

La difícil concepción del medio ambiente como derecho constitucional en el ordenamiento español

1. INTRODUCCIÓN: ADAPTACIÓN POR LAS CONSTITUCIONES DE LA MATERIA AMBIENTAL

Las primeras referencias a la necesidad de proteger la naturaleza o expresiones equivalentes son, como es fácil comprender, relativamente recientes en lo que al tiempo histórico se refiere. No podía ser de otra forma, porque frente a la libertad de expresión, a la propiedad, al derecho de reunión y de asociación, etc., etc., la preocupación por lo que en el sistema español denominamos medio ambiente (expresión muy española, porque en la mayor parte de los idiomas se utiliza solamente el término “ambiente” para designar la misma realidad: *Umwelt, environnement, environment, ambiente*) ha sido reciente. Por eso muy gráficamente cuando se le califica de “derecho”, se dice que pertenece a los derechos “de tercera generación”¹, para diferenciarlos de los derechos de libertad, que fueron los primeros en surgir, y de los derechos de participación y de los derechos sociales, que fueron los siguientes. Lo que se viene denominando “derecho al medio ambiente” es más moderno.

Las primeras referencias aparecen en los textos constitucionales de los países del otro lado del llamado “telón de acero” cuando

éste existía, y en alguno de ellos incluso muy tempranamente: en concreto en la Constitución de Polonia, de 1952, que ya atribuía a los ciudadanos un “derecho” (*sic*) al aprovechamiento de los valores del ambiente natural, a la vez que les imponía también el “deber” de defender esos valores; la Constitución de la antigua Yugoslavia, bastante posterior (1974), rezaba algo similar. Los textos de Checoslovaquia (1960), Bulgaria (1971) o Hungría (1972) imponían al Estado o a los ciudadanos ese mismo deber. En Estados Unidos se promulgó en 1969 la *National Environmental Policy Act*, norma que marca el inicio de todo desarrollo posterior normativo en esta materia, además de haber tenido una gran influencia internacional: como en otras muchas cosas, dicho país ha sido pionero en la preocupación y defensa del medio ambiente²; no obstante, algunos entienden que en aquel sistema puede conectarse la relación entre el ambiente y el individuo a la IV Enmienda, cuyo objeto es la *privacy* (que para nosotros vendría ser algo así como la intimidad). Desde 1972 –y como consecuencia de la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, realizada en la primera Conferencia internacional sobre esta materia, en Estocolmo durante ese mismo año– hasta las constituciones actua-

les o las reformas de éstas, gran parte de los países iberoamericanos han incorporado a sus textos constitucionales alusiones a la naturaleza o al ambiente (especialmente significativa en este sentido es, precisamente, la extensa Constitución Política de la República de Colombia, de 1991, que dedica tres artículos a la materia –79, 80 y 81–; más reciente aún es el artículo 41 de la Constitución argentina, de 1994).

Entre los países europeo-democráticos, la primera referencia directa tuvo lugar en la reforma de Constitución suiza de 1971; a partir de aquí se va introduciendo paulatinamente: en la griega de 1975, en la portuguesa de 1976, en la española de 1978, en las reformas de la Constitución finlandesa (a partir de 1980), holandesa (1983), Sueca (en su Instrumento de Gobierno de 1994) y alemana (artículo 20.a, introducido por la reforma de 27 de octubre de 1994). Así, pues, son muchos los textos constitucionales en los que aparece la alusión al medio ambiente. Y la normativa surgida de la Comunidad Europea, que no es para sus países miembros Derecho Internacional, sino, aun generado por fuentes de producción externas, Derecho interno, introduce en su Derecho originario (esto es, el de los Tratados y sus modificaciones) a partir del Acta Única Europea (Luxemburgo, 1986), la protección al medio ambiente, y después, con el Tratado de la Unión Europea (Maastricht, 1992), concreta tal protección en mayor medida introduciendo ciertos principios, como el de la acción preventiva, el de que quien contamina paga, etc.³

La razón de que los textos constitucionales se hagan eco de esta preocupación por el medio ambiente es evidente: si éste es el contexto en el que se desarrolla la vida de los ciudadanos, si los poderes públicos son garantes hoy de la salud y del bienestar de los mismos, y si un texto constitucional

consiste en la organización (y habilitación) de los poderes y en la garantía de los derechos de esos mismos ciudadanos, en principio parece lógico que las constituciones hagan referencia al medio ambiente.

Ahora bien, de lo expuesto acerca de los textos constitucionales, desde que empezaron a introducir referencias al medio ambiente hasta hoy, pueden deducirse más conclusiones que la simple enumeración erudita. Puede observarse, por ejemplo, que no se cita como Constitución en la que haya referencia alguna al medio ambiente nada menos que el texto danés, posiblemente el país cuya población y cuyos gobernantes más sensibilizados estén con este tema y que en su ordenamiento cuenta con estándares de protección mucho más altos que en la mayoría de los estados. La explicación puede encontrarse en que la Constitución danesa no se ha reformado (que nosotros sepamos al menos) desde 1953, y por tanto no ha tenido ocasión de insertarse en él un precepto específico al respecto. Pero hay otros textos, como el francés o el italiano, que sí se han reformado como tales (en el primer caso) o que permiten emanar normas con el mismo rango que la Constitución (leyes constitucionales) en el segundo, y tampoco se ha introducido en ese nivel, constitucional, referencia alguna al medio ambiente. Tampoco la incorpora una Constitución nueva, como es la belga, de 1993, ni la austriaca tras ninguna de sus muy numerosas modificaciones, la última de las cuales es de 1994.

La conclusión es que, pese al razonamiento antes expuesto, según el cual lo que afecta a los ciudadanos y a los poderes públicos es materia propia de inclusión en los textos constitucionales, la necesidad de su incorporación *expresa* o específica no se siente de modo unánime en todos los sistemas. En este sentido ha sido ejemplar,

como en otras ocasiones, la discusión en la doctrina alemana en pro y contra de la inclusión del medio ambiente en la Norma Fundamental, hasta llegar a triunfar esta última postura en la citada reforma de 1994. Naturalmente, cada constituyente puede entender como objeto de su preocupación, y por tanto como de necesario reflejo en el texto constitucional, materias que el constituyente vecino entienda carentes de suficiente interés, pero en un mundo tan globalizado como el actual, con una influencia recíproca tan grande como palmaria, cada vez mayor, forzosamente ha de llamar, y mucho, la atención el que no se incluya el medio ambiente en algunos de los principales textos constitucionales, habida cuenta de lo indudable que aparece el razonamiento antes mencionado: que es materia propia de las Leyes Fundamentales de cada sistema lo que afecte notoriamente a los derechos de los ciudadanos y a los poderes públicos del sistema que rigen.

Que no aparezca en tales textos constitucionales no quiere decir, sin embargo, que los poderes públicos del país de que se trate no se ocupen de ello, no lo regulen y no lo protejan. En Italia, por ejemplo, donde no hay referencia constitucional alguna al ambiente, como se acaba de decir, se creó en 1986 un Ministerio específico, cosa que en el caso español, aun con las menciones constitucionales al medio ambiente que luego analizaremos, no ha tenido lugar hasta 1996; más adelante, en 1993, se creó en el mismo sistema italiano una Agencia Nacional de protección del ambiente. En Estados Unidos –dijimos antes–, hay una muy importante *Act* que data de 1969 y que es cabeza de todas las regulaciones posteriores que se den sobre la materia; es evidente que habiendo aparecido las cuestiones medioambientales recientemente, no podía figurar en la Constitución americana, que

sigue siendo la original de 1789, modificada por ese sistema de enmiendas tan peculiar, pero en las que tampoco aparece la expresión que aquí nos ocupa; precisamente decíamos antes también que algunos entienden que las cuestiones que suscitan el medio ambiente pueden llevarse en el sistema norteamericano por la vía de la IV Enmienda, que garantiza la *privacy*. Y ello da pie a explicar, desde una perspectiva técnica, porqué en unos textos constitucionales aparece el medio ambiente y en otros no.

En efecto, hay otros ámbitos, como el de la salud de los ciudadanos y el de la tutela de los bienes naturales, artísticos, paisajísticos, etc., que pueden cubrir jurídicamente lo que de forma específica cubre la materia de medio ambiente en los textos constitucionales que han optado por incorporarla expresamente. Como es claro, una mención expresa de un interés, cuando es hecha por el constituyente y así figura en la Ley Fundamental, conlleva un régimen específico producto de la concepción que ese constituyente haya plasmado sobre esa materia, régimen que, en cambio, hay que proceder a deducir de otros ámbitos cuando la materia de que se trate no se contempla expresamente, con lo que ello comporta, a saber: siempre más dificultades, porque las interpretaciones jurídicas nunca son inocentes, e incluso las realizadas con las mejores intenciones acaban teniendo consecuencias que contentan a unos y dejan insatisfechos a otros, y puede variar a lo largo del tiempo. En todo caso, conviene poner de relieve ya aquí que el Tribunal Constitucional español, pese a disponer del precepto constitucional específico dedicado al medio ambiente que ahora vamos a analizar, en no pocas ocasiones resuelve cuestiones muy directamente relacionadas con tal materia (cesación de actividades contaminantes, indemnizaciones a dueños de tierras o de

bosques, etc.) acudiendo a esos otros derechos de los que hablábamos antes (propiedad, salud, etc.). Aquí estas decisiones jurisprudenciales constitucionales no tienen más trascendencia que poner de manifiesto que ello es así, pero, en tanto en cuanto no afectan directamente a lo que es objeto de nuestra atención –el medio ambiente–, vamos a soslayarlas y a centrarnos en el análisis de las prescripciones constitucionales específicas sobre aquél.

2. EL RÉGIMEN DEL MEDIO AMBIENTE EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Tres referencias aparecen en la Constitución española (en adelante CE) respecto al medio ambiente: en primer lugar, en el artículo 45 y, en segundo, en los artículos 148.1.9^a y 149.1.23^a. Uno y otros tienen poco que ver desde la perspectiva que aquí interesa. Los dos últimos se ubican en los artículos encargados de la distribución de competencias entre el ente territorial central (el Estado) y los intermedios (las Comunidades Autónomas: CCAA), mientras que el primero, el artículo 45, contiene la regulación “sustancial”, por así decir, de la materia, esto es, el régimen constitucional material del medio ambiente que constituye el objeto de estas páginas.

En efecto, el artículo 45 es el único precepto de este tipo –material– que dedica la CE a lo medioambiental, pero lo dedica monográficamente, esto es, no como una mera referencia pasajera. Quiere ello decir que ha de interpretarse, entonces, una voluntad fehaciente del constituyente español, una preocupación, por incluir esta materia en la Norma Fundamental. La cuestión es un tanto llamativa porque de las cuatro constituciones que más influenciaron la redacción de la española, dos de ellas he-

mos apuntado que no contienen referencia expresa a esta materia (la francesa y la italiana), la tercera la ha incorporado en fechas recientes (en la reforma constitucional de 1994) y sólo la cuarta, la portuguesa, un par de años anterior a la española, la recogía⁴.

El citado artículo 45 CE se compone de tres párrafos o números, que a su vez contienen tres regulaciones bien diferenciadas. En el primero de ellos califica de derecho y de deber, respectivamente, el que «todos» (*sic*) tienen de «disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona» y de «conservar» ese medio ambiente. En el segundo impone una tarea o fin a «los poderes públicos», en general: prescindiendo de otros añadidos, esa tarea o fin consiste en «velar [...] por la utilización racional de todos los recursos naturales [...] y defender y restaurar el medio ambiente...». En el tercero se remite a lo que «la ley fije» para establecer «las sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado» respecto de quienes «violan lo dispuesto en el apartado anterior»⁵.

El artículo en cuestión se encuentra ubicado en el Capítulo III del Título I, capítulo que lleva por rúbrica “De los principios rectores de la política social y económica”. A la vista de su contenido, han de reputarse muy coherentes con esa rúbrica los apartados 2º y 3º del artículo 45, en tanto en cuanto el apartado 2º establece un mandato a los poderes públicos para que los mismos «rijan» sus actuaciones procurando la utilización de los recursos naturales y la defensa y la restauración del medio ambiente, mientras que el apartado 3º consiste en un mandato al legislador para que haga normativamente coactivo ese principio, tanto penal como, en su caso, administrativamente y para que también disponga –de forma obligatoria–

la restauración del medio ambiente dañado. En principio estos contenidos no presentan otros problemas que la interpretación de su alcance, pero, por así decir, su ubicación en el Capítulo y Título constitucionales en el que están, es adecuada. La cuestión cambia, sin embargo, en lo referido al primer precepto, porque en el mismo pretende determinarse la naturaleza jurídica del medio ambiente en relación con los sujetos.

Efectivamente, para quienes estén familiarizados con el Derecho resalta de inmediato que la literalidad del artículo 45.1 determina que el disfrute de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona es un «derecho» (*sic*) que «Todos tienen...», esto es, parece que dispone un derecho *subjetivo* al medio ambiente. De manera que tenemos, en lo que ahora importa, que el disfrute al medio ambiente adecuado resulta un «Principio rector» por estar dentro del Capítulo III del Título I CE, pero, sin embargo, resulta ser un «Derecho» según la calificación que hace el propio precepto, e incluso, si se apura la interpretación literal, un Derecho «fundamental» por estar dentro del Título I, que lleva por rúbrica “De los derechos y deberes fundamentales”.

Ahora bien, en rigor lógico-jurídico, si es un principio (rector) no puede ser un derecho; y, aun entendiendo que es un derecho, no necesariamente ha de ser fundamental. Por ello ha de acudir a «mejores» criterios que las rúbricas del Capítulo y del Título al que pertenece el precepto para determinar la naturaleza de su contenido. Esos criterios nos los da la propia Constitución en el Capítulo siguiente del mismo Título I, el Capítulo IV, que se ocupa “De las garantías de las libertades y de los derechos fundamentales”, en concreto en el imprescindible artículo 53, cuyos distintos apartados dejan bien de manifiesto la dife-

rencia efectiva que el constituyente quiso establecer entre los distintos enunciados del Título I, más allá del acierto semántico con sus rúbricas del propio Título I, de sus Capítulos y, en su caso, de las Secciones de éstos. En efecto, en virtud del artículo 53.1, determinados derechos, que son todos los insertos en el Capítulo II, pero sólo estos (no, por tanto, los del Capítulo III, donde hemos dicho que se encuentra el medio ambiente), están singularmente garantizados frente a los poderes públicos en general, pues «Sólo por ley [...] podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades», esto es, sólo el legislador –no la Administración ni el ejecutivo– podrá regularlos; pero es que, además, respecto del legislador también están garantizados, desde el momento en que la ley que se emane para regularlos «en todo caso deberá respetar su contenido esencial», lo que dicho de otro modo quiere decir que ese contenido esencial es indisponible para el legislador (que no se olvide, no deja de ser el representante del pueblo español: artículo 66.1 CE, en quien reside la soberanía: artículo 1.2 CE, esto es, tal contenido es indisponible, incluso, para el representante del soberano mismo)⁶. Para buena parte de la mejor doctrina constitucionalista estas garantías (reserva de ley de su regulación y respeto al contenido esencial), son “la marca” genuina de la fundamentación de los derechos, de manera que todos los derechos que la posean serán derechos fundamentales, pero sólo esos y nada más que esos⁷.

El número 2 de ese mismo artículo 53, por su parte, dispone una especial garantía jurisdiccional para sólo algunos de esos derechos insertos en el Capítulo II, en concreto para los derechos recogidos en los artículos 14 al 30.2, dejando fuera de la misma, por tanto, todos –excepto la objeción de conciencia– los de la Sección 2^a de ese mis-

mo Capítulo II (y, con más razón, pues, los del Capítulo III, donde se encuentra el medio ambiente). Para estos derechos dispone que el legislador procesal habilite un cauce especial, preferente y sumario y, además, que «en su caso» podrán también garantizarse mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Para una buena parte de esa doctrina constitucionalista, quizá menos relevante pero estadísticamente hoy más numerosa, los derechos realmente fundamentales son los que están garantizados de esta tan fuerte manera, de modo que ni siquiera todos los del Capítulo II pueden considerarse fundamentales (entre ellos uno de tanta significación y raigambre, por ejemplo, como el mismísimo derecho de propiedad, que se encuentra fuera de tal Sección 1ª), sino sólo los de su Sección 1ª, más la igualdad y la objeción de conciencia.

A «los principios reconocidos en el Capítulo tercero» se dedica el parágrafo 3º y último de dicho artículo 53, manifestando que tales principios «informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos»; pero, sobre todo, en lo que aquí más importa, disponiendo que «Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria *de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen*». He aquí, por tanto, que «los principios» del Capítulo III, entre los que se encuentra la protección del medio ambiente, ni tienen una especial garantía jurisdiccional ni, sobre todo, tienen un contenido esencial que haya de ser respetado por legislador, el cual, de este modo, o sea, con este margen de libertad, puede disponer como tal tipo de contenido aquél que en cada momento, de acuerdo con su ideología, las circunstancias del momento, la conveniencia, etc., estime pertinente. Dicho de otra forma, tales materias, entre las que se halla el medio ambiente, sí son disponibles en su contenido

esencial para el legislador. De esta manera, cualquier contenido del Capítulo III queda excluido de la calificación de «derecho fundamental» para quienes, según lo dicho antes, tal carácter devenga de lo que dispone el artículo 53.1 y, *a fortiori*, para quienes entiendan que tal carácter proviene del artículo 53.2. El Tribunal Constitucional, por su parte, ha negado reiteradamente la posibilidad de considerar fundamental cualquiera de esos contenidos (por ejemplo, SSTC 36/1991, f. 5, 14/1992, f. 11, 199/1996, f. 3), pese a lo cual, hay quien ha realizado un estimable esfuerzo —aunque insuficiente desde el punto de vista de su capacidad de convencimiento, al menos de quien escribe estas líneas— para construir estos contenidos, y en particular el del medio ambiente, como derechos fundamentales⁸.

Conviene notar que tal denegación del carácter de fundamental no proviene del tipo de contenidos de los artículos del Capítulo III, por ejemplo, del medio ambiente, que nadie puede dudar que son de una importancia extraordinariamente relevante en la vida de los ciudadanos, sino de que no cumplen con el/los requisitos jurídico-constitucionalmente propios para que se inserten dentro de tal tipo (como mínimo, indisponibilidad del contenido esencial para el legislador, y, según otros, además, especiales garantías jurisdiccionales).

3. ¿CONSTITUYE EL DISFRUTE DEL MEDIO AMBIENTE UN “DERECHO” FUNDAMENTAL O CONSTITUCIONAL EN EL SISTEMA ESPAÑOL?

Descartado que el medio ambiente sea un derecho fundamental (pese a la rúbrica del Título en el que se insertan y a algún intento doctrinal de configurarlo como tal), procede a continuación analizar si, al menos, es “simple” «derecho» (subjeti-

vo), de acuerdo con el tenor literal del artículo 45. La calificación, descripción o definición que haga el constituyente ciertamente dota de una presunción de que lo que califica, define o describe es realmente lo que literalmente se dispone, pero no es definitivo, ni siquiera cuando utiliza términos taxativos: ahí está, para corroborarlo bien, la definición del Senado como «Cámara de representación territorial» (artículo 69.1 CE)⁹. Por tanto, pues, no basta con la mera calificación de derecho para que el disfrute del medio ambiente se convierta en tal, y resulta preciso observar si, de acuerdo con lo que habitualmente entendemos que es un “derecho”, el medio ambiente es realmente uno de ellos (y con él, dicho sea de paso, los demás que así son calificados en el Capítulo III del Título I CE).

Sin necesidad de acudir ahora a las grandes teorías ni a complicados tecnicismos, venimos a decir que existe un derecho subjetivo cuando a un sujeto (titular del mismo), el ordenamiento le concede un haz de facultades en relación con un objeto (en sentido amplio: un bien, un interés, una situación, etc.) que obliga a los demás (particulares y poderes públicos) a respetarlo, de manera que si no lo respetan, puede aquél dirigirse a las instancias jurisdiccionales pertinentes para hacer valer dichas dificultades.

Traslademos esta descripción de lo que es calificado como «derecho» al medio ambiente y veamos qué sucede.

A. Su ámbito territorial de proyección: la transnacionalidad

Se da por supuesto que ese ordenamiento jurídico que concede esas facultades a los titulares de los derechos es el de un Estado concreto, pero, tratándose del medio

ambiente, resulta que la primera peculiaridad que se pone de relieve respecto al mismo es el carácter transnacional en no poca medida de lo que sea (luego se verá porqué nos expresamos ahora así) el medio ambiente. Se trata, a nuestro juicio, de un severo condicionamiento para hablar de derecho en sentido ideal absoluto, puesto que de poco (o más bien de nada) sirve el que el ente territorial más próximo al ciudadano se desenvuelva en un vergel si a miles de kilómetros, en Rusia o Japón —pongamos como ejemplos de casos reales—, una central nuclear deja escapar radioactividad en dosis suficientes como para poner en peligro la salud o la vida de buena parte o de toda la humanidad¹⁰. Sobre esas vicisitudes, el Estado, garante de un hipotético derecho al medio ambiente, poco puede hacer. El corolario de esta observación es que el eventual derecho al medio ambiente se circunscribe única y exclusivamente al ámbito territorial estatal, y aun ello en la medida en que el Estado tenga sobre las condiciones que influyen en el medio ambiente margen suficiente de maniobra. Esto lo diferencia no sólo cuantitativamente (en cuanto al territorio que abarque), sino también cualitativamente de casi todos los demás derechos y principios, sobre los que el Estado tiene un margen de proyección de su garantía mucho mayor.

B. La cuestión de la titularidad

Continuando por la cuestión de la titularidad, en el caso de medio ambiente en principio no parece que quepan excesivos problemas. La CE emplea la misma expresión que en otros varios casos de derechos fundamentales: la de «Todos», y por tanto ha de atribuirse a cualquier persona, nacional o extranjero, menor o mayor de

edad—cuestión distinta es la capacidad de obrar—, y aunque parece que por la naturaleza del objeto, que es sobre todo un derecho propio de la persona física, también debe entenderse como posible titular la persona jurídica. La peculiaridad en cuanto a la titularidad de un hipotético derecho al medio ambiente devendría de que lo habitual será que resulten numerosos los afectados por el deterioro del mismo. Si éstos se estructuran (por ejemplo, asociándose) no habría demasiado problema. La cosa sería distinta, según entendemos, si no lo hacen, pues no deja de ser algo poco habitual en las categorías procesales clásicas predicar un derecho de un colectivo sin personalidad jurídica. Hoy se han creado las nociones de legitimidad “difusa” y “colectiva”, a las que parece dar cabida en el ordenamiento español el artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando establece que, para la tutela de los intereses colectivos, se reconocerá legitimidad, entre otros, a «los grupos que resulten afectados», pero, hasta donde se nos alcanza, no es una noción pacíficamente admitida ni suficientemente consolidada. En definitiva, pues, si el medio ambiente es un derecho, su ejercicio correspondería a los titulares individuales del mismo, pero la naturaleza de su objeto, sin llegar a hacer de él—creemos—un derecho de titularidad individual y ejercicio colectivo como sucede en otros casos (por ejemplo, el derecho de huelga) parece demandar en los supuestos de más ostensible lesión del mismo una acción concertada de cuanto más sujetos mejor, so pena de desvirtuarse notoriamente su eficacia¹¹.

C. Acerca de su objeto

Más problemático, en cambio, se presen-

ta el objeto de este eventual «derecho», sencillamente porque aparece difícil de definir lo que sea medio ambiente. Puede ser que tal dificultad provenga de lo novedoso del tema desde el punto de vista jurídico, o de lo inconcreto del concepto. Es cosa bien sabida la importancia de la definición del objeto de un «derecho», por la elemental razón de que, dependiendo de lo que se considere tal, el régimen jurídico de ese ámbito-objeto del derecho será diferente del de los demás, por similares que sean¹². En materia de medio ambiente basta acudir a los textos normativos internacionales y de Derecho comparado, y a las diversas doctrinas, para darse cuenta de que no entienden lo mismo por ello, a lo que ha de sumarse el distinto concepto de los autores que han dedicado algún trabajo a esta cuestión: sobre la base de lo que parece innegable que abarca el medio ambiente (el aire, el agua y el suelo y, parece que debe entenderse también la flora y la fauna), para algún italiano de la talla de Giannini ha de incluirse también los valores paisajísticos e incluso el patrimonio, inclusión ésta que viene avalada por la Directiva comunitaria de Evaluación del Impacto Ambiental, al incluir en su contenido también el patrimonio artístico, histórico y arqueológico. Esta parece la noción acogida por el TC español en su STC 102/1995, f. 6, cuando afirma que «el medio ambiente como objeto de conocimiento *desde una perspectiva jurídica* estará compuesto por los recursos naturales [...] la flora y la fauna [...] los minerales [...] (y) otros elementos que no son Naturaleza sino Historia, los monumentos, así como el paisaje que no es una realidad objetiva, sino [empleando términos poéticos] un modo de mirar, distinto en cada época y en cada cultura». En cambio, el que seguramente se entien-

de entre los autores españoles como el más reputado mediomambientalista, el profesor R. Martín Mateo, sólo comprende como medio ambiente el suelo, el aire y el agua¹³.

Pero incluso con el concepto más estricto hay discrepancias, la más llamativa de las cuales seguramente sea la que tiene que ver con el nivel aceptable de ruido (contaminación acústica) como componente inserto en el concepto de medio ambiente, cuestión ésta que ocupó buena parte de la actualidad jurídica en su momento con motivo de la famosa sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *López Ostra*¹⁴: mientras para algunos¹⁵, siendo correcta la relación de un nivel de ruido tolerable con el derecho a la intimidad, como indica el citado Tribunal, no lo es con el medio ambiente, para otros es correcto entender afectado el medio ambiente por el ruido sino como componente de la prohibición de tratos degradantes o inhumanos¹⁶.

En todo caso, y esto es en realidad lo que interesa aquí, con independencia de que se pudiera llegar a un concepto consensuado de lo que es el medio ambiente como objeto de un hipotético derecho, la relevancia de esta indeterminación, ambigüedad, apertura o inconcreción del objeto del mismo (o de cualquiera otro de los calificados así por el Capítulo III CE), deviene de que —como dice Jiménez Campo— no cabe saber cuál sería el contenido del mismo si no lo dice la ley, porque esencialmente esta del medio ambiente, como otras (la protección de la salud, del acceso a la cultura, etc.), son, en el ordenamiento español, prescripciones dirigidas al legislador, que es quien deberá determinar en qué consisten¹⁷. Y si está dirigida la prescripción constitucional al legislador, lo que se está diciendo es que está dirigida a la mayoría política que en cada momento exista, o sea, que es una cuestión

—en este sentido— de carácter “político”, no estrictamente jurídico, lo que no deja de ser otro inconveniente más para concebirlo como un derecho subjetivo entendido en su noción habitual.

D. Sobre las facultades que constituyen su contenido

Pero, sin duda, lo que más retrae a la hora de considerar al medio ambiente como un verdadero derecho subjetivo es el haz de facultades que conlleva, pues, de acuerdo con lo ya dicho que prescribe el artículo 53.3 CE, estos derechos sólo pueden ser alegados ante la jurisdicción ordinaria (es decir, el haz de facultades que comportan sólo puede ser hecho efectivo) de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen. En efecto, estas facultades, desde el momento en que no tiene contenido esencial, habrán de ser las que reconozca como tales la ley (ordinaria, por lo demás, de acuerdo con el artículo 81.1 CE *a contrario*), de manera que si el legislador no las reconoce específicamente, no existirán. Que esto sea así lleva a la mayoría de la doctrina, entre ellos a constitucionalistas muy relevantes, a negar la posibilidad de considerar que el disfrute del medio ambiente, pese a la literalidad del precepto que lo recoge (y con él, todos los demás calificados de derechos en el Capítulo III del Título I CE) constituya un verdadero derecho subjetivo constitucional e, incluso, que constituya un verdadero derecho subjetivo sin más, pues el derecho que está a merced de lo que el legislador determine en cuanto al contenido esencial del mismo no es un verdadero derecho, sino que sólo puede considerarse realmente tal el que existe incluso aunque el legislador no los reconozca, o —aún más— frente a lo que el legislador regule de

forma contraria a los mismos, cosa que no cabe con el medio ambiente (ni con las demás prescripciones de este orden)¹⁸. El Tribunal Constitucional, de hecho y que nosotros sepamos, no ha calificado de derecho subjetivo a este del disfrute al medio ambiente. Y es que, tal y como viene en el artículo 45 CE (o en cualquiera de los otros preceptos del Capítulo III del Título I), los contenidos de estos denominados “derechos” son «...incapaces [...] de aportar la norma de decisión del caso litigioso»¹⁹, frente a lo que sucede con los verdaderos derechos fundamentales o, al menos constitucionales, que pueden ser defendidos *extra legem* y *contra legem*²⁰. Otra cosa es que la actividad de los poderes públicos (una determinada política ambiental, por ejemplo,) pueda causar daños a un individuo en su salud o en su patrimonio, en cuyo caso podrá aquél reaccionar contra tales actuaciones, pero no en virtud de ningún “derecho al medio ambiente” propiamente dicho, sino en virtud del derecho a la integridad física, a la salud, a la propiedad o a otro derecho fundamental realmente tal. Esto será lo de que habitual ocurra.

4. ALCANCE NORMATIVO DEL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL MEDIO AMBIENTE

Pero que el medio ambiente no sea no ya un derecho fundamental sino siquiera un derecho constitucional pese a la literalidad del artículo 45.1 CE, ¿quiere decir que es indiferente que se inserte en los textos constitucionales (en particular en el español, que es el aquí importa ahora) o deje de insertarse? ¿Es una cláusula *ad pompam vel ostentationem*? La respuesta debe ser decididamente negativa. El “mero” hecho

de que el constituyente especifique su voluntad de insertar en la Ley Fundamental un contenido lo dota ya de una consideración especial, eleva –por expresarlo de una manera gráfica– ese contenido respecto de los que no están constitucionalizados y obliga a los poderes públicos a los que el mismo vaya singularmente dirigido (comenzando por el máximo intérprete de la Constitución) a esforzarse en encontrarle un contenido propio y a hacerlo efectivo... siempre, naturalmente en la medida que se compadezca con la lógica, con la realidad y con el resto de los contenidos constitucionales. De esta manera cabe observar de inmediato algunos efectos de la inserción del medio ambiente (y contenidos a él equiparables) en la Constitución.

El primero de todos, la imposibilidad de que los poderes públicos obren frontalmente en contra de ese contenido, so pena de considerar entonces sus actuaciones como inconstitucionales; obrar frontalmente en contra no es sólo lo que forma literal aparece como tal (en el caso que nos ocupa, negar de manera explícita el disfrute del medio ambiente, cosa que sólo cabe pensar como hipótesis de laboratorio), sino, claro está, lo que se deduzca con claridad como palmariamente contradictorio con lo que dispone el constituyente. Es bien cierto que la interpretación jurídica se demuestra en la práctica no pocas veces como la ciencia que hace capaz de decir a las normas lo que éstas no dicen (también cuando el intérprete son los tribunales constitucionales), esto es, que logra un entendimiento de la mismas de una laxitud que no cabe apreciar ni siquiera tras pensar con algún detenimiento su significado, pero no deja de constituir un límite, y aun un límite importante, esta virtualidad de la literalidad de un precepto... sobre todo desde la perspectiva de la críti-

ca doctrinal y, más en general, de la crítica de cualquier ciudadano. Por eso, aunque no sea un derecho fundamental, si siquiera lo que es propiamente un derecho constitucional, el contenido del artículo 45.1 CE sí puede:

— Ser parámetro de control de las normas y, en general de las actuaciones de los poderes públicos: por ejemplo, de la distribución de competencias sobre la materia medioambiental entre Estado y CCAA (STC 227/1988).

— Y puede habilitar al legislador para establecer límites a la maximización de principios como el de desarrollo económico (STC 64/1982) o a derechos fundamentales, como el de la propiedad, *incluso sin indemnización* (STC 170/1989) o el de libertad de empresa (STC 66/1991, f. 3). Como dice Jiménez Campo, la existencia de normas programáticas específicas legitiman este tipo de restricciones evitando la controversia sobre tales limitaciones que podría producirse si no existieran²¹.

Además de esto, una tercera virtualidad notablemente importante de la plasmación de un contenido en la CE es, como bien se ha puesto de relieve precisamente tratando de los principios rectores del Capítulo 3º del Título I de nuestra Constitución, la hermenéutica, en cuya virtud tal contenido debe ser tenido en cuenta a la hora de interpretar todo otro contenido normativo del ordenamiento (comenzando por los de la propia Constitución) en la medida en que le afecten. Cuestión distinta es que en la ponderación que se lleve a cabo entre otros bienes constitucionales y este del medio ambiente si es que entran en conflicto, el resultado de tal ponderación sea más o menos favorable a aquél. Por la misma razón, cuando no se trate de bienes constitucionalmente protegidos, sino sólo legal o reglamentariamente determinados, la presunción será siempre favora-

ble a aquél que, como sucede con el medio ambiente, viene establecido *ex Constitutione* (otra cosa es que resulten más bien singulares los supuestos en los que no quepa enlazar con algún derecho fundamental o con algún bien constitucional las regulaciones infraconstitucionales).

Frente a estos efectos, en los sistemas en los que no aparece referencia alguna al medio ambiente (o cualquiera otro, porque el razonamiento es general), la actuación de los poderes públicos queda totalmente al albur de su voluntad (vale decir: de su ideología, de su interés por la cuestión, de la presión de la opinión pública, de la concienciación de los miembros del ejecutivo, y de multitud de otras circunstancias). No tienen límite alguno, ni línea directriz u orientación por leve, genérica, abstracta o mínima que sea, que les venga impuesto por el constituyente, y por ello pueden operar o dejar de hacerlo sobre ese sector material y, de operar, pueden proceder como mejor entiendan, o crean, o les convenga. Como es evidente, que esto sea así no quiere decir que la protección o el desarrollo de ese sector no constitucionalizado sea menos efectivo en ese ordenamiento que en el que venga constitucionalmente determinado: estamos ya aquí en otro plano distinto, en el de la efectividad de las normas (no en el de la eficacia, que es cosa distinta, y menos en el de la vigencia). La mejor Constitución o la mejor ley no sirven de mucho sin la voluntad —siquiera sea mínima— de sus aplicadores, y de ello hay ejemplos sobrados en la historia constitucional y legal. Pero, supuesto un funcionamiento “normal” del sistema (jurídico), la diferencia entre el reflejo constitucional de un contenido determinado o la ausencia de ese reflejo constitucional, estriba en lo que se ha dicho, es decir, de manera resumida, en la mayor obligación que los poderes públicos tienen en el pri-

mer caso frente a la menor (o inexistente) que tienen en el segundo.

5. EL MEDIO AMBIENTE COMO DERECHO “LEGAL”

Ahora bien, tal eficacia de las normas recogidas en el Capítulo 3º del Título I CE, es la eficacia propia de las normas programáticas, y no convierte a tales contenidos en derechos constitucionales por más que la literalidad del precepto así lo indique, de acuerdo con las razones que antes hemos expuesto. Ello, no obstante, no quiere decir, a nuestro entender, que no pueda considerarles derechos, pero serían derechos no constitucionales, sino “legales”, de creación legal, por la simple razón de que la propia CE se remite a la ley para dotarlos de contenido al permitir que sólo según lo que disponga la misma pueden ser alegados ante la jurisdicción²². Buena prueba de la peculiar naturaleza de este “derecho” y de otros como él, es que si el legislador no prevé ninguna acción para reaccionar contra la eventual lesión del «disfrute de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona», o sea, por el sufrimiento de un medio ambiente degradado, no hay forma de suplir su inactividad, pues es evidente que en nuestro sistema, el juez, ni siquiera el juez constitucional, puede suplir esa inactividad del legislador (en otros sistemas, como el luso y los influenciados por él —el brasileño y el angoleño—, en el argentino o en el húngaro, se contempla la inconstitucionalidad por omisión del legislador, pero, en el que de todos ellos conocemos mejor, el portugués, tal remedio no resulta, por su propia regulación procesal, jurídicamente operativo²³).

En definitiva, estos efectos, por tanto, es decir, la imposibilidad de obrar frontalmente

en contra de lo establecido por la Constitución y su carácter de criterio hermenéutico, es lo que debe entenderse que constituye, en el ordenamiento español, el objeto de la regulación constitucional del medio ambiente en lo que a su designación como “derecho” se refiere; dicho de otro modo, no cabe su consideración —siempre en nuestro sentir— como derecho subjetivo constitucional en su sentido habitual.

Concluido lo anterior, no hay que ocultar el severo inconveniente de esta imposibilidad de considerar al medio ambiente —a nuestro juicio y de acuerdo con lo hasta aquí razonado— un verdadero derecho constitucional: se ha dicho, y no falta parte de razón en la afirmación, que negar exigibilidad a esas prescripciones constitucionales como el medio ambiente y similares (vivienda digna y adecuada, cultura, etc.) implica “desconstitucionalizar” el Estado social en buena medida²⁴. Lo cierto, no obstante, es que esa fue la voluntad manifiesta del constituyente español de 1978 si nos atenemos a sus propios términos tan meridiana como taxativamente expuestos la redacción del artículo 53.3, no sólo en sí misma considerada, sino en relación con las especiales garantías que se disponen para el resto de los derechos en los números 1º y 2º del mismo artículo 53. Aún más: la “desconstitucionalización” de los aspectos contenidos en esa parte del texto fundamental español resulta hasta necesaria en buena medida en un Estado que propugna como dos de sus valores fundamentales, en el precepto que abre el articulado de su Constitución (artículo 1.1), la libertad y el pluralismo político. Hacer de las referencias constitucionales al medio ambiente (y otras del mismo orden) algo exigible *ex Constitutione*, significaría que la Constitución sustituye en buena medida al legislador, y no es esta la misión de texto constitucional, sino sólo la de

limitarlo, y aun ello únicamente en lo que la comunidad, encarnada en el momento fundacional del nuevo sistema por el constituyente, ha considerado imprescindible para la subsistencia de la misma conforme a un determinado orden de valores que las sucesivas mayorías han de respetar. En todo lo demás el legislador (que, no se olvide, es el representante de los ciudadanos, y ello es particularmente así en los sistemas parlamentarios como el español), tiene, mejor: debe tener, libertad para configurar el régimen jurídico de las materias de que se trate atendiendo a su ideología, que es la que ha llevado a los ciudadanos a depositar en él su confianza.

CESAR AGUADO RENEDO

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad Autónoma de Madrid

1. Según la extendida clasificación de K. VASAK, de los años sesenta, que puede verse, p. ej., en A. LAPEYRE, F. DE TINGUY y K. VASAK. *Les dimensions universelles des droits de l'homme*, Vol. I. Bruselas: Bruylant, 1990, pp. 302-3.

2. Aunque no lo aparente cuando se escriben estas líneas, pues el actual presidente de Estados Unidos, G. W. Bush, se ha negado a ratificar, como es de dominio común, los últimos acuerdos internacionales sobre esta materia, adoptados en la cumbre de Kioto.

3. Si bien hay quien sostiene que dicho Tratado de Maastricht, en vez de garantizar más el medio ambiente, lo que hace es precisamente lo contrario, al rodear sus exigencias de demasiadas cautelas.

4. Sin embargo, no puede dejar de reseñarse que el legislador español de finales del régimen autoritario anterior, se mostró notablemente sensibilizado con la cuestión: ya en el Reglamento de actividades clasificadas de 1961 aparece el concepto de medio ambiente, pero es a partir de 1972 —coincidiendo con la Conferencia de Estocolmo de ese mismo año, y quizá como pretensión de homologar hacia fuera el régimen autoritario— cuando se emanan importantes leyes sobre la materia: la Ley de Protección del Ambiente Atmosférico (de noviembre de 1972), la Ley de Espacios Naturales Protegidos (de 1975), la Ley de Residuos Sólidos Urbanos (del mismo año)

y, ya en el régimen político de la transición, la Ley de Sanciones a la Contaminación Marina (1977); a estas normas habían de añadirse leyes sectoriales específicas que hacían referencia a la cuestión medioambiental: así, la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario o la Ley de Minas (de 1973 ambas) y la Ley de Investigación de Hidrocarburos (de 1974). Las referencias están tomadas del manual sobre la materia, debido a L. ORTEGA ÁLVAREZ. *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*, 2ª ed. Madrid: Lex Nova, 2000, pp. 53-4.

5. Literalmente dispone el artículo 45 CE: «1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado».

6. Concretamente dispone el artículo 53.1 CE: «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)».

7. Así, para el actual presidente del Tribunal Constitucional, P. CRUZ VILLALÓN. “Derechos fundamentales”, de la *Enciclopedia Jurídica Básica*, de Civitas, 1995; F. RUBIO LORENTE, en “Los Derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España”. *Claves*, Nº 75 (1997); J. JIMÉNEZ CAMPO. *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*. Madrid: Trotta, 1999.

8. Nos referimos a la obra de G. ESCOBAR ROCA. *La ordenación constitucional del medio ambiente*. Madrid: Dikynson, 1995.

9. Que no ha sido tal desde que entrara en vigor el régimen constitucional, y que difícilmente lo será si no se reforma su régimen constitucional.

10. Por indicar una referencia de indudable autoridad, J. HABERMAS pone de relieve la contaminación como el primero entre los ejemplos de «violaciones espontáneas de las fronteras» que muestran el proceso de «debilitamiento del Estado-nación». “El valle de lágrimas de la globalización”, *Claves de Razón Práctica*, Nº 109 (2001), p. 5.

11. Ejemplos como los de contaminación de amplias zonas marinas, pertenecientes a diversos países, por hundimientos de grandes petroleros, o escapes radioactivos o de productos químicos gaseosos de importancia que afecten a grandes masas de población, etc., son supuestos nada difíciles de imaginar y, en el primero de los casos, de desgraciada cotidianeidad.

12. Por ejemplo, la definición de «reunión» según la Ley Orgánica correspondiente en el sistema español, como la concurrencia concertada y temporal de más de veinte personas con un fin determinado, ha llevado al TC a diferenciar las reuniones en lugares de tránsito público, de otras figuras que, presentando algunos caracteres iguales a los de la reunión, no son tal (así, las cuestaciones, las mesas petitorias, etc.).

13. Cfr. R. MARTÍN MATEO. *Manual de Derecho ambiental*, 2ª ed. Madrid: Trivium, 1998.

14. STEDH de 9 de diciembre de 1994 (la primera versión oficial de la misma puede verse en el Vol. 303-C, serie A, de las publicaciones del Tribunal).

15. P. ej., ESCOBAR. *Op. cit.*

16. Así, F. VELASCO CABALLERO. «La protección del medio ambiente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 45 (1995).

17. Hay derechos fundamentales entre los más típicos, cuyo objeto es también ambiguo o, mejor, abierto: «derecho al honor», «a la tutela judicial efectiva», «a la educación», «libertad de enseñanza», pero tienen un «contenido esencial» —cualquiera que sea éste, que será determinado en la práctica sobre todo por el máximo intérprete de la Constitución—, que sí es distinguible, incluso aunque la ley no lo especifique. En el sistema español es de dominio común que el TC se reservó, apenas comenzado a ejercer sus funciones, el monopolio de la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales en tanto que «intérprete supremo de la Constitución» (artículo 1º de su Ley Orgánica reguladora), y que emplea para ello dos vías: una, acudir a la naturaleza jurídica del derecho de que se trate, o sea, a los elementos que le caracterizan como tal derecho a juicio de la generalidad de los juristas y que si no los tuviera dejaría de ser tal tipo de derecho, de modo que «los especialistas en derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de

tal tipo»; la otra vía es acudir al criterio de los intereses jurídicamente protegidos por el derecho de que se trate, de modo que el contenido esencial de éste resultaría vulnerado en el caso de que dicho derecho quedase «... sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección»; ambos cauces no son alternativos, sino complementarios, de modo que pueden utilizarse a la vez «para contrastar los resultados a los que por una u otra vía puede llegarse» (STC 11/1981).

18. Radicalmente en este sentido, p. ej., J. JIMÉNEZ CAMPO. *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, *Cit.* De lo que el autor afirma se deduce indubitadamente que identifica derechos fundamentales con derechos constitucionales. A nuestro modesto entender, sin embargo, ello no es así, aunque no podamos extendernos en esta sede sobre el particular.

19. JIMÉNEZ CAMPO. *Op. cit.*, p. 126.

20. *Ibid.*, p. 124.

21. *Ibid.*, p. 131.

22. La conclusión no proviene simplemente de la ubicación del medio ambiente, porque, si en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I CE hay preceptos que no contienen derechos (p. ej., el art. 26, cuyo contenido se ciñe a prohibir los Tribunales de Honor en el ámbito de la Administración civil y de las organizaciones profesionales), a contrario hay en el Capítulo III contenidos con más virtualidad que estos que califica el constituyente, ampulosamente cabría decir, de «derechos» (p. ej., y sin ir más lejos, la necesidad de que exista un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos —artículo 41—: en tanto en cuanto la Seguridad Social es una institución específica, deja menos margen de maniobrabilidad al legislador que un «derecho» sobre cuyo objeto no hay acuerdo; el ejemplo ilustra bastante bien, creemos, nuestra afirmación de que en el mismo Capítulo en el que se encuentra el «derecho» al medio ambiente, hay contenidos que, sin ser calificados de tales, tienen un mayor carácter prescriptivo).

23. Pueden verse en español al respecto el excelente estudio sobre el tema de Mª A. AHUMADA RUIZ. «El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas». *Rev. del Centro de Estudios Constitucionales*, 8 (1991) y luego los surgidos a partir de él.

24. CARLOS DE CABO. *La crisis del Estado social*. Barcelona: P.P.U., 1986, pp. 57 ss.