediata. El derecho al medio ambiente se puede alegar en la medida y con el alcance en que lo dispongan las le-

que Sant Llorenç de Munt-Serra de L'Obach.

En segundo lugar el art. 45 como principio rector vincula al legislador. Así lo ha declarado el T.C. en el Fundamento Jurídico núm. 13 de la STC 71/1982 de 30 de noviembre (B.O.E. núm. 312, de 29 de diciembre de 1982), antes citada, respecto del art. 51.1 y 3 CE.

(72) *Jurisprudencia Constitucional*, Tomo XI, págs. 1.701-1.704.

yes que lo desarrollen. Y no podría ser de otro modo. La protección del medio ambiente directa o indirectamente se basa en estándares de calidad ambiental. El medio ambiente no es intangible, es por naturaleza un bien jurídico sometido a fruición siendo necesaria la determinación de lo posible.

La única objeción que cabe es entender que la posible alegación queda relegada a lo que dispongan las leyes. Esto es, a que permitan las normas de desarrollo del art. 45 CE la acción popular, informaciones públicas, peticiones, denuncias, etc. y desechar la idea que el desarrollo legal determina el contenido o amplitud del derecho alegable. Pero como ha señalado acertadamente la voz autorizada de LÓPEZ MENUDO, la expresión «de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen» debe considerarse referida más al contenido sustantivo y no a los requisitos de legitimación. Pero no sólo la doctrina es de esta opinión. Nuestro Tribunal Supremo se ha pronunciado a favor de esta interpretación en la sentencia de 6 de julio de 1983, Ar. 4.018 (Sala 4.ª, Ponente SÁNCHEZ ANDRADE Y SAL). En esta sentencia el T.S. confirmó la sentencia apelada dictada por la Audiencia territorial de las Palmas en un asunto relativo a las normas de Ordenación Complementarias y subsidiarias de Planeamiento del Ayuntamiento de la Oliva (Fuerteventura), siendo recurrente el Cabildo Insular de Fuerteventura. La Audiencia se pronunció de forma negativa con respecto a la pretensión de otorgar la clasificación de suelo no urbanizable a las dunas de Corralejo y declaró:

«El artículo 45 de la Constitución, invocado por el actor, que exige a los poderes públicos defender y restaurar el medio ambiente, sólo puede ser alegado ante esta jurisdicción de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollan (artículo 53 del texto constitucional), y hoy por hoy, el desarrollo legislativo del derecho al medio ambiente no permite la estimación en sede jurisdiccional de esta última pretensión del Cabildo Insular de Fuerteventura».

El pronunciamiento que acabamos de ver no es aislado. El Tribunal Supremo se ha pronunciado en idéntico sentido en la STS de 15 de abril de 1988, Ar 3.074 (Sala 4.ª, Ponente MARTÍN MARTÍN). El T.S. resolvió el recurso promovido por Jose Luis A.G. y otros contra el acuerdo de aprobación definitiva de las Normas Subsidiarias de Ordenación Urbana del término municipal de Cánar (Granada). En este caso no se plantearon dudas sobre la legitimación de los recurrentes en base al reconocimiento de acción pública por el art. 235 de la Ley del Suelo. El derecho a un medio ambiente adecuado fue alegado por los recurrentes al objeto de impedir los efectos a su entender nocivos que comportaba la aprobación definitiva de las Normas Subsidiarias de Ordenación

Urbana (73). El T.S., respecto a esta alegación, afirmó en el fundamento de derecho sexto:

«Las objeciones de fondo vienen referidas a la vulneración por las Normas aprobadas del principio constitucional de disfrute del Medio Ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo (art. 45.1 de la C.E.) y aunque el N.º 2 del citado artículo preceptúa que los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el Medio Ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva; no obstante y a pesar de que deben tales principios informar la práctica judicial *es indudable que su ejercicio ante los tribunales ha de adecuarse a lo que dispongan las leyes que lo desarrollen (art. 53.3 de la C.E.). Y por ello a pesar de la importancia y respeto que la Sala merecen los argumentos contrarios expuestos en razón del medio ambiente, protección global de Sierra Nevada, necesidad en todo caso de un desarrollo equilibrado etc. no se han aducido en el expediente y en el proceso razones jurídicas que permitieren por razones materiales de fondo la estimación del recurso».*

La concepción piramidal del Derecho ambiental como desarrollo y contenido del derecho consagrado en el art. 45 CE es también acogida en la STS de 30 de abril de 1990, Ar 5.620 (Sala 3.ª, sección quinta, Ponente GONZÁLEZ NAVARRO). En esta sentencia se examinaba la impugnación instada por Amalia E.C. del acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Solsona de 7 de octubre de 1986 por el que se otorgaron licencias para la construcción de unas pistas forestales en la finca Mascaró sita en dicho término municipal. La Audiencia Territorial de Barcelona en S. de 20 de octubre de 1988 desestimó inte-

(73) Respecto a esta alegación la Audiencia Territorial de Sevilla en el Considerando Quinto de la Sentencia de 21 de mayo de 1985 sostuvo:

«Que el principio de disfrute de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo, defenderlo y restaurarlo, así como el de protección y mejora de vida, consagrados en el artículo 45 de la Constitución 'sólo podrá ser alegado ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen' según el art. 53.3 de dicha Norma; desarrollo legislativo que aún no ha tenido lugar; sin embargo, el acuerdo originario, en defensa de dichos principios, suspendió la aprobación definitiva respecto de la zona urbanizable de Mataloscuras, considerándola como no urbanizable hasta que se acreditara que el bosque de robles y castaños de la zona no sería afectado por la calificación de urbanizable; frente a estas ponderadas consideraciones los recurrentes se han limitado a hacer alegaciones genéricas y sin demostración, pues los informes emitidos por la Asociación de Licenciados en Ciencias Biológicas y por el Departamento de Botánica de la Facultad de Ciencias de Granada no acreditan un concreto perjuicio, siendo los que se indican meramente genéricos e hipotéticos, lo que impide denegar la aprobación de las Normas debatidas por razones ecológicas y de medio ambiente».

gramente el recurso contencioso administrativo. Promovida apelación el T.S. revocó la Sentencia dictada por la A.T. de Barcelona. En el Fundamento de Derecho sexto de la sentencia el T.S. afirmó:

«Es claro que los poderes públicos intervinientes —en el caso, el Ayuntamiento de Solsona— quedaban vinculados por el art. 45 de la Constitución, del que la citada Ley Catalana y las normas subsidiarias son concreción o desarrollo y esto supone —puesto que tiene el deber de velar por la utilización racional de todos los recursos naturales— que el Ayuntamiento no puede limitarse a dictar unas primordias normas subsidiarias y a calificar determinado suelo como de protección especial por su valor ecológico y paisajístico, sino que ha de cuidar de no dar licencias en esas zonas sin agotar todos los medios necesarios para comprobar que esos valores quedan protegidos».

No sin cierta razón los intérpretes minusvaloraron la verdadera caja de Pandora que encierra el apartado segundo del art. 53.3 CE. De estar presentes en el proceso constituyente BONNARD o GASCÓN Y MARÍN no hubieran redactado de forma distinta el art. 53.3 CE. Aprobada la Constitución el número de leyes ambientales era ciertamente más escaso, disperso y estrictamente ambiental que en la actualidad (aun así existía ya campo de alegación). Pero la situación ha mejorado ostensiblemente. Sólo en términos de legislación estatal, a la Ley de protección del medio ambiente atmosférico, el Reglamento de actividades molestas, nocivas, insalubres y peligrosas, la Ley del Suelo, etc., hoy se añaden nuevas normas como el RDL sobre Evaluación de impacto ambiental, la Ley 4/189 de 27 marzo de Conservación o la «reforma» ambiental de las Leyes de Aguas y de Costas, el delito ecológico, etc. Frente a la inmediatez de los derechos fundamentales de protección reforzada, el derecho al medio ambiente quedaba en manos, hasta cierto punto, del legislador. Completada hoy con dignidad esa tarea de desarrollo por el legislador Comunitario, Estatal y autonómico, la posible minusvaloración queda en gran parte reducida, y eliminada por lo que refiere a la posibilidad de alegación. Un botón de muestra es la STS de 6 de julio de 1983. Si entonces la apreciación de no existir normación adecuada en desarrollo del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado a nuestro juicio era ya al menos discutible (74), hoy el fallo habría de ser forzosamente distinto dada la previsión de la Ley 4/1989 de 27 de mar-

(74) Porque la declaración como espacio protegido tanto en la anterior Ley de 15/1975 de 2 de mayo como en la 4/1989 de 27 de marzo es un acto discrecional controlable por los tribunales y provocable a través de la técnica del silencio administrativo. Basta una petición fundada en Derecho (de este régimen quedan excluidos los supuestos de declaración por Ley, aunque cabría siempre ejercer, al menos como intento, la iniciativa legislativa).

zo en su art. 24 sobre los espacios naturales sometidos a régimen de protección preventiva (75).

El art 45 CE (en conexión con los arts. 24 y 53.3) ha consagrado un derecho subjetivo mediato. La delimitación del exacto contenido de tal derecho ha sido ya en gran parte realizada por obra del legislador (comunitario, estatal, autonómico). Si un derecho público subjetivo es, como decía FORSTHOFF, «la función de protección de una posición jurídica garantizada al individuo por una norma o un negocio jurídico» o «la facultad de poder exigir del Estado u otro órgano de la Administración una acción u omisión concretas correspondientes a esta posición» (76), esto es exactamente lo que han consagrado los arts. 24,45 y 53.3 CE. De un lado, como «posición jurídica garantizada» o como «interés jurídicamente protegido» se ha colocado la relación de disfrute sobre un bien jurídico colectivo (todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado al desarrollo de la persona). De otro, se ha otorgado «una facultad de poder exigir del Estado u otro órgano de la Administración una acción u omisión concretas correspondientes a esta posición» o «un apoderamiento para la actuación en su defensa», pues el art. 53.3 CE faculta a los titulares para su alegación ante los tribunales ordinarios en la medida en que tal derecho haya sido delimitado por las leyes. Estos dos elementos perfectamente definidos son los componentes de un verdadero derecho subjetivo. La consecuencia es clara: como de-

(75) Este artículo dispone: «Cuando de las informaciones obtenidas por la Administración competente se dedujera la existencia de una zona bien conservada, amenazada por un factor de perturbación que potencialmente pudiera alterar tal estado, o cuando iniciada la tramitación de un Plan de Ordenación de los Recursos Naturales, de la definición y diagnósticos previstos en el art. 4.4.b), se dedujera la misma circunstancia, se establecerá un régimen de protección consistente en:

a) La obligación de los titulares de los terrenos de facilitar información y acceso a los representantes de la Administración, con el fin de verificar la existencia de factores de perturbación.

b) En el caso de confirmarse la presencia de factores de perturbación en la zona que amenacen potencialmente su estado:

1. Se iniciará de inmediato el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de no estar ya iniciado.

2. Sin perjuicio de la adopción de las medidas previstas en el art. 7 de la presente Ley, se aplicarán, en su caso, algunos de los regímenes de protección previstos en el presente título, previo cumplimiento del trámite de audiencia a los interesados, información pública y consulta de las Administraciones afectadas».

Como fácilmente puede observarse hoy se tutelan los bienes ambientales antes de su declaración. Se ha imitado lo dispuesto por la Ley del Patrimonio Histórico de 25 de junio de 1985 en su art. 25 o su art. 37.2. Esto es, lo que con indudable acierto, en sede de patrimonio histórico denomina BARRERO RODRÍGUEZ la protección de valor cultural «espectante» o «presunto» (*La Ordenación Jurídica del Patrimonio Histórico*, Ed. Civitas, 1990, págs. 611-615).

(76) *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., pág. 266.

recho subjetivo el derecho al medio ambiente es susceptible de tutela efectiva (art. 24 CE) (77) y es título legitimador (78) frente a la Admi-

(77) Como ha dicho MATEU-ROS CEREZO, el art. 24.1.CE «reconoce no tanto el derecho procesal de acción —reconocimiento que sería innecesario por razones obvias—, sino el derecho a que, en el marco del ordenamiento jurídico sustantivo y procesal, todo titular de derechos subjetivos e intereses legítimos pueda deducir ante el juez competente las pretensiones procesales oportunas para la defensa y protección de las situaciones jurídico-subjetivas respectivas frente a cualquier acto que constituya una vulneración de las mismas» (*El derecho a la tutela judicial efectiva y el requisito de la legitimación*, «R.A.P.» núm. 98, mayo-agosto, 1982, pág. 84).

(78) Esta consecuencia, sin bien no en el supuesto más idóneo, dada la presencia de daños personales ha sido afirmada por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en la STS de 25 de abril de 1989, Ar. 3.233 (Sala 3.ª, Ponente GONZÁLEZ NAVARRO) que tuvimos la ocasión de examinar. Recordemos que la sentencia dictada por la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, de 24 de diciembre de 1987, había declarado inadmisibles el recurso por falta de legitimación. El Tribunal Supremo rectificó el criterio mantenido por la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca revocándola en este punto en base a dos argumentaciones: En primer término, en el Fundamento de Derecho segundo, en función de los artículos 24 y 106 CE pues

«... el principio de tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de la Constitución y el del control pleno de la actuación administrativa que establece el 106 de la misma Constitución, examinados desde el principio directriz o matriz teórica que late —esto es, se esconde— bajo la proclamación por el artículo 1.º de la Constitución como valores superiores de la justicia y de la libertad, impone a los Tribunales una flexibilización de los antiguos criterios rigoristas en materia de requisitos habilitantes para el acceso a los Tribunales. Porque al decir que estos valores inspiran nuestro ordenamiento se está proclamando también el principio de interdicción de cualquier interpretación *contra cives*. Y esto supone, por lo pronto, que la distinción entre derechos e intereses legítimos que aparece en el citado artículo 24 no hay que verla como la expresión de dos conceptos diferentes o contrapuestos, de mayor robustez o densidad el primero, debilitado o de menor solidez el segundo. Antes al contrario, esa distinción hay que verla como expresión del propósito de ampliar la esfera de protección del ciudadano, a fin de que reciban también tutela judicial aquellas situaciones jurídicas que se hallan en los contornos, imprecisos por naturaleza, de las facultades subjetivas.»

El segundo de los argumentos manejados en el Fundamento de Derecho tercero por el T.S. para defender la existencia de legitimación es el derecho a un medio ambiente adecuado. Según el T.S.

«Como el artículo 45 de la Constitución reconoce a 'todos' el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, estableciendo, además, el deber de los poderes públicos de proteger, defender y restaurar el medio ambiente, negar la legitimación de don Gabriel P. S. es negar lo evidente. Y este Tribunal considera oportuno recordar una vez más —como ya hizo en Sentencia de 9 de mayo de 1986 (R. 4.396)— que los preceptos contenidos en el capítulo tercero del Título I de la Constitución, pese a girar bajo la rúbrica de 'principios rectores de la política social y económica', no constituyen meras normas programáticas que limiten 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. Por todo ello, es claro que el recurrente tiene legitimación sobrada para acceder a los Tribunales de justicia a plantear la cuestión aquí debatida.»

nistración pública (art. 28 LJCA) (79). Sin la presencia del art. 53.3 CE que faculta a la alegación de este derecho (y obviamente cuando se permite su alegación no sólo para que el juzgador lo tome en cuenta como principio, pues esto ya lo prevé el párrafo primero del art. 53.3 CE) sería posible la construcción del derecho al medio ambiente como un derecho subjetivo reaccional o impugnatorio (BACHOFF, GARCÍA DE ENTERRÍA). Pero esto, a la vista del apoderamiento concreto del 53.3 CE, no es necesario. El derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado es por eso, con el contenido y alcance que determine el legislador, un derecho subjetivo «en primera línea».

(79) Obsérvese que la presencia de ambos elementos impide considerar que estamos meramente ante lo que la doctrina alemana ha denominado «el reflejo del derecho objetivo» o «derechos reflejos». En el conocido ejemplo de FORSTHOFF, éste considera derecho reflejo el generado por la violación del principio de que la policía sólo puede intervenir para mantener el orden y la seguridad pública. Veamos este ejemplo: según FORSTHOFF, si con violación de este principio se dicta una disposición que obliga al destinatario a derribar un edificio que no contradice ordenanza alguna de policía, pero que altera el estilo de la ciudad, se obra antijurídicamente, en perjuicio del destinatario pero no se viola ningún derecho público subjetivo propio. Si el destinatario se defiende y recurre, hará valer lícitamente la exigencia de que la Ley general, concretamente, la Ley de Policía, sea correctamente aplicada en este caso. El sujeto «podrá invocar su pretensión a la ejecución de la Ley, pero no una posición jurídica garantizada, sin la que no puede darse ningún derecho público subjetivo», «su defensa ante la intervención policial constituye un proceder jurídico que es reflejo de una situación normativa general». Pero «si el afectado interpone un recurso, como medio jurídico garantizado, hará uso de una posición jurídica garantizada. Si la norma policial asegura el recurso, confiere al afectado por la medida un derecho subjetivo». Por esta razón afirma FORSTHOFF que «sólo puede admitirse la existencia de un derecho público subjetivo, que implica una exigencia ejecutiva frente a la Administración, cuando se garantiza un medio jurídico que tiene por misión ayudar a conducir a término esta exigencia» (*Tratado de Derecho Administrativo, cit.*, págs. 267-268). CASTÁN TOBEÑAS es consciente de esta distinción: la protección por las normas y el derecho subjetivo no son cosas idénticas. Como dice ENNECERUS «el que está protegido por las normas no está investido de un derecho por esto sólo». Para CASTÁN «se da el derecho subjetivo cuando el precepto jurídico, o, en otros términos, la coercibilidad de una norma establecida en favor de alguien, se deja a la iniciativa y libre disposición de él» (*El concepto de derecho subjetivo, cit.*, pág. 124).

Varios datos impiden considerar que en nuestro caso estemos ante «derecho reflejo». En el caso del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado existe un declaración constitucional expresa dirigida a su reconocimiento (art. 45 CE). En segundo término a esta declaración, sigue una norma constitucional que garantiza esta posición al establecer la posibilidad de alegación (art. 53.3 CE).

B) *Naturaleza y caracteres del derecho a un medio ambiente adecuado.*

1. Es un derecho fundamental. La protección refleja del derecho al medio ambiente a través del recurso de amparo.

En la doctrina el derecho al medio ambiente ha sido considerado como un derecho de la personalidad, como un derecho humano y como un derecho fundamental. Concretamente POSTIGLIONE, CAMERIERI, PATTI, GIAMPIETRO, ALBAMONTE, entre otros, creen que el derecho al medio es un derecho de la personalidad. Quizá la defensa más encendida de la cualificación del derecho al medio ambiente como derecho de la personalidad ha sido hecha por POSTIGLIONE (80). A nuestro juicio esta construcción choca con obstáculos insalvables (81). Los caracteres (82) de los derechos de la personalidad no se hallan presentes de forma absoluta en el derecho al medio ambiente. Los derechos de la personalidad tienen por objeto aspectos de la persona humana (el medio ambiente está en relación con ésta, con el derecho a la vida, pero es un bien jurídico distinto). Los derechos de la personalidad son intransmisibles a los herederos (uno de los principios constitucionales o fundacionales del

(80) *Il Diritto all'ambiente, cit.*, especialmente págs. 7-34 (con anterioridad dicha cualificación ha sido defendida por PATTI, GIAMPIETRO y ALBAMONTE). También CAMERIERI cree que en el ordenamiento italiano existe un derecho al ambiente *ex art. 9.3 y 32.1* de la Constitución, configurable como un derecho de la personalidad *ex art. 2* (*Tutela individuale dell'ambiente e diritto alla salute*, en «Responsabilità civile e previdenza», vol. XLVI 1981, págs. 654-658).

(81) Desde una perspectiva civilística hemos visto como MORENO TRUJILLO ha negado que el derecho a un medio ambiente adecuado sea un derecho subjetivo. También MORENO TRUJILLO niega que el derecho a un medio ambiente sea un derecho de la personalidad en función de su dimensión colectiva «por lo que probablemente no pueda construirse como derecho de la personalidad, salvo en cuanto coincida con el contenido del derecho a la salud» (*La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, Bosch editor, Barcelona 1991, págs. 106-107). En la doctrina italiana MANTINI cree que la teoría del derecho subjetivo al ambiente entendido como derecho autónomo adscribible en la categoría de los derechos de la personalidad y directamente accionable ante la jurisdicción ordinaria encuentra obstáculos insalvables en el terreno del derecho positivo «el cual se opone de modo inequívoco, en especial después de la Ley 349/1986, a una concepción individualista de la tutela prefiriendo una configuración de la naturaleza de la lesión del ambiente en una óptica publicista, a mitad de camino del daño colectivo y el daño público» (*Associazioni ecologiste e tutela giurisdizionale dell'ambiente. Aspetti e problemi*, en *Associazioni ecologiste e tutela giurisdizionale dell'ambiente*, a cura di Nicola ASSINI y Pierluigi MANTINI, Maggioli Editore Rimini 1990, pág. 22).

(82) DELGADO ECHEVARRÍA señala como caracteres de los derechos de la personalidad el ser «derechos innatos», ser «derechos subjetivos privados», «absolutos o de exclusión» e «inherentes a las personas» (*Elementos de Derecho Civil I*, dirigidos por LACRUZ BERDEJO, Parte General, Vol. II, Personas, Bosch editor, Barcelona 1990, págs. 48-49).

medio ambiente como bien jurídico, y del derecho al medio ambiente, es la solidaridad intergeneracional, afirmada en el Principio tercero de la Declaración de Río, en el proceso de redacción de nuestro art. 45 CE, y en el art. 2.2 de la Ley 4/1989 de Conservación: «Las Administraciones competentes garantizarán que la gestión de los recursos naturales se produzca con los mayores beneficios para las generaciones actuales, sin merma de su potencialidad para satisfacer las necesidades y aspiraciones de las generaciones futuras») Aunque el derecho a un medio ambiente no sea transmisible a los herederos —es innecesario— esta solidaridad intergeneracional no existe en los derechos de la personalidad.

Los derechos de la personalidad hacen referencia a la persona individualmente considerada (el medio ambiente es un bien jurídico colectivo). Los derechos de la personalidad son indisponibles. Salvo los supuestos en que la destrucción del medio ambiente suponga un atentado reflejo al derecho a la vida es posible pensar en fórmulas de compromiso, el pacto o el contrato (83). En este sentido, LUTHER da cuenta de la Sentencia del *Bundesgerichtshof* de 11 de diciembre de 1980 (BGHZ, t. pág. 131 y ss.) en la cual se declaró legítimo y conforme a las «buenas costumbres» (§ 138 del B.G.B.) un acuerdo triangular, que obligaba a un grupo de ciudadanos reunidos en una *Bürgerinitiative* contra la construcción de una central térmica de carbón, a renunciar a su oposición de tercero en el procedimiento de autorización a cambio de una indemnización de dos millones de marcos. Esta suma tenía como finalidad el desarrollo de infraestructuras, actuaciones ambientales y servicios en el barrio interesado y sería administrada por un comité mixto de las partes (84). En el derecho ambiental americano las ADR (*Alternative Dispute Resolution*) son una práctica corriente (85).

(83) Posición esta que en su día fue sostenida por MARTIN, autor de uno de los mejores libros de Derecho ambiental existentes. Para MARTIN existe una «parte del derecho al ambiente que no puede ser cedida ni prescrita: es aquella que permite ejercitar los derechos fundamentales de la persona». MARTIN ilustra su concepción con la *Arret de la Cour de cassation civile* de 20 de febrero de 1973 (Gaz. Pal 1973.1 471), en la cual la Corte declaró que el acuerdo de copropiedad (por el que los copropietarios aceptaban la explotación de una panadería que producía ruidos intensos susceptibles de dañar la salud de los copropietarios) no exoneraba a Mourocq (el propietario de este fondo de comercio) de su responsabilidad por trastorno anormal de vecindad (*De la responsabilité civile pour faits de pollution au droit à l'Environnement*, Université de Nice, Faculté de Droit et des Sciences Economiques 1976, pág. 142).

(84) *Profili Costituzionali della tutela dell'ambiente in Germania*, «Rivista Giuridica dell'ambiente», núm. 3, diciembre 1986, pág. 472.

(85) Para un estudio de las ADR en el Derecho ambiental americano véase el trabajo de GRAD, *Alternative Dispute Resolution in Environmental Law*, «Columbia Journal of Environmental Law», vol. núm. 14, 1989, págs. 157-185.

Otros autores han preferido considerar el derecho al medio ambiente como un derecho humano: KROMAREK, MADDALENA, URUEÑA ALVAREZ (86), y por último, MARTÍN, GASPARINI CASARI, PÉREZ LUÑO, KISS, MEZZETTI opinan que el derecho a un medio ambiente es un derecho fundamental (87).

Si los derechos fundamentales son, como dicen MESSNER y MÜLLER, «aquellos derechos humanos positivizados en las constituciones estatales» (88), parece claro que en nuestro ordenamiento el derecho al

(86) KROMAREK, *Quel droit à l'environnement?*, cit., pág. 118 y en *Le droit à un environnement sain et équilibré considéré comme un droit de l'homme*, Primera Conferencia europea sobre el medio ambiente y los derechos del hombre, Estrasburgo 1979 (un amplio resumen de este último trabajo puede verse en el estudio citado de TORTOLERO & GALÁN, *El derecho a un medio ambiente sano y equilibrado como derecho del hombre*).

MADDALENA concibe el derecho al medio ambiente como un derecho humano, un derecho social, «pero no un derecho sobre la propia persona». Para MADDALENA el derecho al medio ambiente «en cuanto derecho de propiedad colectiva, se sustancia en un derecho de todos sobre todo, en modo tal que el uso de unos no impida el uso de otros, (*Il danno ambientale*, «I Tribunali Amministrativi Regionali», núm. 12, diciembre 1988, pág. 439). En nuestra doctrina URUEÑA ALVAREZ ha defendido la consideración del derecho al medio ambiente como derecho humano en *El Derecho a un medio ambiente sano como derecho humano*, en *Problemas Internacionales del Medio Ambiente*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona 1985, págs. 217-232.

(87) Para MARTIN, «el derecho al medio ambiente presenta todas las características de un derecho fundamental de la persona humana» (*De la responsabilité civile pour faits de pollution au droit à l'Environnement*, Université de Nice, Faculté de Droit et des Sciences Economiques, 1976, págs. 130). GASPARINI CASARI concibe el derecho a la salud y salubridad del ambiente como un derecho fundamental, absoluto e inviolable, en virtud del art. 2 de la Constitución Italiana (*Osservazioni e proposte in tema di tutela giurisdizionale del diritto alla salute e alla salubrità dell'ambiente*, «Archivio Giuridico» Vol. CCII, Fasc. 1, 1982, págs.482-483). En la opinión de KISS, «parece cierto que, por sus objetivos, por su contenido, así como por su puesta en acción, este nuevo derecho, consagrado por el derecho positivo de un gran número de Estados, encaja bien dentro de la categoría de los derechos fundamentales, cuyo disfrute efectivo debe ser garantizado a todo individuo» (*Definition et nature juridique d'un droit de l'homme à l'environnement*, en *Environnement et Droits...*, cit., pág. 28). También MEZZETTI ha considerado que la naturaleza del derecho al ambiente salubre es la de ser un derecho fundamental, un derecho social y un derecho subjetivo (*vid. Il diritto all'ambiente salubre quale...* cit., págs. 240-253).

(88) PÉREZ LUÑO señala en este sentido la existencia «de una tendencia, no absoluta, como lo prueba el enunciado de la mencionada Convención europea, a reservar la denominación 'derechos fundamentales' para designar los derechos humanos positivizados a nivel interno, en tanto que la fórmula 'derechos humanos' es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales» (*Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., pág. 31). CABAÑAS GARCÍA siguiendo esta misma metodología (la de PÉREZ LUÑO) considera que el derecho a la salud forma parte de los derechos sociales fundamentales (Derechos Humanos) recogidos en el catálogo del Título I de la CE. Según CABAÑAS GARCÍA ello significa que el derecho a la salud: a) Es un derecho humano, como manifestación de la categoría de facultades inherentes a la persona, que preexisten

medio ambiente es un derecho fundamental. Además, esta consideración del derecho al medio ambiente como derecho fundamental viene respaldada por lo dispuesto por el Principio primero de la Declaración de Estocolmo («el hombre tiene un derecho fundamental a la libertad...»).

Obstáculo a la consideración como derecho fundamental del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado son las STC 76/1983 de 5 de agosto y 161/1987 de 27 de octubre (89). Y es que nuestro Tribunal Constitucional considera que 'los derechos fundamentales y libertades públicas' son los comprendidos en la Sección 1.ª, Capítulo Segundo, Título I (90). Realmente, más que una delimitación del concepto de derecho fundamental en nuestro ordenamiento, lo que han realizado estas sentencias es una delimitación de la noción de derecho fundamental de cara al art 81.1 CE a los efectos de la reserva de Ley Orgánica establecida por este precepto. Dicho de otro modo, esta jurisprudencia más que negar el carácter de derecho fundamental, lo que ha negado es la garantía de reserva de Ley Orgánica a otros derechos constitucionales.

Como derecho fundamental, el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado no es sólo un freno a la actuación de los poderes públicos sino que implica un deber positivo (91). Se ha dicho (así MEZZETTI (92), PÉREZ LUÑO) que el derecho a disfrutar de un medio

al Estado, pero sin cuya acción de positivación no son exigibles; b) Es un Derecho fundamental, al estar integrado en el ordenamiento jurídico de gran cantidad de Estados, en este caso el español; c) Es un derecho social, porque así se le ha concebido y madurado, formando parte del repertorio de derechos que nacen con la Constitución francesa (*La tutela judicial efectiva del derecho a la salud*, «Revista General del Derecho», núm. 540, septiembre 1989, pág. 5.411-5.412).

(89) *Jurisprudencia Constitucional*, Tomo IX, págs. 185-198.

(90) Así, en la última de las sentencias citadas, se consideró que el derecho a la objeción de conciencia no era un derecho fundamental sino «un derecho constitucional autónomo» (Fundamento Jurídico segundo).

(91) Como ha dicho PÉREZ LUÑO, «la noción de los derechos públicos subjetivos en cuanto autolimitación del poder soberano del Estado, debe ser sustituida por la noción de los derechos fundamentales, entendidas como limitación que la soberanía popular impone a los órganos que dependen de ella»; por eso, afirma PÉREZ LUÑO, esta comprensión de los derechos públicos subjetivos «pierde su sentido al hallarse superada por la propia dinámica social de nuestro tiempo, en el que el disfrute de cualquier derecho fundamental exige una política jurídica activa (y la mayor parte también económica por parte de los poderes públicos)» (*Derechos Humanos Estado de Derecho y Constitución*, cit., pág. 34). En la doctrina italiana GASPARI CASARI a la luz de la Constitución niega esta concepción positiva del derecho a un medio ambiente «no habiendo sido esgrimida alguna razón válida para transformar una simple directiva para el legislador ordinario, en un vínculo preciso para la misma Administración» (*Osservazioni e proposte in tema di tutela giurisdizionale del diritto alla salute e alla salubrità dell'ambiente*, «Archivio Giuridico», Vol. CCL, Fasc. 1, 1982, págs. 484-485).

(92) MEZZETTI respalda fundamentalmente la *Drittwirkung* del derecho al ambiente

ambiente adecuado como derecho fundamental goza de *Drittwirkung* o eficacia frente a particulares (93). Dado que el derecho a un medio ambiente adecuado sólo es protegible de forma refleja mediante el recurso de amparo —cosa que vamos a comprobar a continuación— la *Drittwirkung* de este derecho queda relegada a una aspiración emblemática. Y los efectos de dicha *Drittwirkung* serán obtenidos en la mayoría de los casos mediante otras técnicas: la tutela posesoria y el resarcimiento del daño público ambiental.

Al exponer la doctrina sobre la consideración o no del derecho al medio ambiente como verdadero derecho subjetivo hemos visto como nuestro sistema constitucional *prima facie* no incluye al derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado bajo la garantía del recurso de amparo. Pero ¿significa ello una exclusión absoluta? No.

El derecho al medio ambiente es susceptible de lo que podríamos denominar una protección refleja a través del recurso de amparo ejercitado dirigido a la tutela de otros derechos (94). Este sería el caso del

salubre en la sentencia de la Corte Costituzionale núm. 88/1979, en la cual se ha afirmado que el derecho a la salud del art. 32 de la Constitución italiana se configura como «un derecho primario y absoluto plenamente operante también en las relaciones entre privados» (*Il diritto all'ambiente salubre quale diritto fondamentale e diritto sociale...*, cit., pág. 253-256).

(93) Para una inmejorable síntesis y análisis de la *Drittwirkung* en nuestro Derecho vid. PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos Estado de Derecho y Constitución*, cit., pág. 312-314. Como vacuna a un excesivo entusiasmo por la *Drittwirkung* no nos resistimos a transcribir el siguiente párrafo de ROGEL VIDE: «Por mi parte, creo, además que DE LA QUADRA-SALCEDO concede demasiada importancia y protagonismo a la 'unmittelbare Drittwirkung', teoría obsoleta en los mismos lugares donde nació, criticada —como sabemos— por autores como AUBERT o SCHNEIDER, que como señala VARELA, ha recibido, en las últimas décadas, un rechazo doctrinal generalizado en Alemania, sin que en ningún momento, haya sido hecha suya por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de aquél país, cual el propio DE LA QUADRA-SALCEDO reconoce» (*Bienes de la personalidad, derechos fundamentales, libertades públicas*, Studia Albornotiana, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia 1985, pág. 180).

(94) Sin embargo en la doctrina no han faltado propuestas de superación de la exclusión de protección mediante recurso de amparo de los derechos reconocidos en el Capítulo tercero. En este sentido CABAÑAS GARCÍA cree que el derecho a la salud es susceptible de tal protección: a) porque los artículos 53.2 y 161.1.b CE no prohíben expresamente el amparo en estos casos; b) porque existen otras normas constitucionales que posibilitan la aplicación de dichos mecanismos procesales de protección. El argumento utilizado por CABAÑAS GARCÍA es el art. 10.2 CE (la necesidad de interpretación de los derechos y libertades fundamentales de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y tratados y acuerdos internacionales ratificados por España en dichas materias). El autor llega a esta conclusión ex artículo 8 la Declaración Universal de los Derechos Humanos («Toda persona tiene el derecho a un recurso efectivo ante los Tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la Ley») y los distintos preceptos reconocedores del

derecho a la vida (art. 15 CE), el derecho a la intimidad (art. 18 CE), el derecho a la participación (art. 23 CE), el derecho a la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos (art. 24 CE) y el derecho a la educación (art. 27 CE).

Esta idea no es nueva (95). En nuestra doctrina ha sido defendida por lo que respecta al derecho a la vida por DÍEZ PICAZO Y GULLÓN (96) TORTOLERO & GALÁN (97), y por lo que se refiere al derecho a la intimidad por L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (98).

Desde nuestro punto de vista lo que impide la ubicación constitucional del art. 45 CE es la protección del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado como derecho autónomo. Nada impide su protección refleja. Dicho de otro modo, esto significa que en nuestro

derecho a la salud en los tratados internacionales suscritos por España. En la concepción de este iconoclasta autor está presente la idea predominante de que la filosofía de los derechos fundamentales «no puede sostenerse con una teoría fragmentaria o débil de tutela judicial que separe en compartimentos estancos, peldaños verticales de derechos fundamentales, algunos más agraciados por la suerte que otros. O son ciertamente fundamentales, y exigen un tratamiento integral y unitario, o no lo son. Establecer gradaciones en ellos, es terminar por desconocer su razón misma de existir» (*La tutela judicial efectiva del derecho a la salud, cit.*, págs. 5.432-5.433 y 5.442).

(95) Ya PÉREZ LUÑO había advertido que «existe una correlación estrecha entre la calidad de vida, como derecho al disfrute de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, y los valores de la 'dignidad de la persona' y 'el libre desarrollo de la personalidad' consagrados en el art. 10.1; así como con el derecho a la vida y a la integridad física (art. 15), amenazados por los atentados más graves al medio ambiente» (*Derechos Humanos Estado de Derecho y Constitución, cit.*, pág. 457). También CABANILLAS SÁNCHEZ ha afirmado que «la protección de los intereses de los particulares puede arbitrarse, de acuerdo con la solución afirmada por la doctrina y la jurisprudencia italiana y alemana, partiendo de la relación entre la salud y el medio ambiente, y de la íntima conexión que existe de la salud con la vida y la integridad física de la persona, que son derechos fundamentales reconocidos en el capítulo segundo de la Constitución (art. 15) y auténticos derechos de la personalidad, que gozan de una específica tutela civil, especialmente a través de art. 1.902 del Código civil». (*La responsabilidad civil por daños a personas o cosas a consecuencia de la alteración del medio ambiente, cit.*, págs. 27-28).

(96) *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I, quinta edición, Ed. Tecnos, Madrid 1984, pág. 345. En contra MARTÍN MATEO, autor que niega esta posibilidad, «porque ni todas las agresiones ambientales tienen transcendencia sanitaria, ni las que tienen tales consecuencias ponen normalmente en peligro inmediato la vida, sólo las grandes catástrofes pueden tener tal alcance pero entonces se incide en un ámbito distinto de responsabilidades públicas. La tutela de la vida que la Constitución acoge tiene por otra parte distinto fundamento» (*Tratado de Derecho Ambiental, cit.*, vol. 1, pág. 192).

(97) TORTOLERO & GALÁN, *El derecho a un medio ambiente sano y equilibrado como derecho del hombre, cit.*, pág. 118.

(98) *La defensa frente al ruido ante el Tribunal Constitucional*, «R.A.P.», núm. 115, enero-abril 1988, especialmente págs. 214-222.

sistema constitucional cabe el ejercicio del recurso de amparo destinado a la protección de otros derechos susceptibles de esta garantía, con el efecto reflejo de la protección del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado.

Este es el marco y límite estricto de lo «posible constitucionalmente» en la actualidad. Pero con toda seguridad no habrá de transcurrir mucho tiempo para que dicho marco sea desbordado en el seno de un «Estado ambiental». En el horizonte probable cabe pensar en una reforma constitucional (ya sea por propia voluntad o por exigencias de los tiempos) que reubique bajo la sección de protección reforzada al derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado. También cabe dentro de lo probable que en tanto esa reforma no se produzca se lleve a cabo un salto jurisprudencial para el que las bases están sentadas (99). Nuestro Tribunal Constitucional ha optado por una comprensión del derecho a la vida superador de un «derecho a la supervivencia». En la STC 53/1985 de 11 de abril (100), dictada por el Pleno de este tribunal con ocasión del recurso previo de inconstitucionalidad contra el texto definitivo del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del art. 417 bis del Código Penal, por el se declara no punible el aborto en determinados supuestos, el T.C. ha declarado que «indisolublemente relacionado con el derecho a la vida se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el art. 10 como germen o núcleo de

(99) Hasta donde llegan nuestros conocimientos el primero en defender después de la Constitución de 1978 esta concepción expansiva del Derecho a la vida ha sido MARTÍNEZ MORÁN, *El Derecho a la vida en la Constitución española de 1978 y en Derecho Comparado: aborto, pena de muerte, eutanasia y eugenesia*, en «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense», Nueva época, Núm. Monográfico 2, *Los Derechos Humanos y la Constitución de 1978*, pág. 147. Porque, como acertadamente observa DELGADO ECHEVARRÍA, «este derecho a la vida venía siendo entendido como un derecho a la simple sobrevivencia o conservación física de la persona, algo así como un derecho a seguir viviendo. Mas hoy no se trata ya sólo ni tanto de un derecho a una mera fluencia biológica, sino a una realidad existencial propia precisamente del ser racional que es el hombre, la persona humana en toda su identidad biográfica y valor trascendente. Por ello, aquel derecho no se limita a la vida sin más (en una visión estática), sino que lo es a una vida digna (en sentido dinámico, social) en condiciones de sanidad física, psíquica y moral adecuada a la dignidad de la persona, a los derechos que le son inviolables e inherentes y al libre desarrollo de la personalidad» (*Elementos de Derecho Civil I*, Parte General, Vol. II, Bosch, Barcelona 1990, pág. 55). En idéntico sentido MAUNZ-DURIG-HERZOG, en el *Grundgesetz Kommentar, vid. apud. SERRANO ALBERCA*, Comentario al art. 15 CE, *Comentarios a la Constitución* dirigido por GARRIDO FALLA, cit., pág. 270. RODRÍGUEZ MOURULLO influenciado por la doctrina también se ha pronunciado por esta interpretación expansiva, (vid. *Comentario al art. 15 CE, Comentarios a las Leyes Políticas, Constitución Española de 1978*, Tomo II, dirigidos por ALZAGA VILLAAMIL, pág. 300).

(100) B.O.E. núm. 119, de 18 de mayo, *Jurisprudencia Constitucional*, Tomo XI, págs. 546-593.

unos derechos 'que le son inherentes'. Sin embargo, es posible encontrar pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional que optan por entender que el derecho a la vida es un derecho a la mera supervivencia. Nos referimos en concreto al ATC núm. 242/1985 de 17 de abril de 1985 (Sala primera, sección segunda), antes citado, en cuyo Fundamento Jurídico segundo el T.C. declaró que en el art. 15 CE «el concepto vida debe entenderse en su significado estricto, lo mismo que los ataques a ella». Se trataba de decidir acerca de una pensión, estimando el T.C. que «la garantía de asistencia y de las prestaciones sociales suficientes en caso de necesidad se encuentra establecida en la Constitución en el art. 41, que pertenece al campo de los principios rectores de la política social y económica y que no es objeto de recurso de amparo».

Como dicen DÍEZ-PICAZZO Y GULLÓN, el capítulo II de la Constitución no constituye un *numerus clausus*, y el art 10 CE «permitirá a la jurisprudencia abrir la lista en el momento en que las convicciones sociales dominantes introduzcan la necesidad de proteger derechos que ahora pudieran no estar recogidos de una manera expresa» (101).

Y si eso ha de suceder, el Principio primero de la Declaración de Río: «Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza», será un dato que forzosamente habrá de manejar nuestro Tribunal Constitucional en virtud del art. 10.2 CE.

2. Transoberanía de su delimitación. La estandarización del mismo.

Hemos afirmado que el derecho a un medio ambiente adecuado es delimitado por el legislador (comunitario, estatal, autonómico...). Sin embargo nuestra jurisprudencia ha llegado más lejos. La jurisprudencia del Tribunal Supremo extiende esta delimitación a normas de otros Estados, a límites «internacionalmente aceptados» y a niveles o *standars* científicamente admitidos. Así formulada esta idea parece que estamos ante un auténtico disparate que desconoce los principios de soberanía, territorialidad de las normas y legalidad. Veamos estos pronunciamientos.

El T.S. en sentencia de 9 de marzo de 1987, Ar. 1.914 (Sala 3.ª, Ponente ESPAÑOL LA PLANA), declaró la nulidad de la disposición 6 de la Orden de la Presidencia del Gobierno de 8 de mayo de 1984. Esta

(101) *Sistema de Derecho civil, cit.*, pág. 354.

disposición había establecido las concentraciones máximas de formaldehídos, vulnerando lo dispuesto en disposiciones de superior rango, el RAMINP, que fijaba concentraciones mucho más bajas, y lo dispuesto en el Derecho comparado, donde las concentraciones permitidas son todavía menores (102).

Otra aplicación jurisprudencial de esta estandarización es la STS de 30 de noviembre de 1990, Ar 9.269 (Sala 2.ª de lo penal, Ponente MARTÍN PALLÍN) (103), primer pronunciamiento de nuestro T.S. sobre el delito ecológico, (art. 347 bis del Código Penal). Los hechos declarados probados que dieron lugar a esta primera sentencia condenatoria por delito ecológico fueron las emisiones de la Central Térmica de Cersc, propiedad de F.E.C.S.A., de S.O.₂ (dióxido de azufre) que en contacto con la atmósfera en ocasiones se transforma en S.O.₄H.₂ (ácido sulfúrico) provocando el fenómeno de la lluvia ácida. En el Fundamento de Derecho duodécimo, párrafo primero, el T.S afirmó:

«El derecho a la calidad de vida y al medio ambiente constituyen un objetivo irrenunciable y de ahí surge la idea predominante de proteger el medio ambiente como una defensa de la salud y de la vida de los habitantes. El interés generado ha colocado en un plano preferente la regulación —nacional y transnacional—, de los problemas derivados de la contaminación ambiental y de la explotación inmoderada de los recursos naturales.

Estas tendencias e intereses han tenido acogida en nuestro texto constitucional que en su artículo 45 —en el marco de los principios rectores de la política social y económica— coloca en lugar preferente el derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona así como conservarlo, comprometiendo a los poderes públicos en la tarea de proteger y mejorar la calidad de vida y

(102) Literalmente el T.S. afirmó en el Fundamento de Derecho quinto: «En este mismo sentido de la necesidad de rebajar las concentraciones, la estadística que figura en la Revista de la O.C.U., aportada a las actuaciones, con la presunción de veracidad y objetividad derivada del propio fin que la Asociación persigue, sin que haya sido desvirtuada, demuestra que en otras naciones de Europa y América se llega desde la prohibición o poco uso dada la naturaleza de gas irritante en mayores dosis de concentración, como en Dinamarca, Noruega y Alemania, hasta la recomendación de unas cifras de 120,125 y 250 microgramos por metro cúbico en Holanda, Canadá o Francia, tan alejados de los 100 y 500 autorizados por la Orden impugnada». Para un análisis de la hipotética (caso de haberse producido daños como consecuencia de la aplicación de la Orden) responsabilidad de la Administración en este supuesto *vid.* nuestro artículo *La Responsabilidad de la Administración con ocasión de los daños al Medio Ambiente*, «R.D.U» núm 119, julio-agosto-septiembre 1990, págs. 101-104.

(103) Esta sentencia ha sido comentada por DE VEGA RUIZ, Magistrado del Tribunal Supremo, en el libro *El delito ecológico*, Editorial Colex, Madrid 1991, donde se transcribe íntegramente, *vid.* págs. 61-96.

la defensa y restauración del Medio Ambiente, haciendo un llamamiento a la solidaridad colectiva para conseguir esos fines. Se sigue así con ello una tendencia que se encuentra en todas las modernas constituciones que se acogen al modelo de Estado social y democrático de derecho».

Más adelante en este mismo Fundamento de Derecho duodécimo de esta Sentencia, en el párrafo cuarto, al analizar el problema del rango normativo de las disposiciones de cobertura que regulan los índices de contaminación (el delito ecológico en nuestra legislación se ha configurado como una norma penal en blanco que remite a las leyes y reglamentos para establecer las condiciones y volúmenes de vertido que se autorizan) afirma el T.S.:

«En ningún caso los instrumentos jurídicos que constituyen el polo de referencia sobre el que se construye la infracción penal pueden habilitar o justificar la existencia de normas de desarrollo de inferior rango que de manera individual, arbitraria o ilegítima autoricen por su cuenta índices de contaminación más altos que los marcados por las leyes y reglamentos, por lo que la existencia de dos órdenes que conceden esta autorización no sólo las invalida en cuanto a efectos legitimadores sino que constituye un dato que podría llevar a exigir responsabilidades a la Administración por dejación de sus compromisos y obligaciones fiscalizadoras. *Aun en el caso de que la Administración decidiese tramitar normas con rango de ley o adoptar disposiciones de carácter reglamentario en las que se autorizase inmisiones o vertidos en límites peligrosos o inadmisibles con arreglo a normativas internacionalmente aceptadas y de incuestionable rigor científico, estaría vulnerando el mandato del artículo 45 de la Constitución por lo que la norma devendría inconstitucional.*»

La sentencia consagra de forma autónoma la estandarización del derecho al medio ambiente. Ciertamente el anterior pronunciamiento que hemos examinado era más limitado. Y ello, por dos razones: en primer término, la STS de 9 de marzo de 1987 operaba al amparo del art. 23 LRJAE (la jerarquía entre reglamentos). En segundo lugar, la STS de 30 de noviembre de 1990 fija reglas exactas para esa delimitación transsoberana frente a una invocación meramente descriptiva de los parámetros admitidos en el Derecho comparado. Estas reglas de delimitación transsoberana tienen dos ejes: la interdicción de la autorización de inmisiones o vertidos en límites peligrosos o inadmisibles con arreglo a normativas internacionalmente aceptadas y que sean de incuestionable rigor científico. El fundamento para el T.S. es el art. 45 CE. Cabría preguntarse cuál es el alcance en la mente del T.S. de la expresión utilizada «normativas internacionalmente aceptadas». Podría pensarse que el T.S. hace referencia con dicha expresión al Derecho Internacional Conven-

cional. Pero para tal viaje son innecesarias tantas alforjas. El Derecho internacional convencional es fuente del Derecho en los términos que nuestra Constitución determina. El Tribunal supremo cuando utiliza la expresión «normativas internacionalmente aceptadas» alude sin duda a algo más (a normas aceptadas en el contexto internacional individualmente por los distintos países) (104), dado lo innecesario de la alusión en el supuesto de que se estuviera refiriendo al derecho convencional a su «incuestionable rigor científico». He aquí el problema.

Descrita así la doctrina de la estandarización sólo es posible encontrar algo parecido (salvando las distancias) en el mundo del Derecho en el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que en su apartado c) reconoce como fuente del derecho «los principios generales del Derecho internacional reconocidos por las naciones civilizadas» y en su apartado d) «las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones como medio auxiliar para la determinación de las reglas de Derecho».

Si hemos de buscar un punto de apoyo, o una justificación a esta doctrina jurisprudencial en nuestro ordenamiento, ésta a nuestro juicio se encuentra en el art. 1902 del código civil. Este precepto dispone que «el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado». Es la expresión codificada de uno de los *tria praecepta iuris*: concretamente la prohibición de *neminem laedere* (no dañar a otro).

Desde el art. 1902 Cc el Tribunal Supremo ha sentado como doctrina consolidada que las licencias y el cumplimiento de las normas administrativas no colocan al sujeto contaminante en situación de inmunidad respecto de los daños que provoque a terceros. La responsabilidad extracontractual por tanto se ha objetivizado en el orden civil. Una sentencia del Tribunal Supremo que recoge esta inflexión pero referida al

(104) La explicación de las causas de la estandarización está directamente relacionada con el fenómeno descrito por PÉREZ MORENO. Para este autor «los hallazgos científicos, con ser precursores y estar en espectacular avance, son aún limitados en relación con esa vislumbrada compleja red de leyes naturales, la nueva legislación sobre los elementos integradores del medio ambiente sólo muy lentamente va acogiendo aquellos resultados: la positivación jurídica está interferida por múltiples factores (económicos, políticos, técnicos y sociales), porque las estructuras de producción y de vida social se resisten a ser sustituidas en períodos cortos, máxime en circunstancias de grave crisis económica, como la desencadenada con el encarecimiento de la energía... La ineludible relación entre naturaleza, ciencia y Derecho presenta, por consiguiente, desarmonías de etiología diversa. La positivación de las leyes naturales (muestra adicional del reconocido renacimiento actual del Derecho natural), a través de la conversión en leyes de criterios de racionalidad, sufre un desfase acusado» (*Reflexiones sobre la sustantividad del Derecho ambiental*, «R.A.P.» 100-102, enero-diciembre 1983, págs. 2.769-2.770).

medio ambiente es la de 30 de octubre de 1963. En ella, se contemplaban los daños ocasionados por una empresa que fabricaba superfosfatos de cal y abonos químicos en general. La empresa se encontraba rodeada por terrenos cultivados y, como consecuencia de las emanaciones producidas por la fábrica, habían sufrido daños en las cosechas. El Tribunal Supremo declaró que:

«... si bien nuestra legislación no ha admitido, de un modo expreso, el sistema de responsabilidad objetiva con respecto a los daños sufridos por terceros, es evidente que tanto la doctrina como la jurisprudencia en una creciente evolución viene inclinándose a reconocer la responsabilidad fundada en la mera creación de peligros para la comunidad, aun prescindiendo de la culpa del responsable, y así, la sentencia del 25 de marzo de 1954 declaró que, cuando las garantías adoptadas conforme a las disposiciones legales para precaver y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, revela la insuficiencia de los mismos y que faltaba algo por prevenir, no hallándose completa la diligencia y aplicándose la responsabilidad extracontractual regulada en los artículos 1.902 y ss. del Código civil.»

En esta sentencia se observa con nitidez como una de las vías que han conducido a una objetivación *de facto* ha sido la rigorización de la diligencia que se exige, de tal modo que no basta el cumplimiento de las disposiciones legales reglamentarias.

En el mismo sentido que la sentencia de 25 de marzo de 1954 se pronuncia la sentencia de 12 de diciembre de 1980 (la conocida sentencia de la central de Soto de Ribera) y la sentencia de 3 de diciembre de 1987, antes citada, relativa a un supuesto de contaminación industrial por humos, vibraciones y ruidos provocados por la entidad «Térmica del Besós» y la sentencia de 16 de enero de 1989, que examinaba una reclamación de daños frente a la empresa ENSIDESA (105).

Esta idea ha sido recogida por la propuesta de Directiva de 1 de septiembre de 1989 de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre la Responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados al medio ambiente originado por los residuos. En su art. 6.2 establece que «el simple hecho de disponer de una autorización de los poderes públicos no eximirá al productor de su responsabilidad».

Si el art. 1.902 Cc impone estas consecuencias es claro que el Derecho de otros países representa o puede representar una plasmación de

(105) Vid. nuestro artículo *La Responsabilidad de la Administración con ocasión de los daños al medio ambiente*. «RDU» núm. 119.

esos «standars de responsabilidad», en cuanto que son indicio o expresión de los límites reales de la dañosidad ambiental (y patrimonial).

3. Carácter bifronte. La titularidad del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado.

Cuando se afirma que el derecho a un medio ambiente adecuado es de carácter bifronte se afirma su doble dimensión individual-colectiva. En realidad, como dice CHINCHILLA MARÍN, todos los derechos, en mayor o e menor medida, están sujetos a lo que PAREJO ha llamado la *vinculación social* (106). Esta idea ha sido expresada en la doctrina ambientalista por KROMAREK, quien considera que el derecho a un medio ambiente adecuado es un derecho individual y colectivo (107).

Hemos visto como el derecho al medio ambiente es un derecho de disfrute. Es un derecho de disfrute sobre un bien jurídico colectivo. Pero ¿Quién es su titular? ¿Son las asociaciones ecologistas titulares de este derecho? El art. 45 CE señala como su titular a «todos». Este enunciado no plantea problemas respecto de las personas físicas. Nuestra Constitución al determinar el titular no ha querido limitar, como en otros preceptos, la titularidad a los españoles o «los ciudadanos» (108). Resolver si las Asociaciones ecologistas pueden ser titulares del derecho al medio ambiente adecuado se reconduce a la temática general de si las personas jurídicas pueden ser titulares de los derechos fundamentales. En nuestra doctrina

(106) *El Servicio público ¿amenaza o garantía para los derechos fundamentales?, Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA*, Ed. Cívitas, Madrid 1991, pág. 955.

(107) KROMAREK, *Quel droit à l'environnement?*, cit., pág. 147. En la doctrina italiana Marinela FRANCO opina que estamos ante «un derecho de la colectividad, capaz de tomar la forma de derecho de grupo o de derecho del individuo» (*La titolarità dell'azione di impugnazione di atti amministrativi in materia de tutela ambientale dopo l'entrata in vigore de L. 8 luglio 1986n. 349*, «Quaderni Regionali» núm. 4, ottobre-dicembre 1989, pág. 1.104).

(108) En la STC 53/1985 de 11 de abril, antes citada, dictada por el Pleno de este tribunal con ocasión del recurso previo de inconstitucionalidad contra el texto definitivo del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del art. 417 *bis* del Código Penal, por el se declara no punible el aborto en determinados supuestos, el T.C. ha reconocido al hilo de las alegaciones de los recurrentes que la expresión «todos» en el art. 15 hace referencia a los no nacidos (Fundamento Jurídico Sexto). Como indicio desde esta indagación nominalista debe tenerse en cuenta que el T.C. (STC 53/1983, de 20 de junio, Fundamento Jurídico Primero) ha admitido que las personas jurídicas pueden ser titulares del derecho a la tutela efectiva (precepto que emplea las expresiones «todas las personas» y «todos») (*Vid. ALONSO GARCÍA, El artículo 24.1 en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Problemas generales y acceso a los Tribunales; Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA*, Ed. Cívitas, Madrid 1991, pág. 975-976).

LASAGABASTER ha estudiado recientemente esta cuestión (109). LASAGABASTER llega a la conclusión de que «para concretar qué derechos fundamentales pueden ser actuados por personas jurídicas de Derecho privado, habrá que analizar derecho a derecho, siendo posible que de un mismo derecho haya aspectos que pueden ser propios de una persona jurídica y otros no». Pues bien, lo que vamos a realizar a continuación es el análisis específico del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, sirviéndonos de la base metodológica elaborada por este autor. LASAGABASTER recoge la jurisprudencia de nuestro T.C. (las STC 19/1983 de 14 de marzo, 141/1985 de 22 de octubre y 64/1988 de 12 de abril). Estas sentencias consagran como doctrina jurisprudencial dos proposiciones de sumo interés al objeto de esclarecer la cuestión que nos ocupa: 1) Las asociaciones pueden ser titulares directos de derechos fundamentales como personas jurídicas, sin serlo en sustitución de sus miembros (110); 2) Las asociaciones no son titulares de cualquier derecho fundamental, ni están legitimadas para defender indistintamente cualquier derecho fundamental de sus miembros, sino solamente aquéllos «para cuya defensa la asociación ha sido constituida» (111). A la vista de estas bases sentadas por nuestro Tribunal Constitucional es claro que las asociaciones ecologistas son titulares del derecho fundamental a disfrutar de un medio ambiente adecuado. Como habrá podido observarse, nuestro análisis de la cuestión ha sido estrictamente jurídico. La afirmación de que la titularidad del derecho consagrado por el art. 45 CE corresponde tanto a personas físicas como a jurídicas no se ha resuelto en función de preferencias ideológicas o de prejuicios voluntaristas (ya excluidos de personas físicas, ya excluidos de las personas sociales). Realizado este análisis no está demás enjuiciar el resultado. La doctrina ambientalista ha expresado la preferencia por una «legitimación corporativa». Influidos por la dimensión colectiva del medio ambiente como bien jurídico, MARTÍN MATEO (112), no ha considerado conveniente que este derecho se reconozca a las personas individuales.

(109) En el excelente e interesante trabajo *Derechos fundamentales y personas jurídicas de Derecho público*, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA*, Ed. Civitas, Madrid 1991, págs. 651-674.

(110) En la doctrina italiana, y en referencia directa al derecho al medio ambiente, POSTIGLIONE ha expresado esta idea del siguiente modo: «El interés colectivo de los grupos hecho valer encuentra fundamento en la titularidad de un derecho al ambiente de los componentes del grupo: sin embargo sería un error considerarlo una simple «sombra» de los derechos individuales y no una realidad sintética nueva y significativa por sí misma» (*Il Diritto all'ambiente, cit.*, págs. 26-27).

(111) LASAGABASTER, *op. cit.*, págs. 660-661.

(112) MARTÍN MATEO ha expresado su temor por posibles «reacciones individualistas de carácter defensivo o reparador» *Tratado de Derecho Ambiental, Vol. I, cit.*, pág. 191.

La solución de nuestro ordenamiento debe valorarse de forma positiva. Apoderar en exclusiva a las Asociaciones ecologistas es inconstitucional (tanto por lo que se acaba de decir como por lo que se afirmó al exponer la doctrina del T.C. sobre la legitimación colectiva en el ordenamiento laboral). Además, esta clase de apoderamientos han de valorarse con suma cautela, porque no es infrecuente que se terminen instrumentalizando para defender intereses propios (como sucede con los Sindicatos). El curso natural impone por razones económicas —quién pone su tiempo y su dinero—, culturales —nuestra escasa capacidad de preocupación por lo que atañe a la sociedad en su conjunto—, organizativas —los problemas ambientales demandan equipos de trabajo especializados—, que el derecho al medio ambiente sea ejercitado por personas jurídicas. Nuestro ordenamiento hace posible que si ese ejercicio se desvía intervengan como guardianes de los guardianes la ciudadanía responsable.

4. Supuestos de colisión con otros derechos.

El derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado puede colisionar con otros derechos y libertades. Este problema ha sido estudiado por ALI MEKOUAR, que en una relación no exhaustiva, considera que el derecho al medio ambiente puede tener influencias o repercusiones sobre la libertad de movimientos (la prohibición o sometimiento a autorización de acceso a ciertas áreas protegidas), la libertad de residencia, la libertad de reunión (por medidas de lucha contra el ruido), el derecho a la igualdad (por medidas de ordenación del territorio que puedan originar discriminaciones), el derecho a la familia (por políticas natalistas derivadas de preocupaciones ambientales), el derecho al desarrollo, el derecho al trabajo y el derecho a la propiedad (113).

Nuestro Tribunal Supremo ha tenido la ocasión de pronunciarse en uno de estos supuestos de colisión, inclinándose por la prevalencia del derecho al medio ambiente. En la STS de 30 de abril de 1979, Ar 1.594 (Sala 4.ª, Ponente BOTELLA TAZA), el T.S. en un caso relativo a la denegación de la solicitud de ampliación de una industria elaboradora de tripas situada en Valencia, considerada como actividad molesta por el nomenclátor del R.A.M.I.N.P. (clasificación 201-24), ha afirmado que

(113) *Le droit à l'environnement dans ses rapports avec les autres droits de l'homme*, en *Environnement et droits de l'homme*, UNESCO, Paris 1987, pág. 94-95. Es importante tener en cuenta, como señala ALI MEKOUAR, que las relaciones del derecho al medio ambiente con otros derechos no sólo son de colisión, sino que pueden y deben ser de enriquecimiento recíproco (*vid. op. cit.*, págs. 95-100).

corresponde a la Administración Pública la protección del medio ambiente y el mismo no puede ser enervado por razones de política social o económicas o de fomento del empleo:

«Que la parte alegante aduce, como último motivo de impugnación de la sentencia, la preterición en ésta del perjuicio que al empleo de trabajadores ocasiona el acto desestimatorio de la Autoridad municipal, cuestión metajurídica que ni siquiera alcanza valor hermenéutico a efectos de promover decisiones favorables a licencias de industrias molestas en las que subyace el aprovechamiento de plus valías de ubicación en zonas residenciales a costa del derecho del ciudadano a un medio ambiente adecuado cuya protección incumbe a la Administración pública; sin que razones de política social, no previstas expresamente en el Reglamento antes citado y a las que confiere otra clase de soluciones el Ordenamiento jurídico, puedan enervar aquel derecho de los administrados ni desviar el fomento del empleo hacia medidas antijurídicas y encubridoras de privilegios empresariales».

V. ALGUNAS IMPLICACIONES DE ESTA CONCEPCIÓN. LA CONFIGURACIÓN DE LOS ATENTADOS AMBIENTALES COMO DAÑOS PÚBLICOS: DE LA POLICÍA DEMANIAL AL DAÑO PÚBLICO AMBIENTAL

A) *El derecho subjetivo de disfrute al medio ambiente como derecho susceptible de posesión y de protección interdictal.*

El derecho subjetivo al medio ambiente adecuado es un derecho de disfrute. La Constitución en su artículo 45 reconoce el derecho de todos «a disfrutar» de un medio ambiente adecuado». Siendo «la cualidad que a la persona confiere el hecho de ser sujeto de un derecho subjetivo» su «titularidad», Díez PICAZO Y GULLÓN distinguen entre titularidades plenas, de disfrute, representativas o de gestión, fiduciarias y plurales (114). Pues bien, la titularidad del derecho al medio ambiente es de disfrute y es plural. Es de disfrute porque otorga al sujeto únicamente el goce del derecho, pero se reconoce la titularidad dominical a otra persona (existen bienes ambientales de propiedad privada) (115). No podría ser de otro modo: los bienes ambientales son *res communes omnium*, no

(114) *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, séptima edición, Ed. Tecnos, Madrid 1990, pág. 443.

(115) En la doctrina italiana LUCA VOLPI concibe en términos parecidos el derecho a un medio ambiente adecuado. Para LUCA VOLPI el derecho a un medio ambiente es un derecho público subjetivo que se configura «al menos como el derecho de cada uno a disfrutar de un medio ambiente sano y salubre» (*Diritto all'ambiente: Note generali su alcuni aspetti procedurali e sostanziali*, «Rassegna di Diritto e Tecnica Dell'Alimentazione» núm. 4 1990, pág. 395).

siendo posible su enajenación o alteración en beneficio individual. Al sujeto solo se le reconoce una titularidad de disfrute. La titularidad del derecho es también plural porque ese derecho pertenece simultáneamente a cada uno de los miembros que forman la colectividad. Todos los derechos de goce o disfrute son derechos susceptible de posesión (116). La tutela interdictal es un instrumento poderoso de protección de este derecho por ser un mecanismo de protección eminentemente preventivo (117). La Doctrina ha propuesto la utilización de los interdictos posesorios como mecanismo de defensa del medio ambiente. Así lo han defendido, entre otros, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, ALONSO PÉREZ, LACRUZ, GONZÁLEZ ALEGRE, ROCA JUAN, SANTOS BRIZ, etc. (118). Pero el planteamiento nuestro es distinto. La doctrina civilista habla de tutela posesoria frente a inmisiones nocivas a las personas o a las cosas. También la jurisprudencia ha seguido esta orientación (119). Es decir, se tutela la

(116) Como señala el Prof. JORDANO BAREA, «la apariencia provisional de derecho en que la posesión consiste se ciñe al campo de los derechos de cosas (propiedad, usufructo, uso, habitación, ciertas servidumbres, censo enfiteútico, superficie, prenda, anticresis) o de algunas relaciones obligatorias (arrendamiento, comodato, trasporte, depósito) que, en definitiva, recaigan sobre las cosas del mundo exterior y que permitan un ejercicio de facto con cierta estabilidad o duración, semejante a la de los derechos reales». En la doctrina, se ha llegado a defender la aplicación de la tutela posesoria a los derechos fundamentales (LOIS); JORDANO BAREA se ha mostrado contrario a la extensión a estos derechos por gozar de la garantía especial de la LPJDFP. Cfr. *Posesión y Propiedad*, Homenaje a Angel Olavarría Tellez, Tomo VI, Academia Sevillana del Notariado, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1992, págs. 334-335. En el caso del derecho de disfrute al medio ambiente esta garantía sólo existe de modo reflejo, por lo cual conceptualmente y teleológicamente la extensión se halla plenamente justificada.

(117) Y es que como señalaba hace casi dos décadas DENTI, «la protección de los intereses colectivos presenta un problema central: la necesidad de una tutela de urgencia, que opere la restauración inmediata de los intereses dañados, sin la cual la máquina del proceso funcionaría inútilmente» (Introducción al volumen colectivo *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, CEDAM, Padova 1976, pág. 19).

(118) Según ALONSO PÉREZ dado que la posesión no sólo es la tenencia de una cosa, sino también el disfrute de un derecho «no debe existir inconveniente en otorgar la tutela interdictal a quien se vea inquietado en su *ius vel facti possessio* por ruidos, gases, trepidaciones y demás inmisiones que excedan de la normal tolerancia según el uso del lugar y las sanas reglas de equidad», *Las relaciones de vecindad*, «Anuario de Derecho Civil» Tomo XXXVI, abril-junio 1983, pág. 396. Para un resumen de estas posiciones doctrinales vid. PARRA LUCÁN, *La protección del medio ambiente. Orientaciones de la jurisprudencia civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, págs. 156-160.

(119) PARRA LUCÁN que ha analizado la jurisprudencia civil sobre la tutela posesoria frente a las inmisiones (STS de 1 de diciembre de la Audiencia Provincial de Badajoz, STS de 5 de diciembre de 1967 de la Audiencia Territorial de Granada) estima que la perspectiva presente en estos pronunciamientos es la de la protección de la propiedad o de la posesión de bienes privados (no la tutela del medio ambiente como bien jurídico autónomo). En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de noviembre de 1974 (núm. 15 en la Compilación del Ministerio de Justicia), en la que el Tribunal juzga-

situación posesoria de la propiedad o de las personas con ocasión de los daños o agresiones al medio ambiente. Pero, lo importante no es el despojo de la posesión de bienes privados. Lo importante es el despojo de la posesión del derecho fundamental al medio ambiente. La perspectiva de la protección de los bienes privados no deja de ser miope ¿Qué interesa más a la sociedad: la protección de la posesión de un bien privado o la protección de un derecho de disfrute sobre un bien jurídico de titularidad colectiva?

La tutela interdictal «refleja» tiene importantes limitaciones. Así, ésta no funciona en los supuestos de agresiones al medio ambiente en los que no existan consecuencias sobre el patrimonio privado. Por ejemplo, si las inmisiones son sobre el mar territorial pero no afectan a cultivos no cabría la utilización del interdicto. De otro lado la tutela interdictal «refleja» queda en manos de la diligencia de los afectados en la protección de sus bienes restringiendo de forma considerable el ámbito de personas legitimadas para la tutela posesoria. Resulta difícil encajar un mecanismo de tutela civil para la protección de un bien jurídico co-

do afirmó que «no parece posible que hoy la belleza del paisaje pueda ser defendida por un interdicto privado de obra nueva, pero en el momento actual la pureza del ambiente, la tranquilidad, el silencio y el transitar sin agobiantes aglomeraciones... son bienes patrimoniales que la economía moderna tiene especialmente en cuenta y valora en dinero». El comentario a esta sentencia de PARRA LUCÁN merece transcribirse íntegramente: «Ciertamente, no se puede hablar a partir de este interdicto, de ninguna especie de acción pública fundamentada en la protección del medio ambiente. La sentencia, en efecto, en ningún momento pierde de vista la condición de los accionantes como propietarios y, por tanto, sitúa la protección interdictal en el marco del derecho de propiedad. Pero estas observaciones no desmienten a mi juicio, el interés de esta sentencia. No sólo porque admite el interdicto entre el sistema de medidas que garantizan el cumplimiento de las normas urbanísticas, o porque no se ampara en la existencia de una licencia para negar la protección interdictal al dañado, sino también por la argumentación que permite considerar que la alteración de las condiciones ambientales afecta a la posesión de las cosas propias» (PARRA LUCÁN, *op. cit.*, pág. 160-161). La posición jurisprudencial sólo es justificable desde la fecha del pronunciamiento (anterior a la Constitución). La posición de PARRA LUCÁN no goza de esa disculpa. Da la impresión de que PARRA LUCÁN «tema» las consecuencias de planteamientos como el nuestro. No se trata de «hablar a partir de este interdicto, de ninguna especie de acción pública fundamentada en la protección del medio ambiente», posibilidad que PARRA LUCÁN niega. Se trata de poner al servicio de un derecho constitucionalmente reconocido y garantizado una técnica de protección preventiva en coherencia con la naturaleza de la situación jurídica de la persona respecto de su entorno. Como ha dicho CORASANITI o más recientemente GASPARI CASARI refiriéndose a derecho al medio ambiente, «la exigencia de tutela plena y efectiva de las situaciones jurídicas subjetivas reconocidas y garantizadas por el ordenamiento es la que demanda el reconocimiento de una acción dirigida a prevenir la verificación de una lesión, ya sea a través de la prohibición de la actividad que se presume potencialmente dañosa (inhibitoria negativa), ya sea a través de la imposición de las cautelas oportunas (inhibitoria positiva)» (*Osservazioni e proposte in tema di tutela giurisdizionale del diritto alla salute e alla salubrità dell'ambiente*, «Archivio Giuridico», Vol. CCL, Fasc. 1 1982, pág. 483).

lectivo: ¿es susceptible de posesión la atmosfera? ¿es susceptible de posesión la tranquilidad? ¿es susceptible de posesión el hábitat de una especie en peligro de extinción?. Estas dificultades se vencen a través de la consideración de la situación jurídica de la persona respecto de su entorno como un derecho subjetivo de disfrute. Si nos movemos en esquemas diluidos tales como intereses colectivos, legítimos o difusos esta protección se hace imposible. Los interdictos en defensa de este derecho son posibles tanto *inter privatos*, como frente a la Administración (argumento *ex art. 103 LPA*). Ciertamente cabría oponer como objeción de peso la insusceptibilidad de posesión de los bienes de dominio público (el agua, las costas, etc.). Los arts. 437, 460.4 y 1936 del Código civil imponen esa solución pues «sólo pueden ser objeto de posesión las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación (art. 437), y la posesión se pierde «Por destrucción o pérdida total de la cosa, o por quedar esta fuera del comercio» (art. 460.3). El art. 1936 reitera estas ideas al establecer que «son susceptibles de prescripción todas las cosas que están en el comercio de los hombres». Casi nada. Bajo la regulación anterior, que admitía la desafectación tácita era posible mantener la susceptibilidad de posesión de los bienes de dominio público y tal posesión no planteaba problemas (120). Hoy desaparecida esta posibilidad (*ex art. 81 LRBRL*), la situación es distinta, y más compleja. Sin embargo, el obstáculo es fácilmente superable directa o indirectamente. Así, puede sostenerse la admisibilidad por nuestro Derecho de la posesión de los bienes de dominio público *uti socius*. Estos es, lo que prohibiría nuestro ordenamiento sería la *possessio ad usucapionem*. La posesión en beneficio propio. Esto explica por qué los bienes de dominio público son recuperables de oficio. La Administración recupera por sí misma y sin sujeción a plazo alguno la posesión de los bienes de dominio público frente al despojo ocasionado por terceros (art. 82 a) de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local y (art. 70 y 71 de Real Decreto 1372/1986 de 13 de junio de Bienes de las Entidades Locales). El art. 71 habla expresamente del «procedimiento para la recuperación de la posesión». Luego las reglas del Código civil no son universales y no impiden la posesión *en todo caso* de los bienes de dominio público sino sólo en los supuestos en los que se atenta contra su afectación a fines de interés general. El ciudadano titular de un derecho al medio ambiente se encontraría respecto a los bienes de dominio público en la misma situación que la Administración. Y por ello es forzoso admitir la posesión de un derecho con incidencia sobre las cosas del exte-

(120) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Dos estudios sobre la usucapión en el Derecho Administrativo*, Estudios de Administración, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1955, especialmente, págs. 122-129.

rior susceptibles de posesión *uti socius*. Si no se admite este planteamiento directo, es obligado admitir alguno de los siguientes. Si se acepta que la consideración de la situación jurídica de la persona respecto de su entorno es un derecho subjetivo o un interés legítimo, entonces con este título legitimador bajo el brazo es posible instar de forma directa la tutela posesoria de la Administración respecto de los bienes de dominio público (121). Incluso negando la existencia de un derecho subjetivo o un interés legítimo el mecanismo puede funcionar en el marco de una interpretación restrictiva e inconstitucional de nuestro ordenamiento. Las Asociaciones *ex art. 7.3 LOPJ* y a la luz de la jurisprudencia ambiental del Tribunal Supremo estarían legitimadas para instar la recuperación de oficio. Respecto de los bienes patrimoniales de la Administración cualquier ciudadano transcurrido el plazo de un año a contar desde el día siguiente a la usurpación podría, en virtud de la legitimación por sustitución *ex art. 68 LRBRL*, instar la recuperación de oficio de dichos bienes. La importancia de este mecanismo de protección deriva de la debilidad de la protección del derecho al medio ambiente. Hemos visto como sólo cabe una protección refleja de este derecho a través de la protección jurisdiccional o del recurso de amparo. La protección interdictal es directa, autónoma y de eficacia preventiva. De admitirse esta tesis por los Tribunales (y esta admisión la impone nuestro ordenamiento) el derecho al medio ambiente dejará de ser una quimera para convertirse en realidad efectivamente tutelable.

B) *La configuración de los atentados ambientales como daños públicos: De la policía demanial al daño público ambiental.*

Una de las dificultades que suelen aducirse oponiéndose a la construcción del derecho al medio ambiente como derecho subjetivo es su «momento ablacional». En este sentido, se suele afirmar —así lo hace MARTÍN MATEO— que las «dificultades surgen a la hora de ponderar la posible existencia de derechos subjetivos autónomos, es decir, entroncados directamente con la Constitución, o de admitir posibilidades reactivas ante conductas ajenas antijurídicas pero que no afectan inmediata-

(121) QUIROGA LAVIE, siguiendo a CANO ha expresado como uno de los principios que deben regular el dominio público ambiental «el principio del amparo ambiental para la protección de los recursos naturales» en virtud del cual «deben establecerse acciones públicas tendentes a impedir los daños en el medio ambiente o a obtener la realización de las medidas dirigidas a repararlos» (*Los derechos públicos subjetivos y la participación social, cit.*, pág. 211). En otro pasaje de su obra, QUIROGA LAVIE llega a afirmar la existencia en manos de la sociedad de «un derecho público subjetivo sobre el dominio público» (*op. ult. cit.*, pág. 101).

mente en la propiedad o en la salud a quienes reclaman la inhibición o paralización de estas conductas y que sólo les implican lejanamente en cuanto miembros de una amplia colectividad que puede ser afectada por las acciones combatidas» (122). También SERRANO MORENO de forma tajante afirma: «el derecho al ambiente no es el reconocimiento de una esfera de intereses propios, de un conjunto de facultades tuteladas por el derecho objetivo; y por ello, sobre la base de las instituciones jurídicas tradicionales, ni aparece con claridad el ámbito exacto sobre el que debe recaer la tutela, ni los particulares se hallan siempre legitimados para reclamar la tutela de un derecho que se encuentre vinculado a su esfera individual de manera directa» (123). De estos anteriores posicionamientos admitimos como irrefutable la preocupación o acusación que encierran, esto es, que la afirmación del medio ambiente como derecho subjetivo no dejaría de ser un mero *desideratum* si se fracasase en la explicación del «momento ablacional».

1. Posiciones doctrinales que niegan la posibilidad de la construcción de los daños ambientales autónomos como daños públicos.

Varios autores en nuestra doctrina han negado la posibilidad de la construcción de un mecanismo de reparación de los daños ambientales autónomos. Así, LÓPEZ MENUDO, en base al art. 40.2 de la LRJAE de 1957 que exige la efectividad y la individualización del daño (el actual art. 139.2 de Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas), afirma la inidoneidad del instituto de la responsabilidad (124). A pesar de la impecable lógica desde el punto de vista jurídico-administrativo no creemos correcta esta afirmación. Como veremos las leyes ambientales han previsto una responsabilidad civil por daño ambiental autónomo. Y la Administración puede ser tan responsable de los mismos como los ciudadanos, pudiendo ser condenada por la jurisdicción civil, penal y contencioso-administrativa a reparar los daños causados (la Administración como poder público está sometida a la Constitución y a las leyes: art. 9 y 103 CE). No se comprende por qué los particulares podrían ser responsables por daños ambientales autónomos y la Administración no. El RDL sobre evaluación de impacto ambiental prevé la reparación de los daños ambientales ocasionados por las actuaciones públicas o privadas que estando sometidas a su régimen hayan

(122) *Tratado de Derecho Ambiental, Vol. I, cit.*, pág. 144.

(123) *El Derecho subjetivo al ambiente, cit.*, pág. 105.

(124) *El derecho a la protección del medio ambiente, cit.*, pág. 198.

omitido la realización de la evaluación de impacto ambiental ¿Es defendible la exclusión de la aplicación de esta norma a los proyectos públicos?

Incluso si no se admite que el derecho al medio ambiente es un derecho subjetivo esta responsabilidad, caso de dimanar de la actuación de una Administración, podría ser exigida mediante la acción popular penal o la consagrada por la Ley de Costas en el Derecho Estatal. Y de seguirse la tesis de LÓPEZ MENUDO (acción popular sin expreso reconocimiento por las leyes, o la nuestra (acción popular como mínimo), en todos los casos. Y es que la responsabilidad regulada en la LRJAE (o en la nueva Ley) no contempla todos los supuestos de responsabilidad de la Administración. Esta afirmación es válida incluso en el ámbito de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Como vamos a comprobar a continuación, las leyes ambientales han previsto una responsabilidad civil por daños ambientales autónomos dilucidable ante la jurisdicción contencioso-administrativa. No puedo probar que esto se haya experimentado con éxito ante dicha jurisdicción. Si pudiera, esta tesis no sería necesaria. Pero sí puedo poner un ejemplo en la jurisprudencia de responsabilidad por daño ambiental de una Administración frente a otra. Es la STS de 3 de marzo de 1989 (Sala 3.ª, sección 3.ª, Ponente PÉREZ GIMENO, Ar. 2.061). En ella se condenó al Ayuntamiento de Jerez de la Frontera por daños ambientales conforme a Reglamento de Policía de Aguas de 14 de noviembre de 1958, como consecuencia de la determinación ejecutoria de los daños al dominio público hidráulico realizada por la Comisaría de Aguas del Guadalquivir. Si una Administración puede ser responsable por daños autónomos ambientales frente a otra ¿Por qué no habría de ser igualmente responsable frente a terceros titulares de un derecho de disfrute al medio ambiente adecuado?

Hemos afirmado que el Derecho ambiental es una rama autónoma en formación. Aquí tenemos una prueba: el ordenamiento administrativo repliega sus principios en beneficio de los de otra rama. La explicación de esta responsabilidad no es otra que el principio «quien contamina paga» y el art. 45.3. CE («Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos en los que la Ley fije, se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado»). Y no se olvide la Constitución como norma jurídica vincula a los poderes públicos.

Negar la posibilidad de que la Administración pueda ser responsable por los daños ambientales autónomos, además de permitir la ablación del derecho de disfrute al medio ambiente de los ciudadanos, iría en contra del principio de responsabilidad y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Sería algo así como poner en manos

de la Administración una patente de corso para la agresión a un bien jurídico colectivo. También DELGADO DE MIGUEL niega la posibilidad de la construcción del daño ambiental en nuestro Derecho. Su argumento es la falta de legitimación de los ciudadanos para la reclamación del mismo. En su opinión solo cabe el ejercicio de la acción por daños ocasionados por un particular o por la Administración a la colectividad cuando la parte demandante acredite que ha sido afectado: El argumento en sede civil deriva de la excepción dilatoria del art. 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sin embargo, no parece que DELGADO DE MIGUEL haya tenido en cuenta el daño ambiental en la acepción que aquí se ha propuesto. Su construcción se acerca más a la responsabilidad civil derivada de las agresiones al medio ambiente (los daños colaterales) que a los daños ambientales autónomos (125).

MARTÍN MATEO, pionero de los estudios de Derecho ambiental en España, niega a la luz de la sentencia del Tribunal Supremo alemán de 10 de diciembre de 1987 la posibilidad de la construcción de la responsabilidad por daños ambientales autónomos (126). El Tribunal Supremo federal (BGH) en esta sentencia no consideró responsable civil al Estado por los daños forestales provocados por la lluvia ácida generada por la industria privada (127). La acción fue suscitada por un propietario de una explotación forestal de 54 hectáreas en la Selva negra. Lo cierto es

(125) *Derecho Agrario ambiental. Propiedad y ecología*, Ed. Aranzadi, Madrid 1992, págs. 298-299. En esta línea QUINTANA LÓPEZ estima que la legitimación es un límite a la construcción los daños públicos autónomos. Este autor cree que «el proceso resarcitorio no puede ir más allá, los límites que imponen la legitimación hacen de éste un instrumento de tipo individual, apto para resolver conflictos entre vecinos, inadecuado, en consecuencia para ofrecer soluciones al problema ambiental si no es a través de efectos simplemente directos (*La repercusión de las actividades mineras en el medio ambiente*, Ed. Montecorvo, Madrid 1987, pág. 215).

(126) *Vid. Tratado de Derecho ambiental, Vol. I, cit.*, pág. 148.

(127) Un amplio comentario y resumen de esta sentencia ha sido realizado por ALBIEZ DOHRMANN en *La protección del medio ambiente o el derecho a contaminar* «Anuario de Derecho Civil», Tomo XLIII, fascículo IV, octubre-diciembre 1990, págs. 1.215-1.244. Desde una perspectiva publicista, y examinando los previos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, la cuestión ha sido examinada por MONTORO CHINER en el estudio *Inactividad y Responsabilidad administrativa del Estado legislador por la «muerte de los bosques»*. *La cuestión de la causalidad*, en *Gobierno y Administración en la Constitución*, Vol. II, Dirección General de Servicio Jurídico del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1988, págs. 1.141-1.173. En el ordenamiento alemán existe una Ley relativa a la responsabilidad en materia de medio ambiente de 10 de diciembre de 1990 (*Umwelt-haftungsgesetz*) pero sólo contempla la responsabilidad por muerte, violación de la integridad física o de la salud o el deterioro de los bienes privados según su art. 1 (*vid. BREITENSTEIN, La loi allemande relative a la responsabilité en matière d'environnement: Pierre angulaire du droit de l'environnement?*, «Revue Jurique de l'environnement», núm. 2, 1993, págs. 233).

que la decisión del Tribunal ha sido objeto de una profunda crítica dentro y fuera de nuestra fronteras. Se ha dicho, y no sin razón que la decisión estuvo condicionada por las repercusiones económicas de la misma (128). La S. de 10 de diciembre de 1987 no resolvió la cuestión desde las estructuras jurídicas.

Además, MARTÍN MATEO niega la idoneidad del instituto de la responsabilidad como instrumento de tutela de los bienes ambientales. Las razones que aduce ciertamente son de peso (129). Analicemos estas razones y veamos su posible réplica: 1) La posibilidad del traslado al Estado de esta responsabilidad en última instancia en función de su *culpa in vigilando*. Esta posibilidad ciertamente esta respaldada por la jurisprudencia contencioso-administrativa que consagra hoy en día la responsabilidad de la administración por *culpa in vigilando*. Pero caben objeciones a la objeción: a) En primer término la Administración sin necesidad de *culpa in vigilando* puede ser la causante de los daños. Es decir, que la Administración puede ser responsable directo de daños ambientales autónomos. Si no se admite la existencia de responsabili-

(128) Así, ALBIEZ DOHRMANN cree que «de las consideraciones del Tribunal se desprende claramente la insuficiencia de la actual Ley Federal de Protección de inmisiones (BImSchG) cuando no tiene en cuenta la responsabilidad del Estado, el cual, sin embargo, autoriza inmisiones también con efectos contaminantes. El Estado queda fuera del principio 'quien contamina paga' a pesar de su intervención en la contaminación al autorizar inmisiones dañinas. El Tribunal no se atrevió a asumir un papel que en otras ocasiones tiene muy asumido: el de complementar el ordenamiento jurídico. La falta de una cobertura legal no tiene por qué ser óbice para estimar la pretensión del actor cuando existe un daño tan manifiesto, cual es la destrucción paulatina pero segura de los bosques, provocada por las lluvias ácidas, las cuales tienen su origen en inmisiones contaminantes que han sido autorizadas por el Estado» (*La protección del medio ambiente o el derecho a contaminar*, cit., pág. 1.228). De forma contundente CABANILLAS SÁNCHEZ afirma: «la decisión se basó más en razones jurídico-políticas (sobre las arcas del Estado Federal recaería la compensación económica de los daños, existiendo la amenaza de reclamaciones por valor de millones de marcos), que en razones jurídico-dogmáticas» (*La responsabilidad por daños ambientales según la jurisprudencia civil*, en *Estudios de Derecho civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis LACRUZ BERDEJO*, vol. I, Bosch editor, Barcelona 1992, pág. 215). En la doctrina alemana, según REHBINDER, HIPPEL, VON DÖRNBERG y EBERSBACH, entre otros, estiman que el Estado está obligado al resarcimiento de los daños forestales. Obsérvese que en esta sentencia se trataban daños inferidos al patrimonio privado. No se planteaba el resarcimiento del daño ambiental instado por un tercero o una asociación ecologista, posibilidad que niega REHBINDER a la luz del ordenamiento vigente en Alemania, que sólo otorga legitimación al propietario. Para REHBINDER el sistema es insuficiente y debiera ser superado a través del reconocimiento legal del derecho a un ambiente adecuado «que protegería intereses que no están bajo la exclusiva esfera individual» (*Il danno ambientale come danno economico e giuridico: Repubblica Federale di Germania*, en *Ambiente, Economia, Diritto*, a cura di Amadeo POSTIGLIONE, Maggioli Editore, Rimini 1988, págs. 216-218).

(129) Vid. *Tratado de Derecho ambiental*, Vol. I, cit., págs. 173-174.

dad, y esto ya lo hemos dicho, pondríamos en manos de la Administración una patente de corso para la agresión a un bien jurídico colectivo. b) En segundo término cabría mantener la ruptura del nexo causal en estos supuestos en función de la intervención del tercero. Ello lo impone una buena comprensión del instituto de la responsabilidad, y desde luego también, el principio «quien contamina paga». c) En tercer lugar cabría reducir la responsabilidad por *culpa in vigilando* a los supuestos en esta haya sido la causa determinante de los daños (no cabe exigir responsabilidad a la Administración por incumplimiento de un deber de vigilancia imposible de cumplir). d) En cuarto lugar no es indeseable que la Administración sea responsable subsidiariamente o incluso solidariamente sin perjuicio del derecho de repetición (como impone el régimen jurídico de los daños ambientales autónomos) puesto que la *culpa in vigilando* de la Administración no exime de responsabilidad a los causantes directos del daño en estos supuestos. No es indeseable, porque de admitir lo contrario, los supuestos de insolvencia o de dificultades de imputación los daños ambientales quedarían sin restauración que es lo que interesa evitar. e) En quinto lugar la «imputación» global a la Administración de la responsabilidad por daños ambientales autónomos es una deformación del elemento fundamental de la responsabilidad objetiva (el nexo causal), que tiene sus soluciones (130).

2) Las dificultades de individualización de los agentes agresores en supuestos como la lluvia ácida, el tráfico urbano y los vertidos múltiples. Esta es una de las objeciones más serias que pueden hacerse a la construcción de los daños ambientales como daños públicos. Sin embargo estos problemas no están siempre presentes, pues en muchos supuestos los sujetos autores de los daños ambientales son plenamente identificables. Es un problema de prueba. Los daños causados por contaminación industrial en ríos, aguas continentales o marinas pueden ser identificables a través de programas de control del tipo *self-monitoring* existentes en el Derecho ambiental americano (en la *Clean Water Act* y en la *Clean Air Act*). Respecto al tráfico urbano u otro tipo de contaminaciones o agresiones ambientales en masa la respuesta a la objeción de MARTÍN MATEO se hace más difícil (y es que no se puede poner mejor objeción que ésta). La objeción de MARTÍN MATEO es de peso porque pone a prueba el sistema de resarcimiento de los daños ambientales autónomos. Si uno los provoca y no es responsable, entonces la teoría no funciona. O mejor dicho, no funciona en determinados casos. Esto no es tan grave como pudiera en principio parecer. Cuando

(130) Vid. nuestro trabajo *La Responsabilidad de la Administración con ocasión de los daños al Medio Ambiente*, «R.D.U.», núm. 199, julio-agosto-septiembre 1990, págs. 101-104.

aquí se defiende la existencia de un régimen jurídico de los daños ambientales autónomos en nuestro ordenamiento no se pide que se abandone el resto de política legislativa ambiental preventiva y se sustituya por un sistema basado sólo en la reparación de los daños ambientales. Nadie en su sano juicio podría proponer tal cosa. La responsabilidad es un instrumento más al servicio de la política legislativa de protección ambiental. Y la CEE, Italia y EEUU la incluyen en su arsenal técnico jurídico. Dicho esto todavía no hemos contestado plenamente a la objeción de MARTÍN MATEO. Hace falta explicar por qué determinados daños ambientales no generan responsabilidad. Por qué no puedo demandar a mi vecino por los humos que legalmente emite, pero dañan mi derecho de disfrute al medio ambiente (si se admitiese esto ciertamente abriríamos la posibilidad de una guerra de demandas de contenido ambiental de todos contra todos). En estos supuestos no existe responsabilidad por varias razones. La primera es que los recursos naturales son por propia esencia consumibles. No admitir ello nos sitúa en posiciones ético-religioso-fanático-ecologistas que nadie puede aceptar, y desde luego, en ningún caso el ordenamiento jurídico de un país moderno. El medio ambiente es degradable. No toda degradación es antijurídica y genera responsabilidad. Así nuestro soporte vital «afecta al medio ambiente». Todo acto de consumo genera «daños» en el medio ambiente pero estos «daños» no generan responsabilidad porque no son antijurídicos. Se trata de actos de disposición o de consumo sobre recursos por naturaleza consumibles. Si el coche de mi vecino contamina más de lo permitido inundando la calle donde vivo de emisiones de humo y de ruido vulnerando lo dispuesto por la ley, entonces estoy en mi derecho de denunciarlo y de personarme como parte civil perjudicada pidiendo la reparación de la agresión antijurídica a mi derecho de disfrute sobre el medio ambiente. No todos los coches son como el del irresponsable de mi vecino. Permitir que le demande no es permitir la guerra de demandas ambientales de todos contra todos. Es simplemente permitir la posibilidad del restablecimiento de mi derecho de disfrute al medio ambiente garantizado por el art. 45 CE.

¿Por qué se puede responder incluso si se obra al amparo de licencias u autorizaciones (STS 30 de noviembre de 1990) o incluso de las normas? La razón es la idea de abuso de derecho (131). El art. 7.2 de Cc es terminante: «la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio

(131) Sobre la idea de abuso del derecho veáanse los estudios de MARTÍNEZ USEROS, *La doctrina del abuso del derecho*, Ed. Reus, Madrid 1947 y DIEZ-PICAZO, *Abuso del derecho y fraude a la Ley en el nuevo Título Preliminar del Código civil y el problema de sus recíprocas relaciones*, «Documentación Jurídica» 1974, núm. 4 octubre-diciembre, págs. 1.324-1.344.

antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso». Por eso al utilizar mi coche cumpliendo las normas no soy responsable. Por eso los dueños de la Central de Soto de Ribera o los de la Central Térmica de Cersc sí lo fueron de los daños causados en el patrimonio de los particulares y debieron haberlo sido de los daños ambientales autónomos.

¿Por qué no son antijurídicos todos los daños ambientales? Pues por varias razones. La primera la hemos expresado ya. El derecho al medio ambiente no es absoluto. La protección al medio ambiente tampoco. Históricamente la sociedad determinará cuales serán los daños admisibles mediante ley. Es como si la sociedad cediese su derecho en un pacto ambiental determinando cuales son los actos de disposición sobre los recursos naturales admisibles. El conocimiento científico y la posibilidad tecnológica tienen que ver con el nivel admitido en cada momento histórico. Dentro de veinte años, cuando existan coches eléctricos o catalizadores efectivos y baratos, el acto de disposición hoy permitido probablemente será antijurídico.

3) La necesidad de identificación territorial de los sujetos dañados a efectos de la legitimación. La objeción la rebate nuestra tesis: hemos demostrado que el derecho al medio ambiente es un derecho subjetivo. Cualquier sujeto persona física o jurídica, estaría legitimado. Dada la existencia de acción popular en múltiples supuestos, incluso si no se admite nuestra tesis principal la teoría de los daños públicos ambientales sigue funcionando en manos de los actores populares.

2. El daño ambiental en nuestro ordenamiento. Régimen jurídico y funcionamiento operativo.

Nuestro ordenamiento permite la explicación del momento ablativo del derecho a disfrutar de un medio ambiente y su reparación. Creo que el legislador de forma casi inconsciente y dispersa (a diferencia de otros ordenamientos, como el italiano, ha sentando las bases para la construcción del daño ambiental como daño público al arrastrar categorías clásicas (la policía demanial) (132) al marco jurídico constitucional

(132) Sobre la policía demanial pueden ver los estudios monográficos de E. RIVERO YSERN, *La responsabilidad civil frente a la Administración Pública*, «R.A.P.» núm. 73,

del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado (art. 24-45-art. 53.3 CE). Ya FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, en una de las obras fundamentales y pioneras de los estudios del Derecho ambiental en nuestro país, *El Medio Ambiente Urbano y las Vecindades Industriales*, propugnó, con una visión digna de todo elogio, el rescate de las técnicas de la policía demanial empleadas por el Reglamento de aterramiento e infección de aguas públicas de 16 de noviembre de 1900 (133).

Siguiendo el mandato del art. 45.3 CE, («Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos en los que la Ley fije, se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, *así como la obligación de reparar el daño causado*»), diversas normas ambientales (estatales y autonómicas) ha procedido a desarrollar el régimen jurídico de los daños al medio ambiente (de forma directa y con independencia de los daños reflejos producidos como consecuencia de las agresiones al medio ambiente). También en el ámbito del Derecho comunitario existe la intención de regular el régimen jurídico del daño ambiental. Estas intenciones de regulación de los daños ambientales se han plasmado en la propuesta de Directiva de 1 de septiembre de 1989 de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre la Responsabilidad civil a consecuencia de los daños y perjuicios causados al medio ambiente originado por los residuos y el «Libro Verde sobre Reparación del daño ecológico» (134).

enero-abril 1974, pág. 9-34 y de FONT I LLOVET (una minuciosa indagación histórica de la institución en nuestro derecho), *La protección del dominio público en la formación del Derecho administrativo Español: Potestad sancionadora y resarcimiento de daños*, «R.A.P.» núm. 123, septiembre-diciembre 1990, págs. 7-81.

(133) Decía así FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: «En mi opinión dichas técnicas pueden rendir importantes servicios en la actualidad si se generalizase la exigencia de prestación de caución ante la Administración para responder de los perjuicios que la actividad industrial pueda producir a la colectividad y, más concretamente, para responder de los daños no susceptibles de una individualización perfecta que permita su exigencia en vía civil por el particular afectado» (*El Medio Ambiente Urbano y las Vecindades Industriales*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid 1973, pág. 79). El planteamiento ciertamente es distinto a la relectura de la policía demanial que nosotros realizamos. En 1973 no había art. 45 CE.

(134) D.O.C.E. de 4 de octubre de 1989. Esta propuesta de Directiva también puede verse en «Actualidad Civil Legislación» núm. 10 octubre de 1989, págs. 587-595. La propuesta de Directiva de la Comisión dista de ser una regulación general del daño ambiental. En primer término regula solo la responsabilidad por daños ambientales producidas por residuos. No contempla los daños a recursos naturales producidos por otras actuaciones (incendio, talas abusivas, muerte de especies protegidas, etc.). En segundo término, no regula todos los daños producidos por residuos, pues el art. 2 excluye los residuos nucleares y los daños por hidrocarburos. Poco o nada aporta a la regulación de la Ley 20/1986 Básica de residuos tóxicos y peligrosos. Al hilo de la exposición del régimen jurídico de los daños ambientales examinaremos esta propuesta de Directiva. Un Documento

Pocos han sido los que ha caído en la cuenta de que los atentados ambientales producen normalmente estos dos tipos de daños (135). Lo cierto, es que como ha dicho el Prof. CLAVERO, los realmente relevantes son los primeros (136). Como hemos visto algunos autores han negado la resarcibilidad de los daños públicos ambientales. Frente a estas concepciones creemos en la posibilidad de la construcción en nuestro Derecho de un régimen jurídico de los daños ambientales autónomos. Las líneas fundamentales de este régimen jurídico pueden sintetizarse del siguiente modo:

a) Con independencia de las sanciones, los infractores están obligados a reparar los daños y perjuicios (art. 12 de la Ley 38/1972 de protección del Medio Ambiente Atmosférico, art. 12 de la Ley 42/1975 de Desechos y Residuos sólidos urbanos, art. 110.1 de la Ley de aguas, art. 95 de la Ley de Costas, art. 10 de RDL 1.302/1986 sobre Evaluación de impacto ambiental, que sólo preve multas coercitivas de cincuenta mil pesetas, art. 19 de la Ley 20/1986 Básica de Residuos Tóxicos y Peligrosos, art. 37 de la Ley 4/1989 de Conservación y art. 261

fundamental en el marco de la Unión Europea en materia de daño ambiental es la Comunicación de la Comisión de la CEE al Consejo y al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social (COM 93) 47 final, de 14 de mayo de 1993, denominado como «Libro Verde sobre Reparación del Daño Ecológico». Es un documento de análisis lleno de preguntas, opciones y valoración de alternativas. Este es sin duda un campo de acción futura del Derecho de la Unión. Las dificultades de la tarea (el difícil consenso en tan delicada materia y las divergencias existentes en los ordenamientos jurídicos de los distintos países miembros) hacen pensar que dicha actuación normativa se retrase en el tiempo. El Documento puede verse en la «RDA» núm. 11, 1993, págs. 139 a 177. Más generosa en cuanto a legitimación y alcance objetivo de la normación es la Convención de Lugano, adoptada el Comité de Ministros el 8 de marzo de 1993, y abierta a su firma desde el 21 de junio. El art. 2 de la Convención extiende su ámbito a todas las actividades que por su naturaleza puedan causar daños ecológicos ejercidas por personas públicas o privadas. El artículo 16 prevé que las asociaciones o fundaciones que estatutariamente tengan por objeto la defensa del medio ambiente puedan demandar el cese de una actividad peligrosa ilícita, medidas de prevención y *restitutio in pristinum* (vid. MARTIN, *La responsabilité civile pour les dommages à l'environnement et la Convention de Lugano*, «R.J.E.», núm. 2-3, 1994, págs. 123 y 126).

(135) Entre ellos cabe citar a CABANILLAS SÁNCHEZ, el mejor especialista del momento en materia de daños reflejos producidos con ocasión de atentados ambientales, y a MORENO TRUJILLO. Pese al indudable mérito que ostentan por ello, en la cuenta de su «debe» cabe anotar que han ignorado la regulación de los daños ambientales en la legislación ambiental y que no han sabido explicar su funcionamiento operativo. Así, por ejemplo, MORENO TRUJILLO llega a proponer de *lege ferenda* lo que nuestro ordenamiento ya permite, y desconoce en el seno del Derecho ambiental americano la *Natural Resources Damages Doctrine* (vid. *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, Bosch editor, Barcelona 1991, págs. 287-290).

(136) Conferencia de clausura del primer curso de Medio ambiente y Derecho organizado por el Instituto García Oviedo.

del RDL 1/1992 de 26 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la ley sobre el Régimen y Ordenación Urbana). Excepción a este régimen general son la Ley 81/1968 de incendios forestales (137) y la Ley del Patrimonio Histórico Español. La Ley del Patrimonio no prevé de forma expresa la independencia de la responsabilidad civil que puede generar la comisión de acción tipificada como infracción administrativa. El art. 76.2 establece: «Cuando la lesión al Patrimonio Histórico Español ocasionada por las infracciones a que se refiere el apartado anterior sea valorable económicamente, la infracción será sancionada con multa del tanto a cuádruplo del valor del daño causado». El art. 76.3 de esta Ley impone sanciones «para los demás casos» con multas de 10.000.000 a 100.000.000 de pesetas. De forma técnicamente errónea la Ley del Patrimonio Histórico no escinde las categorías de responsabilidad extracontractual/responsabilidad administrativa (sanciones impuestas por comisión de infracciones administrativas) fundiéndose aparentemente de forma conceptualmente absurda. El art. 76 sólo contempla la posibilidad de responsabilidad civil cuando las acciones son constitutivas de delito. Sin embargo, la responsabilidad civil es distinta, es otro concepto independiente y el art. 1.902 Cc es aplicable sin que sea necesaria la mención expresa por Ley especial (138). Lo triste es que esta circunstancia puede no haberse tenido en cuenta a la hora de cuantificar las sanciones, configurándose un marco abusivo que teóricamente permite una doble sanción-reparación en base a un único fundamento y objetivo.

b) Esta responsabilidad comporta la obligación de reponer las cosas a su estado anterior (art. 110.1 Ley de Aguas, art. 10 de RDL 1.302/1986 sobre evaluación de impacto ambiental, art. 19 de la Ley 20/1986 Básica de Residuos Tóxicos y Peligrosos, art. 95 de la Ley de Costas, art. 37.2 de la Ley 4/1989 de Conservación, art. 261.2 del RDL 1/1992 de 26 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la ley sobre el Régimen y Ordenación Urbana) (139). En el supuesto de

(137) No debe considerarse responsabilidad civil las medidas reconstructivas que determinan la Ley en sus art. 16 y 17 y el Decreto 3.769/1972 en sus art. 81 a 87. Estas medidas tienen por destinatario al propietario y no al infractor (vid. art. 84 y 85 del Decreto 3.769/1972).

(138) Así, GONZÁLEZ PÉREZ, autor que a la vista del régimen de la Ley de Aguas concluye: «Si la acción estuviera tipificada como infracción jurídico-administrativa, la imposición de la sanción será independiente de la procedencia del resarcimiento. El infractor incurrirá en responsabilidad administrativa —y se le impondrá la sanción correspondiente— y en responsabilidad civil— y vendrá obligado a indemnizar los daños y perjuicios» (*Comentarios a la Ley de Aguas*, Ed. Cívitas, Madrid 1987, pág. 1.088).

(139) La propuesta de Directiva de 1 de septiembre de 1989 de la Comisión de las Comunidades Europeas, sobre la Responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados al medio ambiente originado por los residuos, en su art. 4 establece que el demandante

que esta restitución o reparación sea imposible y cuando subsistan daños irreparables se deberán de abonar las indemnizaciones que la Administración determine ejecutoriamente (art. 100.1 de la Ley de Costas) (140). La responsabilidad es *solidaria* (141) en los supuestos en no sea posible determinar el grado de participación de las distintas personas que hubiesen intervenido en la realización de la infracción, sin perjuicio del derecho a repetir frente a los demás participantes, por parte de aquel o aquéllos que hubieran hecho frente a las responsabilidades (art. 15 de la Ley Básica 20/1986 de Residuos Tóxicos y peligrosos y 48 del Reglamento, art. 37. 3 de la Ley 4/1989 de Conservación, art. 325.2 del Reglamento de Domino Público Hidráulico y art. 266 del RDL 1/1992 de 26 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la ley sobre el Régimen y Ordenación Urbana). También la propuesta de Directiva de 1 de septiembre de 1989 de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre la Responsabilidad civil de los daños y perjuicios causados al medio ambiente originados por los residuos considera esta responsabilidad solidaria en su art. 5. Fuera de este régimen se sitúa el art. 179.3 del Reglamento de Costas que determina que «las obligaciones de restitución, reposición e indemnización serán exigibles en primer término al promotor de la actividad y *subsidiariamente* a los demás responsables». Nuestro Código civil sienta el principio de no presunción de la solidaridad en su art. 1.137. Sin embargo, como señala el Prof. JORDANO BAREA hoy «puede hablarse de una verdadera crisis del principio de la no presunción de la solidaridad. Existe un clima general cada vez más propenso a la solidaridad, con el declive del individualismo y el

podrá solicitar judicialmente la prohibición o cese del hecho generador del daño o perjuicios causados al medio ambiente, el reembolso de los gastos producidos por las medidas, la rehabilitación del medio ambiente reponiéndolo a su estado anterior a la agresión y la indemnización de los perjuicios. En fin el art. 19 de la Ley Básica 20/1986 mas las aportaciones de nuestra jurisprudencia y nuestro ordenamiento, que como hemos visto faculta a los Tribunales a imponer medidas tendentes a la evitación de futuros daños.

(140) El art. 100.2 de la Ley de Costas y el art 19.4 de la Ley Básica 20/1986 de Residuos Tóxicos y peligrosos disponen expresamente que «cuando los daños fueren de difícil evaluación, se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

- a) Coste teórico de la restitución y reposición.
- b) Valor de los bienes dañados.
- c) Coste del proyecto o actividad causante del daño.
- d) Beneficio obtenido con la actividad infractora.»

(141) Sobre este tema el más reciente estudio y mejor es, sin duda, el del Prof. JORDANO BAREA, *Las obligaciones solidarias*, «Anuario de Derecho Civil», Tomo 45, fascículo III, julio-septiembre 1992, págs. 847-874. Según JORDANO BAREA en las obligaciones solidarias, «la concurrencia de dos o más acreedores o de dos más deudores implica que cada uno de aquéllos tiene derecho a pedir o que cada uno de éstos debe prestar integralmente lo que es objeto de la obligación». Para una mayor precisión del concepto (vid. *op. cit.*, págs. 849-850).

auge del solidarismo económico, social y político» (142). Esta crisis ha hecho que en los ordenamientos más avanzados como el italiano o el alemán se haya implantado el principio contrario, especialmente en materia de responsabilidad extracontractual (143). Estas tendencias han sido recogidas por el T.S. que hoy afirma la solidaridad en la responsabilidad extracontractual generada por la comisión de un ilícito civil por una pluralidad de autores (144). Por todo ello, el art. 179.3 del Reglamento de Costas es simplemente absurdo.

c) Las indemnizaciones son determinadas ejecutoriamente por el Órgano sancionador (art. 110.1 de la Ley de Aguas, art. 19 de la Ley Básica 20/1986 de Residuos Tóxicos y peligrosos, art. 10 del Real Decreto Legislativo 1.302/1986 de Evaluación de impacto ambiental, art. 95 de la Ley de Costas e, implícitamente, el art. 37.2 de la Ley 4/1989 de Conservación). La propuesta de Directiva de la Comisión no contempla esta facultad de determinación ejecutoria.

En el marco de la policía demanial, E. RIVERO ISERN criticaba duramente esta potestad exorbitante por considerarla «un nuevo exponente del proceso de absorción de competencias del poder judicial por parte de la Administración», censurando que se hubiera producido no por vía legal sino reglamentaria y las consecuencias excesivamente gravosas sobre el patrimonio del perjudicado (sanción penal, sanción administrativa, resarcimiento de daños) (145). Hoy las cosas, a nuestro juicio, deben de valorarse de forma distinta. La materia, como hemos podido comprobar se ha «legalizado». En segundo lugar, en virtud de los principios constitucionales, el régimen jurídico de los daños ambientales excluye la posibilidad de doble sanción penal y administrativa. Y la posible concurrencia sanción penal/resarcimiento de daños, o sanción administrativa/resarcimiento de daños aparece plenamente justificada por la propia Constitución (no se debe olvidar que el art. 45. CE establece que «para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos en los que la Ley fije, se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado»). Por otro lado, esta compatibilidad sanción/resarcimiento es plenamente normal en nuestro ordenamiento penal y fundamento desde los primeros tiempos de nuestro sistema jurídico (la obligación de reparar el daño

(142) JORDANO BAREA, *op. cit.*, pág. 869.

(143) JORDANO BAREA, *op. cit.*, pág. 870.

(144) En este sentido JORDANO BAREA cita, entre otras, las STS 23 de diciembre de 1873, 2 de marzo de 1915, 8 de febrero de 1967, 20 de mayo de 1968, 20 de marzo de 1975, 10 de noviembre de 1981, 14 de noviembre de 1984, (*op. cit.*, pág. 868).

(145) E. RIVERO ISERN, *op. cit.*, págs. 33 y 34.

causado como expresión del deber de *non alterum laedere*). Si son graves las consecuencias en términos de reparación, también son graves y reprochables los atentados a un bien jurídico constitucionalizado y a un derecho fundamental (146).

En cuanto a la posible «absorción de competencias judiciales» hay que decir que ésta es inevitable, parcial e igualmente justificada. Es inevitable por el carácter revisor con carácter general de la Jurisdicción Contenciosa ¿qué acto sería el revisado si los particulares o la administración demandasen la reparación de los daños ambientales directamente ante dicha jurisdicción? Es parcial porque no genera un campo de soberanía absoluta en manos de la Administración. Y es que tras la Constitución esos campos han desaparecido (art. 9, 103, y 106 CE). Las decisiones de determinación ejecutiva de los daños ambientales son controlables ante la jurisdicción contenciosa-administrativa. El fin de la norma es claro (esto ya lo observó RIVERO ISERN) (147). Se trata de agilizar el sistema poniendo en este caso potestades exorbitantes (determinación ejecutiva, multas coercitivas, posibilidad de ejecución subsidiaria) al servicio de un bien jurídico constitucional y de un derecho fundamental. Ello es coherente y proporcional con el fin que se persigue, y además encaja en las funciones constitucionalmente encomendadas a la Administración (art. 45.2 «Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva»). Por eso esta «absorción» está plenamente justificada.

d) Esta responsabilidad puede ser exigida por vía de apremio (art. 110.2 de la Ley de Aguas, art. 110.1) (148). El acto de determinación

(146) Lo que no nos parece adecuado a la letra y al espíritu constitucional es que por los mismos conceptos (como sucede en materia de Patrimonio Histórico) se pueda sancionar administrativamente con finalidad declaradamente reparadora y a su vez exigirse responsabilidad civil.

(147) Textualmente afirma en la conclusión sexta de su estudio: «El sistema resarcitorio de daños es consecuencia de la lentitud de los procedimientos judiciales y de la resistencia de los Tribunales a condenar por responsabilidad extracontractual. La lentitud de los procedimientos judiciales ha motivado que, al igual que los particulares acuden al arbitraje, la Administración, en el tema que nos ocupa, haya recurrido a la autotutela» (*op. cit.*, pág. 33).

(148) Negando la evidencia (en osada *interpretatio contra legem*), GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA estima que «no parece que la Ley esté en lo cierto cuando —refiriéndose a las indemnizaciones— habla de vía de apremio, si se refiere al apremio administrativo. Aquí puede darse el apremio, pero el apremio judicial ordinario» (*Comentarios a la Ley de Aguas*, Publicaciones ABELLA, El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, Madrid 1985, pág. 223).

es ejecutable mediante ejecución subsidiaria y la imposición de multas coercitivas. Este es el régimen general de los art. 93 a 101 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Las leyes ambientales reiteran estas previsiones (así, el art. 10 del Real Decreto Legislativo 1.302/1986 de Evaluación de impacto ambiental, de 28 de junio, el art. 37.2 de la Ley 4/1989 de Conservación). De forma realmente criticable este planteamiento puede haber sido modificado, al menos aparentemente, por el art. 130.2 de la Ley 30/1992, que dispone que «Las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados *que podrán ser determinados por el órgano competente, debiendo en este caso, comunicarse al infractor para su satisfacción en el plazo que al efecto se determine, y quedando de no hacerse así, expedita la vía judicial correspondiente*». El precepto es absurdo porque en una interpretación no deseable, éste habría dinamitado la autotutela. Si un particular arrasa con una excavadora una autopista, la Administración tendría reconocida la potestad de determinación de los daños, pero este ¿acto administrativo? no sería directamente ejecutable, con lo cual la Administración habría de recurrir a la jurisdicción correspondiente para demandar por los daños. Brillante manera defender los intereses públicos ambientales o no. El precepto es salvable mediante la interpretación lógica como hacen PARADA VÁZQUEZ (149) y GARCÍA MANZANO (150) o bien mediante la conocida má-

(149) PARADA VÁZQUEZ ha criticado duramente este precepto. Y propone una interpretación que salva el resbalón del imprudente legislador. En su opinión «esta solución de impotencia administrativa en la ejecución de la resolución por la que se declara la responsabilidad civil del infractor puede estar justificada en aquellos casos en que el damnificado por el hecho infraccional es otro particular, lo que explicaría la remisión a la jurisdicción civil, pues se trataría de evitar la atribución a la Administración con motivo del expediente sancionador de una competencia arbitral o cuasi-judicial civil entre particulares. Sin embargo cuando se trata de daños causados al dominio público o a los bienes públicos por los particulares parece que debería haberse reconocido explícitamente esta facultad decisorio-ejecutoria como aparejada a la sanción, de la misma forma que el artículo 145.3 reconoce a la Administración la posibilidad de resarcirse de forma directa de los daños que en sus bienes o derechos les ocasionan las autoridades y funcionarios, actuándose de forma directa por la Administración competente en el propio expediente sancionador» (*De-recho administrativo*, Parte General, quinta edición, Marcial Pons, Madrid 1993, pág. 494). Esta opinión del autor también puede verse en su libro *Régimen jurídico de las administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Ed. Marcial Pons, Madrid 1993, págs. 391-392.

(150) Quien alberga dudas sobre si el art. 130.2 de la Ley 30/1992 supone un giro en el sistema administrativo de resarcimiento de daños y perjuicios, tanto a bienes demaniales como a los de titularidad de terceros particulares, ocasionados por conductas reprochadas

xima ya utilizada por nosotros en esta obra *Lex posterior generalis non derogat priori specialis*. Pero habría otros argumentos: 1) La reducción del art. 130.2 al procedimiento sancionador. Bien, en cualquier caso, subsistirían las facultades de determinación ejecutoria al margen del procedimiento sancionador, como las previstas en materia de evaluación de impacto ambiental donde no existen sanciones por falta de evaluación. 2) Del mismo modo, cuando el contenido de la sanción es la propia restitución como en materia de patrimonio histórico habría de entenderse no afectada tal facultad.

Lejos de estas sutilezas teóricas el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora aprobado por R.D. 1.398/1993 de 4 de agosto, en su art. 22 ha venido a zanjar cualquier interpretación no deseable en su art. 22:

1. Si las conductas sancionadas hubieran causado daños o perjuicios a la Administración Pública, la resolución del procedimiento podrá declarar

- a) La exigencia al infractor de la reposición a su estado originario de la situación alterada por la infracción.
- b) La indemnización de los daños y perjuicios causados, cuando su cuantía haya quedado determinada en el procedimiento.

2. Cuando no concurren las circunstancias previstas en la letra b) del apartado anterior, la indemnización se determinará mediante un procedimiento complementario, *cuya resolución será inmediatamente ejecutiva*. Este procedimiento será susceptible de terminación convencional, pero ni ésta ni la aceptación por el infractor de la resolución que pudiera recaer implicará el reconocimiento voluntario de su responsabilidad. La resolución del procedimiento pondrá fin a la vía administrativa» (151).

por sanción administrativa. En su opinión puede considerarse subsistente esta potestad entendiéndose referida la remisión a la vía judicial correspondiente para los supuestos en que el órgano competente para sancionar «no haya incorporado a la resolución sancionadora la determinación y exigibilidad al infractor de los daños y perjuicios por este ocasionados, pues tal determinación es una simple facultad. En estos casos, bien por que no esté clara la cuantificación del daño, bien porque aún existiendo infracción ésta haya prescrito y no se imponga sanción al infractor, si la resolución que pone fin al procedimiento sancionador no incluye la exigencia de los daños, concediendo plazo al infractor para el pago de la indemnización, sólo cabrá su exigibilidad ejercitando la acción correspondiente ante la jurisdicción del orden civil» ... «Ello no obstante, el precepto alberga cierta oscuridad...» (*Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo Común*, Libros Jurídicos Carperi, Madrid 1993, págs. 386-388).

(151) También la legislación ambiental autonómica posterior entiende subsistente la

e) En el supuesto de que las infracciones sean constitutivas de delito o falta la Administración debe pasar el tanto de culpa a la Jurisdicción criminal y se ha de abstener de proseguir el procedimiento sancionador mientras la Autoridad judicial no se haya pronunciado. La sanción penal excluye la sanción administrativa, Si no estima la existencia de delito o falta la Administración podrá continuar el procedimiento sancionador en base a los hechos que los Tribunales hayan considerado probados (art. 112 Ley de Aguas, art. 94.3 de la Ley de Costas, art. 20 de la Ley Básica 20/1986 de Residuos Tóxicos y peligrosos (152), art.40 de la Ley 4/1989 de Conservación). En este supuesto la jurisdicción competente para la determinación de los daños es la penal.

f) El plazo de prescripción para exigir la obligación de reponer las cosas a su estado primitivo o reparar los daños causados al dominio público es de quince años (art. 327 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico). Este plazo fijado reglamentariamente es de dudosa legalidad, pues la Ley de Aguas guarda un silencio absoluto sobre el plazo de prescripción aplicable (y se fija contradiciendo el plazo general de un año establecido para la responsabilidad extracontractual por el art. 1.968.2 Cc) (153). La Ley de Costas con deficiente técnica dispone en su artículo 92, párrafo segundo que «no obstante se exigirá la restitución de las cosas y su reposición a su estado anterior, cualquiera que sea el tiempo transcurrido». Si la responsabilidad por daños al medio ambiente es una responsabilidad extracontractual, a falta de determinación específica, tal como la establecida ilegalmente en el caso del derecho de aguas (la imprescriptibilidad de la Ley de Costas es algo que parece contrario a la seguridad jurídica), debe de aplicarse el plazo de prescripción general para este instituto del art. 1.968.2 Cc (un año) (154). Tanto la Ley 4/1989 de Conservación, la Ley Básica de Residuos

potestad de determinación ejecutoria de los daños (vid. art 118 de La Ley Catalana 6/1993 de 15 de julio reguladora de los residuos).

(152) Se adecua así la vieja técnica de la policía demanial, hoy daño público ambiental al ordenamiento constitucional. Como han afirmado GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Ni compatibilidad de sanciones, ni independencia en la prueba y en la calificación de unos mismos hechos (con prioridad absoluta para la apreciación judicial, como resulta obvio, por ser su potestad 'exclusiva': art. 117,3 de la Constitución) resultan, pues posibles, a nuestro juicio, tras la Constitución» (*Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, segunda edición, Ed. Cívitas, Madrid 1988, pág. 171).

(153) GONZÁLEZ PÉREZ a la vista del silencio legal (aunque sin tener en cuenta el plazo fijado reglamentariamente) se inclina por el plazo de prescripción de un año señalado por el art. 1968.2 Cc., salvo el supuesto en que la determinación de la indemnización se hiciese en el procedimiento sancionador, que en su opinión, sólo podría incoarse en tanto no hubiese prescrito la infracción administrativa (*Comentarios a la Ley de Aguas, cit.*, pág. 1.090).

(154) Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo niega la aplicabilidad del

Tóxicos y Peligrosos y su Reglamento, el Real Decreto Legislativo 1.302/1986 de Evaluación de impacto ambiental y su Reglamento, de 28 de junio, guardan un absoluto silencio sobre el plazo de prescripción aplicable. El plazo de prescripción cuando la responsabilidad por daño ambiental es dimanante de un delito es de un año (argumento ex art. 117 Cp). Este plazo no se computa mientras este en curso la causa penal. Sin embargo, según la jurisprudencia, si termina la causa penal con una sentencia condenatoria, que no se pronuncie sobre la acción civil, al haberse afirmado la existencia del hecho delictivo el plazo de prescripción es de 15 años (art. 1.964 Cc). Si el proceso penal termina con con pronunciamiento no condenatorio es plazo es de un año (155). La propuesta de Directiva de 1 de septiembre de 1989 de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre la Responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados al medio ambiente originado por los residuos contempla en su art. 9.1 un plazo de prescripción de tres años a partir de que la persona potencialmente demandante haya tenido o debiera tener conocimiento del daño o de los perjuicios causados al medio ambiente y de la identidad del productor. Sin embargo existe un límite temporal (para demandar, a pesar de que no se conociese el daño o el productor de éste). El derecho a recurrir a los Tribunales, según el art. 10, se extingue transcurrido un plazo de treinta años, salvo que en este período se haya ejercitado alguna acción.

g) El daño ambiental cuando los hechos causantes sean constitutivos de delito.

Al criticar la tesis negadora de LÓPEZ MENUDO (en realidad esta

plazo de prescripción previsto por el Código civil. En la Sentencia de 9 de junio de 1978 (Sala 3.ª, Ar. 2.866), Ponente ROLDÁN MARTÍNEZ) el T.S. ha afirmado que «siendo el dominio público inusucapible, no se puede hablar de que la responsabilidad administrativa a la reparación del daño causado por los infractores el Reglamento de Policía de Aguas prescriba o estaba prescrita al tiempo de declararse esta responsabilidad por la resolución recurrida, porque la obligación de restituir y reponer el tramo del cauce afectado al estado que tenía antes de los vertidos de materiales procedentes del lavado de áridos extraídos para la obtención de gravilla, no deriva del ejercicio de una acción civil de daños y perjuicios, sino de la Ley, el citado Reglamento de 1958, que atribuye a las Comisarias de Aguas la facultad de imponer a los contraventores la obligación de reparación equivalente a restituir el curso de las aguas del río al estado anterior y que no se altere el estado posesorio de los aprovechamientos de las mismas...». El argumento utilizado por el T.S. no se tiene en pie. ¿Puede una Ley (o un reglamento) variar la naturaleza de una institución? ¿Puede consistir una sanción administrativa la responsabilidad derivada de la comisión de la misma? A la Luz de la Ley del Patrimonio Histórico la respuesta es positiva. Ello no significa que esta respuesta sea correcta.

(155) FONT SERRA cita en este sentido la STS de 18 de junio de 1968, 11 de abril de 1973, 31 de marzo de 1981, 7 de enero de 1982 y 15 de noviembre de 1986 (*La acción civil en el proceso penal...*, cit., pág. 16).

crítica es extensible a todas las tesis negadoras) afirmamos que la consideración de la posición persona-bien jurídico ambiental como un mero interés era un obstáculo a la construcción de una noción unitaria del daño ambiental autónomo. Los esquemas privatistas no permitirían el ejercicio de la acción reparadora de estos daños por los ciudadanos y las asociaciones ecologistas (156). El art. 347 *bis* del Cp ha introducido en nuestro Derecho el delito ecológico (otros tipos penales también protegen o son aptos para proteger el bien jurídico ambiental como los delitos de riesgos: art. 348 *bis* b, incendios: art. 533 *bis* a, estragos: art. 554). En estos supuestos, además de la responsabilidad criminal, existe responsabilidad civil (art. 19 Cp: «toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente»). ¿Quién es el titular del derecho de resarcimiento de los daños ambientales autónomos? dicho de otro modo más técnico ¿quién es el agraviado (art. 104 Cp) o el perjudicado o damnificado? (157). Si defendemos que el derecho al medio ambiente es un auténtico derecho subjetivo, personas y asociaciones ecologistas, en cuanto titulares de ese derecho lesionado, son los perjudicados o damnificados (158).

(156) LACRUZ ha expresado esta realidad de la ausencia de tutela de los intereses difusos del siguiente modo: son «intereses cuya defensa por el individuo no ha tenido en cuenta la disciplina tradicional de la responsabilidad, pensada para resolver conflictos entre particulares propietarios o entre vendedor y comprador, faltando un instrumento de defensa —distinto de la Administración— frente a actos que lesionen el interés general» (*Elementos de Derecho Civil II*, vol. 1, *Parte general. Delito y cuasidelito*, segunda edición, Librería Bosch Barcelona 1985, pág. 485).

(157) HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ distingue con acierto ambas figuras, que pueden ser o no coincidentes: «la persona que recibe el daño penal se llama ofendido», «de dicho daño penal puede aparecer como perjudicado otra persona que reciba ese daño civil y que no sea la que ha recibido el daño penal», «el perjudicado civil es en definitiva el que recibe el agravio y el perjuicio civil» (*La Responsabilidad civil en el proceso penal*, Revista de Derecho Procesal, pág. 504). También FONT SERRA, autor del más completo estudio sobre la responsabilidad civil dimanante del delito distingue entre ofendido y perjudicado, (*vid. La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento procesal*, La Ley, Madrid 1991, pág. 27). Además de estos dos estudios sobre la responsabilidad civil derivada del delito puede verse a RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General*, quinta edición Madrid 1976, págs. 857-865 (con amplísima bibliografía en la pág. 859) y desde una perspectiva procesal ALMAGRO NOSETE, en *Derecho Procesal*, Tomo II, El Proceso Penal I, Tirant lo Blanch, Valencia 1987, págs. 198-199.

(158) ALONSO GARCÍA se ha mostrado favorable a la legitimación de las Asociaciones ecologistas para ejercitar la acción civil dimanante del delito. Para ALONSO GARCÍA «puesto que las acciones penales son acciones populares, no se puede negar el acceso a las asociaciones, por lo que éstas ejercitan la acción civil a través de los casos criminales. Aunque la petición de restauración fue considerada como un 'sueño' por el Tribunal en el primer juicio por delito ecológico, es asombroso observar cómo el Tribunal no denegó en absoluto la legitimación a la asociación en la cuestión de la responsabilidad civil. Probablemente caminamos hacia la separación de la legitimación, la acción y el remedio pero,

Interesante, y buen botón de muestra es la propuesta de Directiva de 1 de septiembre de 1989 de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre la Responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados al medio ambiente originado por los residuos. En su art. 4.3 faculta a «los poderes públicos» para ejercitar las acciones de prohibición o cese (en nuestro ordenamiento pueden hacerlo ejecutoriamente, por ejemplo art. 17.a de la Ley básica 20/1986 de Residuos), reembolso de gastos producidos por las medidas, y restauración; a las Asociaciones ecologistas, art. 4.4 «asociaciones colectivas de intereses» (se excluye en un nuevo corporativismo a los ciudadanos vulnerando los art. 24 y 45 CE) «si, de acuerdo con el Derecho de los Estados Miembros, estuvieren legitimadas para ejercitar ante los Tribunales acciones como demandantes» sólo se les faculta a instar el cese o prohibición del hecho generador de los perjuicios». Lamentable, absurdo y *cínico*. Porque el párrafo segundo, muestra de la mala conciencia de la Comisión, facultando a las Asociaciones a instar el reembolso en el supuesto de «restauración o adopción de medidas por las propias Asociaciones!!! Esto sólo puede calificarse de Derecho ambiental ficción. Imaginemos la contaminación por dioxina de cien hectáreas o la contaminación de un río. ¿Es realista pensar que una Asociación ecologista, que en España no tiene dinero ni para un abogado o un ordenador, que sufrague una restauración cuyo coste puede ser de miles de millones de pesetas?

si la legitimación se admite sin contestación (bajo la fuerza legal interpretativa del artículo 45 de la Constitución), la acción seguirá pronto y, es de esperar, también el remedio judicial (obligación impuesta por los Tribunales de que infractor restaure el medio) lo cual es especialmente necesario» (*La participación de individuos en la toma de decisiones relativas al medio ambiente en España. Aspectos constitucionales*, «R.E.D.A.» núm. 61 enero-marzo 1989, pág. 63). Coincidimos plenamente en la idea de que las asociaciones ecologistas y todo ciudadano deben estar habilitados para exigir la reparación del daño ambiental. A ello añadimos que esta posibilidad debe admitirse cualquiera que sea la jurisdicción competente. La construcción de ALONSO GARCÍA es insuficiente porque no basta en el ámbito penal la acción popular para constituirse en parte civil. El ordenamiento determina que el perjudicado civil es en definitiva el que recibe el agravio y el perjuicio civil. Y no se da esta calidad en las Asociaciones ecologistas, a menos que consideremos a éstas (como lo hemos hecho nosotros) titulares de un derecho subjetivo lesionable por la comisión del delito ecológico. No todo actor popular esta legitimado para constituirse en parte civil. De seguirse la idea de ALONSO GARCÍA, si yo ejercito la acción popular en un asesinato, estoy legitimado para constituirme en parte civil (reclamando para la víctima, obviamente). Esto en nuestro sistema no se admite. Y si no bastan estos argumentos la realidad puede ilustrarnos. En Italia antes de las reformas de las que hemos dado cuenta, la jurisprudencia rechazaba de plano la posibilidad de constitución como partes civiles de las asociaciones ecologistas y las pretensiones de reparación del daño ambiental por sujetos no dañados directamente en su patrimonio. Actualmente tenemos el mismo sistema que el italiano anterior a la reforma. (*vid. BRICOLA, Le azioni a tutela di interessi collettivi nel processo penale*, en *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, CEDAM, Padova 1976, pág. 150-151 y SGUBBI, *La tutela penale degli interessi diffusi nel momento attuale: un bilancio complessivamente negativo*, en el volumen colectivo *Strumenti per la tutela degli interessi diffusi della collettività*, Maggioli editore, Rimini 1982, págs. 35-40).

Cabría sostener la indemnizabilidad del interés. En este sentido, DÍEZ PICAZO Y GULLÓN recuerdan que «toda agresión a un interés legítimo es susceptible de originarlo (el daño), no sólo el ataque a derechos subjetivos» (159). Ciertamente. Pero sería descabellado trasladar esta indemnizabilidad a un juicio por delito ecológico (160). La estructura individualista de la civil no se adapta con facilidad a la protección de los intereses colectivos y difusos. Piénsese que el CP y la LECr estructuran esta responsabilidad sobre el patrimonio del agraviado o perjudicado. Veamos el funcionamiento por reducción al absurdo. De admitirse la indemnizabilidad con ocasión de la comisión de un delito ecológico del interés difuso o colectivo (o si se quiere legítimo) no habría obstáculos para trasladar esta construcción a los daños producidos en el alumbrado de mi calle (por un delito de daños, incendio...); en mi condición de usuario directo (la farola está sobre mi portal). ¿Admitiría un Tribunal que me personase como perjudicado civil en el juicio penal correspondiente? ¿Acaso no diría con total seguridad el órgano jurisdiccional que no me hallo legitimado para constituirme en parte civil perjudicada por serlo el municipio?

Por tanto, las Asociaciones ecologistas y personas físicas, *en cuanto titulares de un derecho público subjetivo* a disfrutar de un medio ambiente adecuado, pueden ser partes civiles perjudicadas en el proceso penal (o en su caso, en el proceso civil posterior). Si afirmamos la mera presencia de un interés, el titular del derecho de resarcimiento sería el Estado, pero no por el daño ambiental sino por el daño a los bienes de dominio público (o *in genere*, como en la solución dada por el ordenamiento italiano en el art. 18 la Ley 349/1986, considerando el bien jurídico ambiental un bien de titularidad estatal). Esto no es una presunción o una hipótesis. Esta ha sido la realidad hasta la STS 1 de abril de 1993, Ar 9165 (Sala 2.ª, Ponente SOTO NIETO).

En la Sentencia de 20 de febrero de 1988 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección tercera) (161) se rechazó tajantemente en el

(159) *Sistema de Derecho Civil*, Volumen II, sexta edición, Ed Tecnos, Madrid 1992, pág. 600.

(160) En la jurisprudencia italiana esto es algo absolutamente claro. VERGER cita en este sentido las sentencias de la *Corte di Cassazione* de 21 de junio de 1982, 5 de diciembre de 1980, y 1 de abril del mismo año, según las cuales la existencia de la acción para el resarcimiento del daño derivado de un hecho ilícito extra-contractual presupone que la lesión haya tenido por objeto un derecho subjetivo (*Agressione all'ambiente, danno biologico e soggetti legittimati al risarcimento*, en *Diritto alla salute e tutela dell'ambiente*, a cura de Vittorio BORRACCETTI e Giampaolo SCHIESARO, Atti della giornata di studio tenuta a Padova il 25 maggio 1985, CEDAM-Giunta Regionale del Veneto, 1986, pág 47).

(161) Esta sentencia puede verse en el estudio (comentario monográfico de la misma)

fundamento de derecho vigésimo primero la pretensión del Partido «Alternativa Verde» conducente a la reparación de los daños ambientales autónomos. El Partido «Alternativa Verde» había pedido una indemnización de ciento once millones de pesetas para que la Universidad de Barcelona, a través de la Cátedra de Geografía, realizase un estudio científico sobre la restauración de la zona contaminada por la Central. Y esta negativa se hizo en los siguientes términos:

«Optando en este punto el Tribunal por adoptar la máxima discreción, obviando descalificaciones fáciles, y limitarse en consecuencia a declarar que si cuantitativamente nada se ha aportado que justifique la cifra solicitada, en el plano conceptual, *tal pretensión roza lo onírico, no ya en el área jurídico penal, sino en la socio-económica-cultural*, y lejos de valoraciones éticas conviene recordar que serán los poderes públicos quienes son avocados para crear la infraestructura de los enunciados de los artículos 43.1 y 45.1 y 2, de la Constitución Española, sin que su función pueda ser suplantada por los Tribunales a través de resoluciones judiciales, de oficio o a petición de partes *que quieren convertir un voluntarismo subjetivo en una norma*» (162).

Afirmado lo que llevamos afirmado la Sentencia se comenta por sí sola. Ante lo cual, parafraseando al Tribunal, adoptaremos «la máxima discreción, obviando descalificaciones fáciles». La Sentencia, sin embargo, si declaró la existencia de la responsabilidad civil por daños reflejos. En realidad «Alternativa Verde» pedía una parte de los daños ambientales autónomos, por cierto, reconocida expresamente en el ordenamiento americano, que considera dentro de la reparación de los *Natural Resources Damages* los estudios que se realicen a fin de determinar la restauración de las zonas afectadas.

La STS de 30 de noviembre de 1990 (Ar. 9.269) resolvió el recurso de casación contra la sentencia que hemos comentado. La acusación popular no volvió a plantear su pretensión. La STS de 30 de noviembre no se pronunció sobre la posibilidad de que las asociaciones, individuos o grupos se constituyan en parte civil en los procesos por delito ecológico. Tampoco se abordó esta cuestión ni fue planteada por el Ministerio Fiscal en el segundo pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre el delito ecológico en la STS de 11 de marzo de 1992 (Ar. 4.319), ni en el tercero, la STS de 5 de octubre de 1993, Ar. 7694 (163).

realizado por FERNÁNDEZ DE CASADEVENTE ROMANI, *La aplicación de la normativa de medio ambiente análisis de un supuesto particular*, «R.V.A.P.», núm. 23, enero abril 1989, págs. 195-210. Un extracto de la misma puede verse también en el libro de DE VEGA RUIZ, *El delito ecológico*, Editorial Colex, Madrid 1991, págs. 59-60.

(162) *Vid.* este Fundamento en FERNÁNDEZ DE CASADEVENTE, *op. cit.*, pág. 208.

(163) En esta sentencia se condenó a Salvador E.P. como autor de un delito contra el

¿Dónde estaba el Estado o el Ministerio Fiscal reclamando los daños ambientales autónomos, cosa a lo que está obligado según los arts. 108 y 112 LECr? (164). En esta pregunta está implícita la respuesta a la cuestión de la importancia de la construcción de una teoría del daño ambiental público sobre el derecho consagrado por el art. 45 CE. Hasta el momento la jurisprudencia penal no se había pronunciado sobre la posibilidad de constitución como partes civiles de las asociaciones ecologistas aunque no habían faltado ocasiones para ello. Las asociaciones incluyen entre sus pretensiones la reparación del daño ambiental (165). En la sentencia de 28 de octubre de 1988 de la sección segunda de la Audiencia provincial de Zaragoza se condenó a Pierre Paul Cadeac como responsable criminal del delito caza contemplado en el apartado f) del artículo 42 de la Ley de Caza. Este sujeto se había apoderado en los nidos del «Los Cortados del Pantano de Mezalocha» de dos crías de águila real y seis pollos de halcón peregrino. Fueron partes acusadoras el Ministerio fiscal, la Comunidad de Aragón y la Sociedad Aragonesa de Protección de animales. Tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular ejercitada en nombre de la Comunidad de Aragón reclamaron el abono en concepto de indemnización de la suma de 662.940 pesetas. La Sociedad Aragonesa de Protección de animales se adhirió a dicha petición de indemnización, pero la Audiencia Provincial de Zaragoza no se pronunció ni negativa ni positivamente a la viabilidad de dicha intervención adhesiva. Respecto a esta cuestión, tan sólo en los antecedentes de hecho (Núm. 3.º) se consideró exclusivamente perjudicada a la Diputación General de Aragón. La sentencia condenó a Pierre Paul Cadeac como responsable criminal a cuatro meses de arresto mayor y al pago a la Diputación General de Aragón de la cantidad de 482940 pesetas en concepto de indemnización de perjuicios (el valor cinegético del pollo de halcón peregrino muerto como consecuencia de los actos del procesado y el importe de los gastos originados por los cuidados prestados a

medio ambiente a la pena de seis meses y un día de prisión menor y al pago de una multa de 7.500.000 de pesetas.

(164) Sobre esta obligación del Ministerio Fiscal (vid. FONT SERRA, *La acción civil en el proceso penal...*, cit., págs. 35-37).

(165) Así, en el asunto de la mortandad de patos en el Parque Nacional de Doñana de septiembre de 1986, la C.O.D.A. (Coordinadora para la defensa de las Aves) solicitó una indemnización para el Patronato del Parque de 139.971.000 pesetas más intereses legales y la Asociación Andalus solicitó que cada uno de los vendedores indemnizase al Patronato del Parque la cantidad de 100.000. pts y los funcionarios acusados 500.000 pts. El Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado modificaron sus conclusiones retirando la acusación y solicitaron la libre absolución de todos los acusados. La sentencia núm. 377 de 21 de diciembre de 1992 del Juzgado de lo penal núm. 11 de Sevilla absolvió a todos los acusados. Curiosamente ni la Junta de Andalucía ni los acusados cuestionaron la legitimación de las asociaciones ecologistas para solicitar indemnizaciones en favor del Patronato.

las aves sustraídas para conservarlas con vida o efectuar el seguimiento del proceso de recuperación). La indemnización fijada ha de calificarse de cicatera. El daño moral de la sociedad especialmente en estos supuestos debiera tener un importante reflejo en la determinación de las indemnizaciones. Parece que sólo fueron tenidos en cuenta los conceptos de fácil constatación (Los desembolsos efectivamente realizados por la Diputación a consecuencia del delito). A todas luces el daño provocado fue mayor. ¿O es que acaso no constituyen elementos del daño el perjuicio ocasionado a la capacidad reproductora de las especies mediante el expolio y perturbación de sus nidos? Imponiendo indemnizaciones de 400.000 ptas. es más rentable ser condenado por delito que ser sancionado por infracciones administrativas. Y ciertamente, dado los beneficios del comercio ilegal de las especies, con dichas cantidades no se desincentiva tan deplorables actividades.

Afortunadamente esta línea jurisprudencial desconocedora ha sido quebrada a medias por la STS de 1 de abril de 1993, Ar. 9165 (Sala 2.ª, Ponente SOTO NIETO). El recurso fue interpuesto por el Fondo Asturiano para la protección de los Animales Salvajes (FAPAS) que alegaba por primera vez al amparo del art. 851.3.º de la L.E.C.R. no haber resuelto la sentencia impugnada todos los puntos que fueron objeto de la acusación formulada por dicha representación (incongruencia omisiva). Pues bien, el T.S. estimó el recurso del FAPAS casando y anulando la sentencia absolutoria de la Audiencia dictada con ocasión de una infracción de la Ley de Caza (la muerte de un oso pardo). En el Fundamento de Derecho tercero el TS ha afirmado:

«No puede entenderse que la acusación FAPAS no se halla legitimada para llevar al Tribunal la pretensión indemnizatoria a que se ha hecho referencia. La muerte del oso puede dar lugar a la indemnización civil correspondiente. El daño originado no es puramente patrimonial, ni sobre aquel animal representante de una especie protegida recaía una dominicalidad civil a favor de la Junta de Castilla y León a quien se designa como destinatario de la indemnización en razón a las funciones reconocidas a la misma en orden al mantenimiento, conservación y vigilancia de estas especies animales... La protección de ciertas especies animales, entre ellas el oso pardo, en la medida en que se encuentra amenazada su existencia por circunstancias de todo orden es objeto de atención por un conjunto de disposiciones y normas, encontrándose vigentes para España el Convenio de Berna (RCL 1986, 3.023), los Decretos 3.181/1980 (RCL 1981, 532 y Ap NDL 2.101), 1.497/1986 (RCL 1986, 2.380), junto a la Directiva 409/1979, de 2 de abril de la Comunidad Económica Europea. Cual consigna la sentencia en el caso estudiado se ha sacrificado efectivamente un bien jurídico, no de una persona individual, pero sí de sociedades concretas —personas jurídicas—

como la que ha ejercido la acción popular, y de la Sociedad en general, por el valor ecológico que supone la conservación de las especies particularmente protegidas. Nos hallamos, pues ante un bien en el que la colectividad humana se halla interesada. La responsabilidad civil era perfectamente postulable por cualquiera de los ejercitantes de la acción penal».

La sentencia citada es de gran importancia: 1) Invierte una tendencia negadora o desconocedora por incongruencia omisiva; 2) Admite expresamente la legitimación de las asociaciones ecologistas para instar la responsabilidad civil dimanante de delitos que atenten contra valores ecológicos. 3) Acepta la indemnizabilidad del daño ambiental o ecológico.

La sentencia comentada adolece sin embargo de importantes defectos: 1) La desconexión de sus argumentaciones respecto del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado. 2) La construcción reduccionista sobre valores naturales integrantes de un bien jurídico constitucionalmente protegido. 3) La confusión de términos entre titularidad del bien jurídico/titularidad del derecho lesionado (el derecho a un medio ambiente adecuado) y legitimación. ¿Cómo es posible afirmar que son titulares del bien jurídico lesionado «sociedades concretas»? 4) Su trasnochado corporativismo claramente inconstitucional al excluir la legitimación de personas individuales. El fallo no obstante ostenta la importancia, al igual que otros en la jurisprudencia italiana de ser precursores (aunque sobre bases erróneas) de la construcción legal y jurisprudencial del daño ambiental.

h) Jurisdicción competente. La jurisdicción competente en los supuestos que la acción causante del daño sea tipificada como infracción administrativa es la contenciosa-administrativa. Los preceptos determinan de manera expresa el deber de la Administración de determinación ejecutoria de los daños. La jurisdicción contenciosa es la competente para conocer «de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo» (art. 1.1 LJCA). Algunas normas ambientales reiteran esta atribución competencial. Este es el caso del art. 113 de la Ley de Aguas. La jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad por daño ambiental autónomo cuando los hechos causantes sean constitutivos de delito es la penal (arts. 19, 101 a 111 CP, y 239 a 246 LECr).

Aparentemente fuera de este régimen se sitúan los daños ambientales causados por las actividades sometidas a la Ley 25/1964 de 29 de abril, sobre Energía Nuclear. Los arts. 64 y 65 de esta ley señalan como competente la jurisdicción civil. El art. 67 fija como plazo de

prescripción 10 años para los daños inmediatos y veinte para los diferidos. Esta ley no supone un régimen diferenciado. La solución debe partir de distinción daños ambientales-daños reflejos. La Ley 25/1964 de 29 de abril, sobre Energía Nuclear, sólo regula los segundos. Los daños ambientales siempre serán daños a los elementos integrantes (atmósfera, aguas continentales, costas, suelo, naturaleza, etc.) cuyo régimen general conocemos. Respecto de la atmósfera, la Ley 38/1972, de 22 de diciembre de protección del ambiente atmosférico se limita a afirmar en su artículo 12 que las infracciones administrativas lo son «sin perjuicio de las correspondientes responsabilidades civiles y penales» (el art 84 del Decreto 833/1975, de 6 de febrero, que aprueba el Reglamento de desarrollo, se pronuncia en similares términos. Las causas de este silencio obedecen sin duda a la fecha de promulgación de la norma, que la ha dejado desfasada respecto del resto de nuestro Derecho ambiental estatal (166). Probablemente, en la mente del legislador estuviera la errónea idea de la irreparabilidad de los daños a la atmósfera. Esta idea, con cierta base técnica (¿cómo reparar o descontaminar una emisión de gases que alcanzan normalmente una amplia y rápida difusión que hace imposible su eliminación o recuperación?) por el momento, no tiene sin embargo fundamento jurídico. Porque, como sabemos, cuando los perjuicios son irreparables, cabe una indemnización de daños y perjuicios y sobre todo la imposición de medidas correctoras tendentes a la evitación de futuros daños.

¿Cuál es la jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad por daños ambientales autónomos cuando la ley no prevé esta responsabilidad (caso del patrimonio histórico artístico) o cuando prevista no la atribuye a la jurisdicción contenciosa al no fijar la posibilidad de determinación ejecutoria de los daños (caso de la atmósfera)?

La solución jurisprudencial, pensada bajo los esquemas de la policía demanial, aparentemente, ha sido atribuir a la jurisdicción civil el conocimiento de las demandas por daños al dominio público, de no existir una norma legal que atribuya a la Administración la facultad de resarcirse del daño ocasionado a un bien demanial (167). Esta es la solución por la que ha optado el Tribunal Supremo en la STS de 13 de octubre de 1986, Ar. 8.034 (Sala 4.ª, Ponente GARCÍA ESTARTUS). Esta sentencia recoge la línea jurisprudencial del T.S. y cita las STS 10 de

(166) La Ley 42/1975 de 19 de noviembre, sobre Desechos y Residuos Sólidos Urbanos, en su art. 12 emplea la misma cláusula: «sin perjuicio de las correspondientes responsabilidades civiles y penales».

(167) Vid. LÓPEZ PELLICER, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Tomo II, DM, PPU, Murcia 1989, pág. 390.

mayo de 1968 (Ar 2.295), 17 de abril de 1975 (Ar 2.556) (168). El asunto que dio lugar al pronunciamiento fueron los daños ocasionados a un colector por la empresa «FOCSA». El Ayuntamiento de Oviedo efectuó la reparación por contratación directa con un tercero exigiendo el abono de la cantidad de 2.453.072 pesetas a que ascendieron las obras. Recurrido el acuerdo, la Audiencia Territorial de Oviedo, en Sentencia de 1 de octubre de 1984, anuló el acto impugnado (169). El Tribunal Supremo aceptó íntegramente los considerandos de la sentencia apelada. El T.S. consideró en el Fundamento de Derecho primero que la cuestión se centraba en determinar «si la Administración tiene potestad para determinar la incidencia de culpa y negligencia en los actos u omisiones atribuidos a un administrado causante de los daños o perjuicios a los bienes de dominio municipal y fijar la correspondiente indemnización de resarcimiento a cargo de quien a su juicio sea responsable de los daños». El T.S. declaró que:

«Aun en el supuesto de estar probada una relación de causa-efecto entre una acción u omisión culposa o negligente y los daños inferidos a bienes de dominio público de uso general o afectos a un servicio público la Administración carece de facultad para determinar una responsabilidad de naturaleza civil y la consecuente exigencia de una reparación indemnizatoria, al no estar prevista como competencia de la Administración carece de facultad para determinar una responsabilidad de naturaleza civil y la consecuente exigencia de una reparación indemnizatoria, la que corresponde a la Jurisdicción decidir en el pertinente pleito civil» (170).

(168) Esta última sentencia ha sido comentada por TOLEDO JAUDENES, en *Dos sentencias sobre el alcance de la potestad de autotutela: Previo pronunciamiento en cuestiones de propiedad y responsabilidad extracontractual del administrado frente a la Administración pública*, «R.E.D.A.» núm. 6, julio-septiembre 1975, págs. 482-485.

(169) La Audiencia Territorial, haciendo suyas las consideraciones de RIVERO YSERN y de la STS de 10 de mayo de 1968, declaró que la «responsabilidad de los particulares frente a la Administración se regula por idénticos principios a los que imperan y pautan la responsabilidad extracontractual entre los sujetos privados, y que *ello sólo quiebra en los contados supuestos en que el Ordenamiento estructura un sistema administrativo mediante el cual la propia Administración, por vía ejecutiva y ejecutoria, se resarce de los daños que se originen a concretos y determinados bienes demaniales*».

(170) Sin perjuicio de que se adopte y se acate esta jurisprudencia por las razones que a continuación se exponen, la misma puede ser objeto de una interpretación que desde su mismo texto reduzca las consecuencias indeseables que provoca. Así, por ejemplo, debe resaltarse la importancia del fundamento de derecho segundo de la STS 13 de octubre de 1986. En dicho fundamento, el T.S consideró elementos determinantes de la falta de competencia de la Jurisdicción contenciosa el «ser la conducta del demandante ajena al cumplimiento de cualquier condicionamiento administrativo», «no haberse tramitado ningún expediente sancionador por los hechos imputados a la sociedad recurrente», «la inexistencia de una norma de carácter técnico no cumplimentada y que ésta fuera la causa de los daños» etc.

La solución jurisprudencial, no sin cierto apoyo legal (la *vis atractiva* de la jurisdicción civil), es criticable. Esta solución determina que hasta tres jurisdicciones sean competentes para conocer de la responsabilidad por daños ambientales autónomos. Una cuestión de tal relevancia como la jurisdicción competente, desde luego ha de resolverse a través un pronunciamiento legal expreso. En tanto que éste no se produzca hay tantas razones (como las que maneja la sentencia) a favor de la competencia de la jurisdicción civil como de la contencioso-administrativa. La diferencia es que la competencia de jurisdicción contencioso-administrativa se adecua más a la naturaleza de los daños en cuestión (daños públicos). La equiparación entre instituciones que hace el T.S. no deja de ser un *desideratum*. Porque debe recordarse que la responsabilidad extracontractual que regula el art. 1.902 Cc es entre sujetos privados. Son instituciones emparentadas pero no idénticas. La atribución de potestades a la Administración de determinación por vía ejecutiva de los daños ambientales autónomos se halla plenamente justificada a la luz del art. 45.2 CE. ¿Permitiría la extensión de esta facultad-deber a la mayoría de las leyes ambientales considerar la institución de un régimen jurídico del daño ambiental aplicable a todos los daños de esta naturaleza? Admitir eso es difícil porque supone la ruptura de varios dogmas que hoy carecen de total justificación (171). Ante una laguna en el ordenamiento jurídico administrativo debe acudir en primer término a lo dispuesto por este ordenamiento. Este es el significado del carácter normal del Derecho administrativo. Como afirma CLAVERO ARÉVALO «técnica y teóricamente posible el ordenamiento administrativo es susceptible de la aplicación de la analogía y de los principios generales del Derecho» (172). Pero la aplicación analógica tiene sus límites. Más que obstáculos a la competencia de la jurisdicción contenciosa existen obstáculos a la atribución analógica de una potestad exorbitante. Este es el obstáculo a la competencia de la jurisdicción contenciosa, en función de su carácter revisor. De *lege ferenda* la potestad ejecutiva de determinación de los daños ambientales con carácter general debe ser uno de los pilares de una moderna y expresa regulación del daño público ambien-

(171) BERMEJO VERA, FONT I LLOVET, y MORILLO-VERLARDE PÉREZ ha demostrado como la dualidad de jurisdicción en materia de potestades demaniales tiene su origen en la desconfianza hacia la jurisdicción contenciosa utilizada a menudo como coartada y medio de elusión de la verdadera justicia. Como dice MORILLO-VERLARDE PÉREZ, hoy la jurisdicción contenciosa es una verdadera jurisdicción, y por ello esta dualidad no tiene ni justificación teórica ni práctica (vid. *Dominio Público*, Estudios Trivium, Ed. Trivium, Madrid 1992, pág. 156).

(172) Vid. *Consecuencias de la concepción del Derecho Administrativo como ordenamiento común y normal*, en *Estudios de Derecho Administrativo*, Ed. Cívitas, Madrid 1992, pág. 30.

tal. Ante todo debe pensarse que dicha potestad estaría puesta al servicio de la defensa de nuestro derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado. Y, además, en lo irracional que resulta que la misma institución (el daño público ambiental) entre los mismos actores y con el mismo objeto, pueda conforme a Derecho ser tratada de forma distinta (presencia/ausencia de capacidad de determinación en vía ejecutiva por la Administración) y enjuiciada ante jurisdicción diferente (civil/contentiosa-administrativa).

Hemos afirmado que la construcción del daño ambiental como daño público ha sido fruto del arrastre de la técnica de la policía demanial. Esta afirmación lógicamente implica la necesidad de demostrar el salto cualitativo, esto es, la superación de los esquemas de la policía demanial (173). Según FONT I LLOVET el objeto de la policía demanial no es «únicamente la represión, ni siquiera primordialmente, sino que se persigue antes que nada obtener la reparación de los daños causados a los bienes públicos»; «al ordenamiento administrativo no le interesa tanto proteger la atribución del título dominical de los bienes públicos como mantener su utilidad pública, cifrada en su afectación, para lo cual resulta imprescindible que tales bienes conserven en todo momento las condiciones materiales de integridad que hacen posible aquella utili-

(173) En la doctrina han existido intentos de acercamiento entre las nociones dominio público y ambiente. QUIROGA LAVIE ha mantenido que «el concepto de dominio no es otro que el del control público sobre los actos del gobierno y administrativos del Estado, para salvaguardar el sistema ambiental». Su concepción ciertamente expansiva queda reflejada en el siguiente párrafo que transcribimos: «No cabe, en consecuencia, en nuestro concepto, desde una perspectiva sistémica, hacer categorizaciones sobre el dominio público, en función de su ámbito de aplicación. Que sea el ambiente, o los servicios públicos que lo protegen, o los servicios que atienden al interés social, o los recursos administrativos del Estado, o los que forman el Tesoro Nacional, cualquiera de dichos ámbitos están sujetos al control social, porque es la sociedad la que genera la energía política de organización de todo ese dominio: salvo el caso del ambiente. La salvedad resulta explicable, porque es el único caso en que la sociedad no sólo controla, sino que debe someterse a las restricciones que le impone el propio sistema sistema ecológico ambiental. En este caso el control deberá ser autocontrol social, frente a los imperativos de la naturaleza. No es propio, por tanto hablar de dominio patrimonial del Estado, o de propiedad privada disponible del Estado, como conceptos opuestos al dominio público, conceptuando a éste abierto al uso social. La disponibilidad social o administrativa de cualquiera de los ámbitos que conforman el dominio público como función social de control, será una cuestión de gradualidad, que no altera la naturaleza controladora del dominio. Se debe erradicar el concepto de propiedad privada del Estado —y en esto tienen razón los civilistas que sostienen que la propiedad es una institución del Derecho privado, y no del Derecho público—, porque ninguna de las nociones dispositivas e incontroladas de la propiedad privada caben en relación con el dominio público» (*Los derechos públicos subjetivos y la participación social*, cit., págs. 204-205). Nosotros llegamos a resultados parecidos desde otro título, quizá metodológicamente más correcto: el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado consagrado por el art. 45 CE.

dad» (174). La conservación de las condiciones materiales de integridad que hacen posible su utilidad sigue estando presente en el régimen jurídico del daño ambiental. La óptica es diversa, pues ésta debe centrarse en la actualidad en el derecho de disfrute a un medio ambiente adecuado.

Sin embargo, hoy existe una nota fundamental diferencial. El daño público ambiental no se limita a la protección de los bienes de dominio público. Paradigma de esta afirmación son los arts. 19 de la Ley Básica 20/1986 de Residuos Tóxicos y peligrosos (175), 10 del Real Decreto Legislativo 1.302/1986 de Evaluación de impacto ambiental, de 28 de junio (176), y 37.2 de la Ley 4/1989 de Conservación (177). De la lectura de estos preceptos se desprende una consecuencia fundamental: los daños ambientales, al contrario que la vieja policía demanial, no comprenden o protegen sólo bienes de dominio público o su afectación. Se protege el derecho fundamental público subjetivo de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado al desarrollo de la persona. Se protege el

(174) *La Protección del dominio público en la formación del Derecho administrativo*, cit., págs. 80-81. De forma coincidente LÓPEZ PELLICER cree que «la policía demanial tiene por objeto asegurar y proteger la integridad y la conservación del dominio público» (*Lecciones de Derecho Administrativo*, Tomo II, cit., pág. 390).

(175) Este precepto ordena en su apartado primero que «sin perjuicio de las sanciones que procedan de acuerdo con lo establecido en la presente Ley, los responsables de actividades infractoras quedarán obligados a reponer las cosas al ser y estado anteriores a la infracción cometida y, en su caso, a abonar la correspondiente indemnización por daños y perjuicios causados. Asimismo podrán imponerse al infractor sucesivas multas coercitivas, cuyo importe no deberá exceder del tercio del montante de la multa por sanción máxima que pueda imponerse a la infracción de que se trate y de conformidad con lo preceptuado en la Ley de Procedimiento Administrativo». Los apartados segundo y tercero del art. 19 facultan a la ejecución subsidiaria y la determinación ejecutiva de los daños por la Administración.

(176) El art. 10 dispone: 1. «Cuando la ejecución de los proyectos a que se refiere el artículo anterior produjera una alteración de la realidad física, su titular deberá proceder a la restitución de la misma en la forma en que disponga la Administración. A tal efecto, ésta podrá imponer multas coercitivas sucesivas de hasta 50.000 pesetas cada una, sin perjuicio de la posible ejecución subsidiaria por la propia Administración, a cargo de aquel».

2. «En cualquier caso el titular del proyecto deberá indemnizar los daños y perjuicios ocasionados. La valoración de los mismos se hará por la Administración, previa tasación contradictoria cuando el titular del proyecto no prestara su conformidad a aquélla».

(177) El art. 37.2 establece: «Sin perjuicio de las sanciones penales o administrativas que en cada caso procedan, el infractor deberá reparar el daño causado. La reparación tendrá como objetivo lograr, en la medida de lo posible, la restauración del medio natural al ser y estado previos al hecho de producirse la agresión. Asimismo la Administración competente podrá subsidiariamente proceder a la reparación a costa del obligado. En todo caso deberá abonar todos los daños y perjuicios ocasionados, en el plazo que, en cada caso, se fije en la resolución correspondiente».

modo de ser o la calidad de los bienes ambientales (con independencia de su titularidad o de su función).

Lo importante es que esta construcción del daño ambiental como público es posible en nuestro ordenamiento incluso si, en contra de lo dispuesto por nuestra Constitución, negásemos que el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado es un derecho público subjetivo. En contra de esta última afirmación podría argüirse que las acciones populares excluyen las pretensiones dirigidas al restablecimiento de situaciones jurídicas individualizadas (178).

(178) Sobre esta cuestión, discutible como casi todas en Derecho, se han pronunciado diferentes autores. Así, COSCULLUELA MONTANER se ha pronunciado en favor de la naturaleza objetiva de la acción pública, en función de su finalidad («la pura defensa del interés público»), no siendo a su juicio posible «solicitar el restablecimiento de ninguna situación subjetiva lesionada» (vid. *Acción pública en materia urbanística, cit.*, págs. 28-31). En contra de esta opinión se ha manifestado PÉREZ MORENO, autor que aunque admite que mediante el ejercicio de la acción popular no se pueden pretender el reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas, considera que ello no es obstáculo para que se impongan las consecuencias dimanantes de la anulación obtenida (la demolición de lo construido al amparo de una licencia ilegalmente otorgada), procediendo las pretensiones de reconocimiento «de situaciones jurídicas colectivas de la población» (*La acción popular en materia de urbanismo*, «R.D.U.» núm. 15, octubre-noviembre-diciembre 1969, pág. 91). También en la doctrina argentina QUIROGA LAVIE cree que «las acciones públicas no pueden ser llamadas objetivas porque ellas reclaman la reparación de intereses sociales, y no la reparación del orden jurídico objetivo. Aun pensando que el proceso iniciado por los derechos públicos subjetivos están dirigidos a actuar la ley, hay que pensarlos como reparación social, y no como la reparación de la objetividad legal. La sociedad debe ser atendida en sus reclamaciones, pues así como hay insatisfacción individual, la hay social o de rango interindividual. La sociedad no puede quedar abandonada a la suerte de las organizaciones burocráticas. Las quejas sociales no pueden quedar insatisfechas porque el trauma de la insatisfacción lleva a la pasividad social (*Los derechos públicos subjetivos y la participación social*, Ed. Depalma, Buenos Aires 1985, págs. 51-51).

Lo cierto, es con independencia de estas discusiones doctrinales existe una clara línea jurisprudencial (como hemos podido comprobar al examinar la jurisprudencia relativa a la acción popular prevista en la Ley del Suelo) que niega terminantemente que a través de la acción popular puedan ejercerse pretensiones dirigidas al restablecimiento de situaciones jurídicas individualizadas. Y en este sentido recordemos las sentencias. 20 de enero de 1965, 29 de abril de 1970, la STS 22 de febrero de 1978 Ar. 726 (Sala 4.ª, Ponente MEDINA BALMASEDA), aunque ello no impide que se inste la demolición por constituir «una consecuencia directa de la anulación postulada de la licencia municipal que ampara dicha construcción» y la STS 24 de abril de 1978, Ar. 1.840. Recordemos igualmente que según esta jurisprudencia *no cabe instar a través del ejercicio de la acción popular indemnizaciones dirigidas reparar daños producidos a tercero*. Así, la STS de 21 de junio de 1979, Ar. 2.962 (Sala 4.ª, Ponente BOTELLA Y TAZA) ha declarado que la acción pública «se agota en el ámbito objetivo de la observancia de los preceptos urbanísticos de dicha ley y de los Planes de ordenación urbana, sin que la función legitimadora de índole universal, correspondiente al interés ciudadano en el cumplimiento de la normativa urbanística pueda extenderse al marco civil y subjetivo de la gestión de intereses de otro, dueño de la obra a que presuntamente afecta el derribo...». Y en el mismo sentido se pronuncia la STS de 12 de febrero de 1991, Ar. 785 (Sala 3.ª, sección sexta, Ponente ESTEBAN ALAMO). Como

Además de lo razonable de la tesis de PÉREZ MORENO (la admisión de las pretensiones dirigidas al reconocimiento «de situaciones jurídicas colectivas de la población»), debe recordarse que la acción pública no sólo permite pretensiones anulatorias sino aquellas cuyo objetivo es exigir el cumplimiento de la ley (179). Y, en este caso, solicitar la reparación del daño ambiental sería exactamente eso, exigir el cumplimiento de la Ley (y el art. 45.3 CE), que determina la obligación de la reparación de los daños ambientales autónomos. Nuestro ordenamiento (incluso sin admitir en contra de la evidencia que el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado es un verdadero derecho subjetivo) ha dado el paso lógico que BREEN cree necesario en el Derecho ambiental americano: la unión de las *citizen suits* (acciones ciudadanas) y la *Natural Resource Damages Doctrine*.

3. Un reto pendiente: El desarrollo legislativo ordenado de la reparación de los daños ambientales.

Aunque la mayor parte de los problemas que presenta el daño público ambiental en nuestro ordenamiento jurídico pueden ser superados con relativa facilidad (así, por ejemplo, el plazo de prescripción acudiendo al plazo general de un año de la responsabilidad extracontractual, etc.) no cabe duda que la regulación vigente dista de ser satisfactoria. Que la construcción de una teoría del daño ambiental como daño público sea posible no significa que ésta sea la más idónea.

Examinemos sus carencias.

1) Falta en ella la unidad de régimen, sólo salvable mediante inducción con las consiguientes limitaciones (por ejemplo, no cabe aplicación analógica de las multas coercitivas *ex art.* 99.2 Ley 30/1992, de Régimen Jurídico, que reclama expresa autorización legal).

2) Falta una efectiva afección de las cantidades recaudables en los

fácilmente puede observar la jurisprudencia ha acogido parcialmente la tesis más generosa de PÉREZ MORENO. Esta aceptación parcial ha supuesto un giro contra anteriores pronunciamientos que negaban las posibilidad de instar la demolición como la STS de 22 de marzo de 1976.

(179) En este sentido cita GONZÁLEZ PÉREZ la STS de 4 de noviembre de 1971, en la cual el T.S. declaró que «la legitimación al amparo del art. 223 LS (por simple interés a la legalidad), no introduce limitación alguna en cuanto a su alcance, o sea, no establece que la misma se dirija al fin de ejercitar pretensiones de anulación; sino en general cuantas procedan para que las normas urbanísticas de preceptivo cumplimiento cobren aplicación efectiva» (*Comentarios a la Ley del Suelo*, Tomo II, cuarta edición, Ed. Civitas, Madrid 1981, pág. 1.795).

supuestos de daños irreparables (y sólo mediante esta afección a la finalidad de preservación y promoción ambiental será efectiva la reparación del derecho de disfrute). En nuestro ordenamiento sólo el art. 191.3 del Reglamento de la Ley de Costas y el art. 339.2 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico recogen esta afección. El primero de los preceptos mencionados determina que «los ingresos que se produzcan por el concepto de indemnización generarán automáticamente un incremento en el crédito del capítulo presupuestario de inversiones en la cuenta del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo». El precepto es mejor que nada. Pero la norma no señala la afección a realizaciones de contenido ambiental. Por eso es preferible la redacción del art. 339.2 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico. Este precepto dice así: «El resto de las obligaciones pecuniarias se ingresará en la cuenta especial habilitada el efecto en el Banco de España, destinándose su importe a efectuar las reparaciones o inversiones que requiera la restitución a su estado primitivo de los bienes de dominio público afectados».

Es urgente la creación de un Fondo de Compensación y Reparación ambiental nutrido con indemnizaciones causadas por daños irreparables, tributos ambientales, etc. Este Fondo debiera poseer personalidad jurídica y legitimación para demandar por daños ambientales autónomos. En cualquier caso debiera tenerse en cuenta la experiencia positiva/negativa del *Superfund* instaurado por la C.E.R.C.L.A. en el Derecho ambiental americano (180). En su defecto, el seguro ambiental obligatorio para las actividades con incidencia ambiental debe ser una solución improrrogable. Ambas soluciones pueden compatibilizarse permaneciendo el seguro como mecanismo de resarcimiento para los daños ambientales generados por actividades típicamente y potencialmente dañosas para el medio ambiente, y ese Fondo de Compensación y Reparación ambiental para el resto de los supuestos (sería ilógico establecer un seguro obligatorio general, pues no todos somos un peligro potencial para el medio ambiente).

3) Falta unidad jurisdiccional. Si se tiene en cuenta que la jurisdicción penal es competente cuando se ha cometido un delito (fundamentalmente el ecológico), que la jurisdicción contenciosa lo es para los

(180) El *Superfund* es un fondo fiduciario creado por la *Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act* de 1980 de 8.500 millones de dólares financiado en gran parte mediante un impuesto a las refinerías de petróleo e industrias químicas. El objetivo de dicho fondo es la restauración de lugares que hayan sido vertederos de residuos tóxicos en el pasado (Sobre la CERCLA y el *superfund* pueden verse el capítulo tercero del libro de ARBUCKLE, *Environmental Law*, Government Institutes Inc, 1989, págs. 75-113 y el estudio de MCKAY, *CERCLA'S natural resource damage provisions: A comprehensive and innovative approach to protecting the environment*, «Washington and Lee Law Review», vol. núm. 45, 1988, págs. 1.417-1.446).

casos en que el hecho dañoso constituya una infracción administrativa, y que en este segundo supuesto la jurisdicción competente para los daños reflejos (a propiedades o a cosas protegiendo los valores individuales, con posible superposición de supuestos de hechos indemnizatorios, porque en determinados casos, la reparación a través de la repoblación de una explotación forestal de propiedad privada con función ambiental protectora de la erosión del suelo o soporte de especies protegidas, daño reflejo y daño ambiental coinciden) es la civil, caben duplicidades e interferencias dejándose el campo abonado a continuos conflictos de jurisdicción (todavía más agudos si se piensa en la competencia de los tribunales civiles para los daños ambientales autónomos en supuestos de laguna legal en las leyes ambientales). Las soluciones inimaginativas (atribución de la competencia a la jurisdicción civil cuando los daños ocasionados son a consecuencia de un hecho constitutivo de infracción administrativa) repugnan la conciencia y los principios. ¿Cómo podría ser enjuiciada la autotutela al servicio de la reparación del derecho a un medio ambiente adecuado por la jurisdicción civil? ¿Cómo podrían ser enjuiciados los daños reflejos a propiedades o personas por la jurisdicción contenciosa? Se imponen las soluciones imaginativas: la creación de una jurisdicción ambiental (autónoma o incardinada en la contenciosa). Seguramente esta propuesta, hoy llamativa, no será recogida hasta dentro de dos o tres décadas. Tres motivos impulsarán a dicha creación: 1) estructurales y técnico-jurídicos, esto es, la conveniencia de evitar los solapamientos interjurisdiccionales; 2) ideológicos, la coherencia con el progresivo peso de las cuestiones ambientales en la sociedad; 3) Prácticos, la propia necesidad de dar una respuesta unívoca a miles de demandas basadas en el derecho ambiental. Parafraseando a ALLENDE, cabría decir que «más temprano que tarde» en el «Estado ambiental» (181) habrá jurisdicción ambiental (182).

(181) En la doctrina italiana algunos autores, como por ejemplo LETTERA, comienzan a hablar del surgimiento del Estado ambiental como superación del Estado de Derecho o de su forma más evolucionada el Estado social, portador de otros valores y «tendente a buscar de nuevo el respeto de la igualdad sustancial a través de la vía de una diversa realización de los deberes de solidaridad económica» (*Lo Stato ambientale*, Giuffrè editore, Milano 1990, pág. 14). Para LETTERA se perfila la «creación de un Estado ambiental, portador de otros valores en cuyo arco temporal no sólo están presentes las generaciones actuales sino que tiene como ciudadanos necesarios las generaciones futuras que devienen parte del contrato social» (*Lo Stato ambientale e le generazioni future*, «Rivista Giuridica dell'ambiente», núm. 2, junio 1992, pág. 248). AMAN en la doctrina americana cree que quizás «estemos en las proximidades de una era sensible a los problemas ambientales basada en una regulación del crecimiento que nos permita sobrevivir definitivamente (the *environmentally sensitive global era*), fenómeno que denomina «era ecológica» (*ecological era*) (*Administrative Law in a Global era*, cit., pág. 156).

(182) En la doctrina italiana MADDALENA lanzó una propuesta similar, hasta el mo-

4) Falta una declaración genérica que garantice la gratuidad del ejercicio del derecho a disfrutar un medio ambiente adecuado (183). Si este ejercicio beneficia a la sociedad en su conjunto dada la dimensión colectiva del bien jurídico, esta última debe ser generosa, sufragando al menos los costes del ejercicio del derecho. Gratuidad como mínimo, porque el principio adecuado debe ser no sólo el indemnizatorio sino el de fomento y recompensa. Se garantizaría así una fuente de recursos, afectados a fines de defensa ambiental, para aquéllos sujetos (colectivos, asociaciones y grupos) dedicados a la defensa de este derecho de carácter bifronte.

5) El plazo de prescripción de la responsabilidad por daños ambientales autónomos debe de fijarse en atención a su especial naturaleza. El plazo de un año del Código civil es absolutamente inadecuado. La mayoría de los daños ambientales poseen efecto diferido. El cómputo del plazo en cualquier caso se debiera fijar a partir del afloramiento de los efectos dañosos (como en la propuesta de Directiva de la Comisión). Un plazo de quince años parece más razonable.

6) La situación actual permite resolver los problemas de legitimación en función de la consideración del derecho al medio ambiente como un auténtico derecho subjetivo. La disipación de dudas por vía legislativa no estaría demás. Estado, personas individuales y asociaciones ecologistas deben considerarse legitimadas. El Estado (central, autonómico, local) debe considerarse legitimado en cuanto sujeto obligado del deber de preservación, restauración y promoción (art. 45.2 CE: «los poderes públicos velarán...»). Las personas individuales y asociaciones am-

mento caída en el vacío. Para MADDALENA «la materia propia de la tutela ambiental, por su naturaleza compleja y articulada e implicadora siempre de diversos intereses de naturaleza distinta, aconseja la institución de un tribunal para el ambiente», «un tribunal competente para todas las cuestiones ambientales». Consciente de la imposibilidad de su improvisación, MADDALENA propone su creación concibiéndolo como «representación» de las jurisdicciones existentes (juez penal, civil, administrativo y contable). Este tribunal funcionaría por secciones pero también de forma colegiada con enorme ganancia de tiempo y de eficacia, haciendo posible decidir la entera cuestión en una sólo sentencia (*Vid. La responsabilità per danno pubblico ambientale*, en el volumen colectivo *La responsabilità in tema di tutela dell'ambiente*, cit., pág. 283-284). PALAZZOLO en esta línea ha propuesto la creación de «un órgano supranacional para la justicia ambiental» (*Sul concetto di ambiente*, «Giurisprudenza Italiana», 1989, parte cuarta, pág. 317).

(183) Y es que, como ha dicho CASINO RUBJO, «mientras acudir al proceso pueda considerarse parecido a un deporte o como argumento con el que la Administración pueda desanimar a los justiciables, el proceso será una simple cita a la que se acudirá o no, pero en la que, en todo caso, la Administración, parafraseando a Guizot, *no tendrá nada que ganar y la justicia, en cambio, todo que perder* (*Las costas en el proceso contencioso-administrativo y el derecho a la tutela judicial efectiva*, «Revista del Centro de Estudios Constitucionales», núm. 11, enero-abril 1992, pág. 316).

bientalistas deben considerarse legitimadas en cuanto titulares de un derecho fundamental a disfrutar de un medio ambiente adecuado. La funcionalidad del sistema exige la creación de una fiscalía ambiental especializada, entre cuyas funciones se incluya su papel de «actor» en demanda del resarcimiento del daño ambiental.

7) Falta claridad en la determinación del tipo de responsabilidad (responsabilidad objetiva, responsabilidad subjetiva) (184). La responsabilidad por daños ambientales autónomos debe ser objetiva cualquiera que sea la jurisdicción competente. En caso de promulgación de una nueva norma reguladora específica debiera evitarse el error en el que ha incurrido el art. 18 la Ley italiana 349/1986, que, como hemos visto, ha optado por una configuración subjetiva de la responsabilidad por daño ambiental. La propuesta de Directiva de 1 de septiembre de 1989 de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre la Responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados al medio ambiente originado por los residuos, de forma acertada considera la responsabilidad como objetiva (art. 3). Todos estos aspectos deben ser los ejes de esa —espere-mos «pronta»— Ley Orgánica de Régimen Jurídico del Daño ambiental o Título ineludible de esa necesaria Ley General Ambiental.

Nuestro Estado Social y Democrático de Derecho tiene planteado como reto histórico la necesidad de dar una respuesta efectiva a los problemas ambientales. En esa tarea no se puede prescindir de la sociedad en su conjunto. La reconstrucción del Derecho ambiental sobre la base del derecho a un medio ambiente adecuado permite no sólo una solución de las tensiones existentes en nuestro ordenamiento (facilitando la comprensión de sus instituciones) sino también, y esto es lo verdaderamente importante, el control de efectividad de unas normas que sólo

(184) En la doctrina española, bajo los esquemas de la vieja policía, son diversos autores los que se ha pronunciado a favor de la consideración de la responsabilidad por daños al dominio público como responsabilidad objetiva. Esta por ejemplo ha sido la opinión de RIVERO YSERN, por lo menos, en el supuesto del art. 6 de la Ley de Pesca Fluvial de 1942 (*vid. La Responsabilidad civil...*, cit., pág. 27). No obstante, vista la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la policía demanial (STS de 13 de octubre de 1986, Ar. 8.034, STS 10 de mayo de 1968, Ar. 2.295, 17 de abril de 1975, Ar. 2.556), es dudoso que en los supuestos en que la Jurisdicción civil sea la competente esta responsabilidad sea objetiva. De todas formas la cuestión pierde relevancia si se tiene en cuenta el proceso de objetivación sufrido por la responsabilidad civil extracontractual. Sobre este proceso de objetivación, referido concretamente a los daños «ambientales» colaterales (daños a personas o a cosas con ocasión de los daños al medio ambiente), *vid.* nuestro estudio *La Responsabilidad de la Administración con ocasión de los daños al Medio Ambiente*, «R.D.U.» núm 199, julio-agosto-septiembre 1990, págs. 95-97. En sentido análogo *vid.* DE MIGUEL GARCÍA, *Contaminación de las aguas continentales: El Derecho Español ante la normativa de la Comunidad Económica Europea*, «R.E.D.A.» núm. 35, octubre-diciembre 1982, págs. 598-599.

esporádicamente pierden su hasta ahora carácter esencialmente simbólico. Ningún ordenamiento ha aceptado que el derecho a un medio ambiente adecuado es un derecho subjetivo. Ningún ordenamiento ha relacionado plenamente dicha concepción con el resto del sistema generando las consecuencias lógico-jurídicas consiguientes (legitimación, protección preventiva, daño ambiental, etc.). En nuestro Derecho no existe ninguna razón jurídica que impida la consideración de la situación jurídica de la persona respecto de su entorno como un auténtico derecho subjetivo. Ello induce a pensar que las razones de dicha negación son de orden político y que se fundan en temores irracionales. Debiera tenerse presente que siempre es más desestabilizadora la injusticia (en este caso, no aceptar la existencia de un derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado), que el hipotético desmesurado coste económico de vivir cumpliendo las normas. No debemos temer vivir en un Estado Social y Democrático de Derecho.