

REFLEXIONES SOBRE LA SUSTANTIVIDAD DEL DERECHO AMBIENTAL

POR

ALFONSO PÉREZ MORENO

Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL MEDIO AMBIENTE COMO OBJETO ESPECIFICADOR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO: A) *Naturaleza, Ciencia, Economía y Derecho.* B) *Las variaciones del concepto de calidad de vida como aspiración ideal de la comunidad.* C) *El medio ambiente como objeto jurídico indeterminado.* D) *La cuestión de la sustantividad del Derecho Ambiental.*—III. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO-DEBER A UN MEDIO AMBIENTE PERSONALIZANTE Y DE SU PROTECCIÓN COMO FUNCIÓN PÚBLICA: A) *Las bases constitucionales legitimadoras de potestades y derechos.* B) *La tensión medio ambiente-desarrollo, en la Constitución y en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional:* a) Principio de modernización y desarrollo de todos los sectores económicos. b) Principio de libertad de empresa. c) Planificación económica general. d) Principio de subordinación de la riqueza al interés general. e) Principio de igualdad de derechos y deberes, y de libertad de circulación de personas y bienes. f) *La Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de noviembre de 1982.* C) *Perspectivas desde las que la Constitución española contempla el medio ambiente:* a) El medio ambiente como naturaleza. b) El medio ambiente como objeto de protección. c) La distribución de competencias sobre el medio ambiente. d) El medio ambiente y la calidad de vida. e) La participación ciudadana en la protección del medio ambiente. f) La especial exigencia de solidaridad colectiva. g) Las garantías frente a la infracción.—IV. EL DESUSO DEL DERECHO AMBIENTAL Y ALGUNAS MEDIDAS PARA SU REDUCCIÓN: A) *El sustraendo de la facticidad y de la necesidad.* B) *La participación y la pactación como reductores de la invigencia social de las normas de acción.* C) *La conversión de las normas de acción en normas de relación.* D) *La tecnificación jurídica de la incorporación de estándares magistrales.* E) *La educación para la protección del medio ambiente.* F) *Medio ambiente y ética social.*—V. REFLEXIÓN FINAL.

PLANTEAMIENTO

Convocadas por el Centro Internacional de Formación en Ciencias Ambientales (CIFCA), se celebraron en Madrid, durante los días 1 al 5 de marzo de 1983, las Jornadas sobre Medio Ambiente y Ordenamiento Jurídico, en las que tuve el honor de ser invitado a pronunciar la conferencia de apertura en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. La ulterior participación en los coloquios me permitió comprobar el grado de intensidad con el que destacados especialistas latinoamericanos (BRAÑES BALLESTEROS, PIGRETTI, LEME

MACHADO, LÓPEZ, VALENZUELA FUENSALIDA, MEIER) y europeos (M. PRIEUR, M. BAZEX, REHBINDER) vienen cultivando el llamado Derecho Ambiental, cuya sustantividad dogmática como rama jurídica están abiertos a defender, en general, los primeros en tanto los estudiosos europeos lo contemplan de forma empírica y sectorial, propugnando una visión conjunta de todas las ramas del Derecho a través de las «gafas del ambiente» (PRIEUR).

En este trabajo recojo el texto de la citada conferencia inaugural, con alguna cita actualizadora —por haberse publicado después dos nuevas Sentencias del Tribunal Constitucional sobre el tema—, y añadido como reflexión final una síntesis de mis intervenciones en los coloquios que concluyen con una especie de definición o delimitación de ese sector del ordenamiento que se aglutina con el nombre de Derecho Ambiental, por otra parte, precursoramente realizado en nuestra doctrina en el importante libro del mismo título de MARTÍN MATEO.

I. INTRODUCCIÓN

En esta privilegiada ocasión de prologar con una conferencia unas Jornadas sobre «Medio Ambiente y Ordenamiento Jurídico», en las que intervienen tan excelentes especialistas de América Latina, Europa y España, el profesor que vive tal honor siente la tentación si no definir —porque no tiene sabiduría para hacerlo—, al menos de *definirse* ante el núcleo determinante de estas Jornadas: la cuestión de la sustantividad del denominado Derecho Ambiental. Sería, sin embargo, vano empeño intentar elaborar aquí una especie de Memoria sobre el concepto, método, fuentes y programa de esa pretendida nueva disciplina jurídica, como si se tratase de uno de los clásicos ejercicios de que constan las oposiciones a cátedras en la Universidad española. Demostrar que ese trabajo sea o no posible y pertinente podrá ser uno de los frutos o consecuencias de estas Jornadas, dado el intencionado enfoque de las mismas. Limitémonos, pues, a narrar ahora en qué medida se ha constitucionalizado la cuestión ambiental en la Norma Suprema que preside el ordenamiento jurídico de España desde 1978. Pero para articular esa exposición puntual con la inquietud de las Jornadas, no resultará inadecuado que procuremos enmarcarla dentro de unas coordenadas que nos aproximen a aquella cuestión base a cuya solución aspira este excepcional diálogo de juristas. A este más modesto propósito orientador

quedará, pues, reducida aquella tentación, en la siguiente síntesis en la que, a continuación, se resume el desarrollo del esquema de la conferencia.

II. EL MEDIO AMBIENTE COMO OBJETO ESPECIFICADOR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

A) Naturaleza, Ciencia, Economía y Derecho

El grado de evolución de la legislación referente a bienes y recursos naturales de los que depende la vida humana ha seguido un proceso inductivo estimulado por los impresionantes avances de la ciencia. Al ensanchar ésta el campo de conocimiento sobre el mundo va descubriendo tramos importantes de la compleja red de leyes naturales que permiten ya aprehender racionalmente el entorno como un sistema interrelacionado en el que está inmerso el hombre con influyente poder de intervención. La ordenación jurídica no puede ya responder a las reales necesidades sociales si se limita a continuar como una mera yuxtaposición de leyes específicas sobre algunos de los recursos naturales de más tradicional uso (agua, montes, minas, etc.). En las ulteriores regulaciones de la explotación, uso y disfrute de dichos recursos y de otros bienes naturales —que antaño se consideraban *res nullius* y que su clara manejabilidad técnica actual los ha convertido en bienes de uso común (MARTÍN MATEO)— han ido penetrando los términos «ambiente», «medio ambiente», «entorno», como puntos de referencia abstractos, condensadores de esa demostrada intercomunicación de los procesos naturales, cuyas pautas ni siquiera se han hecho todas patentes aún, pero que, en la medida en que se conocen, permiten asegurar la necesidad de orientar y disciplinar la conducta humana en un sentido de respeto al entorno natural como un todo sensible cuyo equilibrio puede ser alterado por dicha conducta.

Si 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: el proceso de positivación jurídica está interferido 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 cir-

cunstancias de grave crisis económica, como la desencadenada con el encarecimiento de la energía. Casualmente, la crisis arranca poco después de iniciada la década de los setenta, y tras haber solemnemente estimulado la ONU la preocupación por la defensa de la naturaleza a nivel mundial.

La ineludible relación entre naturaleza, ciencia y Derecho presenta, por consiguiente, desarmonías de etiología diversa. La positividad 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. La sociedad lo padece o, cuando menos, lo siente, e induce reacciones de protesta, promesas de programas políticos o creación de partidos ecologistas. Sin querer renunciar a los beneficios del desarrollo y a las gratificantes prestaciones de la nueva tecnología, el hombre desea que se mantenga un medio ambiente adecuado como instrumento imprescindible para hacer realidad una aspiración ideal de calidad de vida.

B) *Las variaciones del concepto de calidad de vida como aspiración ideal de la comunidad*

El concepto de calidad de vida es relativo e histórico, cambia en función de las circunstancias, permite enfoques diversos, desde valoraciones puramente físicas o biológicas hasta estimaciones morales. Los países menos desarrollados acentúan su anhelo por obtener las condiciones redentoras de la pobreza mediante la industrialización, la reducción del paro, el incremento de los servicios, la consecución en suma del «confort». Los países desarrollados han comprobado que no siempre «tener más» equivale a «ser más». Las masivas urbanizaciones, el desenfrenado proceso de explotación industrial de los recursos, han llegado a poner en grave peligro el mantenimiento de las condiciones mínimas necesarias para la vida de la flora, la fauna, para la salud humana, para el equilibrio natural del medio ambiente.

Una definición sustantiva del concepto de calidad de vida está muy condicionada por las prioridades de la escala de valores de la sociedad. Sin embargo, cabe pensar que al menos el mantenimiento de la vida, la protección a la integridad física y moral del individuo y de la sociedad, es el valor más universalmente derivado de la propia ley del ser.

C) *El medio ambiente como objeto jurídico indeterminado*

Las diversas corrientes doctrinales acerca del contenido del «medio ambiente» son una muestra de que éste no es sólo un concepto jurídico indeterminado cuando se incluye en una norma, sino que se trata también de un objeto jurídico indeterminado. Por su propia dinámica natural, no puede encerrarse en los límites artificiales de las fronteras, ni de los espacios de las competencias administrativas. De ahí, la vocación supranacional de su ordenación jurídica. Por la variedad de elementos que comprende, plantea la inquietud de si sólo deben reservarse para su tratamiento jurídico separado aquellos que nunca han sido objeto de ordenación global e integral, como el suelo, el agua y el aire; o si deben incluirse junto a éstos otros bienes, como el paisaje y las bellezas naturales y el patrimonio histórico-artístico y cultural, o, finalmente, si todo el entorno humano debe incluirse en el concepto de medio ambiente. Todas estas direcciones pueden encontrarse defendidas en la doctrina, por lo cual es importante indagar en cada texto legal el ámbito que se atribuye a la expresión. Como puso de relieve GIANNINI, el Derecho se ha situado desde perspectivas distintas según los sentidos dados al concepto (como paisaje; como defensa del suelo, del aire, del agua; y desde el urbanismo).

Los modernos textos constitucionales han venido a generalizar el alcance del concepto de tal manera que —en la brevedad de las fórmulas constitucionales— lo ofrecen en expresiones unitarias, a veces de difícil determinación jurídica.

D) *La cuestión de la sustantividad del Derecho Ambiental*

Con la apoyatura de esas consagraciones constitucionales del «medio ambiente» como concepto con pretensión unitaria; con el antecedente de la presencia especificadora en el campo de las leyes sectoriales de indicadores, cada vez en mayor grado de abstracción, del mismo concepto; con la incorporación sucesiva de nuevos principios y mecanismos técnico-jurídicos que innovan o cualifican otros clásicos, en el seno de la legislación medioambiental, es explicable que se suscite la pregunta definitiva sobre si puede admitirse la existencia de un Derecho Ambiental con sustantividad propia. El medio ambiente, ciertamente, ha penetrado como objeto especificador en el ordenamiento jurídico. La admisión de nuevas ramas del Derecho

es siempre una cuestión polémica. El Derecho Civil, como tronco del tradicional Derecho común, del que tantas ramas se han ido desgajando, nos ofrece aquí una rica experiencia doctrinal. La primera prevención es la que quiere evitar que se conviertan en ramas separadas Derechos que no tienen otro aglutinante que su adjetivo, pero que sustancialmente no son más que «Derecho informativo», ciencia jurídica informativa (LA LUMIA). La estructura de una rama del Derecho no tiene que responder a esquemas uniformes. Entre nosotros, VILLAR PALASÍ ha distinguido entre ramas horizontales y ramas verticales del Derecho, según la perspectiva desde la que contemplan su objeto. La sustantividad de una rama del Derecho sí debe cimentarse en, al menos, estos dos factores: un *substratum* social básico diferenciado y fuentes propias.

Afirmando el Derecho Administrativo como Derecho común (CLAVERO ARÉVALO), cabe preguntarse si el Derecho Ambiental descansa en sus principios como un Derecho especial respecto de aquél (DE CASTRO). Para ALONSO OLEA una disciplina jurídica se sustantiviza y justifica su especificidad, bien con referencia a una categoría especial de personas (comerciantes, entes públicos, clérigos, militares, trabajadores, etc.), bien con referencia a una categoría especial de objetos o bienes materiales (propiedad inmueble, trabajo humano, etcétera), bien con referencia a un tipo de relaciones (relaciones procesales, laborales, actos de comercio, de servicio público). ¿Puede afirmarse que la especificidad del Derecho Ambiental pudiera fundarse en el «medio ambiente» como categoría especial de objeto? Bajo la inquietud de esta pregunta vamos a intentar conocer, a través de la Constitución española vigente, de qué manera acoge al «medio ambiente», si emerge como *substratum* social básico diferenciado que reclama una normatividad propia, y los principios y técnicas jurídicas que incorpora para su ordenación.

III. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO-DEBER A UN MEDIO AMBIENTE PERSONALIZANTE Y DE SU PROTECCIÓN COMO FUNCIÓN PÚBLICA

A) Las bases constitucionales legitimadoras de potestades y derechos

La acogida en la Constitución de los derechos, deberes y potestades cimienta su vinculación en el núcleo mismo del ordenamiento jurídico y los legitima con una garantía indisponible para el legis-

lador ordinario (VEDEL, LOEWENSTEIN, MARTÍN-RETORTILLO, S.). En la Constitución española de 1978 se adiciona además un principio de efectividad que da carácter normativo directo a buena parte de sus normas (art. 9.º y disposición derogatoria 3.ª), si bien establezca distintos niveles de intensidad para garantizar los derechos y libertades (art. 53). El artículo 45, consagrado al medio ambiente, se sitúa entre «los principios rectores de la política social y económica» (capítulo III del título I) y, aunque no está en el círculo «de los derechos fundamentales y de las libertades públicas», que gozan de superior protección (con la exigencia de *leyes orgánicas* para su desarrollo y con la posibilidad de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, previo procedimiento judicial preferente y sumario), sin embargo, la Constitución manda que el reconocimiento, el respeto y la protección de esos principios «informarán 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 los desarrollen»; expresión ésta que se ha interpretado con un mero alcance procedimental y presuponiendo que las leyes de desarrollo deben necesariamente viabilizar su acceso a dicha Jurisdicción (GARRIDO FALLA, LÓPEZ RAMÓN).

Inspirado en otras Constituciones recientes (especialmente la de Portugal), el artículo 45 se elaboró y aprobó sin especial debate. Dos principios generales resaltan en el precepto tan novedoso en el Derecho español: la consagración del derecho de todos «a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo», y la configuración de la protección del medio ambiente como un función pública («Los poderes públicos velarán...») en cuya gestión se compromete a toda la sociedad.

Artículo 45

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

2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.»

B) *La tensión medio ambiente-desarrollo, en la Constitución y en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*

Antes de exponer las diversas perspectivas desde las que la Constitución contempla el medio ambiente, es conveniente considerar los preceptos constitucionales referidos a ese otro polo de la cuestión que es el desarrollo económico. Precisamente, la primera Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional sobre medio ambiente versa sobre un caso de conflicto entre medio ambiente y desarrollo, como luego analizaremos.

Los principios básicos del texto constitucional a tener en cuenta son los siguientes:

- a) Principio de modernización y desarrollo de todos los sectores económicos.

Artículo 130

«1. Los poderes públicos atenderán a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y, en particular, de la agricultura, de la ganadería, de la pesca y de la artesanía, a fin de equiparar el nivel de vida de todos los españoles.

2. Con el mismo fin se dispensará un tratamiento especial a las zonas de montaña.»

- b) Principio de libertad de empresa.

Artículo 38

«Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.»

c) Planificación económica general.

Artículo 131.1

«1. El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución.»

d) Principio de subordinación de la riqueza al interés general y ámbito de iniciativa pública en la actividad económica.

Artículo 128

«1. Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general.

2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.»

e) Principio de igualdad de derechos y deberes, y de libertad de circulación de personas y bienes.

Artículo 139

«1. Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado.

2. Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español.»

f) La Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 noviembre de 1982.

Más adelante aludiremos a las Sentencias del Tribunal Constitucional de 23 de noviembre y 21 de diciembre de 1982. Ahora nos interesa analizar la de 4 de noviembre de 1982. En esta reciente Sentencia, el Tribunal Constitucional analiza, por vez primera, el artículo 45 de la Constitución resolviendo el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno contra la Ley 12/1981, de 24 de diciembre, del Parlamento de Cataluña, por la que se establecen normas adicionales en protección de los espacios de especial interés natural afectados por actividades extractivas. Entre otros motivos, se impugnaba la Ley por considerar que infringe los preceptos constitucionales que consagran el principio de solidaridad (artículos 2.º y 138) y los que distribuyen las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Pero el aspecto que aquí puede interesarnos más es el relativo a si, como aducía el representante del Gobierno, las restricciones singulares incluidas en la Ley catalana para ciertas actividades mineras eran inconstitucionales porque no reconocen «que exista prioridad absoluta del fomento de la producción minera frente a la protección del medio ambiente». El Tribunal Constitucional parte de afirmar que, en virtud del artículo 45 de la Constitución —que «recoge la preocupación ecológica surgida en las últimas décadas en amplios sectores de opinión que ha plasmado también en numerosos documentos internacionales»— «no puede considerarse como objetivo primordial y excluyente la explotación al máximo de los recursos naturales, sino que se ha de armonizar la “utilización racional” de esos recursos con la protección de la naturaleza, todo ello para el mejor desarrollo de la persona y para asegurar una mejor calidad de la vida». No acepta la Sentencia la prioridad del fomento de la producción minera frente a la protección del medio ambiente. Y, en base al deber de atender al desarrollo de todos los sectores económicos (impuesto por el artículo 130,1 de la Constitución), concluye con estas dos afirmaciones esenciales:

a) El desarrollo económico es igualmente necesario para lograr la calidad de vida, por lo que «la conclusión que se deduce del examen de los preceptos constitucionales lleva a la necesidad de compaginar en la forma que en cada caso decida el legislador competente la protección de ambos bienes constitucionales: el medio ambiente y el desarrollo económico». Si el Estado ha declarado la prioridad de determinadas actividades extractivas para la defensa de la economía nacional, hay que respetar esa prioridad. «En estos supuestos

el deber de restauración debe ajustarse a las posibilidades de llevarlo a cabo sin detrimento de la explotación, siendo aconsejable una adecuada colaboración entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma que ayude a buscar soluciones equitativas.» En consecuencia, declara inconstitucional el precepto de la Ley que prohíbe con carácter general determinadas actividades extractivas.

b) En virtud del principio de solidaridad, y de la subordinación de toda la riqueza del país al interés general, la Sentencia declara inconstitucional la disposición que justifica el establecimiento de un régimen especial par las explotaciones cuando estén «estrechamente vinculadas a instalaciones de sectores productivos básicos para la economía de Cataluña y para la incidencia de la competitividad internacional». Esa referencia debe sustituirse por la importancia que puedan tener para el conjunto de la economía española. Otros aspectos de la Sentencia exceden del marco de esta conferencia, aunque aún aludiremos luego a alguno de ellos.

C) *Perspectivas desde las que la Constitución española contempla el medio ambiente*

Además de la regulación del núcleo del tema en el artículo 45, la Constitución lo contempla desde otros ángulos, de tal manera que, considerando todos los preceptos implicados, podemos destacar estas siete perspectivas:

a) *El medio ambiente como naturaleza*

En el mismo artículo 45 está expresa la inclusión de la naturaleza en el concepto de medio ambiente al referirse a la utilización de todos los recursos naturales. Pese a la generalidad del precepto, parece armónica la interpretación que considera que en el texto constitucional pudiera incluirse en el concepto medio ambiente la protección de la naturaleza (que fundamenta la finalidad de la Ley de Espacios Naturales protegidos, de 1975), la protección contra la contaminación del agua, del aire y del suelo, y la protección del patrimonio histórico-artístico y cultural (LÓPEZ RAMÓN), al que se dedica el artículo 46 de la Constitución.

«Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los

bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio.»

Existe un conjunto de materias cuya regulación atiende prioritariamente al uso racional de los bienes de la naturaleza y culturales; son, principalmente, la atmósfera, el agua, el litoral y el mar, los «espacios naturales», los suelos agrícolas, la flora, la fauna y el patrimonio artístico y cultural.

b) *El medio ambiente como objeto de protección*

En esta perspectiva lo que se pone en primer plano no es la ordenación del bien natural, sino los instrumentos para la protección medioambiental. Las materias cuya regulación atiende prioritariamente a la protección podrían ser el régimen de las actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, la extracción y uso de recursos energéticos, el tratamiento de residuos sólidos, la corrección de ruidos y vibraciones, el empleo de productos fitosanitarios y la elaboración de productos de consumo humano (art. 51, sobre la defensa de los consumidores y usuarios).

c) *La distribución de competencias sobre el medio ambiente*

La singular estructura del Estado de las Autonomías obliga a la Constitución a determinar la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

1. De una parte, reconoce a todas las Comunidades Autónomas la posibilidad de asumir competencias, incluso legislativas, en materias sustantivas que afectan a bienes naturales o actividades de incidencia en el medio; son principalmente las siguientes: la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda; la agricultura y ganadería, de acuerdo con la ordenación general de la economía; los montes y aprovechamientos forestales, los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma; las aguas minerales y termales; la pesca en aguas interiores, el marisqueo y la acuicultura, la caza y la pesca fluvial; el fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional; promoción y ordenación del turismo en su ám-

bito territorial; promoción del deporte y de la adecuada utilización del ocio; sanidad e higiene (art. 148, 1, 3.^a, 7.^a, 8.^a, 10.^a, 11.^a, 13.^a, 18.^a, 19.^a, 21.^a, de la Constitución).

2. En cuanto afecta estrictamente a la *protección* del medio ambiente, el artículo 149, 1, 23.^a, de la Constitución atribuye al Estado: la legislación *básica* sin perjuicio de reconocer a las Comunidades Autónomas inicialmente plenas (Cataluña, País Vasco, Galicia y Andalucía) la facultad de dictar «normas adicionales de protección» (cuyo alcance no se determina y está siendo controvertido). También se atribuye al Estado la legislación *básica* sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias.

3. Para todas las Comunidades Autónomas, el artículo 148, 1, 9.^a de la Constitución les atribuye «la *gestión* en materia de protección del medio ambiente». Nótese que, sin embargo, tienen incluso potestades legislativas en materias sustantivas relativas a los bienes naturales, que antes enumeramos, y muy condicionantes del régimen de protección estricta. Estas circunstancias acentúan la necesidad de que se dicte una Ley General Básica sobre Protección del Medio Ambiente en España, según hemos defendido en otro lugar (PÉREZ MORENO) y según se desprende ahora de las referidas Sentencias del Tribunal Constitucional.

4. Como viene ocurriendo en otras materias, la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas ha suscitado hasta ahora, además de la antes comentada Sentencia de 4 de noviembre de 1982, la de 23 de noviembre de 1982 (sobre recurso de inconstitucionalidad promovido por la Presidencia del Gobierno contra la Ley 2/1982, de 3 de marzo, de protección de la zona volcánica de la Garrotxa, del Parlamento de Cataluña) y la de 21 de diciembre de 1982 (sobre recurso análogo promovido contra la Ley, del mismo Parlamento, 6/1982, de 6 de mayo, sobre declaración como paraje de interés nacional del macizo de Pedraforca (BERGUEDÁ). Esta última remite a la anterior dada la identidad del conflicto y de los fundamentos jurídicos utilizados. El Tribunal Constitucional considera que la competencia exclusiva atribuida por el Estatuto de Cataluña (art. 9.º, 10) sobre espacios naturales protegidos, incluye la potestad legislativa, si bien debe ésta ejercerse de acuerdo con la legislación estatal básica sobre protección del medio ambiente (artículo 149.1, 23 de la Constitución); y, «en todo caso», sería aplicable

como derecho supletorio la legislación estatal (a tenor de la reiterada interpretación que la Jurisprudencia constitucional viene dando al artículo 149.3 de la Constitución).

d) *El medio ambiente y la calidad de vida*

La referencia a la vida relacionada con el medio ambiente aparece en varios artículos de la Constitución. Ya en su breve preámbulo se proclama la voluntad de «Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida».

El artículo 45, recordemos, emplea la expresión «proteger y mejorar la calidad de la vida». El artículo 130, 1, «equiparar el nivel de vida de todos los españoles». Y el artículo 129, 1 se refiere a «la calidad de la vida o al bienestar general».

e) *La participación ciudadana en la protección del medio ambiente*

Una de las novedades menos destacadas y más desatendidas en el desarrollo de la Constitución española es la plena incorporación de la participación ciudadana en la vida política, económica, cultural y social, con independencia en estos últimos casos del cauce de los partidos políticos. Los preceptos más representativos son 9, 23, 45, 51, 105 y 129.

En el artículo 45 la participación es un deber, ya que el derecho al medio ambiente adecuado lleva aparejado el deber de conservarlo.

El artículo 129 ordena la participación de los interesados «en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de la vida o al bienestar general».

Más adelante aludiremos a la conveniencia de propiciar relaciones más intensas de participación que permitieran elaborar el Estatuto del «contaminador colaborador».

f) *La especial exigencia de solidaridad colectiva*

El artículo 45 reclama la *solidaridad colectiva* para la protección, mejora y restauración del medio ambiente. Da así base a todas las correcciones y matizaciones que la justicia material y el interés público recomienden en el principio «quién contamina, paga».

g) *Las garantías frente a la infracción*

Ya indicamos que no procede recurso de amparo para la defensa del derecho al medio ambiente. Las garantías frente a la legislación

son el recurso de inconstitucionalidad y la cuestión de inconstitucionalidad en un proceso en curso. Sí cabe obtener el control del Defensor del Pueblo.

Muchas de las determinaciones medioambientales están hoy reguladas en los Planes urbanísticos (Ley del Suelo de 9 de abril de 1976), por lo cual les alcanzaría la posibilidad de la *acción popular* regulada en el artículo 235 de dicha Ley, de acuerdo con las críticas de la doctrina a la redacción de la Ley del Suelo de 1956 (PÉREZ MORENO).

Finalmente, las vías civil, administrativa y penal están abiertas. En el proyecto en curso parlamentario sobre reforma urgente del Código Penal se incluye genéricamente regulado el delito ecológico. La mayoría de la doctrina considera más garantizador que se delimitaran los tipos concretos en leyes sectoriales, y, en todo caso, no aseguran gran éxito a la vía penal, ya que lo importante es prevenir el daño.

IV. EL DESUSO DEL DERECHO AMBIENTAL Y ALGUNAS MEDIDAS PARA SU REDUCCIÓN

Todo el ordenamiento jurídico está expuesto a la prueba de su realización en la vida social. La invigencia social de las leyes es un fenómeno que se acrecienta en períodos de transición y de crisis. En buena medida nuestro tiempo padece también la grave crisis de la ley (Cossío), porque ésta ha perdido su permanencia, su solemnidad o sacralidad. La realidad vital supera la capacidad de la razón previsor. En definitiva, el Derecho vívido se forma por las parcelas del ordenamiento que han llegado a consuetudinarizarse, lo cual no ocurre con facilidad en la normativa vinculada a lo concreto, en la planificación y en la programación, y en todas las instancias ordenadoras que se estructuran preponderantemente con normas de acción. Los cambios jurídicos radicales pueden producir la ruptura de las coordenadas de obedecibilidad social (DÍEZ PICAZO).

El Derecho Ambiental es una buena muestra de ese tipo de legislación expuesta al desuso. No es una costumbre contra *legen*, proscrita, sino un desuso extintivo por muerte de la ley, al faltarle los presupuesto fácticos, técnicos o económicos.

Si la vivificación de la letra de las normas hay que conseguirla interpretándolas en relación con «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas» (como establece el artículo 3.º del vigente título preliminar del Código Civil), la consecución de la vigencia real y efectiva de las normas medioambientales requiere una elaboración vigilante de su armonía y coherencia con las concretas circunstancias que rodean a sus supuestos de hecho.

A) *El sustraendo de la facticidad y de la necesidad*

El Derecho Ambiental está, pues, en permanente riesgo de desuso. El ideal inserto en su teleología —como se condensa en el artículo 45 de la Constitución— está asolado con el sustraendo de la facticidad y de la necesidad. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de noviembre de 1982, antes comentada, es una buena prueba de esa incidente tensión impuesta por las necesidades de la economía. La promesa de crear puestos de trabajo flexibiliza mucho las decisiones administrativas de autorización o concesión para instalar industrias. Polos de Desarrollo que se recibieron con entusiasmo con la esperanza de progreso económico de la población elegida, a los veinte años de puesta en marcha han producido heridas ecológicas difícilmente cicatrizables, lo que prueba la carencia de las suficientes previsiones en respeto de la legislación medioambiental al efectuar su delimitación. Estas circunstancias plantean un reto al jurista a la hora de diseñar el *iter* y la estructura de los grupos normativos protectores del medio ambiente.

B) *La participación y la pactación como reductores de la invigencia social de las normas de acción*

De entrada hay que rechazar la pérdida de supremacía de los poderes públicos para la regulación y gestión de los intereses generales. Una ley, un reglamento o un acto administrativo no se puede hacer al dictado de grupos de presión, sea cual sea su signo. La Administración sirve con objetividad los intereses generales (art. 103 de la Constitución). Pero la Administración no puede caer en la soberbia de considerarse omnisciente; por ello la propia Constitución realza la participación social en la elaboración de los reglamentos;

Artículo 105. La ley regulará:

a) «La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas en la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten.»

De otra parte, no siempre el mejor Derecho es el más eficaz; es decir, que cuando se parte de estados carenciales, es conveniente utilizar una programación de etapas procurando la adhesión social al cumplimiento de cada una de ellas, y esto implica el momento del pacto, del convenio con fines de protección medioambiental. Cuando no se trate de situaciones límites, la Administración puede utilizar el ejercicio de funciones arbitrales entre los grupos sociales tanto para decisiones puntuales, como para la elaboración de planes medioambientales. En supuestos de focos contaminantes cualificados, las técnicas administrativas de colaboración social en la gestión pueden permitir diseñar el estatuto del contaminador-colaborador, a semejanza de un cuasi órgano administrativo.

C) La conversión de las normas de acción en normas de relación

Por esos cauces es posible ir convirtiendo las normas de acción —aquellas en las que entre el «Boletín Oficial» y el resultado no hay más que la voluntad del destinatario de la prohibición o el mandato—, en normas de relación, en las que las cargas se transforman en obligaciones exigibles entre partes. De esta manera, los conflictos sociales de carácter ecológico podrían canalizarse sin indefensión para ninguna de las partes por procedimientos semejantes a los convenios colectivos. La suerte de los parámetros a observar no quedaría sólo pendiente de la compleja eficacia de las inspecciones. La urgencia preventiva del Derecho Ambiental hace siempre más favorable la conquista de algún resultado que la represión contra la consumación del daño.

D) La tecnificación jurídica de la incorporación de estándares magistrales

El Derecho Ambiental está esencialmente arrastrado por la *cláusula de progreso*. Como destacamos al principio, entre la legislación y la ciencia ha de producirse una ósmosis permanente, y ésta debe ser facilitada por sutiles membranas jurídicas que mantengan aq-

tualizados los parámetros técnicos. El grupo normativo debe integrarse estratégicamente por fuentes de rango diverso para facilitar la reforma de lo cambiante, mediante un manejo técnico garantizado.

Vinculados a los Planes urbanísticos, los *planes medioambientales netos* deben posibilitar esa aproximación de los principios legales a la realidad social.

E) *La educación para la protección del medio ambiente*

No sólo formando especialistas, sino incluyendo la ciencia ambiental en los programas de los centros escolares, podrá mejorarse la aptitud de la población para asumir el *deber de conservación* que la Constitución le impone. La tendencia a la concentración urbana de la población está desarraigando a generaciones de niños del conocimiento directo de la naturaleza y de las leyes que la rigen. Enfermedades sociales graves, producidas por la estructura de las grandes ciudades, tienen su causa en la incomunicación entre el hombre y la naturaleza.

F) *Medio ambiente y ética social*

La reviviscencia de los valores (la axiología jurídica, o el renacimiento del Derecho natural) es una de las claves de la fundamentación del ordenamiento jurídico. La ética es primariamente personal, pero los condicionamientos para la realización de la ética en la vida social deben ser cuidados y asumidos por los poderes públicos. De ahí que el Derecho, y concretamente el Derecho Ambiental, tenga el compromiso de la tecnificación de la ética social (ARANGUREN), es decir, de la conversión de los principios morales en instituciones jurídicas operativas porque, en definitiva, la misión del jurista es la conversión de la ideología en técnica al servicio de la sociedad (GARCÍA DE ENTERRÍA). En último término, lo que llamamos Derecho Ambiental tiene como primera exigencia impedir que —en imagen de PAPINI— la Tierra se convierta en un globo de hollín.

V. REFLEXIÓN FINAL

La diversidad de enfoque de las doctrinas latinoamericana y europea sobre la construcción del Derecho Ambiental induce a proponer un método integrador.

Para superar las parcialidades de las concepciones dogmáticas (a base de la idea de sistema) y empírica (proclive al escepticismo), se considera interesante partir de una *concepción principal* del Derecho Ambiental, a base de formular *principios generales sustantivos o materiales vinculatorios* (FORSTHOFF) como condensación técnico-jurídica de valores normativos que formen la cúpula del ordenamiento jurídico ambiental, vivificados por lo ético, como tecnificadores de la ética social.

Lo novedoso del Derecho Ambiental es la consciencia de globalidad del *ambiente* adquirida a partir de un determinado momento del avance de la ciencia. Es más intuición que conocimiento. Como respuesta a ese reto, el Derecho Ambiental debe ofrecer un estratégico método de construcción jurídica. ¿Qué dobleces, recortes y costuras obliga a realizar el concepto de ambiente —como valor colectivo—, en el ordenamiento jurídico heredado? ¿Por qué canales técnico-jurídicos debe discurrir la ordenación de lo ambiental?

Recordemos las respuestas técnico-jurídicas dadas ya por otros sectores del ordenamiento jurídico de análoga problemática: el Derecho Urbanístico ha significado una mutación en principios (funcionalización de la propiedad urbana) y en las técnicas de normación, aportando, entre otras, la relación necesaria entre ley y planes —como concreciones terminales de ordenación—, el valor ordenador y coordinador del plan y la incorporación de estándares como criterios sustantivos de ordenación.

En esta línea, la formulación de *principios sustantivos o materiales vinculatorios* en el Derecho Ambiental ha de partir de importantes mutaciones originadas por él mismo en el núcleo del Derecho heredado, como son:

a) El protagonismo de la comunidad en el uso y disfrute del «sistema» ambiental, que se integra en el marco objetivo del interés general.

b) La preeminencia del principio de solidaridad (realizado ya por DUGUIT), de forma que los derechos de particulares de contenido económico han de legitimarse desde su compatibilidad con el interés general del «sistema» ambiental.

c) La extensión del principio de legalidad —ley habilitante— tanto a los poderes públicos como a los ciudadanos, en relación con el ambiente, formulado como «todo lo que no está permitido está prohibido», en los sectores y aspectos previamente delimitados.

d) La vocación de la autoadministración social (participación gestora).

En cuanto a la elaboración técnico-jurídica del Derecho Ambiental las cuestiones básicas serían:

1. Estructura útil para el Derecho Ambiental.
2. Estructura estratégica de las normas ambientales. Nuevas fuentes de normatividad.
3. Construcción jurídica garantizadora para la relación directriz política-normatividad plural y conducta social.
4. Técnicas jurídicas de relación entre ordenamientos.

El Derecho Ambiental aparece como un crisol en que han de fundirse la escala de valores de la sociedad, la acogida y preparación de los planes de vida y la economía, el control del estado del ambiente en función de los avances de la ciencia.

Se definiría así el Derecho Ambiental como el ordenamiento que garantiza y disciplina el goce colectivo inherente a los bienes ambientales, velando por su integridad natural. Como control de la disponibilidad de los bienes ambientales para garantizar sus utilidades y efectos colectivos.

5. Intervención de la economía

