

BERNARD-FRANK MACERA, con prólogo de JOSÉ LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ: *El deber industrial de respetar el ambiente. Análisis de una situación pasiva de Derecho público*, Marcial Pons, Madrid, 1998, 427 páginas.

Para quienes estamos algo más imbuidos que el común de los lectores, en el mundo de las publicaciones de contenido jurídico-ambiental, resulta novedoso el enfoque con que Macera aborda la presente obra.

La novedad señalada se funda, principalmente, en que es mucho más frecuente que los escritos alusivos al tratamiento jurídico del ambiente se realicen desde la consideración de la protección ambiental como un derecho, v.g. la obra de J. Jordano Fraga, *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, también la de D. Loperena Rota, *El derecho al medio ambiente adecuado*; o bien, que se centren en análisis sectoriales de la problemática ambiental y de la legislación aplicable a la misma, estos todavía mucho más numerosos, v.g. J. Domper Ferrando, *El medio ambiente y la intervención administrativa en las actividades clasificadas*, o T. Quintana López, *La repercusión de las actividades mineras en el medio ambiente*, o J.F. Alenza García, *El sistema de la gestión de residuos sólidos urbanos en el derecho español*, entre muchísimos otros.

Frente a lo anterior, sólo puedo citar un único estudio del año 1994, que ha asumido en España un enfoque similar al de la presente obra: se trata de la monografía de D.J. Vera Jurado, titulada *La disciplina ambiental de las actividades industriales*. No obstante, en honor a la verdad, debo decir que, aún considerando la similitud señalada, el planteamiento de fondo de ambas obras resulta sensiblemente diferente, centrándose mucho más, en este último caso, en el análisis particular

de las distintas potestades administrativas que actúan sobre las actividades industriales para implementar la defensa del ambiente.

La adopción del enfoque comentado, unido al minucioso desarrollo que se realiza del mismo, con una encomiable abundancia de fuentes tomadas del derecho comparado, es, precisamente, la aportación más interesante de esta obra.

Como ha quedado dicho, aunque sólo fuera por enriquecer la personal visión de esta dimensión de la tutela ambiental tan poco analizada hasta ahora, la lectura del libro de Macera resulta útil, no sólo para quienes nos enfrentamos a la problemática de la protección jurídica del ambiente desde el mundo académico, sino también para todos aquellos que se desenvuelven en el quehacer industrial, y particularmente para los que realizan funciones de asesoría legal a este tipo de establecimientos.

La obra de que se informa presenta, de un lado, las características de un estudio de orden general, debido a que no descende a las categorías de las regulaciones ambientales concretas. No obstante lo anterior, apuntando más bien a la estructura central de tales regulaciones, las hilvana en torno a la idea del deber jurídico de respetar el ambiente, el cual, toda vez que afecta en general a todas las industrias con independencia de la actividad que cada una de ellas realice, sirve como punto de conexión de todas las ordenaciones ambientales de orden sectorial.

Ha sido un acierto del autor resaltar que, ya en el mismo texto de la

Constitución española de 1978, el reconocimiento de la tutela ambiental no se satisface con la sola consagración de un derecho. El marco constitucional de la protección del ambiente está también intrínsecamente vinculado con la noción de un deber jurídico cuyo desarrollo corresponde al legislador implementar. En este sentido dice:

“... el art. 45.1 CE, además de reconocer “*el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona*”, impone “*el deber de conservarlo*”. En efecto, se desprende de lo que hemos venido diciendo hasta ahora que esta exigencia se concreta en dos tipos de prestaciones genéricas, esto es, tiene dos vertientes: una pasiva y otra activa.

Desde un punto de vista pasivo, el deber de “*conservar*” que impone el texto constitucional implica para los administrados un deber *jurídico* de respetar, esto es, de no dañar el ambiente. (...) En cambio, desde una perspectiva activa, conservar el ambiente significa proteger, defender, cuidar, custodiar... los recursos naturales. En la gran mayoría de los supuestos, el deber en cuestión pierde su carácter jurídico para convertirse en un simple deber *moral*, esto es, en una exigencia que no se sanciona jurídicamente”¹.

La idea de fondo que se trata es determinar de qué manera se da eficacia jurídica al deber de respetar el ambiente contenido en la Constitución, en lo que se refiere a la situación específica de las industrias. Y la necesidad

de esta determinación radica, precisamente, en que la generalidad de las normas jurídicas de protección del ambiente se mueven en el terreno de la imposición de deberes, de modo que se hace necesario conocer el régimen de funcionamiento de los mismos.

Partiendo de esta base, Macera realizará una minuciosa exposición de los argumentos doctrinales que diferencian, tanto conceptualmente como en sus efectos prácticos, lo que es una mera carga administrativa, de aquello que constituye un auténtico deber jurídico, y dentro de estos, lo que es un deber en sentido estricto de la noción más específica de la obligación.

Como corolario de este proceso de decantación conceptual se concluirá que lo que caracteriza y define, en general, a todos los deberes de derecho público, es que constituyen una situación subjetiva pasiva de Derecho público, una imposición forzosa por parte del ordenamiento de una conducta debida, y cuyo incumplimiento genera una responsabilidad sancionable. Ahora bien, se trata de situaciones jurídicas caracterizadas por una considerable dosis de indeterminación, lo que se traduce en la necesidad de una importante actividad del legislador encaminada a concretar, tanto el objeto de las prestaciones debidas, como los sujetos pasivos que pueden llegar a estar obligados a las mismas, así como el órgano administrativo a quien le corresponderá velar por su cumplimiento.

Efectivamente, y como se verá algo más adelante, toda vez que la imposición de estos deberes industriales de naturaleza ambiental repercuten en el ejercicio de libertades económicas, y más concretamente en la libertad de empresa, por mandato constitucional se requiere que el establecimiento de los mismos lo realice el legislador, operando a este respecto la reserva legal contemplada en el art. 53.1 de la Constitución.

¹ Bernard-Frank MACERA, *El deber industrial de respetar el ambiente. Análisis de una situación pasiva de Derecho público*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 65.

* * *

Aplicando la noción de deber jurídico a que llega Macera al ámbito de las libertades económicas, él mismo dirá que el deber industrial de respetar el ambiente se inserta dentro del elenco de los límites que gravan la libertad de empresa. Acotando algo más el concepto específico de este deber en relación a este punto, dice:

“...podemos definir el deber de respetar el ambiente como un límite objetivo, intrínseco y connatural a dicha libertad (la libertad de empresa), pero necesariamente configurado o determinado por el legislador”².

Y más adelante acotará que estos deberes actúan como límites directos al ejercicio de la libertad de empresa, pero que no afectan la libertad de acceso al mercado, porque las normas que condicionan ambientalmente el inicio de una industria establecen cargas administrativas, pero no deberes en sentido estricto, y las cargas lo que hacen es imponer condiciones para el ejercicio de un derecho preexistente, pero no cuestionan la existencia del derecho en sí. Diré algo más sobre este aspecto en el apartado siguiente, al referirme a la concreta situación de las evaluaciones de impacto ambiental.

La mayor virtud del concepto de deber industrial de respetar el ambiente reside en que aporta una visión de los imperativos ambientales impuestos por el ordenamiento jurídico, desde la perspectiva que tienen de los mismos las actividades empresariales que los soportan, en cuanto constituye para ellas una limitación objetiva, intrínseca y connatural a su libertad.

Por otro lado, partiendo de la afirmación de que la Constitución española no consagra un derecho subjetivo al medio ambiente³, planteamiento en que coincido plenamente, incluso en cuanto acepto la posibilidad de afirmar tal derecho subjetivo pero sólo con un contenido reaccional⁴, resulta aún más importante para la eficacia práctica de la tutela constitucional del medio ambiente acentuar este concepto de deber jurídico, por cuanto siempre será posible concluir que cualquier violación a tal deber ha de llevar anexa la responsabilidad correspondiente.

Porque, además, también debe considerarse que siempre resulta más efectivo, de cara a la imposición de una conducta ambientalmente deseable, amenazar al infractor con las responsabilidades asociadas a la violación de un deber, que esperar a que sean los posibles sujetos agraviados en su derecho quienes deban presionar para que se cumpla con tales conductas, por la vía de acudir a los tribunales reclamando el cese de la actividad lesiva y la reparación de los daños ocasionados por la misma.

En efecto, dice Macera que en el terreno de los deberes ambientales de las industrias no hay derechos subjetivos para los particulares, y esto es así porque:

³ Sobre este punto dice Macera que los particulares no tienen un derecho subjetivo al cumplimiento de la legalidad ambiental por las empresas. A raíz de esto, se concluye que la única posibilidad de relacionar a la industria infractora de la legalidad ambiental con el particular se da cuando este resulta directamente afectado, y en tal caso se produce un menoscabo de un interés legítimo, pero nunca de un derecho subjetivo. Cfr. *Ibíd.*, p. 57.

⁴ Esto es coherente con lo que ha dicho la jurisprudencia del Tribunal Supremo español. Cfr. a este respecto STS de 25 de abril de 1989 (Ar. 3233) y STS de 7 de noviembre de 1990 (Ar. 8750), en ambas el ponente fue González Navarro.

² *Ibíd.*, p. 110.

“...hay derecho subjetivo donde hay obligación, y para que haya obligación tiene que existir una relación jurídica entre los titulares de ambas situaciones. Pues bien, como hemos podido comprobar antes en el marco más restringido de la problemática de la contaminación estrictamente industrial, quien es titular de la situación activa correlativa al deber de los ciudadanos de respetar el ambiente es la Administración. Como hemos dicho también, la única relación jurídica susceptible de entablarse entre particulares se sitúa en el terreno judicial y en una fase posterior a la imposición de obligaciones, es decir, se sitúa en los supuestos en que algunos de esos particulares resulten perjudicados por otros”⁵.

Como señala el autor de la obra, la única relación posible entre la industria potencialmente infractora de la legalidad ambiental y los particulares se da en la medida que estos estén en peligro de resultar directamente afectados en su esfera de derechos e intereses por efecto de la contaminación industrial. Sólo en tal caso el particular adquiere el derecho a defenderse y a oponerse a la actuación empresarial incorrecta, pero este derecho a reaccionar no nace como una facultad subjetiva del derecho al ambiente adecuado, sino como manifestación de aquella norma de justicia que señala que nadie está obligado a soportar los daños que le cause un tercero, a menos que el ordenamiento le haya impuesto la carga de los mismos.

Partiendo de la base de que el deber de respetar el ambiente, como cualquier otro deber jurídico, tiene

un sujeto activo y un sujeto pasivo, Macera llega a la conclusión de que una característica de los deberes que los diferencia de las obligaciones es la indeterminación de ambos sujetos de la relación.

Dicha realidad echa por tierra, correctamente a mi juicio, el planteamiento sostenido por Jordano Fraga en su obra mencionada al principio de este trabajo, acerca de la existencia de una acción pública general para demandar la protección de las condiciones adecuadas del ambiente, derivada, en forma conjunta, del reconocimiento constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho de petición.

De acuerdo con Macera, a menos que se trate de un supuesto de una obligación en sentido estricto, lo que exigiría la determinación de los sujetos activo y pasivo y de la prestación correspondiente, la regla es que en los casos de deberes jurídicos, propiamente dichos, la indeterminación global de lo mismos se traduce en que los particulares que no resulten directa y personalmente afectados por la conducta de la industria infractora de la legalidad ambiental, sólo tienen un interés vago e impreciso, igual al que tiene cada uno de los miembros de la colectividad en que se respeten las diferentes normas adoptadas para las distintas finalidades del Estado.

Ahora bien, tal interés vago no puede servir para habilitar el ejercicio de ninguna acción jurisdiccional. Únicamente podría exteriorizarse en una denuncia de la infracción a la autoridad administrativa competente y, excepcionalmente, en el ejercicio de una acción pública “cuando la ley lo autorice”.

La constatación de estas limitaciones prácticas a la aplicabilidad concreta del derecho a un ambiente adecuado, es la mayor justificación de la importancia de poner el acento en el

⁵ Bernard-Frank MACERA, *op. cit.*, p. 61.

estudio de la situación de deber jurídico de las industrias. La imposibilidad de interponer una acción invocando un derecho subjetivo al ambiente adecuado se podrá subsanar muchas veces mediante la imputación de una conducta infractora de un deber ambiental de las industrias, lo que podrá tener eficacia no sólo para obtener indemnizaciones por los daños sino también para la adopción de medidas cautelares y disuasorias destinadas a evitar la producción de los mismos.

* * *

En cuanto a la influencia que producen los deberes industriales de respetar el ambiente en la vigencia de las libertades económicas y, particularmente, en la libertad de empresa, dice Macera que en la medida que ellos configuran una situación pasiva de derecho público, operan genéricamente como un límite objetivo, intrínseco y connatural a la libertad de empresa. Ahora bien, considerando las cosas desde una perspectiva más específica, cabe concluir que tales deberes realmente constituyen un *límite directo a la libertad de ejercicio de la empresa*⁶.

En lo que se refiere al tratamiento que el autor hace de ciertas cargas ambientales y de la incidencia que las mismas producen en la libertad de empresa, hay que hacer alguna aclaración.

No obstante comprendo la importancia que presenta la noción de los deberes industriales, creo que el asignarle una atención excesiva conduce a Macera a perder de vista que no son sólo estos deberes los únicos que tienen importancia de cara a afirmar la existencia de un completo respeto a la libertad empresarial. Específicamente,

no me parece que pueda pasarse por alto, tan fácilmente, la incidencia que sobre tal libertad producen ciertas exigencias que él califica como meras cargas jurídicas⁷.

Comprendo que haciendo una evaluación de los distintos grados de afectación a las libertades económicas que se producen como resultado de la imposición de una carga o de un deber, es lógico concluir, desde un punto de vista conceptual, que el deber supone siempre un grado de intervención mayor y, consiguientemente, un riesgo más elevado de que se vulnere la esencia de la libertad. En todo caso, eso no puede conducir, sin más, a menospreciar el peligro que a veces de un modo más encubierto y, por lo mismo, más grave, va envuelto en la imposición de ciertas cargas jurídicas, con mayor razón si de la aplicación de tales cargas ya no nacen deberes sino auténticas obligaciones de derecho público.

Al decir lo anterior estoy pensando, concretamente, en lo que ocurre con el régimen de las evaluaciones de impacto ambiental.

Yo soy del parecer de que la interferencia que supone para el ejercicio de la libertad de empresa la necesidad de hacer una evaluación de los impactos ambientales del proyecto, en la práctica genera muchas veces un peligro igual o mayor para la vigencia de tal libertad que el ocasionado por un auténtico deber jurídico.

Por mucho que conceptualmente se diga que, si se trata de una carga administrativa, es prioritaria la preexistencia del derecho cuyo ejercicio queda sujeto a la aprobación de la autoridad, lo concreto es que no pocas veces tiende a darse igual tratamiento a una actividad realizada sin cumplir con la carga que a otra que directamente vulnera un concreto deber am-

⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 101.

⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 123.

biental. Sobre este punto puede decirse mucho teniendo a la vista el RDL 1302/86 y su Reglamento, en cuanto dicen que en tales supuestos cabe pedir la cesación de la actividad, de manera que la preexistencia del derecho resulta ineficaz en la práctica, al darle prioridad a la infracción de la carga administrativa. Creo que eso se parece, por sus efectos, mucho más a la noción de un deber jurídico.

No presenta reparos la afirmación según la cual la evaluación de impacto ambiental es un condicionamiento previo al ejercicio de la actividad empresarial, situación que la convierte jurídicamente en una carga administrativa. En cambio, sí me parece discutible la afirmación acerca de que la omisión de dicha evaluación no es sancionable, o de que el incumplimiento de las condiciones impuestas en la declaración de impacto ambiental tampoco lo sea. Bajo mi punto de vista, ambos supuestos son casos de ilícitos administrativos y como tales son perfectamente sancionables.

A este respecto, es básico considerar que en el mismo RDL 1302/86 se menciona la suspensión de la actividad y la imposición de multas como posibles sanciones aplicables a cualquiera de los incumplimientos a que me he referido⁸.

Dicho lo anterior, no me parece correcto el juicio que hace el autor de la obra acerca de la inexistencia de restricciones para el ejercicio de la libertad de empresa derivadas de la necesidad de realizar una evaluación de impacto ambiental para la realización de determinadas actividades o proyectos. Aunque quede a salvo el hecho de que la libertad empresarial es un derecho preexistente, qué duda cabe que

ya por el solo hecho de exigirse una intermediación administrativa que se pronuncie acerca de sus repercusiones ambientales, a fin de que su ejercicio sea pacíficamente aceptado, hay un serio peligro de producir menoscabos indebidos a las facultades subjetivas del titular de la actividad empresarial.

Para finalizar, manifiesto mi sentimiento de profunda felicidad por las palabras que el autor dedica a la sustentación del principio *pro libertate* o *favor libertatis*, en lo que se refiere al enjuiciamiento que cabe realizar de las intervenciones administrativas en las actividades privadas. Bajo tal punto de vista, comparto plenamente los argumentos que propone para reclamar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo vuelva a su antigua línea interpretativa que, sustentada en el art. 6° del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, le permitía realizar el control de los actos administrativos de intervención recurriendo al vicio de la desviación de poder por infracción a la norma de la proporcionalidad o al principio de *favor libertatis*.

Desde luego, en el terreno de los deberes ambientales de las industrias y en el manejo que se hace de los mismos por la Administración, un control judicial basado en el principio *pro libertate* dice mucho respecto de la importancia que se asigna al derecho a la libertad de empresa.

Mauricio Viñuela Hojas

Doctor en Derecho

Universidad de Navarra

Profesor de Derecho Administrativo

Universidad de los Andes

⁸ Cfr. arts. 9 y 10 del RDL 1302/86 (BOE núm. 155, de 30 de junio de 1986).