

# Coordenadas históricas de la competencia municipal frente a la contaminación atmosférica

M.<sup>a</sup> Consuelo Alonso García  
Doctora en Derecho

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN: LA HIGIENE PÚBLICA COMO PRIMERA APROXIMACIÓN A LA COMPETENCIA MUNICIPAL EN MATERIA DE POLICÍA DE LA SALUBRIDAD. A. Definición y significado de Higiene Pública. B. Medidas concretas de Higiene Pública relativas a la protección de la salubridad: el control de los establecimientos industriales por las autoridades municipales. 2. LA DESPROTECCIÓN DE LOS CIUDADANOS FRENTE A LA CONTAMINACIÓN ATMOSFÉRICA. A. La insuficiencia de los mecanismos jurídicos de reacción. B. La insuficiencia de los Ordenamientos civil y penal. La remisión general a las Ordenanzas municipales. 3. LAS COMPETENCIAS LOCALES. A. La asignación de funciones a los entes locales. B. La regulación mediante Ordenanzas: significado de estas normas. a. Los problemas derivados de la remisión a las Ordenanzas: a') La ausencia de Ordenanzas. Sus consecuencias. b') El carácter discrecional de las Ordenanzas de policía urbana. 4. LAS TÉCNICAS DE PROTECCIÓN FRENTE A LA CONTAMINACIÓN ATMOSFÉRICA. A. La policía de la salubridad: distinción entre política-gestión y policía-coacción. B. Los nuevos perfiles del tratamiento de la sanidad ambiental: los mecanismos de atención al medio proporcionados por el Derecho urbanístico: a. La experiencia inglesa. b. El proceso en España: a') El Urbanismo esteticista. b') El nacimiento del Urbanismo sanitario en España.

## 1. INTRODUCCIÓN: LA HIGIENE PÚBLICA COMO PRIMERA APROXIMACIÓN A LA COMPETENCIA MUNICIPAL EN MATERIA DE POLICÍA DE LA SALUBRIDAD

### A. Definición y significado de Higiene Pública

La génesis de la regulación jurídica de la protección del entorno urbano frente a los agentes contaminadores aparece en nuestro país intrínsecamente ligada al ámbito de lo sanitario <sup>1</sup>, a pesar de la dispersión y la fragmentación de sus primeras formulaciones.

---

<sup>1</sup> En los orígenes sanitarios de la preocupación por el medio ha insistido L. MORELL OCAÑA («Reflexiones sobre la ordenación del medio ambiente». *Revista de Derecho Urbanístico*, 80 (1982) Págs. 13 a 42), que expresamente ha señalado que «en el Derecho Administrativo

La incorporación de la atención a la salubridad del medio al catálogo de materias que debe entrar a regular la Sanidad, formando parte del entramado legislativo y organizativo de la misma, no adviene tanto por el avance de los conocimientos científicos de la época, que, fundamentados en las tesis *higienistas*, ponen por primera vez de manifiesto la estrecha relación existente entre el entorno que rodea al individuo y su estado de salud, como por la toma de conciencia por la clase política de este hecho, que hasta ahora no había reflejado en sus productos legislativos <sup>2</sup>.

Gracias al desarrollo de estas investigaciones científicas y a las elaboraciones de la doctrina jurídica se produce, en el primer cuarto del siglo XIX, el nacimiento de una nueva disciplina como rama específica de la Sanidad, que, formando parte de lo que en nuestros días consideramos como Sanidad Ambiental, va a encargarse de hacer frente a los problemas sanitarios del medio. Esta ciencia será la *Higiene Pública*.

Siguiendo a POSADA, adoptaremos un concepto estricto <sup>3</sup> de Higiene Pública como división de la Sanidad Pública constituida por las reglas tendentes «á preservar á los pueblos y particulares de ciertas aguas perjudiciales, alimentos que son dañosos á la salud ó fábricas que puedan dañar el aire respirable» <sup>4</sup>.

Es en esta subdivisión de la Sanidad donde es posible hallar las primeras reglas ofrecidas por nuestro Derecho tendentes a la protección del entorno. Son las denominadas *precauciones higiénicas* o recomendaciones que se inculcan a la población, instruyendo a los ciudadanos en la adopción de determinados hábitos que se consideran beneficiosos para la salud, evitando con ello la aparición de la enfermedad.

---

contemporáneo, la primera preocupación básica por la protección del medio ambiente hay que situarla en el marco de la ordenación de la salud pública». Pág. 22.

<sup>2</sup> Sobre el advenimiento de las doctrinas higienistas en el siglo XIX, *vid.* BAUD, J.P.: «Les hygiénistes face aux nuisances industrielles dans la première moitié du XIX siècle». *Revue Juridique de l'Environnement*, 3 (1981). Págs. 205 a 220.

<sup>3</sup> Al concepto de Higiene Pública que aquí manejamos se opone algún sector de la doctrina, como F. JORDANA DE POZAS (*Derecho Administrativo*. Tomo 2. Madrid, 1924. Pág. 380), para quien la misma constituye el conjunto de disposiciones legales y de servicios administrativos que tienen por objeto la sanidad pública, o bien, cuyo objeto es prevenir la enfermedad, conservar la salud y mejorar la raza. Preferimos entender la Sanidad como la Ciencia que tiene por objeto general estas tres finalidades en último lugar reseñadas, reservando la denominación de Higiene para una de las ramas en que la misma se divide ésta, que consiste precisamente en la «prevención».

<sup>4</sup> POSADA HERRERA, J.: *Lecciones de Administración*. Madrid, 1843-1845. Págs. 97 y 98.

Muchas de estas medidas centran su atención en el cuidado del ambiente y constituyen las únicas disposiciones de la época que nos proporcionan elementos de juicio para poder anticipar una preocupación por el entorno urbano, aunque todavía incipiente, circunscrita al ámbito estrictamente sanitario y teleológicamente orientada en exclusividad a prevenir los estados patológicos.

Ya un componente importante de nuestra doctrina jurídica del siglo XIX había mostrado su atención por este tipo de preocupaciones. Así, POSADA significaba la importancia de las reglas de Higiene de la siguiente manera:

«Hoy... están persuadidos todos los gobiernos en los países civilizados de que es necesario servirse de los conocimientos de la ciencia médica, especialmente en el ramo de la higiene para procurar el remedio de enfermedades contagiosas, y evitar el desarrollo de algunas que son propias de ciertos países y pueblos. La administración unida á la higiene puede hacer en este punto servicios inmensos á la causa de la humanidad»<sup>5</sup>.

Más detalladamente COLMEIRO enuncia:

«La acción administrativa en punto á sanidad publica es esencialmente previsorá: la higiene preserva la salud combatiendo las causas generales o locales de enfermedad, disipando los focos de infección é impidiendo el contagio. El origen de las enfermedades así endémicas, como epidémicas y esporádicas se encuentra en la naturaleza del suelo, *en el aire*, en las aguas, en los alimentos, en las costumbres y en otras causas todavía mal conocidas. Cuando la administración puede extirpar la raíz del mal, debe hacerlo; cuando no, atenuar sus efectos; y si las dolencias fuesen exóticas, le queda aun el recurso de adoptar medidas que impidan su importación y atajen su propagación»<sup>6,7</sup>.

<sup>5</sup> POSADA HERRERA, J.: *Lecciones...* cit. Págs. 66 y 67.

<sup>6</sup> COLMEIRO, M.: *Derecho Administrativo español*. Madrid, 1850. Pág. 303.

<sup>7</sup> Declaraciones como las transcritas son sólo un ejemplo de la corriente científica que domina el período, produciéndose otras, como la de M. SEOANE, en su «Discurso preliminar sobre la reorganización de la profesiones médicas», en 1834 (Recogido en la obra de LÓPEZ PIÑERO, J.M.: *Seoane y la introducción en España del sistema sanitario liberal (1791-1870)*, pág. 161), quien declara que «el medio único y seguro de impedir la propagación en el interior de los males contagiosos y de minorar los desastrosos efectos de los epidémicos, es tener organizado el servicio de Higiene Pública». (Cita recogida por PEMÁN GAVÍN, J.: *Derecho a la salud y la administración sanitaria en España*. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 1989. Pág. 115).

Aceptado este argumento por la clase política del momento, sólo cabrá esperar a que se dicten las disposiciones que, velando por un medio saludable y beneficioso, procuren el desenvolvimiento de la vida de los ciudadanos en las adecuadas condiciones de salubridad.

El contenido concreto de estas recomendaciones dirigidas a la población para la mejora de su estado sanitario es muy diverso, como se desprende de lo dispuesto en la Instrucción de Javier de Burgos a los Subdelegados de Fomento de 1833. En el punto 29 de la misma se expresa:

«Con dar salida á las aguas estancadas, y proporcionar al pueblo en un trabajo constante los medios de alimentarse bien, se habrá en general hecho mucho para impedir estas epidemias, que ordinariamente no se extienden ni malignan sino en los territorios donde *soles ardientes* y *aguas estancadas vician la atmósfera*, y donde los malos alimentos contribuyen á *hacer más mortífera la aspiración de un aire mefitizado*. La acción de cualquiera otra causa local puede ser igualmente combatida por medios análogos, y frecuentemente con solo emplear los higiénicos que sean más apropiados á la situación del país y á las influencias de la estación».

La adopción, sin embargo, de estas medidas que proclamaba tan enfáticamente la doctrina no va a quedar recogida en los textos legislativos generales reguladores de la materia sanitaria de la época. Estos serán muy parcos en sus declaraciones.

El primero, aunque fracasado, el Proyecto de Código sanitario de 1822<sup>8</sup>, sí aludía, en su Cuarta Parte, a la materia que nos ocupa, bajo la rúbrica «Policía sanitaria», dedicando a la misma los artículos 349 a 400. No obstante, el texto que definitivamente entra en vigor, la Ley de Sanidad de 28 de noviembre de 1855, atiende muy someramente a estos aspectos de Sanidad ambiental.

La regulación del tema en este último texto se concreta en tan sólo dos preceptos: los artículos 64 y 96. En el primero, aun refiriéndose a la «Policía sanitaria», alude a la misma de manera incidental, sin especificar en qué pueda consistir este título; en cuanto al segundo precepto,

<sup>8</sup> Las causas del fracaso de este intento de regulación de toda la materia sanitaria en que consistía el Proyecto de 1822 se pueden encontrar en el libro de S. MUÑOZ MACHADO: *La sanidad española (Evolución histórica y situación actual)*. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid, 1975. Págs. 85 a 92.

único de todo un capítulo dedicado a la «Higiene Pública», remite a un Reglamento especial dictado por el Gobierno, norma que no llegó a elaborarse.

El cúmulo de reglas destinadas a asegurar a la población un nivel adecuado de higiene obedecerá, por tanto, a una casuística muy variada. Por el objeto de análisis que se pretende con el presente trabajo sólo se examinarán aquellas que, por su exégesis, están en el origen remoto de la normativa actual en materia de contaminación atmosférica.

### **B. Medidas concretas de Higiene pública relativas a la protección de la salubridad: el control de los establecimientos industriales por las autoridades municipales**

El cúmulo de medidas más importantes que van a permitir una mejora en el estado de salud, comodidad, seguridad y tranquilidad del individuo, vendrá constituido por las reglas tendentes al control de los establecimientos insalubres, inseguros e incómodos.

Estas son reconocidas en nuestros días como la más importante aportación del Derecho secular a la protección del medio ambiente tal y como lo entendemos en la actualidad, constituyendo el origen más inmediato del mismo como disciplina autónoma, que se sitúa, concretamente, en la aparición de la Real Orden de 17 de noviembre de 1925, por la que se aprueba el Reglamento de establecimientos clasificados (incómodos, insalubres o peligrosos), antecedente de la regulación dictada en el mismo sentido en 1961.

El desarrollo de esta normativa tiene como finalidad el control de la instalación de fábricas, establecimientos e industrias en el seno de las poblaciones que sean susceptibles, por las emanaciones, humos, ruidos o peligros que de ellos se deriven, de alterar la salud, la calidad de vida y la seguridad de los habitantes de estos núcleos. De la misma se desprende, por tanto, el punto de partida del tratamiento jurídico global de la contaminación atmosférica.

Sin embargo, hasta el segundo tercio del siglo XIX las preocupaciones higienistas por la industria se habían centrado en la lucha por la mejora de las condiciones de vida de los trabajadores, pasando, en un segundo estadio de la evolución, a la protección de los lugares de trabajo. En la indicada fecha, se percibe la contaminación como fenómeno global, que

traspasa los límites de los establecimientos fabriles para afectar perjudicialmente a toda la población. Aparece, entonces, el concepto global de *contaminación* de origen industrial <sup>9</sup>.

Una vez más será la doctrina jurídica la que, haciendo suyas las tesis higienistas, inste a la Administración al control y regulación de los establecimientos, calificando los mismos en función del daño que pudiesen ocasionar.

GÓMEZ DE LA SERNA manifestaba respecto a las fábricas insalubres:

«Escaso por demás está nuestro Derecho administrativo acerca de las fábricas insalubres, materia altamente interesante y de diaria aplicación. En su silencio no nos creemos en el caso de suplir su omisión con nuestras doctrinas, y sí sólo manifestar que los ayuntamientos deben cuidar que ni en el recinto de las poblaciones, ni en los puntos en que puedan serle perjudiciales, se establezcan fábricas dañosas a la salud pública, por lo que en obviación de perjuicios, útil será obtener los que han de abrirlas, la venia del ayuntamiento que deberá oír á la junta de sanidad» <sup>10</sup>.

Para POSADA HERRERA este tipo de establecimientos

«suelen con más frecuencia *comunicar al aire sus cualidades dañinas y hacer que en vez de ser un elemento de vida y un medio de conservar la salud sea un veneno y un instrumento de muerte...*», destacando la escasa preocupación que un tema de tal entidad para la vida ha despertado en nuestras autoridades <sup>11</sup>.

A pesar de este continuo reclamo doctrinal, no se dictará el primer texto que regule estas cuestiones con carácter globalizador sino en los inicios de la presente centuria, proclamándose, con anterioridad, como principio general, el de libertad de instalación de todo tipo de fábricas

<sup>9</sup> BAUD, J.P.: «Les hygiénistes...», *cit.* Págs. 214 a 217. No obstante, pueden encontrarse antecedentes más remotos de esta política en la primera legislación sobre humos, que nace en Inglaterra en el siglo XIII, manifestación de la cual es la normativa de 1273, surgida ante la inquietud que provocan las emanaciones procedentes de la combustión del carbón barato (LÓPEZ DE SA Y FERNÁNDEZ, J.: *Estudio sobre la Ley General de Medio Ambiente*. Cuadernos de Documentación, n° 12. Instituto Nacional de Prospectiva. Madrid, 1980).

<sup>10</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, P: *Instituciones de Derecho Administrativo*. Madrid, 1843. Pág. 117.

<sup>11</sup> POSADA HERRERA, J.: *Lecciones...*, *cit.* Págs. 110 ss.

y artefactos insalubres, inseguros o molestos sin necesidad de autorización o licencia <sup>12</sup>.

La única normativa de la que cabía extraer una regulación de estas cuestiones venía constituida por la Novísima Recopilación, en cuya Ley 5 del Título 40 del Libro 3 se preveía la utilidad que para la salud pública suponía que dentro del corto recinto de la corte y demás poblaciones no se establecieran fábricas y manufacturas que *alterasen o infectasen notablemente la atmósfera*, como jabonerías, tenerías, fábricas de velas de sebo, cuerdas de vihuela, ni tampoco los obradores de artesanos que se ocupasen en aleaciones de metales y fósiles que *alterasen el aire* <sup>13</sup>.

No obstante, ya en el siglo XIX el Decreto de la Cortes de Cádiz de 1813 <sup>14</sup>, revocado por una circular de 29 de junio de 1815 <sup>15</sup>, y restablecido por Ley de 26 de diciembre de 1836 <sup>16, 17</sup> preveía como única limitación al ejercicio de actividades industriales el respeto por la observancia de las reglas de policía de salubridad de los pueblos.

---

<sup>12</sup> Situación diferente era la francesa. Este país contaba con una amplia regulación de los establecimientos industriales que venía constituida por un Reglamento, —el Decreto imperial de 15 de octubre de 1810—, y dos ordenanzas, —de 14 de enero de 1815 y 29 de julio de 1818—. En los mismos se clasificaban los establecimientos en tres grupos, según la proximidad o lejanía que debían guardar respecto al casco urbano. Los de la primera categoría correspondían a aquéllos que debían alejarse en todo caso de las habitaciones de la población, posada o camino. Un segundo grupo, constituido por los que no teniendo necesariamente que estar apartados del núcleo urbano, debían, para admitir su instalación en éste, tomar las precauciones necesarias para no alterar a los vecinos, para lo cual se exigía la correspondiente autorización administrativa. Finalmente, los considerados como inofensivos, pero aún sometidos a vigilancia policial para evitar molestias al vecindario. El otorgamiento de la autorización correspondía, según los casos, a los prefectos, a los subprefectos o al Gobierno.

Sobre el control de los establecimientos contaminantes en Francia pueden consultarse, entre las obras españolas, la de ABELLA, F.: *Derecho Administrativo Municipal y Provincial* (4 Vols) Vol. 2. Madrid, 1886. Pág. 372. Entre la doctrina francesa destacan los escritos de HERION DE PANSEY, P.: *Del poder municipal y de la policía interior de los Municipios*. Reedición publicada por el Instituto Nacional de Administración Pública. Colección Estudios. Madrid, 1990. Págs. 215 a 219. Vid. igualmente M. PRIEUR: *Droit de l'environnement*. Dalloz. Paris, 1991 y J. LAMARQUE: *Droit de la nature et de l'environnement*. LDGJ. Paris, 1973.

<sup>13</sup> POSADA: *Lecciones...*, cit. Pág. 111. También recogida por COLMEIRO: *Derecho Administrativo...*, cit. Pág. 311.

<sup>14</sup> Posteriormente incluido en el artículo 29 de la Constitución de 1879.

<sup>15</sup> *Colección Legislativa*. Tomo 2. Año 1815. Pág. 465.

<sup>16</sup> *Colección Legislativa*. Tomo 21. Año 1836. Pág. 563.

<sup>17</sup> Vid. sobre este punto ABELLA POBLET, M.: *El Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas..* Publicaciones Abella. El Consultor. Madrid, 1967. Pág. 22.

Con carácter general, a partir de la publicación de la Real Orden de 8 de septiembre de 1824 se encargará a los Ayuntamientos la obligación de cuidar que, ni en el recinto de las poblaciones ni en los puntos en que pueden serle perjudiciales, se establezcan fábricas dañosas a la salud pública, obligando a las que hubieran de abrirse a obtener la venia del Ayuntamiento respectivo <sup>18</sup>. Esta obligación habría de ejecutarse mediante Ordenanzas y reglamentaciones municipales.

Una Orden de 11 de abril de 1860 obligó a estas instalaciones a realizar las reformas necesarias para atenuar el peligro de incendios y evitar los malos olores, mientras que un Real Decreto de 11 de noviembre de 1863, advirtiendo esta perentoria necesidad, reclamó la exigencia de redactar los correspondientes Reglamentos para la instalación de industrias. Los mismos no llegaron a elaborarse, por lo que la situación no experimentó ninguna modificación durante toda la etapa decimonónica.

Más adelante, la Orden del Ministerio de Fomento de 8 de enero de 1884, favorecedora de la industrialización, admitía, entre los motivos impositivos de la instalación de establecimientos industriales dentro de las poblaciones, el riesgo para la salud pública (art. 3), correspondiendo la carga de la prueba del perjuicio al afectado, que, en principio, estaba obligado a soportar la molestia, salvo que el detrimento en su derecho fuera notorio (art. 2).

Esta norma de carácter permisivo se compensa con otras regulaciones del mismo nivel que excluyen, sin excepciones, la instalación de industrias de determinados productos cuyo procedimiento de elaboración resulte especialmente perjudicial para la salud pública. Tal sucede con la Real Orden de 19 de mayo de 1893, que dicta, como medida de ámbito general, la prohibición de industrias de confección de escobas de palma en el interior de las poblaciones, por producir «miasmas nocivos a la salud pública» <sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Esta norma es, según CALVO Y PEREIRA, (citado en nota 69 de la página 85 del libro de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *El Medio Ambiente urbano y las vecindades industriales*. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1973) el origen inmediato del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas de 1961, aunque el propio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ prefiere considerar un antecedente algo más próximo a nuestros días: la Orden de 8 de enero de 1884.

<sup>19</sup> Otros pronunciamientos aislados se habían producido a finales del siglo XIX, como el Real Decreto de 29 de febrero de 1888, por el que se prohibió la calcinación al aire libre de minerales sulfurados. Sin embargo, Francisco Silvela, a la sazón ministro de la Gobernación, ordenará a la Real Academia de Medicina la realización de un informe, el cual revelará que el sistema empleado en la industria no perjudica la salud pública, por lo que el mencionado Decreto será anulado (FERNÁNDEZ-ESPINAR Y LÓPEZ, L.C.: «El conflicto de intereses

Habrá que esperar a la inauguración del presente siglo para afirmar la aparición de una regulación general protectora frente a la contaminación atmosférica. La misma se contiene, precisamente, en un texto sanitario: la Instrucción General de Sanidad de 12 de enero de 1904<sup>20</sup>. El texto va a mantener como perteneciente a la Higiene municipal la supresión, corrección o inspección de establecimientos o industrias nocivas a la salud pública (art. 109 f)), ordenando que, a tales efectos, cada Ayuntamiento apruebe un Reglamento de Higiene.

Pero el texto, además de la remisión general de la regulación a las Ordenanzas Municipales, contiene algunas de las primeras reglas aplicables para la instalación de todo tipo de talleres o fábricas considerados como insalubres, peligrosos o molestos.

Las industrias serían clasificadas en dos grupos: el constituido por aquellas cuyo funcionamiento pudiera consentirse en las proximidades de la población, y, segundo, las que debieran instalarse a más de 500 metros de poblado, bien por su peligrosidad, bien por sus vertidos de aguas residuales (art. 141).

Para las encuadradas en el grupo primero bastaría la autorización de instalación que expediese el Inspector municipal, mientras que para los establecimientos clasificados en la segunda categoría se necesitarían los informes de la Junta Provincial, así como la autorización del Inspector Provincial (art. 142).

Al objeto de acometer la elaboración de los Reglamentos de Higiene municipales a los que hacía referencia la Instrucción, se dictaría la Orden de 12 de octubre de 1910, por la que se aprueban las Bases para la elaboración de los Reglamentos de higiene.

En la misma no se contemplaban prescripciones diferentes de las previstas en la legislación anterior para controlar los establecimientos industriales, pero sí va a contener una normativa de primer orden al objeto de asegurar la calidad de la atmósfera en los núcleos urbanos: la previsión de

---

entre el medio ambiente y el desarrollo del sector económico-minero». *Revista de Administración Pública*, 111 (1986). Págs. 244 y 245).

<sup>20</sup> Esta normativa, según da noticia CODINA SUQUE, L.: *Manual de Legislación Sanitaria*. Editorial Reus. Madrid, 1927. Pág. 21 (nota 1), no fue derogada por el Real Decreto de 15 de noviembre de 1909 de descentralización, ni tampoco, como señala PEMÁN GAVÍN (*Derecho... cit.* Pág. 118), hoy en día de manera formal, citando la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1984 (Az.5593), que confirma su vigencia en materia de higiene municipal.

preceptivos análisis periódicos, químico y bacteriológico del aire, así como el empleo de chimeneas en las ciudades para expandir los humos.

Desgraciadamente, estos Reglamentos para los que fueron dictadas las mencionadas Bases no llegaron a elaborarse.

La verdadera primera regulación general del funcionamiento de los establecimientos industriales va a venir proporcionada, una vez más, por un texto sanitario: el Reglamento de Sanidad Municipal, aprobado por Real Decreto de 9 de febrero de 1925, cuyo artículo 2 va a establecer la obligación de incluir en las correspondientes Ordenanzas municipales las disposiciones relativas a la policía sanitaria de fábricas e industrias insalubres.

Por su parte, el artículo 19 dispondrá que «ningún Ayuntamiento consentirá la instalación de industrias que no estén a la distancia y en condiciones que las hagan absolutamente inocuas. A este efecto, para fijar la distancia y determinar las condiciones de funcionamiento de las fábricas deberán tenerse presente el peligro de fuego, explosión e infección, *el desprendimiento de gases tóxicos, humos, polvos* y malos olores, el ruido excesivo y la evacuación de aguas residuales...».

Para la instalación de fábricas que produjesen vapores de sustancias no recuperables, la distancia mínima de alejamiento del núcleo de población que debía respetarse era la de 500 metros. Asimismo, aquellos talleres y fábricas que desprendiesen humos de cualquier clase o gases nocivos, deberían dotarse de aparatos de absorción o defensivos apropiados antes de que los gases fueran lanzados a la atmósfera.

La principal característica de toda la normativa referida será la remisión general que efectúa a la reglamentación local para la regulación de los requisitos de instalación y condiciones de funcionamiento de los establecimientos insalubres. Esta circunstancia, unida a la pasividad de los órganos municipales en elaborar la misma, originará una difícil situación en orden a la defensa de los derechos e intereses individuales, que pasamos a analizar.

## **2. LA DESPROTECCIÓN DE LOS CIUDADANOS FRENTE A LA CONTAMINACIÓN ATMOSFÉRICA**

### **A. La insuficiencia de los mecanismos jurídicos de reacción**

La ausencia de normativa general reguladora de las actividades contaminantes e insalubres durante el transcurso del siglo XIX y el primer

cuarto del XX en España va a provocar, como primer corolario, una situación de indefensión del individuo frente a los atentados producidos por las mismas.

La doctrina del momento no dudó en denunciar este hecho. POSADA, después de señalar el doble orden de perjuicios que este tipo de establecimientos producen, concretamente: «... atacar la propiedad particular...» y «... alterar las bases ó partes componentes del aire que respiramos y hacerle fétido y mal sano, en lugar de conservarle provechoso a la salud...», destaca «el grado de desprotección del individuo y la colectividad frente a estas inmisiones, a la que ni siquiera le queda el recurso de acceso al Juez en defensa de sus intereses...», advirtiendo como «no podemos acudir á los tribunales para demandar que se quite una fábrica de esta especie, porque no son estas cuestiones en que los tribunales pueden aplicar la ley, son cuestiones que es necesario resolver por principios de igualdad, que no están sujetas á reglas fijas y que es preciso decidir según los casos y circunstancias; cuestiones en fin en que el interés público se encuentra siempre al resolverlas y las que aunque no fuese maá que por esta razón estarían separadas de la resolución por los tribunales» <sup>21</sup>.

El fallo del sistema se encuentra en la ausencia de regulación normativa de estos supuestos, razón por la cual este autor propone «que la administración se adelante á prevenir los perjuicios del establecimiento de esa fábrica y á preparar á los particulares las indemnizaciones á que tienen derecho cuando por la creación de establecimientos de esta especie llegan sus fincas á valer menos de lo que antes valían».

La única garantía que se otorgará en este siglo a los particulares afectados por las instalaciones contaminantes será el resarcimiento de los daños y perjuicios cuando éstos traigan causa de unas concretas actividades: las mineras.

En efecto, el artículo 55.2 de la Ley de Minas de 6 de julio de 1859 prevé la obligación del propietario de las mismas de indemnizar todos los perjuicios que cause a las demás, ya por acumulación de aguas en sus labores, si, requerido para ello, no las achicase en el plazo del reglamento, ya de *otro modo cualquiera de que resultare menoscabo a intereses ajenos, dentro o fuera de las mismas*.

Sin embargo, tal previsión adolecerá de una importante limitación respecto de los daños, ya que, como ha indicado QUINTANA LÓPEZ, «quedaban al margen de sus previsiones todos aquellos ocasionados en los

<sup>21</sup> *Lecciones...*, cit. Págs. 111 y 112.

distintos procesos de beneficio de mineral»<sup>22</sup>, entre los que podrían haberse incluido los que nos ocupan: emisiones, humos, polvos...

El problema fue, no obstante, solucionado por la interpretación del precepto sostenida a partir de la sentencia de 22 de abril de 1866, que permitió dar satisfacción a los reclamantes que vieron perjudicadas sus propiedades por emanación de humos. Esta decisión jurisprudencial inspirará la publicación de la Ley de 4 de marzo de 1886, a partir de la cual se podrá reclamar la indemnización por los «daños ocasionados en árboles y siembras por los humos, gases y sublimaciones procedentes de las labores de beneficio del mineral»<sup>23</sup>. En estos casos, sin embargo, la obligación resarcitoria se contrae a los perjuicios causados en el *arbolado y siembras* excluyendo otro tipo de consecuencias, significativamente los daños producidos por los humos en la salud de las personas. La limitación advendrá en el campo del contencioso-administrativo, donde sus Tribunales conocerán exclusivamente de los pleitos en los que los perjuicios se hayan causado al interés general de la agricultura, por lo que los mecanismos de satisfacción de los particulares frente a otro tipo de daños se contraerán a la exigencia de la responsabilidad civil, con las limitaciones que la indemnización en esta vía conlleva<sup>24</sup>.

## **B. La insuficiencia de los Ordenamientos civil y penal. La remisión general a las Ordenanzas municipales**

Las medidas proporcionadas por el *Derecho civil* para acometer el tratamiento jurídico completo frente al fenómeno de la contaminación atmosférica aparecen, ya desde su promulgación, insuficientes en la medida en que bien pronto la sociedad industrial hará que el fenómeno se desborde del estricto ámbito de las relaciones de vecindad, donde se inscribe la preocupación civilística sobre el tema.

<sup>22</sup> QUINTANA LÓPEZ, T.: *La repercusión de las actividades mineras en el medio ambiente. Su tratamiento jurídico*. Montecorvo. Madrid, 1987. Pág. 193, autor a quien seguimos en esta exposición.

<sup>23</sup> QUINTANA LÓPEZ, T.: *La repercusión...*, cit. Pág. 194.

<sup>24</sup> A esta situación se llegó tras el conflicto competencial entre los dos órdenes jurisdiccionales, —civil y administrativo—, que intentaron resolver los Decretos de diciembre de 1890 y de 16 de noviembre de 1900, para finalmente aceptarse la tesis recogida en el Decreto de 12 de agosto de 1904, según el cual corresponde el conocimiento de la pretensión de resarcimiento al gobernador civil, y no a la jurisdicción ordinaria, cuando los daños atenten al interés general de la agricultura.

El Código Civil de 1889, en su artículo 590<sup>25</sup>, conectado con el 1.908<sup>26</sup>, vigentes hasta nuestros días, permitirá la protección de los propietarios frente a las ingerencias que en su derecho provoquen las inmisiones vecinas.

De la sola lectura de estos dos preceptos se deriva una serie de limitaciones que impiden su consideración como normativa general protectora frente a los daños producidos por la contaminación atmosférica.

En primer lugar, aparece la restricción del ámbito subjetivo de cobertura del derecho, que sólo protege a los propietarios de fundos o terrenos, asegurándoles el completo disfrute de su derecho patrimonial frente a perturbaciones ajenas.

El segundo límite se refiere a la remisión genérica que se efectúa a los Reglamentos y usos del lugar como marco de referencia de distancias y medidas correctoras que deben respetarse, conllevando graves inconvenientes que serán objeto de nuestro examen más adelante.

Finalmente, y con respecto de las técnicas de protección y sanción previstas frente a las violaciones de los mencionados preceptos, los mecanismos civiles de protección consisten en garantías del Derecho privado, fundamentalmente concretadas en el acceso a la jurisdicción de este orden a través de la figura de los interdictos y la exigencia de la responsabilidad civil, que se revelan como altamente insuficientes para dar satisfacción a la protección del derecho que nos ocupa.

En cuanto al ejercicio de acciones civiles, según ha manifestado FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «se resiente en la práctica de la interferencia de

<sup>25</sup> El origen del artículo 590 se remonta al *Digesto* (entre sus normas, las del título 2, libro 8, que prohibía arrimar a la pared común todo lo que pudiera «quemarla o tostarla»; la 17 del título 5 del mismo libro, que prevé igual prohibición respecto de los estercoleros; la 24, párrafo 12 del título 2 de libro 39, referente a la apertura de pozos en casa, se advierte: *quia iure meo usus sum*, con tal de que *non tam alte foliam in meo ut paries tuus stare non posset*, así como la 27, párrafo 10, título 2 del libro 9, relativo a hornos y hogares). Similares reglas son recogidas en las *Partidas*, (concretamente la 19, título 32 de la Partida 3, que copia la doctrina romana transcrita respecto a los pozos). *Vid.* sobre este punto la obra de J.M. MANRESA Y NAVARRO: *Comentarios al Código Civil español*. 7 edic. Reus, S.A. Madrid, 1972. Tomo IV. Págs. 995 a 1.002. El mismo tipo de prescripciones se recogen en los Códigos Civiles de otros Ordenamientos: artículos 906.2 y 1.004 de la BGB alemana, artículo 679 del Código suizo y artículo 844 del italiano.

<sup>26</sup> Sobre estos preceptos puede verse, entre la doctrina civilística, ALBADALEJO, M. (direc.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo VII. Vol. 2. Artículos 530 a 608, redactados por DE ROCA JUAN, J. y AMORÓS GUARDIOLA, M. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1978. Entre los administrativistas *vid.* FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *El Medio Ambiente Urbano... opus cit.* quien dedica a este tema las páginas 31 a 81.

las técnicas administrativas concurrentes, cuya presencia inclina a veces al juez civil a relajar su atención y a abandonar el campo que cree suficientemente cubierto por la Administración»<sup>27</sup>. Por lo que respecta a la responsabilidad civil ésta es una técnica «limitada porque sólo proporciona una reparación *a posteriori*»<sup>28</sup>, además hay que añadir «otras dificultades adicionales como el coste material del proceso civil y su lentitud, la necesidad de multiplicar los procesos si hay una situación dañosa y no un simple daño ocasional y, sobre todo, la inadecuación del proceso civil para viabilizar la reparación de daños colectivos»<sup>29</sup>.

Por su parte, el Derecho Penal no contempla entre sus disposiciones reglas tendentes a preservar a los ciudadanos frente a las emisiones contaminantes, sino hasta tiempos recientes<sup>30</sup>.

Si bien el Código Penal de 1822 contiene entre sus epígrafes un Título, el IV, dedicado a «los Delitos contra la salud pública», el mismo tiene como objeto, más que el cuidado sanitario del entorno, la vigilancia del correcto ejercicio de la profesión médica y la lucha contra las epidemias que periódicamente asolan el país.

Similares previsiones se integrarán en los Códigos posteriores, el de 1850 y el de 1870<sup>31</sup>, con su reforma en 1876.

No existen, por tanto, en esta época, desde el punto de vista penal, soluciones tendentes a la represión de las alteraciones producidas a la calidad del aire, quedando estas conductas impunes desde esta óptica.

<sup>27</sup> *El Medio Ambiente...*, cit. Pág. 76. Opinión a la que llega después de haber analizado la jurisprudencia recaída en la materia —páginas 62 y ss.—, en la que es frecuente encontrar pronunciamientos que «conceden a la intervención administrativa un crédito excesivo o renuncian a discurrir por el cauce civil que es propio del procedimiento, centrandlo exclusivamente el litigio en la licencia administrativa otorgada...» —pág. 65—, cuando la actividad molesta de la que se pretende su cesación se respaldaba en la existencia de una autorización administrativa previa.

<sup>28</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *El Medio Ambiente...*, cit. Pág. 76. Conclusiones a lo expuesto en las páginas 48 y ss.

<sup>29</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *opus cit.* Pág. 76.

<sup>30</sup> Recuérdese que el delito ecológico, en cuyo tipo se incluyen las emisiones contaminantes a la atmósfera, fue introducido por primera vez en nuestro Código Penal por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio (art. 347 (bis)).

<sup>31</sup> Sobre éste puede verse el comentario de S. LIADA Y VILASECA: *Código Penal comentado* (4ª edic.) Tomo II. Madrid, 1890. Págs. 511 a 519.

La regulación de la temática corresponderá, por consiguiente, a la Administración, concretamente a una, la municipal, que ejercerá esta función mediante la publicación de Ordenanzas.

En este sentido, y como ya hemos anunciado, desde la Ley de Sanidad de 1855 todas las cuestiones relativas a las condiciones higiénicas de las poblaciones, así como las referentes a los establecimientos industriales habían remitido su ordenación a Reglamentos de carácter sanitario general que correspondía elaborar al Gobierno, pero que, por no llegar a dictarse, tuvieron que ser objeto de ordenación y reglamentación municipal.

Esta es, en opinión de SANTAMARÍA DE PAREDES<sup>32</sup>, la razón por la cual sólo cabía consultar en relación a esta materia las Ordenanzas de policía urbana de cada población. La atención a este problema constituirá, por tanto, una labor específica de los gobiernos locales, cuyo decurso histórico pasamos a analizar.

### 3. LAS COMPETENCIAS LOCALES

#### A. La asignación de funciones a los entes locales

La atención a las condiciones higiénico-sanitarias de la población, dentro de las cuales hemos señalado los antecedentes del actual tratamiento jurídico de la contaminación atmosférica se comprende, durante todo el siglo XIX, dentro de los capítulos dedicados a la *policía de la salubridad*, que pasará a integrarse, en la presente centuria, en los cometidos propios de la *policía urbana*, como función primordialmente municipal.

La policía de la salubridad, junto con la de la seguridad y tranquilidad, va a ser la principal obligación que se asignará a los entes locales municipales, formando parte consustancial de su esfera de atribuciones y calificándose como una de las funciones inherentes al *pouvoir municipal*. El protagonismo de la regulación corresponderá a esta entidad local, que la ejercerá a través de su instrumento normativo más representativo, la Ordenanza, constituyendo esta situación una constante en toda nuestra historia legislativa local, alcanzando hasta tiempos muy recientes, constituyendo la actual Ley reguladora de su régimen, de 2 de abril de 1985, la única que no empleará dicha expresión.

<sup>32</sup> SANTAMARÍA DE PAREDES, V.: *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1885. Pág. 349.

El punto de partida de esta normativa vendrá constituido por una declaración del máximo rango normativo, la Constitución gaditana de 1812 <sup>33</sup>, en cuyo artículo 321.1 se señalan como funciones del Ayuntamiento «la policía de comodidad y salubridad».

El precepto es recogido por la legislación ordinaria local, concretamente por la Instrucción para el Gobierno económico político de las Provincias de 13 de junio de 1813, que, en su artículo 1, atribuye a los Ayuntamientos idéntica competencia a la prevista constitucionalmente, estableciendo como obligación de los mismos «...remover todo lo que en el pueblo o en los términos pueda alterar la salud pública...», función que confirma el Decreto de 3 de febrero de 1823 para el Gobierno económico político de las Provincias <sup>34</sup>.

Más adelante, los preceptos de las leyes de régimen local no harán expresa referencia a la «policía de la salubridad», pero la misma va a quedar integrada en la más general denominada «policía urbana y rural», entre cuyos contenidos van a destacar las reglas acerca de la higiene y condiciones de habitabilidad de los espacios, así como la tranquilidad y comodidad del vecindario, que habrán de concretarse mediante la promulgación de Ordenanzas.

La Ley de Ayuntamientos de 1840 <sup>35</sup> atribuye a estas entidades, en su artículo 63.1, la competencia para deliberar sobre la «formación de las Ordenanzas municipales en que se comprenden la policía urbana y rural», declaración que también se va a producir en la ley de 1845.

De igual forma sucederá con la Ley municipal de 20 de agosto de 1870, en cuyo artículo 68 se establece como obligación de los Ayuntamientos

<sup>33</sup> Cabe recordar que este texto va a sembrar la semilla de todo el constitucionalismo del siglo XIX: «Los legisladores de 1812 bosquejaron las aspiraciones políticas que habrían de dominar en el siglo XIX... Las Cortes de Cádiz construyeron, ó más exacto, planearon el edificio político administrativo de la España del siglo XIX y... hasta ahora» (POSADA HERRERA, A.: *Evolución legislativa del régimen local en España 1812-1909*. Madrid, 1910. Pág. 66).

<sup>34</sup> La Instrucción de 1823 establece como competencia municipal «la policía de la salubridad y comodidad», señalando en su artículo primero que corresponde a este ente local el «remover todo lo que en el pueblo o en el término pueda alterar la salud de los habitantes».

<sup>35</sup> La Ley de Organización y Atribuciones de los Ayuntamientos recibió sanción real el 14 de julio de 1840 en Barcelona, pero los sucesos ocurridos en aquella localidad en la citada fecha dieron al traste con la ejecución de la misma, que hubo de ser pospuesta hasta 1843, año en el que un Real Decreto de 30 de diciembre ordenó su publicación con muy sucintas novedades.

«procurar por sí ó con arreglo á los recursos y necesidades del pueblo, de los fines y servicios que según la presente ley están sometidos a su acción y vigilancia, y en particular de los siguientes: 2) Policía urbana y rural».

También contendrá este tipo de previsiones la Ley Municipal de 2 de octubre de 1877, la cual no hace más que publicar la de 1870 con las modificaciones introducidas por la de 16 de diciembre de 1876. Especialmente interesante resulta el artículo 72 de la misma, que declara «de la exclusiva competencia de los Ayuntamientos el gobierno de los intereses particulares de los pueblos... y en particular en cuanto tenga relación con los objetos siguientes: 1) establecimiento y creación de servicios municipales referentes al arreglo y ornato de la vía pública, comodidad e *higiene* del vecindario, fomento de sus intereses peculiares y morales y seguridad de las personas y propiedades, a saber... alcantarillado; *policía urbana y rural*, o sea cuanto tenga relación con el buen orden y vigilancia de los servicios municipales establecidos, cuidado de la vía pública en general, y limpieza, *higiene y salubridad* del pueblo».

Ya iniciado el siglo XX, recordemos cómo la Instrucción de Sanidad de 1904 había atribuido estas funciones a la instancia local.

Para el ejercicio de las mismas se encargará a cada Ayuntamiento la elaboración de un Reglamento de Higiene. La desidia municipal en este concreto extremo provocará que sea finalmente el Gobierno el que apruebe, mediante el Real Decreto de 20 de octubre de 1925, el Reglamento de Sanidad Provincial.

Por su parte, el artículo 1 del Real Decreto de 15 de noviembre de 1909, sobre descentralización, otorga a los Municipios amplias facultades en relación al cuidado de la higiene pública, en un contenido prácticamente similar a la relación contenida en el artículo 72 de la Ley municipal de 1877, que el texto trata de restablecer <sup>36</sup>.

Las atribuciones de competencia a favor de los Municipios se confirman en la legislación de régimen local de la Dictadura.

El Estatuto Municipal, aprobado por Decreto-ley de 8 de marzo de 1924, detalla, en su artículo 150, cuáles son las competencias exclusivas

<sup>36</sup> Según ha indicado S. MUÑOZ MACHADO (*La Sanidad...*, cit. Págs. 135 y 136) este Decreto trata de «restablecer en su integridad la ley municipal a la sazón vigente, a cuyo fin se pretendían desenvolver los principios que contenía de libertad y respeto a las iniciativas de los organismos locales y se derogaban cuantas disposiciones de carácter administrativo hubiesen sido dictadas para interpretarla».

del Ayuntamiento, entre las que figuran numerosos epígrafes dedicados a la higiene y salubridad del término municipal, además de la policía de las industrias, conteniendo, por otro lado, una cláusula abierta de poder municipal, al otorgarle «cualesquiera otros servicios de salubridad e higiene...». Algunas de estas competencias se van a configurar, según el artículo 201, como obligaciones mínimas de los Ayuntamientos.

Estas obligaciones municipales serán objeto de particular atención en el Reglamento de Obras, Servicios y Bienes Municipales de 14 de julio de 1924, especialmente en su artículo 32<sup>37</sup>, así como en el de Sanidad Municipal del año siguiente.

En relación a las Provincias, las mismas ven en esta época muy mermaidadas sus atribuciones en materia de higiene pública. La Instrucción de 1904 únicamente les atribuye, «además de la vigilancia, consulta y complemento de los cometidos asignados a la municipal» —artículo 146—, otras funciones, como las relativas al suministro y conducción de aguas, higiene y régimen sanitario de determinados establecimientos públicos, —hospitales, asilos, escuelas, lugares de reunión y espectáculo—, vigilancia de expósitos y de la prostitución, que podríamos calificar como actividad de beneficencia, que poco o nada tienen que ver con la salubridad del ambiente.

En 1925, su Estatuto regulador, aprobado por Real Decreto de 20 de marzo de 1925, se limita a otorgar a las mismas la organización de los servicios propios de la Administración Local que no sean de exclusiva competencia municipal —artículo 4—, lo que confirma la situación de escasa o nula participación de las entidades provinciales en la consecución de unas mejores condiciones de salubridad del ambiente iniciada con la Instrucción de 1904.

## **B. La regulación mediante Ordenanzas: significado de estas normas**

La necesidad de contar con una normativa que frenase las inmisiones derivadas de agentes contaminantes se hacía cada vez más perentoria al ir desarrollándose a lo largo del siglo XIX el proceso de

---

<sup>37</sup> El artículo 32 del texto señalará como obras de saneamiento las que contribuyan a mejorar las condiciones higiénicas de la población, determinándose, en el artículo 1 del Reglamento, como obras municipales las destinadas a «satisfacer necesidades de carácter higiénico». Por su parte, el artículo 63 remitirá la regulación de las actividades clasificadas a la elaboración de un nomenclátor dictado al efecto.

industrialización de la ciudad y la consiguiente instalación de establecimientos que incluían en sus procesos productivos técnicas susceptibles de alterar las condiciones normales de salubridad de ambiente.

Frenar la indefensión del ciudadano, a que abocaba la ausencia de reglas tendentes a asegurar al mismo unas dignas condiciones de salubridad será la acción que va a acometer la normativa local. La publicación de las Ordenanzas va a suplir la inexistencia de normas generales a las que deben ajustarse los Tribunales para defender la calidad del aire en las ciudades, dando lugar al nacimiento de las primeras manifestaciones jurisprudenciales sobre esta cuestión.

La mayor parte de estas iniciales decisiones judiciales vendrán referidas a establecimientos industriales y fábricas, constituyendo el principal motivo de las quejas planteadas la inseguridad y molestias que dichos establecimientos conllevaban, más que la insalubridad de los mismos <sup>38</sup>.

Son expresivas al respecto la sentencia del Consejo Real de 25 de agosto de 1847, confirmatoria de la dictada por el Consejo Provincial de Madrid, en la que se exigirá licencia para la construcción de unos hornos, obligación que venía amparada en los reglamentos de policía urbana dictados para esa ciudad; la de 20 de junio de 1849, acerca de la obligatoriedad de observar las reglas de prevención y extinción de incendios en hornos y tahonas; o la del ahora denominado Consejo de Estado de 19 de abril de 1860, declarando el derecho de los vecinos al establecimiento de las necesarias medidas de seguridad en una fábrica, al continuar ejerciéndose la actividad en el centro de la población <sup>39</sup>; o la de 28 de diciembre de 1865, que prohíbe la continuación del uso de una fragua por los ruidos que la misma provocaba en

<sup>38</sup> Esta situación corrobora la afirmación de la escasa importancia de los temas de salubridad e higiene, no sólo para la Administración, sino también para la mayoría de la población. Esta circunstancia es fácilmente comprobable si se examinan las propuestas de nomenclátor de establecimientos que lanzan nuestros estudiosos al Gobierno —entre ellos ABELLA: *Derecho Administrativo...*, cit. Págs. 372 y ss. y POSADA: *Lecciones...*, cit. Págs. 113 y ss.— que atienden, como criterios de clasificación de una industria, más que a los perjuicios para la salud, al peligro de incendio o los olores desagradables. Sin embargo, existen excepciones y algunas industrias se clasifican como verdaderamente insalubres o, simultáneamente, como molestas, por los riesgos que para la salud de la población conllevan las operaciones en ellas efectuadas: afinación de oro y plata por ácido sulfúrico, fabricación de este ácido, tiradores y laminación de cobre, traperías y ropavejerías, tratamiento de las cenizas de platero por el plomo..., etc., aunque la preocupación más acuciante descansa en el riesgo de incendio.

<sup>39</sup> Sentencias mencionadas por ABELLA: *Derecho Administrativo...*, cit. Págs. 370 y 371.

el vecindario <sup>40</sup>; la de 5 de septiembre de 1867, que, confirmando la del Consejo Provincial de Valencia, obliga al traslado de los talleres de una fábrica de fundición fuera de la ciudad por producir ruidos e incomodidades al vecindario, al venir así exigido, con carácter general, por un bando de buen gobierno dictado por el Alcalde de la población, en 1859 <sup>41</sup>.

Gracias a estas normas los Tribunales encuentran un criterio definido y cierto con que atender las demandas de los ciudadanos, supliendo la laguna originada por la falta de normativa estatal en la materia.

Ilustran esta última afirmación dos pronunciamientos judiciales en los que se resuelve conforme a los criterios proporcionados por las correspondientes Ordenanzas. En el primero de ellos, las Ordenanzas de Madrid de 1870 y 1888 sirven de parámetro a la decisión judicial manifestada en la sentencia de 14 de julio de 1892, por la que se revoca una resolución del Ayuntamiento de Madrid en la que se denegaba la petición de un particular solicitando la clausura de un establecimiento peligroso abierto sin previa licencia. También las Ordenanzas de Santander de 1851 permiten al Consejo de Estado dictar la Sentencia de 22 de diciembre de 1871, por la cual se condena a la dueña de unas fraguas a levantar en este establecimiento una chimenea que diese salida a los humos de esta industria, evitando con ello, además del peligro de incendios, las molestias al vecindario <sup>42</sup>.

#### ***a. Los problemas derivados de la remisión a las Ordenanzas***

##### *a') La ausencia de Ordenanzas. Sus consecuencias*

No obstante, el primer problema que va a conllevar la remisión de la regulación de la policía urbana a la ordenación a través de regla-

<sup>40</sup> Sentencia número 340 de la *Colección Legislativa. Jurisprudencia Administrativa*. Volumen correspondiente al año 1865.

<sup>41</sup> Sentencia 225 de la *Colección Legislativa Jurisprudencia Administrativa*. Volumen 17. Año 1867. Págs. 633 a 637.

<sup>42</sup> *Colección Legislativa*. Tomo 23. Año 1871. Págs. 1.203 a 1.208.

mentaciones locales es el de la práctica inexistencia de este tipo de normativa <sup>43</sup>.

BASSOLS ha recogido como únicas ciudades que dieron nueva redacción a sus primitivas Ordenanzas al finalizar el siglo XIX, a fin de incluir en ellas los aspectos higiénicos, Madrid <sup>44</sup> y Barcelona <sup>45</sup>, aunque también lo hizo la ciudad de Santander, entre cuyas disposiciones se hallan algunas referentes al cuidado de la salubridad del ambiente <sup>46</sup>.

Reglamentaciones de similares características dan asimismo contenido a las Ordenanzas Municipales de Barcelona de 1856 que contiene un Reglamento especial sobre «calderas y máquinas de vapor» <sup>47</sup>, en las que se establecen limitaciones a la «instalación y emplazamiento» de las mismas.

Dejando a un lado los eventuales razonamientos que podrían llevar a una justificación de la inoperancia municipal en este aspecto, —tales

---

<sup>43</sup> A esta circunstancia se ha referido EMBID IRUJO, A.: *Ordenanzas y Reglamentos municipales en el Derecho español*. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1978. Pág. 80, como una de las características de estas normas en nuestro Derecho durante los años 1812 a 1936. Desarrolla esta afirmación con datos estadísticos (Pág. 186, nota 197), según los cuales Juan de la Cierva, ministro de la Gobernación en la época, dicta en 1908, una Real Orden con el fin de que los Gobernadores Civiles enviaran al Ministerio del cual él era titular dos ejemplares de las Ordenanzas existentes en cada pueblo «expresando en qué parte están vigentes». El resultado en cifras fue el siguiente: de los 9.266 Municipios existentes en nuestro país, 5.210 no tenían Ordenanzas, 75 de ellos no las enviaron y 3.981 las tenían total o parcialmente en desuso. (Datos que EMBID obtiene de la publicación *La policía rural en España*. Madrid, 1916. Vol I. Págs. 7 ss. de REDONDET Y DORIGA). El dato es por sí mismo revelador. Aunque tampoco se habían dictado en etapas anteriores a esta fecha: durante el trienio liberal tan sólo un municipio hace uso de la facultad conferida a los mismos por el artículo 321.8 de la Constitución gaditana, presentando Ordenanzas a las Cortes para su aprobación. (EMBID: *Ordenanzas...*, cit. Pág. 92).

<sup>44</sup> La *Ordenanza de Policía Urbana y Rural de Madrid* data, después de numerosos avatares, de 1847 y se basa en un Proyecto elaborado por Mesonero Romanos que fue aprobado en su totalidad por el Gobierno Municipal. La misma, compuesta de tres textos, contenía un título específico rubricado «Seguridad, Salubridad y Comodidad». Posteriormente, una extensa regulación de las normas de salubridad e higiene vigentes en este Municipio es la contenida en el Título V de las Ordenanzas de esta ciudad publicadas en 1870, 1888 y 1892.

<sup>45</sup> BASSOLS COMA, M.: *Génesis y evolución del Derecho Urbanístico español (1812-1956)*. Ed. Montecorvo. Madrid, 1981. Pág. 91.

<sup>46</sup> Los artículos 119 y 191 de la Ordenanza de Santander de la época prohíben expresamente dar salida a los humos que causen incomodidad al vecindario, así como consentir obras de reparación que prolongasen la existencia de fraguas en el interior de la ciudad.

<sup>47</sup> BASSOLS: *Génesis...*, cit. Págs. 93 y 96.

como la innecesaria de contar con esta específica normativa en todos los términos municipales, dada la escasa expansión del proceso industrial en algunos de ellos, o la insuficiencia técnica que se revelaba en los órganos municipales encargados de redactar estos textos—, lo cierto es que la inexistencia de ordenaciones municipales reguladoras de los aspectos sanitarios e higiénicos de las poblaciones dará lugar a un importante elenco de resultados, el principal de los cuales será la caracterización de las funciones municipales en este punto como enteramente discrecionales, circunstancia que quedará extremadamente patentizada en la adopción de algunas de las decisiones municipales más decisivas en materia de control de establecimientos industriales: la autorización, la imposición de medidas correctoras y la eventual ordenación del cese de la actividad o traslado de la industria, y que conducirán a un grave deterioro de la situación, de la que se harán eco los ciudadanos, al ver cada vez en mayor medida mermadas, cuando no excluidas, sus ya escasas garantías de acceso a los Tribunales y de encontrar solución al litigio conforme a parámetros de objetividad<sup>48, 49</sup>.

<sup>48</sup> En algunos supuestos los jueces aplican la costumbre del lugar para resolver conforme a la misma los conflictos ante ellos planteados. Tal es el criterio mantenido en la Sentencia de 16 de marzo de 1898, -resolutoria de un conflicto en relación a la amenaza que para la salud de los vecinos supone las emanaciones de humo provenientes de unos hornos cercanos-, en la que se establece que «siendo de la exclusiva competencia de los Ayuntamientos lo relativo á la Policía urbana y rural solo á ellos corresponde establecer los requisitos que deban observarse para la construcción de hornos en las localidades respectivas, y no existiendo en Vélez-Málaga Ordenanzas municipales ni bandos que exijan licencia previa para tales construcciones, éstas deben subsistir..., siempre que estén arregladas á la costumbre del lugar y no ofrezcan peligro para las heredades o edificios vecinos» (*Diccionario ALCUBILLA*. Vol. del año 1898. Pág. 98). En otras ocasiones, sin embargo, la inexistencia de Ordenanzas en una población impide la aplicación analógica de otra norma de este carácter dictada para población diferente, como el asunto resuelto mediante la Sentencia de 18 de junio de 1880 (*Colección Legislativa. Jurisprudencia administrativa*. Volumen 34 (1880). Sentencia nº 56. Págs. 262 y ss.), en la cual se revocó una Real Orden del Ministerio de la Gobernación confirmatoria de un acuerdo del Ayuntamiento de Sahagún (León) por el que se prohibió el establecimiento de una fábrica de cerillas en la citada población, en aplicación de las prevenciones contenidas al respecto en el artículo 18 de las Ordenanzas Municipales de Madrid. A juicio del Consejo de Estado, «no son aplicables al presente caso las Ordenanzas de Madrid... por ser puramente locales, en tanto que cada población no las adopte con las debidas formalidades».

<sup>49</sup> La inercia municipal a la hora de dictar estas reglamentaciones no fue característica exclusiva del sistema español. Idéntica situación se produce, en los inicios de siglo, en Francia. En este país, la policía de higiene y de la salud estaba atribuida a los Alcaldes por la Ley de 15 de febrero de 1902, según la cual los mismos debían dictar un Reglamento sanitario municipal.

Ante la falta de elaboración de las mencionadas reglamentaciones se reitera a los Municipios la obligación de contar, en el plazo de un año, con sus particulares reglamentaciones, que, de otro modo, serán impuestas de oficio por Orden del Prefecto.

La ejecución de la medida a través de la Ley de 30 de octubre de 1935, trasladará la competencia municipal al Prefecto, que será el que dicte un Reglamento sanitario para cada Departamento, que será de aplicación en todos los Municipios encuadrados en su territorio.

*b') El carácter discrecional de las Ordenanzas de policía urbana*

La imposibilidad de un control judicial de las disposiciones normativas locales existentes en la materia y de los actos dictados en su aplicación deriva de la consideración de la materia sobre la que versan como postestad administrativa discrecional no fiscalizable en sede jurisdiccional.

Las cuestiones de policía urbana, así como las relativas al cuidado de la higiene pública, ya fueran reglas dictadas por los municipios, ya provinieran de la Administración central, no entraban en el elenco de materias enjuiciables ante la recién inaugurada jurisdicción contencioso-administrativa.

La exclusión de control de los actos de esta naturaleza está ya en los orígenes mismos del recurso contencioso-administrativo, de cuyo conocimiento se aparta, en su primera formulación, la actividad «discrecional, de imperio, de mando o de pura administración... que se considera por definición, como opuesta al concepto mismo de lo contencioso, porque, según se dice entonces, lo que la Administración hace cuando manda, cuando para organizar el interés general exige la obediencia de los ciudadanos a título de poder público, no puede dar lugar a contienda alguna, supuesto que en tal caso no pueden aquellos oponer verdaderos actos que es el objeto de toda contienda, sino sólo simples intereses»<sup>50</sup>.

La regla, importada del proceso francés, es acogida sin mayores reparos en nuestro país en las leyes de 2 de abril y 6 de julio de 1845, que excluirán estos asuntos de la nueva jurisdicción por ellas establecida. En la misma sólo será susceptible de fiscalización el cumplimiento de los requisitos de legalidad de los actos emanados de la Administración, sin posibilidad de un mecanismo en el que se controle la discrecionalidad del actuar administrativo.

Dicho principio continuó manteniéndose en la ley de Santamaría de Paredes de 13 de septiembre de 1888 que, en el apartado 2 de su artículo 1, admitía el recurso contencioso-administrativo únicamente frente a los actos emanados de la Administración «en el ejercicio de sus facultades regladas», entendiendo por tales aquellos en cuyo ejercicio deba acomodar sus actos á disposiciones de una ley, de un reglamento ó de

<sup>50</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo II*. Civitas. Madrid, 1988. Pág. 485.

otro precepto administrativo», excluyendo de su conocimiento todos los demás.

Además, la condición de discrecionales se predica expresamente de las disposiciones de carácter general «relativas a la salud e higiene públicas», según el artículo 4 del Reglamento dictado en aplicación de la ley de 1888, —también de 13 de septiembre—, con lo que no cabe duda de la exclusión de su control judicial.

La doctrina jurisprudencial va a aplicar esta regla en sus más estrictos términos, entendiendo que todos los poderes de la Administración en materia de cuidado de la higiene y salubridad de las poblaciones, así como todas las reglas higiénicas comprendidas en el ámbito de la policía urbana, son facultades discrecionales, de lo que se deriva que las resoluciones municipales o generales dictadas en la materia no son impugnables en vía contencioso-administrativa, con la consiguiente pérdida de derecho de defensa para el particular que tal fórmula conlleva.

Tal criterio es el mantenido en las Sentencias de 18 de junio de 1868<sup>51</sup>, 26 de octubre de 1870<sup>52</sup>, 21 de octubre de 1871<sup>53</sup>, 28 de septiembre de 1895<sup>54</sup>, y 22 de enero de 1890<sup>55</sup>, entre otras. Especialmente interesante es el contenido de esta última. El objeto del recurso es la impugnación de un Real Decreto del Ministerio de la Gobernación por el que se disponía la prohibición de calcinaciones al aire libre de minerales sulfurosos, obligando a las fábricas que en su producción emplearan dicho sistema a adoptar otros procedimientos que no produjeran «daños a la agricultura ni a la salud pública».

<sup>51</sup> *Colección Legislativa. Jurisprudencia Administrativa*. Vol: 18. Año 1868. Págs. 506 a 510, resuelve según las leyes de 25 de septiembre de 1863 y el Real Decreto de 21 de octubre de 1866, según los cuales las cuestiones de policía urbana sólo pueden ser objeto de vía contencioso-administrativa cuando así lo declaren la ley o el Reglamento o tengan por fin la represión de los infractores.

<sup>52</sup> *Colección Legislativa. Jurisprudencia Administrativa*. Vol: 21. Año 1870. Págs. 100 ss. «Las cuestiones de policía urbana, atendido el criterio de la utilidad y conveniencia pública, por el cual deben resolverse, sólo pueden apreciarse discrecionalmente por la Administración activa, y no son, por punto general, susceptibles de vía contencioso-administrativa».

<sup>53</sup> *Colección Legislativa. Jurisprudencia Administrativa*. Vol: 23. Año: 1871. Págs. 941 a 947.

<sup>54</sup> Declara inatacable un acuerdo municipal que ordenaba la clausura de las fábricas de jabón existentes en la ciudad, por no ser estos supuestos del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa. *Diccionario ALCUBILLA*. Volumen del año 1896. Pág. 80.

<sup>55</sup> *Colección Legislativa. Jurisprudencia Administrativa*. Volumen: 46. Año: 1890. Págs. 446 y ss.

Según el Tribunal, la resolución discutida fue «emanada de las facultades discrecionales que residen en el Gobierno, para disponer lo que juzgue conveniente á la salubridad é higiene públicas y á los intereses generales del país, sin sujeción a ninguna ley, reglamento ú otro precepto administrativo», considerando que «estas cuestiones que versan sobre materia de la potestad discrecional, se hallan expresa y terminantemente excluidas por la ley del conocimiento de los Tribunales de esta jurisdicción, y en tal concepto es de apreciar la excepción dilatoria de incompetencia propuesta por el Fiscal... y en su virtud quedan sin curso las demandas».

Esta situación reclamaba la publicación de una disposición a nivel estatal que diera el marco mínimo de referencia a la regulación de las inmisiones susceptibles de alterar las condiciones de salubridad de la población. Dicha normativa, además de asegurar la uniformidad en aspectos tales como el régimen de autorizaciones, emplazamientos, cese, traslado, de todas las actividades con incidencia en la salud o en la tranquilidad, con independencia de su concreta ubicación territorial, permitiría reconducir ante los Tribunales el examen de la adecuación a la misma de la normativa y los actos emanados del ente local, en un juicio de estricta legalidad.

Sin embargo, ello no aconteció hasta ya entrado el nuevo siglo, con la publicación de la Instrucción General de Sanidad de 1904 y los primeros Reglamentos-tipo o normas-cuadro determinantes del contenido mínimo de las reglamentaciones locales, como la Real Orden de 12 de octubre de 1910, que aprueba las Bases Generales para la redacción de los Reglamentos de Higiene municipal y provincial <sup>56</sup>, a la que siguieron la Real Orden de 23 de enero de 1923, por la que se aprobarán las Instrucciones Técnico-sanitarias para los pequeños Municipios <sup>57</sup>, y los Reglamentos de Sanidad Municipal de 9 de febrero y Provincial de 17 de noviembre, ambos de 1925 <sup>58</sup>, así como el Reglamento de Obras, Servicios y Bienes municipales de julio de 1924 que, en su artículo 61, establecerá un modelo de Ordenanza con el fin de «garantizar la

<sup>56</sup> El Preámbulo de dicha norma indica que la falta de una orientación común y una idea informadora única daría lugar a una «falta de unidad imposible de admitir en esta clase de disposiciones». Por este motivo, sus bases contenían una extensa previsión de las materias y el mecanismo de regulación por el que debían optar los entes locales.

<sup>57</sup> Aprobada por el Consejo de Sanidad el 16 de junio de 1922.

<sup>58</sup> Según el Preámbulo de esta norma, la justificación de la misma se encuentra en la incapacidad de los Ayuntamientos españoles para realizar estas funciones «por la falta de tradición y el atraso» de una gran parte de los mismos.

uniformidad en cuanto al estándar higiénico mínimo que se considera imprescindible».

Esta labor culminará con la redacción del primer Reglamento de Establecimientos Clasificados de 1925, que, aunque en el específico ámbito de las instalaciones insalubres, va a ser de enorme importancia en la configuración del nuevo régimen jurídico protector del entorno, en la medida en que la mayor parte de las alteraciones producidas a la atmósfera vendrán provocadas por este tipo de industrias, siendo sus disposiciones de obligado acatamiento por todos los Ayuntamientos.

#### **4. LAS TÉCNICAS DE PROTECCION FRENTE A LA CONTAMINACIÓN ATMOSFÉRICA**

##### **A. La policía de la salubridad: distinción entre policía-gestión y policía-coacción**

La función administrativa de policía, donde se enmarca la primera atención de nuestro Derecho hacia la protección del aire, y como una de las que integran la clásica tripartición de la actuación de la Administración, teorizada por HAURIOU, ha sido definida como aquella que «la Administración despliega en el ejercicio de sus propias potestades que, por razones de interés público, limita los derechos de los administrados mediante el ejercicio, en su caso, de la coacción sobre los mismos»<sup>59</sup>.

Sin embargo, hasta mediados del presente siglo, el término policía va a identificar la gestión de los asuntos correspondientes a la Administración, no con la técnica de policía *stricto sensu*, materializada en el empleo de la coacción, por la que se somete la voluntad de los administrados, y cuya definición acabamos de transcribir, sino con una proyección garantizadora del Estado a los ciudadanos de unas condiciones vitales mínimas.

En el supuesto que nos viene ocupando, la intervención de la Administración responde a un cierto paternalismo del Estado ejercido a través de las únicas medidas que conoce el Derecho de esos tiempos para encauzar la conducta de los particulares hacia fines de interés general.

<sup>59</sup> GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho Administrativo*. Vol.II. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1983. Pág. 161. La definición propuesta coincide con la sostenida por JORDANA DE POZAS y ENTRENA CUESTA (*Apuntes de Derecho Administrativo*. Curso 1958-1959), citados por GARRIDO (nota 6). Sobre la noción de policía *vid.* PICARD, E.: *La notion de police administrative*. LGDJ. Paris, 1984.

Así lo ha entendido GIANNINI, para el que, ya desde los momentos inmediatamente predecesores al nacimiento del Estado de clase única, que domina todo el siglo XIX, y durante el transcurso de ese período, policía atiende a su significación originaria griega, como «gestión de los asuntos públicos», concibiéndose integrada en ella la actividad «higiénico sanitaria», la cual «se concebía... como policía especializada en cuanto al contenido, que era técnico y totalmente propio, es decir, de las ciencias médicas, pero que era, sin embargo, una actividad de defensa de la colectividad contra agentes perturbadores, en este caso externos; por tanto, actividad de policía según el significado que el término había asumido con la llegada del nuevo Estado»<sup>60</sup>, al que habíamos aludido anteriormente.

En esta misma línea, GONZÁLEZ-BERENGUER, señala que en la Ley de Régimen Local de 1955, las finalidades de policía

«supusieron una revolución, podría incluso hablarse de un acercamiento al fomento, acercamiento evidentemente inexistente si se piensa que la diferencia entre policía y fomento radica en los métodos (la coacción o la persuasión) y no en los fines que siempre son los mismos (la utilidad pública). No obstante, es evidente que aun utilizando los medios de policía, la postura de la Administración, al incluir en la esfera de acción de aquella la salubridad, es de un paternalismo, de una benevolencia, de un cuidado para el administrado que supone un punto de vista en el administrador próximo al que ha de inspirar la acción de fomento»<sup>61</sup>.

Es necesario recordar que, al menos durante el siglo XIX, la escasa participación de la Administración en un Estado calificado de abstencionista, se realiza a través de unas técnicas denominadas policiales. La reacción es paradójica si se tiene en cuenta que el órgano de la Administración que va a hacer frente a estas necesidades, provocando con ello las primeras intervenciones estatales en la materia, va a ser el Ministerio de Fomento.

Esta incongruencia ha sido explicada por GARRIDO FALLA de la siguiente manera:

«las doctrinas inhibicionistas del *laissez faire* dejan paso ahora a una positiva fe en la «omnipresencia de la Administración» de la

<sup>60</sup> GIANNINI, M.S.: *El poder público. Estados y administraciones públicas*. (Traducción de L. ORTEGA). Monografías Civitas. Madrid, 1991. Págs. 48, 63 y 64.

<sup>61</sup> GONZÁLEZ-BERENGUER, J.L.: *La actividad de policía en la esfera municipal*. IEAL. Madrid, 1959. Pág. 63.

que sólo pueden derivarse beneficios. Mas no se crea, sin embargo, que la idea de fomento coincide aquí exactamente con la específica técnica de actuación administrativa que hemos aceptado en nuestra anterior definición [se refiere a la definición inicialmente transcrita por nosotros]; más bien, el fomento era entonces el fin mismo de la actividad administrativa, la obra a realizar por la Administración empleando diversas técnicas conocidas. Bien es verdad que el intervencionismo que en tal época comienza a abrirse paso sólo excepcionalmente tiene un carácter policial»<sup>62</sup>.

Es evidente que la Administración Pública, al ejercer su acción en materia de salubridad e higiene utilizará técnicas de coacción sobre las personas y los bienes, tales como el sometimiento a autorización, el establecimiento de medidas correctoras, la paralización de la actividad, la imposición de sanciones ante incumplimientos, etc.<sup>63</sup>. No obstante estas técnicas constituyen, en la época a las que nos referimos, manifestaciones muy aisladas del poder del Estado, que centra básicamente su actuación en un cúmulo de medidas orientadas hacia acciones de contenido positivo, más que ablativo de derechos, y que se concretizan en técnicas importadas del urbanismo inglés de principios del XIX, que, combinadas con las clásicas de coacción, se integrarán en la expresión policía urbana como forma de protección y gestión de los asuntos de la ciudad.

## **B. Los nuevos perfiles del tratamiento de la sanidad ambiental: los mecanismos de atención al medio proporcionados por el Derecho urbanístico**

### *a. La experiencia inglesa*

Desde principios de siglo XIX, en algunos países comienza a desarrollarse una nueva perspectiva en relación con el tratamiento de la

<sup>62</sup> GARRIDO FALLA: *Tratado...*, cit. Pág. 309.

<sup>63</sup> No son infrecuentes los ejemplos de otorgamiento de indemnizaciones ante las potestades administrativas de ablación de derechos por estas causas. Entre ellas, la prevista en la Ley de 3 de agosto de 1836 en materia de desecaciones, normativa aplicada en la sentencia de 15 de abril de 1869 (*Colección legislativa. Jurisprudencia administrativa*. Vol. 20. Año 1869. Págs. 77 a 85), en la que se reconoce el derecho de la reclamante a una indemnización por los perjuicios causados por la inutilización de un molino; medida adoptada en beneficio de la salud pública, que le produjo la privación del uso y aprovechamiento de las aguas. Igualmente, la sentencia de 3 de noviembre de 1898 (*Diccionario ALCUBILLA*. Tomo correspondiente al año 1898), en la que se establece el deber resarcitorio de la Administración a favor de un particular por la clausura de una fábrica de dinamita ordenada por la Administración, por ser considerada la misma como peligrosa para la seguridad pública.

salubridad del ambiente, que va a tener su reflejo en la aparición de un incipiente rechazo de las técnicas coactivas de policía y la simultánea experimentación de regulaciones específicas sobre saneamiento.

Dentro de la definición de este último, entendido en su sentido más amplio, se van a integrar los aspectos concernientes a dar acogida a los nuevos efectivos de población trasladados del ámbito rural al urbano, —política de ensanche—, a recuperar y acomodar los centros urbanos a las nuevas necesidades, primordialmente de índole sanitaria —reforma interior—, y a dotar a las ciudades de los servicios de abastecimiento, recogida y depuración de aguas, —saneamiento en sentido estricto—.

Estas nuevas funciones que tienden a asegurar a la población unas saludables condiciones vitales se van a ir incorporando a una nueva disciplina: el Derecho urbanístico, constituyendo el germen de su nacimiento.

Esta nueva ciencia jurídica va a hacer frente a los modernos planteamientos sanitarios a través de la utilización de mecanismos tales como la planificación, el ensanche, el traslado de industrias, la salubridad de los barrios, el saneamiento de poblaciones..., etc., dotándose así de una nueva dimensión al urbanismo, que pasará a denominarse *sanitario*<sup>64</sup>, situándose su origen en Inglaterra, coincidiendo con los movimientos de carácter político y social nacidos de la Revolución Industrial tendentes a mejorar las condiciones vitales, laborales y sociales de la clase obrera y de los pobres.

El factor desencadenante de esta nueva perspectiva será la Revolución Industrial, que, desarrollada en primer lugar en este país, va a provocar, entre otros efectos de carácter urbano<sup>65</sup> y social, el surgimiento

<sup>64</sup> La expresión es de BASSOLS COMA, M.: *Génesis...* cit. Pág. 360, aunque si se prefiere, desde el punto de vista sanitario, se puede utilizar la de *Sanitary Movement*, empleada por PEMÁN GAVÍN (*Derecho a la salud...*, cit. Pág. 111) para caracterizar esta etapa.

<sup>65</sup> Entre estos efectos destacan las «transformaciones» en la configuración de la estructura de la ciudad que, según P. SICA (*Historia del Urbanismo en el siglo XIX*. Tomo I. IEAL, 1981. Pág. 40), son de dos tipos: «no espaciales» y «espaciales». Entre las primeras, que son las más interesantes para nuestro estudio, se incluyen «el cambio de los usos internos (asentamiento de fábricas en áreas residenciales) y las variaciones en la intensidad de uso (hacinamiento, congestión de las unidades de habitación y de los equipamientos públicos), y constituyen una alteración de algunos caracteres ambientales y de la dinámica de funcionamiento de la ciudad». Las segundas afectan, sin embargo, al «interior de los núcleos antiguos» y se reflejan en medidas tales como el «ensanche».

de la denominada *ciudad industrial*<sup>66</sup>, caracterizada por la existencia de barrios de obreros ubicados cerca de los lugares de trabajo, en condiciones de vida inhumanas. A esta situación se van a enfrentar los primeros reformadores, tanto sociales, —agrupados en los Sindicatos y en las *Trade Unions*—, como políticos<sup>67</sup>, cuyas presiones van a originar una importante legislación de carácter socializador<sup>68</sup> que va a intentar corregir o, al menos, aliviar estos defectos.

De esta ordenación forma parte muy importante toda la destinada a la mejora de las condiciones higiénicas de los lugares de asentamiento de esta clase social, en particular, y de la ciudad, en general, que se concreta, partiendo de la legislación de Pobres de 1832, a través de la *Public Health Act*, de 1848 —primera ley de saneamiento que creó el «Board of Health»<sup>69</sup>— que nace de las propuestas lanzadas por Edwin CHADWICK<sup>70</sup> en 1838; sucesivas modificaciones de la legislación sanitaria, producida en 1851, 1872 y 1875, que contenían fundamentalmente medidas de fomento y la *Housing of Working Classes Act*, de 1885 y de 1890, en cuyo contenido resaltan la política de saneamiento de barrios insalubres y de construcción de viviendas para obreros.

<sup>66</sup> CHUECA GOITIA, F.: *Breve Historia del Urbanismo*. Alianza Editorial (12 reimpresión). Madrid, 1989. Págs. 165 a 185. Este mismo autor cita como ejemplo de estas urbes concebidas en los orígenes de la industrialización «los primeros *slums* neoyorkinos, las filas de casas del «Railroad Plan» de 1850», las *Company Towns*, que «se establecían en los lugares de extracción de las materias primas: minas, bosques, etc. Los que allí habitaban, en cabañas y chozas, no tenían derechos civiles ni instituciones ciudadanas de ninguna clase...», describiendo estas viviendas radicadas en los suburbios como un lugar «con pocas luces a la calle y un infecto patio trastero. La mayoría de los habitantes carecían de luz y ventilación» (Pág. 171).

<sup>67</sup> Tampoco faltaron iniciativas de los propios industriales —recogidas por CHUECA GOITIA en la obra citada, págs. 173 y ss.—, como las de Robert Owen, que en 1816 planeó una ciudad de tipo colectivo, donde se conjugaban la actividad industrial y la agricultura; idea que también fue acogida por la familia Krupp, en 1865, en Essen; o George Cadbury, en 1879, que construyó Bourneville «con fines industriales y filantrópicos»; o Meunier, en 1874, que creó la colonia Noisel-sur-Seine; o Brothers, en 1886: Port Sunlight... Sin embargo, éstos son intentos más de arquitectura urbanística de nueva planta, que de reforma, mejora interior y saneamiento de las urbes ya existentes, técnicas en las que se basará la nueva concepción del Urbanismo que tratamos.

<sup>68</sup> Fruto de esta tendencia será la primera legislación de derechos de los trabajadores, el nacimiento del Seguro de Accidentes laborales y la referente a condiciones de Seguridad e Higiene en el trabajo.

<sup>69</sup> BASSOLS, COMA, M.: «Derecho Urbanístico y Medio Ambiente». *Revista de Derecho Urbanístico*, 71 (1981). Págs. 15 a 44.

<sup>70</sup> Secretario de la Comisión para la elaboración de la Ley de Pobres, aunque también participaban en esta concepción sanitaria del medio N. ARNOTT, T. SOUTHWOOD SMITH y J. SIMON, entre otros, según PEMÁN GAVÍN: *Derecho a la Salud...*, cit. Pág. 111.

El mismo proceso de «subordinación de los aspectos técnico-urbanísticos a objetivos de reforma social»<sup>71</sup> adviene en Francia durante la II República, con la Ley de 13 de abril de 1850, por la que se otorgarán facilidades para la expropiación de zonas insalubres.

## **b. El proceso en España**

### *a') El Urbanismo esteticista*

En nuestro país estos nuevos mecanismos de atención a la salubridad a través de técnicas urbanísticas van a ser prácticamente desconocidos por nuestra legislación hasta tiempos relativamente recientes, al menos de manera expresa.

Las causas de esta circunstancia se van a cifrar, de manera prácticamente unidimensional, en el retraso de la aparición del Derecho Urbanístico en España, que no adviene hasta las postrimerías del siglo pasado.

No obstante, la génesis de esta ciencia de lo urbano se situará en las preocupaciones técnico-sanitarias sentidas por los *Ayuntamientos*<sup>72</sup> y quedará reflejada en los cometidos de la *policía sanitaria*.

La conexión entre la disciplina sanitario-ambiental y la urbanística no se producirá, sin embargo, en nuestro país con los mismos caracteres que habían determinado su aparición en las Islas Británicas. Además de las cuestiones de contenido material que a continuación pasaremos a formular, hay que señalar el rasgo general del carácter fragmentario de la regulación urbanística en España, alejado de una visión del Urbanismo como fenómeno integral, característica que ostentaba en el Derecho comparado.

La primera tentativa de formulación integrada en la política urbanística de aspectos sociales y sanitarios destinados a la mejora de la calidad del entorno de las ciudades va a quedar en un simple proyecto. Se trata del Proyecto de Posada Herrera de 19 de diciembre de 1861, titulado de Reforma, Saneamiento y Ensanche de Poblaciones. Entre los objetivos de esta legislación, según su Exposición de Motivos, figura el de «fijar principios generales de higiene y salubridad en las poblaciones,

<sup>71</sup> BASSOLS COMA: *Génesis...*, cit. Pág. 362.

<sup>72</sup> Vid. sobre este punto, entre otros, CARCELLER FERNÁNDEZ, A.: *Instituciones de Derecho Urbanístico*. 5ª ed. Madrid, 1992. Págs. 41 a 51.

formar y promulgar ordenanzas generales de construcción, clasificar los establecimientos según su naturaleza de salubres o insalubres...».

Más adelante, la regulación contenida en este primer Proyecto respecto al *ensanche* será completada por la Ley de 29 de junio de 1864 y la de 22 de diciembre de 1876 —desarrollada por Reglamento de 19 de febrero de 1877—, pero quedará referida exclusivamente a la ampliación de la ciudad para dar entrada en la misma a una nueva y creciente población.

La preocupación por los aspectos sanitarios de las poblaciones va a quedar relegada a un segundo plano con la normativa posteriormente dictada, como la relativa a alineaciones de edificios y calles, constituida por las Ordenes de 2 de agosto de 1861, 1 de junio de 1880 y 22 de junio de 1883, que tienen como antecedente la de 10 de junio de 1854, la Orden de 9 de febrero de 1863 y la Circular del Ministerio de Fomento de 12 de marzo de 1878, que la modifica <sup>73</sup>.

Por su parte, la Ley de Obras Públicas de 13 de abril de 1877, desarrollada por un Reglamento de 6 de julio del mismo año, va a declarar, en su artículo 1 como obra pública, el «saneamiento de terrenos».

Esta expresión no será considerada en su sentido más amplio, sino que vendrá referida en exclusividad a la función de desecación de terrenos pantanosos, alejándose, por tanto, de su concepción integral como función de mejora del estado general de la ciudad. Esta concepción será mantenida hasta el primer tercio de la actual centuria, en la que el Reglamento de Obras, Servicios y Bienes de las Corporaciones Locales de 1924 —artículo 32 <sup>74</sup>—, articulará el contenido de estas obras de manera estricta, concepción que pasará a los Planes especiales de saneamiento regulados en la vigente Ley del Suelo.

También se plantea la atención y mejora de las condiciones higiénico-sanitarias de las urbes la Ley de Expropiación Forzosa de 10 de enero de 1879, pero lo hace de una manera incidental, al hilo de la apertura de nuevas vías urbanas o del ensanchamiento de poblaciones.

<sup>73</sup> Esta normativa es referida por MARTÍN GONZÁLEZ, M.: «Comisión Central de Saneamiento (Reglamento aprobado por Orden de 19 de abril de 1968)». *Revista de Administración Pública*, 57 (1968). Pág. 429.

<sup>74</sup> Según el mencionado precepto, son obras de saneamiento «cuantas obras municipales contribuyan a mejorar las condiciones higiénicas de una población, ya se realicen en el suelo o en el subsuelo de la misma, siempre que no constituyan un plan completo de dotación de servicios municipales en un sector de dicha población».

En opinión de BASSOLS, es claro que estas operaciones mejoraban «el estado sanitario de la población respectiva», pero era obvio que la finalidad de saneamiento era de orden secundario y complementario, no constituía el motor esencial de la reforma urbana» <sup>75</sup>.

Todo ello ha llevado a la doctrina a afirmar el carácter *esteticista* del urbanismo de la época, que tiene su principal manifestación, a nivel orgánico, en el hecho de que el órgano administrativo consultivo en la materia sea la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando.

El estado de la cuestión permanece prácticamente invariable hasta la aparición de la última de las normativas de este siglo dedicada con carácter general a las cuestiones de sanidad ambiental en el entorno urbano: la Ley de 18 de marzo de 1895 y su Reglamento de 15 de diciembre de 1896 sobre «Saneamiento y Mejora interior de grandes poblaciones», basada en un proyecto que incluía también en sus contenidos la reforma y el ensanche interior de poblaciones, cuestiones que más tarde serían suprimidas en el Senado.

La Exposición de Motivos de la Ley establece como objetivo de la misma «la necesidad de mejorar y sanear con reformas interiores las grandes poblaciones en el sentido que demanda con imperio la ciencia de la higiene», entendiendo por *saneamiento* las «obras que tengan por objeto introducir mejoras y extender las condiciones higiénicas y de salubridad de las poblaciones» (art. 2), considerando como *mejora* el «derribo de barrios antiguos y poco higiénicos para abrir nuevas calles y levantar edificaciones de mejor calidad» <sup>76</sup>.

A pesar de estos loables propósitos, estas finalidades no llegaron a ser cumplidas, fracasando la Ley en un concreto aspecto, el saneamiento, que, a juicio de BASSOLS, «pese a considerarse un objetivo de urgente realización desde el punto de vista de la Ciencia Urbanística, quedaba anquilosado en la primitiva configuración que le otorgó la Ley de Expropiación de 1879, desvinculado de toda preocupación de índole social y tipificado como una simple operación de remodelación de parcelas <sup>77</sup>», «limitándose», además, «su regulación específica a habilitar los medios técnicos, jurídicos (facilitación de la expropiación forzosa), financieros (exenciones y beneficios fiscales) e instrumentales

<sup>75</sup> BASSOLS: *Génesis...*, cit. Pág. 365.

<sup>76</sup> CARCELLER FERNÁNDEZ, A.: *Instituciones...*, cit. Pág. 46.

<sup>77</sup> BASSOLS: *Génesis...*, cit. Pág. 368.

(gestión de las obras por la propia Administración o a través de un concesionario)»<sup>78</sup>.

En España, por lo tanto, poco se había avanzado en este punto, máxime respecto a la progresiva y socializadora legislación que años antes había sido elaborada por ingleses, como pioneros, seguidos de los franceses.

*b') El nacimiento del Urbanismo sanitario en España*<sup>79</sup>

La vinculación entre el urbanismo y la salubridad ambiental no comienza a hacerse palpable en nuestro país sino con la aparición de la Instrucción General de Sanidad de 1904, concretamente en las reglas contenidas en su Título IV, dedicado a la Higiene Pública<sup>80</sup>. No obstante, en opinión de MUÑOZ MACHADO la relación se estrecha a raíz de la publicación de la Real Orden de 1910, atendiendo al contenido de alguna de sus Bases, como es el hecho de que «los laboratorios municipales debían llevar a cabo un minucioso y detenido estudio del terreno donde estuviera edificada la población... (base III); que quedaba establecida la altura máxima que podrían tener las construcciones particulares en relación con el ancho de las calles... y prestando particular atención a su estado de limpieza (base V); se regulaba minuciosamente las características de las nuevas construcciones en cuanto al terreno, alcantarillado, amplitud de patios generales, suministro de aguas, capacidad de las habitaciones... (base VI)...»<sup>81</sup>, que, según el mencionado autor, son «idénticas preocupaciones» que las contenidas en las Instrucciones Técnico-sanitarias para pequeños municipios, de 1923 y en el Reglamento de Sanidad Municipal de 1925, como normativa propiamente sanitaria.

<sup>78</sup> BASSOLS COMA, M. «Urbanismo y Medio Ambiente», en la obra colectiva *Derecho y Medio Ambiente*. CEOTMA. Madrid, 1981. Pág. 485.

<sup>79</sup> Esta expresión es la que hemos manejado para referirnos al fenómeno en Inglaterra, donde tiene su cuna. En nuestro país forma parte de un título más amplio denominado por algún autor «Preocupación por el estado sanitario de las ciudades» (MUÑOZ MACHADO, S.: *La Sanidad...*, cit. Pág. 165).

<sup>80</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y PAREJO ALFONSO, L.: *Lecciones de Derecho Urbanístico*. Civitas. Madrid, 1981. Pág. 82. escriben sobre este Título que sus «virtualidades urbanísticas son importantes e inmediatas».

<sup>81</sup> MUÑOZ MACHADO, S.: *La Sanidad...*, cit. Pág. 166.

La misma finalidad parece presidir el espíritu de un buen elenco de disposiciones normativas dictadas en la época, como la constituida por el Real Decreto de 13 de agosto de 1920, de obras de saneamiento, completado por la Real Orden de 29 de septiembre del mismo año; la Real Orden de 9 de agosto de 1923, que atiende la regulación de tres aspectos: primero, las condiciones higiénicas de las viviendas, en la que se incluyen medidas relativas a aireación, ventilación, aislamiento, tuberías, acometidas de alcantarillado, fosas sépticas...; segundo, el saneamiento de viviendas insalubres, y tercero, las prescripciones técnico-sanitarias para el ensanche y reforma interior de las poblaciones: el Reglamento de Obras, Servicios y Bienes Municipales de 14 de julio de 1924; el Reglamento para la inspección sanitaria de establecimientos, edificios y vehículos de servicios públicos, aprobado por la Real Orden de 22 de mayo de 1929, etc.

Pero quizás la más importante de todas ellas es el Reglamento de establecimientos clasificados de incómodos, insalubres o peligrosos, aprobado por la Real Orden de 17 de noviembre de 1925, que inicia la separación entre lo sanitario y lo ambiental<sup>82</sup>, operación que culminará con el Reglamento de Actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas de 30 de noviembre de 1961, en el que se establece, en nuestro Derecho, la primera conceptualización del medio ambiente<sup>83</sup>.

---

<sup>82</sup> S. MUÑOZ MACHADO ha señalado a este respecto que «...las cuestiones relativas al medio ambiente urbano, separadas ya definitivamente del tronco sanitario que las había albergado por mucho tiempo, quedarán reguladas, siguiendo la tónica y las líneas de principio del Reglamento de 1925 en el nuevo Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas de 30 de noviembre de 1961» («La distribución de competencias ente el Estado, las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales en materia de medio ambiente». *Documentación Administrativa* 190 (1981). Pág. 358.

<sup>83</sup> ORTEGA ÁLVAREZ, L.: «Organización del medio ambiente: propuesta de una autoridad nacional del medio ambiente», en la obra colectiva *Estudios sobre la Constitución Española*. Civitas. Madrid, 1991. Vol. IV. Pág. 3757.

