I CONGRESO SOBRE LEGISLACION AMBIENTAL, ORGANIZADO POR LA DIRECCION GENERAL DE MEDIO AMBIENTE: SELECCION DE TRABAJOS

EL MEDIO AMBIENTE EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA

Por TOMAS RAMON FERNANDEZ RODRIGUEZ

I. Introducción

Cualquier aproximación al problema del medio ambiente desde un punto de vista jurídico debe comenzar por poner de manifiesto las implicaciones políticas del tema.

En efecto, lo que a comienzos de la época de los sesenta podía parecer simplemente curioso o pintoresco, una muestra más de la «rebeldía» juvenil, tan marginal con respecto a la estructura de la sociedad occidental como las propias melenas de *hippies* o *beatniks*, pasó a constituir a finales de esa misma década objeto predilecto de atención de la tecnocracia europea. Todos oímos entonces con sorpresa el coro de las más autorizadas voces que nos anunciaba en forma casi apocalíptica el riesgo de una amenaza brutal de nuestra propia supervivencia.

No merece la pena detenerse aquí en citar los documentos, de todos sobradamente conocidos, que entonces alumbraron las más prestigiosas organizaciones y grupos de expertos, ni tampoco reseñar los hitos de la escalada de conferencias, reuniones internacionales, congresos, etc., que desde fines de 1968, se sucedieron uno tras otro hasta llegar a la célebre —y grandiosamente inútil— Conferencia Universal de Estocolmo.

Mayor interés tendría recordar las normas jurídicas en que se plasmó ya desde esos primeros tiempos el proceso de concienciación colectiva al que se viene haciendo referencia, pero la lista sería larga.

Lo que importa retener en este momento es que toda esa magna, generalizada y confusa polémica universal produjo una sensibilización general en torno a la problemática medioambiental y que ello fue así porque esa problemática llevaba en sí el germen de una concepción nueva, apenas intuida, de la convivencia colectiva, de una nueva forma, en fin, de lucha política por el poder a escala planetaria.

En lo que acabo de decir, por rotundo que parezca, no hay exageración alguna. En la tesis del «crecimiento cero», que la crisis energética ulterior arrojó al cesto de los papeles, venía a resumirse la posición de los países ricos del mundo occidental y, por lo tanto, de los representantes más significativos del capitalismo avanzado, que, lejos de renunciar a sus posiciones, aspiraban, por supuesto, a consolidarlas. Para los países en vías de desarrollo la problemática medioambiental les situaba ante un dramático dilema entre dos formas diferentes de colonización: la tradicional, apoyada en cimientos políticos primero y económicos después, que les condenaba a mantenerse en su inicial situación de exportadores de materias primas, y otra nueva y más sutil, pero no menos limitativa, formalizada a través de la «importación de los riesgos» rechazados por los países desarrollados. De un modo u otro, todos estaban implicados en el juego, que era sustancialmente un juego de poder.

Con todo, al comienzo de los setenta el debate aún se sentía lejano y, en cierto modo, resbalaba en el hombre de la calle, que era todavía un hombre optimista que vivía en una sociedad en

continuo ascenso económico en la medida en que su desarrollo se alimentaba de energía barata.

La crisis energética iniciada en 1973 proyectó sobre el tema tintes más sombríos y contribuyó a plantearlo con toda su crudeza. La importancia política del mismo se hizo más evidente y más inmediata para todos. La progresiva subida de los precios del petróleo mostró la debilidad de las grandes potencias económicas y, al descubrir el talón de Aquiles del sistema capitalista, necesitado de nuevas fuentes alternativas de energía —la nuclear, sustancialmente—, prestó una fuerza insospechada a todos los movimientos marginales, que liberados de las responsabilidades propias de los partidos políticos, conservadores o socialistas, que sostenían con sus fuerzas y en medida semejante el andamiaje del Estado, vieron en la lucha ecológica la gran ocasión de acceder a un protagonismo que, en otra situación, les resultaba sencillamente inalcanzable.

En estos términos, se quiera o no se quiera, está, pues, planteada la cuestión. Probarlo no es nada difícil. Basta mirar en derredor para comprobar la fuerza con que el «ecologismo», si se me permite el término, ha irrumpido en la escena política en todos los países europeos, no sólo en el plano electoral, sino también —y preferentemente— en la propia calle. La fuerza de convocatoria de los movimientos ciudadanos en general y de lo que conviene en llamarse la opción extraparlamentaria supera ya con mucho en ocasiones la de las organizaciones políticas convencionales, que se ven obligadas por ello a asumir, con más o menos convicción, muchas de las reivindicaciones que desde esas plataformas se postulan en una especie de «huida hacia adelante» que no es sino la expresión viva de la grave amenaza de que sus posiciones son objeto.

Hay un pequeño libro, un folleto más bien, que expresa con toda claridad lo que el ecologismo militante significa hoy como crítica global de las ideologías que nutren el panorama de la política parlamentaria convencional. Me refiero, concretamente, al opúsculo de Michel Bosquet, que firma otras veces como André Gorz, que lleva por título *Ecologie et liberté*. El librito comienza con este expresivo párrafo:

> «El capitalismo de crecimiento ha muerto. El socialismo de crecimiento, que se le parece como un hermano, nos refleja la imagen deformada no de nuestro futuro, sino de nuestro pasado. El marxismo, aunque permanece irremplazable como instrumento de análisis, ha perdido su valor profético.»

A partir de aquí, la crítica de las dos grandes corrientes de pensamiento y de acción que hoy dominan el mundo es fácilmente adivinable. No voy, pues, a reproducir aquí sus términos concretos, pero sí quiero resaltar que lo que el llamado realismo ecológico ha puesto sobre el tapete es, ni más ni menos, el problema de la validez de un modelo de sociedad en el que «el más» y «el mejor» son correlativos, modelo contra el que proyecta su utopía en base a la ruptura de esa correlación: «lo mejor puede ser obtenido con menos. Se puede vivir mejor trabajando y consumiendo menos, a condición de producir cosas más duraderas que no engendren daños ni carencias insuperables desde el momento en que todos accedan a ellas».

Naturalmente, no se trata de resolver aquí esta cuestión, ni tampoco de defender tesis alguna en pro o en contra de la utopía ecológica. Lo que sí importa subrayar en este momento es la naturaleza del problema para poner de manifiesto que ha llegado el momento de elegir, de optar, y que sólo sobre la base de esa elección, que corresponde a la colectividad toda, será posible seguir hablando del tema con algún provecho.

II. El fenómeno de la constitucionalización de la problemática medioambiental

Las consideraciones precedentes pretendían, ante todo, poner de relieve el trasfondo ideológico y, por lo tanto, primaria y esencialmente político de la problemática medioambiental, cuyo tratamiento *sub especie* jurídica sólo es posible por esa razón a partir de una decisión política fundamental, de una opción de base a adoptar por una comunidad determinada sobre el mo-

delo de sociedad al que esa comunidad desea ajustar su desenvolvimiento futuro.

No puede extrañar por ello que en los últimos años el tema se haya constitucionalizado. Así tenía que ser forzosamente en la medida en que la Constitución es la vía primaria de expresión del cuadro de valores vigentes en la sociedad y el marco general en el que necesariamente ha de desenvolverse la vida colectiva.

La forma concreta en la que con carácter general se ha operado esta constitucionalización tampoco puede sorprender demasiado habida cuenta del contexto general en el que el fenómeno se ha producido.

Normalmente las preocupaciones medioambientales han encontrado acomodo en la parte dogmática de las Constituciones mediante su plasmación en un nuevo derecho económico-social, el derecho al ambiente y a la calidad de la vida, al que se suele dotar de una funcionalidad compleja a partir de su configuración como un derecho-deber (puesto que incluye la obligación de conservar el ambiente que se tiene derecho a disfrutar) y de su consagración como uno de los principios rectores de la política económica y social.

En el fondo, este concreto planteamiento general revela que la opción por un modelo de sociedad u otro no es nunca opción neta y que, como no podía menos de suceder, no se desea renunciar del todo a ninguno de los términos de la alternativa implícita en la problemática ecológica que está en el origen mismo del fenómeno.

Dentro de estas coordenadas generales, caben, por supuesto, múltiples matizaciones. Sin embargo, el sentido del fenómeno al que se alude es siempre el mismo: la introducción en el estado de cosas que la Constitución refleja y en cierto modo formaliza de un elemento dinamizador y de un factor de cambio y de transformación social, que la propia Constitución quiere promover.

Este es, justamente, el caso de la Constitución española, la más reciente por el momento del panorama comparado.

III. La tensión medio ambiente-desarrollo en la Constitución española de 1978

Nuestro texto constitucional refleja claramente las tensiones y tendencias a las que se acaba de hacer referencia.

Fruto como es de un consenso básico de las distintas fuerzas políticas que han protagonizado el proceso constituyente; la Constitución no podía lógicamente incorporar una opción rígida en materia económica y social, ya que ésta, cualquiera que fuese, hubiese resultado excluyente, para una parte, al menos, de la comunidad representada en las Cortes. Es inútil por ello intentar extraer conclusiones rotundas sobre la base de declaraciones aisladas que, cualquiera que sea su concreto tenor literal, sólo cobran pleno sentido como partes de un conjunto.

Quiero significar con ello que ningún precepto en particular contiene la «clave» interpretativa del texto entero y que, por consiguiente, no es posible dar valor de tal al reconocimiento que se hace en el artículo 38 de la libertad de empresa y del sistema de economía del mercado.

El propio artículo 38 matiza a renglón seguido este reconocimiento al ponerlo «de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación». Importa especialmente subrayar que ni este artículo ni el 131 añaden al término planificación calificativo alguno, lo que, obviamente, hace posible que ésta pueda adoptar en el futuro orientaciones diversas sin rebasar el techo constitucional siempre que, naturalmente, no se traduzca en un dirigismo total anulador de toda libertad, en un auténtico cambio de sistema.

Sin necesidad de seguir más adelante puede decirse ya que la Constitución acepta de entrada la realidad preexistente a ella (este sentido tiene, sin duda, el empleo del presente en el artículo 38: «se reconoce») tomándola como punto de partida, pero sin excluir su corrección ulterior, siquiera sea parcial.

Más aún, si se consideran otros preceptos del propio texto constitucional y, en concreto, aquellos que se incluyen dentro del capítulo III del título II bajo la rúbrica «De los principios rectores de la política social y económica», se comprobará que

existe, en efecto, una voluntad cierta de corrección de la realidad tomada como punto de partida. No es otro el sentido, por ejemplo, del artículo 40, que obliga a los poderes públicos a promover «las condiciones más favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa». (Nótese el empleo del futuro «promoverán» y del comparativo «más», explícitos ambos en el sentido apuntado.) En esa misma dirección se mueve el propio artículo 131, antes citado, que faculta al Estado para planificar la actividad económica y señala la finalidad de ésta: «atender 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».

Esta posibilidad de corrección que la Constitución incorpora dice ya mucho en relación a nuestro tema. Por lo pronto, que no todo queda confiado, ni mucho menos, al libre juego de las fuerzas económicas. En segundo término, que hay una decidida voluntad de conformación de una realidad que se considera insatisfactoria. En tercer lugar, que esa conformación, que constituye una obligación positiva de los poderes públicos, debe orientarse hacia un objetivo de igualdad, por un lado, y de equilibrio territorial, por otro.

El texto constitucional no renuncia, pues, al crecimiento y al desarrollo, pero quiere cerrar el camino a un tipo de desarrollo —el que padecimos en la década de los sesenta— que todo lo subordina al crecimiento puro y simple de las grandes magnitudes económicas y que al actuar de ese modo consolida y reafirma sobre sus propias bases la herencia recibida. Muy al contrario, la Constitución reconoce que esa herencia es insatisfactoria, que es preciso rectificar su tendencia tradicional y que esa rectificación constituye una tarea específica de los poderes públicos, cuya concreta actuación debe orientarse hacia la consecución de objetivos preferentemente cualitativos.

No hay, pues, ciertamente, una modificación directa del modelo de sociedad, que sigue estando basado en el sistema de economía de mercado. No hay tampoco una renuncia al desarrollo, que sigue siendo un objetivo básico de la comunidad. Pero no se excluye la modificación progresiva de ese modelo a

través de un desarrollo cualitativo en el que los factores de este orden, concebidos como motores de la transformación que se pretende, primen sobre los puramente cuantitativos que presidieron el desarrollo del pasado.

Uno de esos factores es, precisamente, el reconocimiento del derecho de todos a «disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona» que se contiene en el artículo 45-1. Este es y no otro el valor fundamental que el precepto incorpora. Así resulta no sólo de lo dispuesto en su número 2, ya de por sí explícito en el mandato que dirige a los poderes públicos de velar «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», sino también, y sobre todo, de lo dispuesto en el artículo 53-3, según el cual «el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo III», esto es, de los que expresamente se califican en la rúbrica del referido capítulo como principios rectores de la política social y económica, ha de informar «la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos».

Quiere decirse con ello que toda actuación, legislativa, judicial o administrativa, que contraríe esa preferencia explícita de los aspectos cualitativos sobre los cuantitativos es desde ahora inconstitucional, y susceptible, por lo tanto, de las sanciones que para los actos de esta clase reserva la propia Constitución a través de los mecanismos de garantía que en la misma se establecen.

Este es, básicamente, el cuadro general que la nueva Constitución ofrece en relación a nuestro tema. La tensión entre medio ambiente y desarrollo no se resuelve, pues, en favor de ninguno de los dos términos de la hipotética alternativa, sino que se canaliza hacia una fórmula de síntesis, consistente en un desarrollo cualitativo que, partiendo de la situación actual, tiende a hacerla evolucionar mediante una reducción progresiva de las disfunciones y desigualdades heredadas del pasado, en un sentido, pues, de igualdad y de equilibrio tanto en el plano individual, como en el colectivo o territorial.

Cuál sea el ritmo de esa tendencia es algo impredecible en la medida en que depende de la concreta dinámica política, pero esto es otra cuestión de orden diferente a la interpretación del texto constitucional y de su inicial significado y alcance.

IV. El artículo 45 de la Constitución

Precisando ya el marco constitucional en el que se desenvuelve la tensión básica entre medio-ambiente y desarrollo, conservación y crecimiento, interesa detenerse brevemente en el análisis del ya citado artículo 45 de la Constitución española, básico en la materia. Dice así:

> «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.»

El texto transcrito se mueve en la línea de sus precedentes inmediatos del Derecho Comparado, el artículo 24 de la Constitución griega de 1975 y el artículo 66 de la Constitución portuguesa de 1976, y en su redacción final influyeron apreciablemente, según ha advertido Alzaga, dos Asociaciones ecologistas de nota, la madrileña AEPDEN y la barcelonesa DEPANA.

Sobre su contenido habría que formular, en un primer análisis, las siguientes observaciones generales:

El número 1 del precepto constitucional opera en dos direcciones diferentes, una positiva (el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona), otra negativa (el deber de conservarlo).

En lo que a la primera de esas direcciones se refiere, hay que preguntarse si, en efecto, estamos en presencia de un verdadero derecho subjetivo. A este respecto hay que indicar lo siguiente:

El artículo 45 no está incluido en la sección 1.ª del capítulo II (De los derechos fundamentales y de las libertades públicas) del título I de la Constitución, por lo que no le alcanza la protección que para esos derechos fundamentales y libertades públicas instrumenta el artículo 53-2 del texto fundamental, ni, consiguientemente, es objeto del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional a que se refiere el artículo 161-1-*b)*. Esto supuesto, es obvio que no estamos en presencia de un derecho subjetivo típico.

Hay que apresurarse a añadir, sin embargo, que, como establece el número 3 del artículo 53, «el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios incluidos en el capítulo III (De los principios rectores de la política social y económica; en este capítulo tiene su encaje el artículo 45) informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos», lo que asegura la efectividad del derecho que el artículo 45 reconoce, aunque esa efectividad exija un proceso de concreción del mismo a través de la legislación ordinaria, de acuerdo con lo previsto en el inciso final del propio artículo 53-3, que, de forma no demasiado afortunada por cierto, precisa que los principios referidos (y, por lo tanto, los que consagra el artículo 45) «sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de *acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen*».

Por decirlo en términos gráficos, aunque no técnicos, el derecho del que habla el artículo 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. 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.

El número 1 del artículo 45 enuncia también un deber, que alcanza asimismo a todos: el deber de conservar el medio ambiente adecuado. ¿Cuál es el significado jurídico preciso de este deber constitucional? Para responder a esta cuestión es preciso tener presente la diferencia que en el plano conceptual existe entre deber y obligación. Ambas figuras pertenecen al género común de los deberes en sentido amplio, es decir de aquellos comportamientos positivos o negativos, que se imponen a un sujeto en consideración a intereses que no son los suyos propios, sino los de otro sujeto distinto o los generales de la colectividad. Si esa imposición de un cierto comportamiento se produce en el seno de una relación jurídica dada en estricta correspondencia con un derecho subjetivo de otro sujeto que es parte en la misma relación nos encontramos en presencia de una obligación; si, por el contrario, la imposición de un determinado comportamiento opera en una dirección genérica, sin que tenga enfrente otro sujeto que sea titular de un derecho correlativo a exigirlo, estaremos ante un deber en sentido amplio, necesitado de un proceso de concreción posterior, que, normalmente, tiene lugar a través de actos de *accertamento* o fijación que ajustan ese deber genérico a las circunstancias concurrentes en cada caso.

Este es, precisamente, el tipo al que pertenece el deber al que se refiere el artículo 45-1, cuya concreción ulterior exige la intervención del legislador ordinario («en los términos que la ley fije», dice el artículo 45-3), a quien corresponde establecer, en función de las concretas circunstancias concurrentes, las correspondientes sanciones a las conductas que atenten a las obligaciones específicas en que en cada caso la ley haya concretado el deber constitucional en cuestión.

El artículo 45-3 de la Constitución ha abierto al respecto un abanico muy amplio de sanciones, puesto que se refiere expresamente no sólo a las de carácter administrativo, sino también a las de carácter penal.

La constitucionalización de las sanciones penales en esta materia ha sido impugnada por un autorizado sector de la doctrina, que la estima contraria a la línea de tendencia que hoy parece dominante y que apunta hacia la discriminalización de conductas. Esa tendencia a la discriminalización debe compagi-

narse, par aresultar admisible, con un reforzamiento de las garantías frente al ejercicio por la Administración de poderes sancionatorios propios, garantías que hoy por hoy no son suficientes.

Por lo demás, y aun aceptando las razones que impulsan esa tendencia a la discriminalización de conductas y que, correlativamente, alimentan la crítica a la constitucionalización de las sanciones penales en materia medioambiental, parece claro que el proceso de concienciación colectiva en esta materia justifica el recurso a la garantía penal en los supuestos de atentados especialmente graves. Es significativa en este sentido la actitud adoptada en algunos casos durante los últimos años por los Tribunales penales españoles, que no han dudado en aplicar los tipos genéricos del delito de daños o de los delitos contra la salud pública en casos extremos.

Un cierto reajuste de esos tipos delictivos clásicos puede ser no sólo útil, sino, incluso, imprescindible para comprender en ellos conductas lesivas de este nuevo bien jurídico al que la Constitución ha querido, inequívocamente, otorgar una especial protección por estimar que la intensidad de las agresiones de las que es objeto en la sociedad actual lo exigía de modo inexcusable.

El número 3 del artículo 45 afirma, también, la obligación de reparar el daño producido, principio cuya consagración constitucional no añade nada, seguramente, a lo ya dispuesto en los artículos 101 a 108 del Código Penal (y en los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil), pero que es capital en el orden jurídico administrativo, es decir, en todos aquellos casos en que, no existiendo garantía penal propiamente dicha, la protección queda confiada a la acción represiva de la propia Administración.

La instrumentación de este principio va a obligar a una revisión a fondo del ordenamiento jurídico-administrativo, que hoy por hoy se limita normalmente a establecer un régimen de sanciones de este carácter. Muy probablemente, va a exigir, también, la búsqueda de un mecanismo procesal idóneo que pueda asegurar, al propio tiempo, las debidas garantías a que el causante del daño tiene derecho en todo caso y la rapidez y efectividad de la reparación, cuya determinación no puede atribuirse

a la propia Administración que conozca de la infracción e imponga la sanción procedente, pues la reparación es normalmente una cuestión *inter partes* (dañador y dañado) de orden patrimonial y, por lo tanto, ajena a la Administración en cuanto tal, ni tampoco remitirse sin más a la vía civil ordinaria, ya que eso supone una duplicación de los procedimientos que, en principio, es indeseable y debe ser evitada.

Un último aspecto conviene destacar en este apresurado análisis del artículo 45 de la Constitución, y es el siguiente: el número 2 del citado artículo ordena a los poderes públicos velar 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».

Las claves de este mandato constitucional radican, a nuestro juicio, en el adjetivo *racional* y en la apelación a la *solidaridad colectiva*, que califica de indispensable.

La primera de esas claves de entrada a las técnicas de planificación, y de forma muy especial a las de planeamiento territorial, que son las únicas que pueden asegurar la *racional* e imprescindible compatibilización de los distintos usos posibles, así como garantizar la coordinación adecuada de la acción de los gestores de los distintos recursos, cuya ausencia viene siendo la causa principal de la insatisfactoria situación presente.

La segunda apunta al establecimiento de un sistema de compensaciones, sin el cual no será posible tampoco, por bien concebida que esté la ordenación del territorio y bien planificada la gestión de los diferentes recursos, encontrar primero y mantener después el necesario punto de equilibrio entre los diferentes intereses en presencia.

Estas son, a mi juicio, sumariamente expuestas, las grandes líneas en las que el texto constitucional enmarca la política medio-ambiental del futuro.

DA-1981, núm. 190. TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. El medio ambiente en la Constitución E.