

Medio ambiente y función social de la propiedad (*)

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. INSTRUMENTOS JURIDICO-PRIVADOS EN LA TUTELA AMBIENTAL.—III. EL ARTICULO 7 DEL CODIGO CIVIL, EL DERECHO DE PROPIEDAD Y LA EFICACIA DEL DERECHO PUBLICO EN LA PROTECCION DEL AMBIENTE.—IV. RELACIONES DE VECINDAD: EL MEDIO AMBIENTE INMEDIATO. REFLEXION SOBRE ALGUNAS CONSECUENCIAS PERNICIOSAS DE LA REGULACION DE LAS MISMAS AL MARGEN DE LA PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE: 1. POSICION DEL TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL ALEMÁN EN SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1987.—V. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: 1. EL MEDIO AMBIENTE Y OTROS BIENES CONSTITUCIONALES. 2. EL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA: CALIFICACIÓN, CONTENIDO ESENCIAL Y GARANTÍAS. ALCANCE DE LA FUNCIÓN SOCIAL.

I. INTRODUCCION

Es bien sabido que el excesivo interés racionalista por unir o enfocar todas las relaciones jurídicas en torno a los conceptos de propiedad y contrato es el ámbito adecuado para gestarse esa excesiva patrimonialización que ha acompañado al Derecho civil hasta el siglo xx.

Del mismo modo, es lugar común sustentar la idea de que tener el concepto de propiedad en una idea inamovible, la más acusada y absoluta del mismo, es un error conceptual y de planteamiento abandonada tiempo atrás, al igual que cualquier intento denodado por alcanzar una configuración de la misma válida no sólo para todas las épocas, sino también para múltiples realidades, objetos y bienes. Del mismo modo ha ocurrido con el dogma de la autonomía privada en la contratación.

(*) Este texto corresponde al de la comunicación presentada en las XV Jornadas de Estudio sobre la Constitución española, organizadas por la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Ministerio de Justicia, en junio de 1992.

Nos movemos en un constante frenesí de cambios, donde las alteraciones sociales y económicas empujan los jurídicos, y en una dinámica tan intrépida que nos impulsa a la desazón, a una sensación de vivir el derrumbamiento de conceptos y fenómenos jurídicos elaborados, aunque cuando se profundiza en ellos se descubren cambiantes, pero subsistentes en esencia a un punto tal que se duda de que hayan sido totalmente superados.

Como no podía ser de otro modo, algo así ocurre con la propiedad y, sin embargo, sigue siendo referencia obligada desde la realidad sociológica y desde la construcción jurídica.

A pesar de lo dicho en el comienzo y de las críticas más feroces a la propiedad individualista, tampoco era la propiedad en el pensamiento racionalista fin en sí mismo, sino presupuesto de la seguridad del tráfico; de ahí que no todas las formas de dominio fueran respetadas en ese período (1). Que el Código apenas se ocupe del capital mobiliario y no haya previsto que el control del mecanismo social puede separarse de la propiedad de los bienes revela claramente en qué propiedad se pensaba en la codificación (2).

La nueva realidad de la propiedad viene acompañada con una evolución, en parte, correlativa a las necesidades y exigencias (más allá de lo imprescindible o lo básico) sociales, pero con parcelas extraordinariamente desacompanadas o arrítmicas.

Es necesario, pues, y parece oportuno seguir insistiendo, pero con trascendencia no meramente dogmática, sino primordialmente práctica, sobre las verdaderas dimensiones del concepto constitucional de propiedad. O seguramente será más acertado decir sobre los parámetros delimitadores de los distintos estatutos o conceptos de propiedad para que sean más acordes con el modelo constitucional, siempre que demos por aceptada una multiplicidad o un multívoco concepto de propiedad (3). Si bien COCA PAYE-

(1) Vid. V. L. MONTES, *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo*, Madrid, Cívitas, 1980, especialmente págs. 55 y sigs. y citas.

(2) El derecho de propiedad codificado ante el que todavía nos encontramos hoy, si bien no como realidad normativa única, ni siquiera como la más importante (estatuto propiedad rústica, propiedad urbana, propiedad de bienes inmateriales, nuevas formas de propiedad en relación al tiempo —multipropiedad *Times-Sharing*— u otras nuevas formas de acceso donde el goce y disfrute se valora y se hace prioritario ante el de dominación y apropiación), era y es primordialmente el Derecho de los modos de adquirir, pero no de ejercitarla; aspecto que se llena con dos reglas: «Qui suo iure utitur naeminem laedit», y el derecho propio no encuentra otro límite que el ajeno. Es un objeto de tráfico. Siempre y cuando nuestro punto de mira sea el Código Civil aislado y ello carece de sentido tras la Constitución de 1978 y de lo consagrado en sus artículos 33, 38, 45 y 128 entre otros.

(3) Vid. JOSSERAND, *Cours de Droit positif français*, vol. I, París, 1939, pág. 839; S. PUGLIATI, «La proprietà e le proprietà», en *La proprietà nel nuovo diritto*, Milán, 1954, págs. 145-309; S. RODOTA, *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad*

RAS (4), por ejemplo, nos ofrece una interesante construcción de nuevo unitaria del derecho de propiedad a la que no son ajenos otros autores ya citados (5) en el que el elemento aglutinador es precisamente, y no por casualidad, la función social del artículo 33.2 de la Constitución española, que como categoría abstracta y sin perjuicio de las distintas concreciones que precise en relación con los distintos objetos o bienes susceptibles de propiedad sirve, a su juicio, de garante de la supervivencia del derecho de propiedad privada, concepto que en nada se asemeja a aquel individualista y absoluto, y al tiempo determinen la barrera y el límite infranqueable para el titular desde su carácter definitorio del derecho subjetivo que sigue siendo la propiedad y marca las pautas y el mandato indeclinable a los poderes públicos para legislar sobre propiedad sólo en el cumplimiento y en el ejercicio de la función social (6).

Seguramente, el seguir insistiendo radicalmente, incluso por parte del Tribunal Constitucional, en la multiplicidad de derechos o estatutos de

privada, Madrid, Cívitas, 1987, págs. 49-55, y Díez-PICAZO en el Prólogo al mismo, pág. 16; MONTES, *op. cit.*, pág. 170; BARNES VÁZQUEZ, *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Madrid, Cívitas, 1988, págs. 93 y sigs., y 593-594, si bien señala que «sin perjuicio de las múltiples especificaciones admisibles a manos del legislador constituye un ingrediente de la noción unitaria de la propiedad constitucional» (refiriéndose a la función social); J. F. DELGADO DE MIGUEL, *Derecho agrario ambiental. Propiedad y ecología*, Pamplona, Aranzadi, 1992, pág. 68, si bien considerando también posible la unificación conceptual.

(4) M. COCA PAYERAS, *Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1988, págs. 266-270.

(5) Vid. cita 3.

(6) Es una concepción de la función social como «barrera» desde una perspectiva positiva y no contraria al derecho de propiedad, sino antes bien en el sentido dado en los debates parlamentarios del artículo 42 del Proyecto de Constitución de 1931; vid. COCA PAYERAS, *op. cit.*, págs. 217 y sigs., y en armonía con las tesis de quienes defienden en España, como ESCRIBANO COLLADO, *La propiedad privada urbana*, Madrid, 1979, págs. 116 y sigs., o LASARTE ALVAREZ, *Génesis y constitucionalización de la función social de la propiedad*, en *Programas y materiales de Derecho civil*, III, Sevilla, 1978, págs. 86 y sigs., que la propiedad comporta en sí misma una función social. HERNÁNDEZ GIL, frente al artículo 33.2 de la Constitución española, señala que «no estamos en presencia de una propiedad entendida como poder o función individual con límites y limitaciones, sino ante una propiedad privada definida y delimitada con la concurrencia de la función social a través de la Ley y de conformidad con ella», «La propiedad privada y su función social en la Constitución», *Poder Judicial*, núm. 14, 1989. Sobre todo en la obra de DUGUIT (vid. «La propiedad función social», en *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código Napoleón*, Madrid, 1912).

Ver, no obstante, cómo RODOTA llama la atención sobre otras nuevas exigencias actuales donde no es posible llevar a cabo un efectivo control de la propiedad a través de la función social, por ejemplo en las sociedades por acciones, por lo que aboga no sólo por la prohibición de un particular modo de ejercicio de poderes que resulta insuficiente, sino por una modificación institucional («Note critiche in tema di proprietà», *RTDPC*, 1960, especialmente pág. 1341).

propiedad sea más perjudicial al juego que en la actualidad los poderes públicos están dando a la función social de la propiedad que tomar en cuenta esta perspectiva de concepto unitario de propiedad fuera de los estrictos límites del artículo 348 del Código Civil, a partir del cual se suaviza y encauza la discusión actual sobre limitaciones de la propiedad, entendidas como recortes o ablaciones de facultades del propietario y sujetas, por mandato constitucional que a veces se olvida, a indemnización (7), cuando dicha concepción de la propiedad acoge en su contenido, como configuradoras de la misma, gran parte de ellas y, por tanto, las diferencias de las derivadas del artículo 33.3 CE.

Las críticas sobre la ambigüedad o abstracción de la idea de «función social» (8) sobre su peligrosa indeterminación se han hecho patentes en la práctica, para bien o para mal (9) según las ideologías, y en todo caso para ser denominador común, recurso sencillo y muy a mano para soluciones normativas propiciadoras de nuevas restricciones de las facultades correspondientes al derecho reconocido y protegido de la Constitución (sea o no fundamental). Quizá porque de forma inconsciente y errónea se ha entendido la función social como RODOTA advertía no puede hacerse: como «norma en blanco», esto es, con la que el contribuyente atribuye al legislador ordinario un poder incontrolable o como un supuesto de potestad legislativa discrecional; por el contrario, tal noción contiene en sí misma criterios de actuación a los que el legislador ordinario deberá atenerse y habrá de hacerlos explícitos en cada caso concreto (10). Sigue siendo precisa para aclarar los términos de la discusión planteada tácita y expresamente en la actualidad con renovado vigor la determinación de las nociones de función social y contenido esencial de la propiedad para poder apreciar si

(7) Ver SSTC 37/1987, 170/1989, de 19 de octubre; 149/1991, de 4 de julio, entre otras.

(8) Ver PÉREZ LUÑO, tramitación parlamentaria del artículo 33.2 de la Constitución, en *Propiedad privada y herencia*, Comentarios a la Constitución, dirigidos por O. ALZAGA, Madrid, Edersa, 1983, págs. 402 y sigs.; GÓMEZ DE LAS ROCES la consideraba «vaga y poco clara»; ha servido como pantalla encubridora de intereses del aparato estatal, recuerda PÉREZ LUÑO en pág. 420. Ver A. HERNÁNDEZ GIL, «La propiedad privada y la función social en la Constitución», *Poder Judicial*, núm. 14, junio de 1989, que alude al escaso debate que mereció el actual artículo 33 de la Constitución y sobre el significado que tenía la función social que se incorporaba a ese precepto constitucional.

(9) Díez-PICAZO señala que estamos ante una cláusula «de la que se ha hecho uso y abuso a lo largo de casi todo el siglo» (vid. en Prólogo a *El terrible Derecho*, de RODOTA, cit., pág. 16), a la que ha llamado muy gráficamente LASARTE «forzada viajera sin descanso» («Propiedad privada e intervencionismo administrativo», *RGLJ*, 1975, pág. 143).

(10) S. RODOTA, *Proprietà (Diritto vigente)*, en Novis. Dig. It., Torino, 1967, pág. 138.

la concreción que se ejercita a través de la legislación ordinaria es la adecuada (11).

En los últimos tiempos un nuevo factor común que irrumpe en la polémica es la tutela del ambiente y la ecología. ¿De qué forma se contempla? Aparentemente, al amparo del artículo 45. Pero ¿no cabe considerarlo como derivación concreta de la función social del artículo 33 o del 128 y en consecuencia como un mero principio rector o como contenido, en cuanto límite, del derecho de propiedad? La respuesta a esa pregunta no es un mero juego dialéctico, sino que puede ofrecer una parcial aclaración de los interrogantes que poco a poco vamos desgranando y una modesta determinación de las nociones de contenido esencial de la propiedad y función social, y los efectos cambian. Seguramente la literalidad de los preceptos dicen una cosa, pero la realidad normativa y la doctrina del Tribunal Constitucional abogan por otra (12).

El derecho al medio ambiente y las medidas tendentes a conseguir una adecuada calidad de vida, un desarrollo de la personalidad y de sus bienes, la conservación de las especies, la protección de la salud en un concepto universalista no son en realidad sino manifestaciones concretas de la preocupación social y solidaria por el bien de la colectividad. ¿No es, entonces, fruto de una «función social» toda medida (legalmente constituida) que persiga la adecuada preservación de lo que viene considerándose cubierto por la acepción más amplia de medio ambiente? ¿No es un auténtico caballo de batalla la consecución hoy, también en el terreno de la responsabilidad por daño, de las mejores soluciones jurídicas y políticas preventivas o no de catástrofes en el ambiente en el que se mueve el individuo, aunque inmediatamente no afecten ni lesionen el ser individual? Seguramente las

(11) No es nuestra intención ser pretenciosos, sino humildes, y dar la idea de que intentaremos un exhaustivo estudio al respecto para llegar a nuevas conclusiones, porque todo ello supera nuestras fuerzas y el sentido y finalidad de este trabajo. Se trata de reelaborar algunas reflexiones en torno a una realidad que se detecta sólo con la curiosidad del estudioso del Derecho que ve pasar por su mano numerosas reformas legislativas, diversas posturas de distintos Tribunales y autores, que asiste como un ciudadano más al creciente y cambiante cúmulo de necesidades sociales y económicas y que no puede ignorar el «deber», si puede llamarse así, de valorar críticamente en un ensayo inacabado que pretende dar luz, quizá a la mente misma de quien lo escribe, sobre cuestiones que en modo alguno son puramente dogmáticas. Sobre esta materia hay magistrales trabajos que constituyen un acervo común y lugares a los que todos volvemos la mirada, desde los clásicos hasta los más actuales (más o menos avanzados) y cuya cita sería interminable aquí, han de ser punto de referencia obligada para todo aquel que intente profundizar en las raíces de estas y otras reflexiones.

(12) STC 64/1982, de 4 de noviembre; STC 69/1982, de 23 de noviembre; Sentencia de 21 de diciembre de 1982; Sentencia 11/1983, de 2 de diciembre; Sentencia 166/1986, de 19 de diciembre; Sentencia 37/1987, de 26 de marzo; Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre; STC 170/1989, de 19 de octubre; STC 149/1991, de 4 de julio.

opciones legislativas, los intereses económicos en juego, los derechos afectados por el respeto eficaz al medio ambiente, a la ecología como se prefiere en otros foros, seguirán luchando por resolver esa deuda con la colectividad (la salvaguarda del medio ambiente) con una solidaridad (art. 45.2 CE) en términos de compensación económica, de sanción o de reparación en definitiva que no siempre permite la restitución del ambiente o la salud dañada. Se están llegando a soluciones más óptimas en materia de responsabilidad (criterios de riesgo u objetivo) e incremento de los seguros. Sin embargo, estas medidas *a posteriori* no impedirán el deterioro ambiental que a todos parece comenzar a inquietar (en estos días se siente por doquier a la espera de la Cumbre de la Tierra de Río). Quizá una de las formas en que paulatinamente se contribuirá a la formación de una conciencia solidaria es asimilando la idea de que la tutela del medio ambiente supone una determinación concreta de la función social delimitadora del derecho de propiedad, de libertad de empresa, de cualquier forma de riqueza en definitiva y cualquiera que sea su titular.

Esa es la conexión sobre la que pretendemos modestamente reflexionar, porque un estudio en profundidad merece una más extensa dedicación que no tiene lugar aquí.

II. INSTRUMENTOS JURIDICO-PRIVADOS EN LA TUTELA AMBIENTAL

En esta reflexión que nos proponemos abordar, especialmente fijamos la atención en materias medioambientales, donde el estatuto de la propiedad inmobiliaria se ve cada vez más asaltada por los recortes o restricciones (límites de ese derecho de propiedad por definición constitucional) de derechos adquiridos otrora sobre bienes rústicos o no que ahora se consideran o califican como de dominio público por determinación constitucional (art. 132) o por una pretendida defensa de los bienes naturales, del patrimonio natural, etc., que pueden pasar a engrosar el patrimonio del Estado o de las Comunidades Autónomas a través de la creación de derechos de adquisición preferente (tanteo y retracto) que vienen proliferando en los últimos años en Leyes por las que se crean parques naturales, se propugna la reforma agraria o se intenta una nueva ordenación del suelo procurando, con mejor o peor fortuna, aminorar el avance de la especulación (Ley del Suelo, Ley de Reforma y valoraciones del suelo, la llamada Ley de Tasas...), etc., equivocando muchas veces la presencia de otros intereses cuya defensa sería más adecuada a través de esos instrumentos: interés general, defensa nacional, puntos estratégicos, formación de un patrimonio nacional (también en este punto Ley de Patrimonio Histórico Artístico) que no se agota

en lo artificialmente incorporado al territorio, pero que no resulta de interés desdeñable (13) a la adecuada tutela del medio ambiente. O bienes que han sido y deben seguir siendo de aprovechamiento privado, pero que deben, desde una concepción solidaria, ser de dominio público, puesto que cualquier parte de la riqueza encuentra su legitimidad en la función social que desarrolle (montes, aguas...) por ser en muchos casos bienes escasos, explotados abusivamente en una política de exclusión en exceso, cuando impera hoy el principio informador del concepto de una propiedad que no sea excluyente de la generalidad, sobre todo o especialmente en relación a ciertos bienes (con mayor razón el agua, las playas, las costas, los montes, los bosques, los parques, etc.) (14).

En todas aquellas concepciones en definitiva que pretenden superar los esquemas de la economía liberal en sus aspectos más perniciosos, la propiedad privada y a través, gracias a, o convertida en, función social tiende no sólo a no ser un derecho exclusivo, sino tampoco excluyente (15). Pero además se asiste a otro fenómeno cual es el de las muy diversas mutaciones del régimen de propiedad, también aquellas en las que se disocia la titularidad de los medios de producción y el ejercicio de los poderes reales que la propiedad implica, sobre todo en la gestión de las grandes sociedades anónimas (16), empresas que, por otra parte, para ser rentables dependen de la acción-intervención del Gobierno, resultando, primero, una distorsión de los presupuestos clásicos de la libertad de mercado y, después, paradójico que muchas de esas grandes empresas junto con los avances tecnológicos, las innovaciones para una mejor productividad, un adecuado reparto de riesgos e, incluso, el imperio favorecido de quien contamina paga, están originando los mayores desastres ecológicos y medioambientales, sin que las cotas hasta ahora pro-

(13) «Medio ambiente es un ábside románico bien restaurado o un arroyo que fluye con aguas impolutas», M. ALONSO PÉREZ, en Prólogo al libro de Moreno Trujillo *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, Barcelona, Bosch, 1991, pág. 16. Y más extensamente sobre la consideración de ambiente o hábitat también lo creado por el hombre, el arte, los monumentos que nos rodean y que se deterioran por la salvaje acción de los desaprensivos, por los humos o ruidos excesivos, etc.; ver su ponencia «La lucha contra las inmisiones molestas y nocivas: Especial consideración de los medios jurídico-civiles (en defensa de los consumidores de medio ambiente de salud y bienestar).

(14) PÉREZ LUÑO, quien considera que en la actualidad el derecho de propiedad ha de verse como derecho fundamental a no ser excluido del bienestar económico alcanzado por la sociedad en su conjunto, «Artículo 33 de la Constitución: Propiedad privada y herencia», en *Comentarios a la Constitución española*, t. III, dirigidos por Oscar Alzaga, Madrid, Edersa, 1983, pág. 389, en base a las ideas de MAC PHERSON, «Liberal-Democracy and Property», en *Property*, Oxford, 1978, págs. 20-207.

(15) A. M. SANDULLI, «Profili costituzionali della proprietà privata», *RTDPC*, 1972, I, pág. 465.

(16) PÉREZ LUÑO, «Propiedad privada y herencia...», cit., pág. 390.

puestas sean ni siquiera aceptables. De este modo, propiedad, libertad de empresa, desarrollo económico y medio ambiente pugnan cada vez más en una dificultosa disociación de sus fronteras y una más difícil catalogación de prioridades a la vista de los textos constitucionales. El Tribunal Constitucional español tiene declarado que así como la protección a la propiedad privada y a la empresa no tiene que ir en contra de la función social, igualmente ha reconocido en ciertos casos cómo no puede frenarse el progreso económico por el límite consagrado en el artículo 45 (17).

En definitiva, la propiedad ha de contemplarse así como un instrumento de bienestar, de justicia, de progreso civil (18). Sin olvidar, no obstante, que eso no supone la constitución de un solo modelo, el social, en cuanto colectivista de la propiedad, aunque no se descarte que éste haya quedado también consagrado como uno de los posibles (19). Es un elemento más, por otro lado, de las relaciones o modelo económico que en la Constitución también se define. La propiedad no deja de ser privada, es más limitada en su expansión, serán más recortadas las facultades del propietario, pero por su propia definición no puede dejar de ser privada y tampoco perder su consideración como derecho subjetivo.

Quizá se ha querido exaltar (20) una verdadera contaminación dogmática del concepto de propiedad, que cada vez se constituye más desde una perspectiva errónea de la función social, sin atender a otras consideraciones que se hallan más en el núcleo central del propio concepto de propiedad (21),

(17) Ver STC de 4 de noviembre de 1982 que resuelve el recurso de inconstitucionalidad 114/1982 promovido por el Presidente del Gobierno contra la Ley 12/1981, de 24 de diciembre, del Parlamento de Cataluña sobre extracciones.

(18) SANDULLI, *op. cit.*, pág. 466.

(19) Ver F. GALGANO, «Imagini della proprietà», *RTDPC*, 1982, pág. 816; El Bundesverfassungsgericht en Sentencia de 1 de marzo de 1979 resuelve 29 recursos contra la Ley de Mitbestimmung de 4 de mayo de 1976 y establece que la coexistencia no viola el artículo 14 que garantiza en la Ley Fundamental el derecho de propiedad.

(20) Para DE LOS MOZOS, hay que decir más: la expansión de la idea de función social ha llevado a cabo dicha contaminación («La legislación agraria y la garantía constitucional de la propiedad», en *Derecho agrario autonómico*, Universidad de Oviedo, 1991, pág. 384).

(21) DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pág. 385: «... el punto de referencia tomado para la expansión de la función social de la propiedad es equivocado; por una parte, se le da un significado que no tiene, salvo que se llene de un contenido ideológico, mientras que, por otra parte, se hace referencia a un concepto más que en el énfasis ideológico que de propósito se le atribuye para que sirva de punto de referencia para el ataque de sus contrarios», lo que se denomina como propiedad burguesa.

No entiende por qué se pretende que como consecuencia de la función social se tenga que modificar el concepto de propiedad, llegando a hablarse de propiedades con olvido absoluto de la propia estructura interna del derecho de propiedad —pág. 386—; para él el artículo 33 es más garantista, incluso replantea una repriminación del concepto liberal de propiedad» (por ejemplo: la legislación sigue contribuyendo a la expansión de la idea de función social igual que en los años treinta o en el Régimen anterior). Se acelera este

pero tampoco en el de la propiedad individualista o burguesa. El propio DE LOS MOZOS, consciente de las mutaciones sufridas por el objeto del derecho en debate, reconoce que ello viene a determinar la sustitución de la propiedad como una categoría abstracta sobre una cosa que atribuye una plenitud de derechos o facultades a su titular por un derecho que recae sobre «cuerpos ciertos» en sentido funcional, de acuerdo con el destino que sirve no sólo a los intereses de su titular, sino también al interés público y social y que se vincula a la noción de «finca funcional» de abolengo en nuestra tradición jurídica; pero estas alteraciones no se operan, en cambio, sobre la estructura de la relación jurídica (22). Seguramente otro aspecto que ha contribuido para él en estos erróneos planteamientos es que la propiedad se ha transformado por expansión, pero aplicando su nombre y «modelo» a relaciones jurídicas que poco tienen que ver con ella (23).

El privilegio propietario egoísta y acaparador se ve sancionado por una incorrecta explotación de lo «suyo» y de determinadas presunciones al efecto, pero no se observan métodos semejantes orientados de forma particular a la explotación industrial desmesurada e irracional que está destruyendo y excluyendo a generaciones no sólo de belleza y estética, sino de bienestar, de salud. Parece que a determinados «estatutos de propiedad» le alcanzan todos los límites, también los del medio ambiente que no son tan nuevos, y los grandes devastadores aún no han visto acotada su actuación por un régimen más acorde [recuérdese la lluvia ácida causada por la central térmica de Andorra (Teruel) sobre los pinares del maestrazgo de Castellón, los constantes vertidos a los ríos o costas de empresas papeleras —el 27 por 100 del total—; doce anomalías se contabilizan al menos en las centrales nucleares españolas, entre ellas la fuga de agua radioactiva de la central de Almaraz en Cáceres; en la comarca de Almadén hay más de 12.000 toneladas de residuos tóxicos; en toda España funcionan 50 centrales térmicas;

proceso a partir de 1983 con la expropiación de Rumasa, promulgación de la Ley de Patrimonio Histórico Nacional, Ley de Aguas, Costas, Ley de Reforma Agraria Andaluza, Ley de la Dehesa Extremeña, Ley de Ordenación Urbana y porque el Tribunal Constitucional en Sentencia 37/1987, de 26 de marzo, desestimando un recurso de inconstitucionalidad de Ley de Reforma Agraria Andaluza establece una doctrina en la que se acepta de lleno la expansión de la función social de propiedad; en ella se configura la función social como límite o «parte integrante del derecho, no como limitación límite externo a su definición o ejercicio». Si bien en «Modificaciones del derecho de propiedad por razón de las actuaciones urbanísticas», ADC, 1980, pág. 562, cita 32, reconocía la posibilidad de hablar hoy de propiedades, matizando, eso sí, que entiendo bien que la «diferenciación no depende de verdaderas categorías sistemáticas, sino de la naturaleza del objeto exclusivamente».

(22) DE LOS MOZOS, *op. cit.*, págs. 562-563.

(23) A su juicio, es el caso de la multipropiedad, peculiar derecho de uso y disfrute, «La formación del concepto de propiedad que acoge el Código Civil», en RCDI, núm. monográfico del V Centenario, 1992, pág. 643.

la mortalidad por cáncer en la margen izquierda del Nervión es de 271,85 casos por 100.000 habitantes. En el resto de Euskadi desciende a 236,44 por 100.000, etc. (24).

De ahí que no esté de más seguir profundizando qué sentido tiene haber constitucionalizado el derecho de propiedad en el capítulo de derechos y libertades para tener la impresión, a veces, de que puede quedar casi sin contenido en algunas de sus manifestaciones por no alcanzarse la finalidad perseguida, olvidando que en cualquier caso el artículo 128 viene a reiterar lo que ha podido olvidarse después de tantos otros mandatos constitucionales y en aras a los mismos, que el medio ambiente debe informar la legislación y la intervención de los poderes públicos, así como la actuación de los Jueces.

Es incuestionable la erosión de la autonomía privada para abrir paso a un incremento en el bienestar general, orientando dicha autonomía hacia una ampliación pero a través de un ejercicio adecuado. Así cobra sentido también la protección del consumidor. Pero ese bienestar general se integra tanto por el progreso económico, por una política de pleno empleo, de máxima productividad, como por la tutela de la salud, del ambiente.

En definitiva, DE CASTRO al referirse al Derecho civil afirmaba como lo importante es determinar en cada parcela concreta del Ordenamiento si es prevalente el principio de personalidad o el de comunidad, y este es el prioritario por lo que respecta a los bienes y a su tráfico. Principio de comunidad o de solidaridad imperante en la Constitución española de 1978.

El terrible derecho a que aludía BECCARIA o sobre el que ha insistido RODOTÁ no es tal (25), aunque paradójicamente GALGANO recuerda que, sin embargo, las luchas internas para los Gobiernos se producen en las distintas reformas agrarias o donde la CEE encuentra sus más duros conflictos es en el terreno de la política agraria, cuando los propietarios fundarios parecía una clase también superada (26). Es, en todo caso, consecuencia lógica de la dificultad de armonizar todos los intereses en juego.

(24) Datos que nos ofrece la prensa constantemente, por ejemplo, *El País*, núm. 67, de 31 de mayo de 1992; MARRACO ESPINOS, Abogado, declara en dicho número que «el mayor infractor medioambiental de España es la misma Administración». Veremos después que esto ocurre también en otros países donde la situación actual y la inadecuación de los instrumentos jurídicos o jurisdiccionales está obligando a plantearse la cuestión de la responsabilidad del Estado por los daños ambientales en aquellos casos donde es difícil determinar el sujeto contaminante o, aun conociéndolo, cuándo ha actuado de acuerdo con las autorizaciones administrativas preceptivas.

(25) Se le ha desprovisto de los rasgos de sacralidad e inviolabilidad e incluso se le despoja de su carácter de derecho fundamental. GALGANO, *op. cit.*, pág. 813, y RODOTÁ, *Commentario della costituzione. Rapporti economici*, II, Bologna-Roma, 1982, pág. 118, entre otras obras.

(26) DELGADO DE MIGUEL alude en sus reflexiones sobre el derecho de propiedad que la «propiedad por excelencia es la propiedad de la tierra», siguiendo a IRTI, y por

Parece pensarse que, a pesar de los avatares sufridos, la propiedad como institución se mantiene fuerte, quizá no tanto como derecho subjetivo (el TC lo considera repetidamente, desde su mención expresa en la S. 37/1987, un derecho subjetivo debilitado). No ha dejado de ser un síntoma de superación social y económica el «apoderamiento» de bienes, la titularidad de los mismos, aunque sea por otras formas. El mundo financiero se ha beneficiado y se ha esforzado en su creatividad buscando instrumentos alternativos para alcanzar más cómodamente y por distintas causas y finalidades la ansiada propiedad de bienes costosos o alternativas en forma de «sucedáneo» (27).

La eclosión de una preocupación generalizada por el medio ambiente, a diferencia de la propiedad, sobre todo desde el plano jurídico suele apreciarse como reciente (la preocupación doctrinal más acusada se contempla en los últimos años); y esa afirmación es medianamente cierta si para ello atendemos a la preocupación doctrinal en el ámbito jurídico español. También si lo medimos por el número e importancia de las normas que lo mencionan expresamente, y más aún si lo deducimos por las jornadas de estudio, la fecha de nacimiento de Seminarios u asociaciones al efecto.

No es así si lo inferimos de preocupaciones seguramente más parciales, adecuadas al momento social y político que las preside, pero no por ello menos trascendentes, útiles y auténticas precursoras de la realidad presente.

Tradicional resulta hablar ya de la teoría de los actos de emulación y del tratamiento a través del abuso del derecho como principio general o límite a los derechos subjetivos (también al de propiedad), las inmisiones, las relaciones de vecindad, el tratamiento de las obligaciones de los propietarios de pisos en régimen de propiedad horizontal por limitarnos a materias en el ámbito del Derecho civil y no extendernos a otras previsiones más o menos eficaces o más o menos olvidadas —ese sea, quizá, el mayor problema hasta el presente— en el orden administrativo (ordenanzas municipales respecto a basuras, ruidos, construcción e insonorización...), o la re-

tanto no la propiedad según los cánones del Code Napoléon, sino una propiedad activa «lavoratrice», puesto que se ha modificado el eje de los intereses y los criterios ideológicos de las normas constitucionales (*Dal Diritto civile al Diritto agrario*, Giuffrè, Milano, 1962).

(27) «En relación con el derecho de propiedad..., en la realidad social actual se han determinado —y se siguen constantemente configurando— nuevas ordenaciones o acomodaciones de intereses que implican la identificación como bienes jurídicos de nuevas entidades que reclaman su exacta calificación en orden a la exigencia de una tutela jurídica apropiada», señala la profesora HERRERO GARCÍA al estudiar la llamada «multipropiedad», en *La multipropiedad*, Madrid, La Ley, 1989, pág. 111, aun discutida su naturaleza jurídica, la finalidad de «financiación» de acceso a bienes de equipamiento, entre otros, que envuelve a los contratos de *leasing* mobiliario e inmobiliario, tal y como la doctrina y la parcial legislación al respecto deducen; en general sirven, en parte, de ejemplos adicionales.

glamentación de actividades peligrosas, molestas o insalubres; la normativa que ha integrado los fundamentos del Derecho agrario o leyes sobre energía nuclear, responsabilidad por vertidos, productos, etc.

¿En qué basar o fundamentar el razonamiento último de estas limitaciones jurídicas sino en la búsqueda de relaciones en sociedad y en vecindad concordes, respetuosas con los derechos ajenos, con la calidad de vida, con la intimidad de las personas en hábitat ocupado?

Podemos hablar de dispersión, de insuficiencia, de descoordinación o de parcialmente caducas y trasnochadas.

ALONSO PÉREZ, desde sus magníficos trabajos sobre las relaciones de vecindad o los más actuales sobre el Código Civil y su contenido agrario, ecológico o el estudio recientísimo y todavía inédito sobre las inmisiones, no ha dejado de trabajar sobre y en pro del hábitat humano (o al menos sobre una parte). ¿No es esto también Derecho ambiental?

No sé si referirse a medio ambiente es reiterativo, pero desde luego es erróneo identificarlo sólo con campo; también es ciudad, con costas; también es agua en general y vertidos, no sólo animales, parajes naturales, aguas subterráneas, montes, reservas, etc.; también territorio, urbanismo, vivienda, planeamiento, especulación, ruidos, urbanizaciones privadas, actividades molestas, olores, fábricas, contaminación, tráfico, ataques a parques y jardines (por particulares y por decisiones públicas). En definitiva, todo aquello que permite acompañar la vida del hombre de muy distintas formas y que no debe agostarse con cada generación que explota y usa de ellas. Si bien ha de convivir con progreso y evolución. Precisamente aquí reside la auténtica dificultad en conciliar distintos intereses, no todos son comportamientos objetivamente ilícitos, abusivos o antisociales (ver CC, art. 7), sino que también el ejercicio de otros derechos reconocidos y tutelados por la Constitución puede originar, y lo hace de hecho, graves perturbaciones perjudiciales al hábitat, y directa o indirectamente a la persona (28).

¿Esto que hemos intentado dibujar permite hablar de un derecho del medio ambiente? Difícilmente, si tenemos en cuenta que es complejo acotar, mucho menos enumerar lo que determina, alcanza o afecta al medio ambiente. ROCA JUAN ha señalado muy acertadamente (29) que el ambiente

(28) ROCA JUAN recuerda las previsiones en el año 65 de JASPERS: «la realización técnica llegó a un punto en el que la autoaniquilación del hombre entra en el horizonte de lo posible» («Sobre el deber general de respeto a la persona», *ADC*, 1986, pág. 763), y se queja de que a pesar de esas advertencias pocos esfuerzos haya realizado la doctrina tendentes a la protección de la persona en su totalidad de las repercusiones negativas de la técnica). ALONSO PÉREZ, en «Las relaciones de vecindad», *ADC*, 1983, nota 79, págs. 394-395, al contemplar los valores constitucionales considera que abogan más éstos por la tranquilidad y la salud de la persona que por las exigencias seductoras de la industrialización.

(29) ROCA JUAN, *op. cit.*, págs. 764-765.

es «un bien indefinido, complejo e integrado de muchísimos factores... acaso podría comprender cuantos recursos existen en el planeta —y quién sabe fuera de él—, pero que se influyen recíprocamente constituyendo un sistema en equilibrio», o «no parece fácil una concepción unitaria del ambiente como objeto protegible, al menos en sentido jurídico. Porque el ambiente, en cuanto circunda y condiciona la vida de la persona, comprende intereses variadísimos que exigen muy dispares formas de protección jurídica»; en inimitable expresión lo identifica ALONSO PÉREZ como «objeto de la *eterna possessio*» (30).

Excede a ello y las soluciones jurídicas no tienen muchas veces nada de peculiar (31), salvo la finalidad, ni pueden aislarse de otras cuestiones estrechamente unidas a ella por propia esencia. Sí puede hablarse de protección del medio ambiente (32); y concretándose en lo que más acotada-

(30) ALONSO PÉREZ, *Prólogo...*, cit., pág. 15. Al mismo tiempo y completando la definición que del medio ambiente hace MORENO TRUJILLO (*op. cit.*, pág. 47) como «un conjunto equilibrado de componentes naturales que conforman una determinada zona en un determinado momento, que representa el sustrato físico de la actividad de todo ser vivo y es susceptible de modificación por la acción humana», señala que el medio ambiente es también lo que el hombre hace del mismo positivo y negativo. «El ser humano es parte del medio ambiente, pero es también su curador y por la misma razón su agente, el agente capaz de transformarlo en buena medida» (vid. *Ponencia...*, cit., pág. 76).

(31) R. MARTÍN MATEO, *Elementos del derecho ambiental*, Sistema, noviembre 1991, págs. 40-41: «Al perfilar un concepto de Derecho ambiental debemos distinguir entre sus principios aglutinadores y los instrumentos puestos al servicio de sus objetivos. Las técnicas instrumentales manejadas, aunque con modulaciones, pertenecen al acervo general del Derecho, y así el empleo de la coacción, del estímulo, tiene un común denominador con otros sectores ordinamentales. Sólo son determinados caracteres específicos los que justifican la consideración sustantiva de este Derecho». Dichos caracteres los resume más tarde en: *sustratum ecológico, espacialidad singular, énfasis preventivo, componente técnico-reglado, vocación redistributiva, primacía de los intereses colectivos* (págs. 42-45).

(32) Si bien con la dificultad sabiamente planteada de tratar de reducir concepto tan amplio a una realidad material y, es más, a un objeto jurídico; de ahí que se haya abogado por las normas sectoriales. GIANNINI, «Ambiente: Saggio sui diversi suoi aspetti giuridici», *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 1973, I, pág. 22; MARTÍN MATEO, en cambio, aboga más por una concepción unitaria, reconociendo que hasta ahora en los distintos Ordenamientos lo que han existido son precisamente normas sectoriales, pero que el Derecho ambiental es más que eso; si bien precisa de una delimitación más estricta del concepto del medio ambiente que permita perfilar el campo de esta disciplina, «superando tanto las aproximaciones genéricas y meramente programáticas como las parcelaciones inconexas a que ha dado lugar el arrastre de una legislación precedente que aisladamente se preocupaba de la higiene, del orden público, del régimen sanitario de las aguas...», vid. especialmente pág. 34.

S. PATTI, *La tutela civile dell'ambiente*, Padova, 1979, pág. 4, se ha lamentado también de que no se haya afrontado el problema de la tutela del ambiente en términos generales.

Vid. sobre las distintas concepciones e intentos de definir el ambiente y los elementos configuradores de su derecho E. MORENO TRUJILLO, *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, Barcelona, J. M. Bosch, 1991,

mente se han considerado bienes ambientales, se han ido delimitando sobre la base de valorar y tomar en consideración su utilidad creando una exigencia de conservación para que se mantenga el modo de ser de los destinatarios del disfrute como personas humanas, de medidas, acciones... encaminadas a ello; pero me cuesta pensar en un Derecho del medio ambiente en la actualidad, aunque seguramente sea deseable para intentar superar las carencias de los tratamientos sectoriales, y me cuesta hablar del naciente fenómeno de estudio del Derecho del medio ambiente. O Derecho del medio ambiente es toda aquella normativa que respeta y preserva, que tiene como criterio informador o como límite el medio ambiente, o entramos en una compleja delimitación y enumeración que provoca la parcialidad, la diversificación e, incluso, la disminución de eficacia.

Mucho ha sido el escepticismo de los juristas en general, y de los civilistas e ius privatistas en particular (33), a que normas o instrumentos de Derecho privado sirvan correctamente a la prevención del daño a las personas o a las cosas; incluso más allá de estas afirmaciones se ha dicho con razón que mal puede el Ordenamiento jurídico restablecer el equilibrio ambiental roto, que sólo podría hacerse desde una correcta y profunda formación desde la infancia y, por tanto, desde distintos comportamientos individuales y en colectividad; siendo esto todavía una utopía, el Derecho ha de tener una función coercitiva, esencial sólo si las sanciones

especialmente en el capítulo II, «El medio ambiente como objeto o bien jurídico protegido», págs. 31 y sigs.

(33) Alude a ello J. ROCA JUAN, «Sobre el deber general de respeto a la persona (Derecho civil y medio ambiente)», *ADC*, 1986, págs. 763-764; M. ALONSO PÉREZ, «Prólogo al libro de Moreno Trujillo»: *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, págs. 9, 12-13, y en «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de diciembre de 1987», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, septiembre-diciembre 1987, págs. 5261 y sigs.; F. DI GIOVANNI, *Strumenti privatistici e tutela dell'«ambiente»*, Padova, Cedam, 1982, pág. 11; ver también MORENO TRUJILLO, *op. cit.*, págs. 26 y sigs.; MARTÍN MATEO, *op. cit.*, pág. 24: «El Derecho ambiental es fundamentalmente público...», y págs. 26-31, aunque en pág. 45 señala que «el carácter fundamentalmente público del Derecho ambiental no excluye sin embargo el concurso del Ordenamiento privado». CONDE-PUMPIDO TOURON, al hacer públicas las conclusiones de las «Jornadas sobre el Medio Ambiente», organizadas por el Consejo General del Poder Judicial en octubre de 1988, declaraba que «se constata la insuficiencia del Derecho privado para ofrecer plena satisfacción a la solución de conflictos de naturaleza colectiva, como es el problema de la responsabilidad civil por daños causados al medio ambiente, donde a menudo es difícil identificar a víctimas y agresores», *Poder Judicial*, núm. especial IV, pág. 8; y ALBIEZ DOHRMANN señala cómo en lo referente a medio ambiente «puede resultar un tanto engañoso un enfoque exclusivamente *ius privatista*, pero también es cierto que algunas cuestiones medioambientales pueden ser resueltas acudiendo a instituciones tradicionalmente pertenecientes al ámbito del Derecho privado...», sin ignorar que en la actualidad su contenido está muy matizado por el Derecho público», «La protección al medio ambiente o el derecho a contaminar», *ADC*, 1990, págs. 1228-1229.

son eficaces, adecuadas al daño ocasionado y ejecutables sin demora (34). Mucho más limitada es, en verdad, la eficacia que el Derecho alcanza en la prevención de esos desastres ecológicos, aunque ha de ser su objetivo primordial. En el ámbito privado la función social de la propiedad, el abuso del derecho y las relaciones de vecindad junto a la responsabilidad civil, más las primeras que la última, pueden ser y han sido instrumentos, «grandes valladares», para defender el ambiente de las agresiones del hombre (35). Véase sin ir más lejos la línea jurisprudencial a través de Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1913, 14 de mayo de 1963, 4 y 22 de diciembre de 1972, 12 de diciembre de 1980, 17 de marzo de 1981, 14 de julio de 1982 ó 3 de diciembre de 1987 sobre inmisiones, distinguiendo entre la esfera de actuación del Derecho público y el Derecho privado aunque coexistan como dos aspectos de una misma realidad. Así se sostiene que el interés público de una industria no contradice la obligación de proceder a todas las instalaciones precisas para eliminar inmisiones (S. 12-XII-1980) y que no cabe escudarse en que la empresa haya observado escrupulosamente las normas generales, locales o autonómicas sobre preservación del medio ambiente, o en que el establecimiento y emplazamiento de esa empresa pasó por el oportuno expediente administrativo y encuentra razón de ser en exigencias de servicio público (S. 3-XII-1987) (36).

Sí es cierto, en cambio, que muchos fenómenos de deterioro del clima de los bosques, contaminación, han propiciado una mayor conciencia social, que se plasma incluso en los textos constitucionales como el nuestro de 1978 (art. 45) y que resueltas o encaminadas otras prioritarias preocupaciones políticas, toman éstas el lugar que se merecía y parecen irrumpir como únicas y completamente *ex novo*, cuando a veces el estudio detenido de las soluciones y sus resultados son demostrativos de poca variación real.

Se trata de dar un énfasis especial, quizá mayor por el secular olvido de que la preservación del ambiente también es un bien y auténtico patrimonio de la humanidad. Muchas de estas cuestiones han sido consideradas parte integrante, por ejemplo, del Derecho agrario al que antes de haberse asentado como tal disciplina se desmembra en la que aparece como algo diametralmente distinto el Derecho del medio ambiente que tiende gracias al impulso de distintas aportaciones doctrinales y legislativas (37) a conver-

(34) ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, págs. 12, 15-16.

(35) ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, pág. 14.

(36) ALONSO PÉREZ, «Comentario a la STS de 3 de diciembre de 1987», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1988, págs. 5264-5265.

(37) Código Ambiental de Suecia, 1969; Control of Pollution Act de 1974 en Inglaterra; Ley de Bases del Ambiente de Portugal de 1987; Ley de Medio Ambiente de Brasil de 1981, alterada por Ley de 24 de julio de 1985 y por la Constitución de 1988; ver al respecto MARTÍN MATEO, *op. cit.*, *loc. cit.*

tirse o evolucionar hacia una nueva rama o disciplina jurídica; en otro sentido, muchas de las denominadas propiedades especiales (montes, aguas, minas) integran otra parcela de lo que hoy se acota como contenido del Derecho ambiental. Si bien pueden distinguirse en función del énfasis que se ponga en la defensa de unos u otros intereses o bien proceder a su integración o interpretación integrada, como ha hecho, entre otros, DELGADO DE MIGUEL (38).

Debería probablemente dedicarse todo el esfuerzo a la búsqueda de soluciones verdaderamente eficaces, ya que resulta probado que «no hay más remedio que acudir al Derecho para constreñir y sancionar a quienes degradan o aniquilan el entorno vital en que estamos inmersos» (39); y CONDE-PUMPIDO (40) afirma más: «que las sanciones penales cumplen en la protección del medio ambiente una doble función preventiva —por la mayor eficacia disuasoria que tienen las sanciones penales en un campo en el que las multas administrativas son generalmente integradas en los costos— y sancionadora, si bien, conforme el principio de intervención mínima de la actuación primitiva del Estado, deben reservarse para aquellas conductas más graves». Mostrando, una vez más, que no es bastante para una protección plena del ambiente con la «intervención» desde alguna de las ramas del Ordenamiento jurídico.

III. EL ARTICULO 7 DEL CODIGO CIVIL, EL DERECHO DE PROPIEDAD Y LA EFICACIA DEL DERECHO PUBLICO EN LA PROTECCION DEL AMBIENTE

Debemos cuestionarnos si la defensa del «medio ambiente» no debe nacer también o primordialmente de la tutela del que podríamos llamar el ambiente individual, es decir, no sólo reclamar grandes medidas o grandes

(38) J. F. DELGADO DE MIGUEL, quien recientemente ha editado una magnífica monografía manifestación pública de su tesis doctoral: *Derecho agrario ambiental. Propiedad y ecología*, Pamplona, Aranzadi, 1992; especial interés por sus planteamientos en relación al tema que nos ocupa, propiedad y ecología, medio ambiente, función social de la propiedad, ver el capítulo II, págs. 59 y sigs.

(39) Vid. «Prólogo...», cit., pág. 12.

(40) Como «portavoz» de los congresistas (vid. *Poder Judicial*, núm. especial IV, pág. 9). O a A. VERCHER NOGUERA a afirmar categóricamente que «la protección penal del medio ambiente obedece a razones de realismo y eficacia», en «Consejo de Europa y Protección penal del medio ambiente», *La Ley*, núm. 2733, 30 abril 1991, pág. 1. En la actualidad, no obstante, se demuestra la insuficiencia del artículo 347 bis del Código Penal y se tiende a ampliar en las reformas del Código la protección del medio ambiente. Vid. sobre «El delito ecológico» ponencia de E. BELTRÁN BALLESTER en las ya citadas «Jornadas del Poder Judicial», págs. 91 y sigs., y especialmente sus conclusiones en pág. 107.

remedios y por parte de los que consideramos los «depredadores» o «devastadores» por excelencia (que no se puede abandonar en ningún caso). Eso permitiría, aunque lentamente a largo plazo, una adecuada respuesta a los problemas desde la base; si así se hubiera hecho tiempo atrás, hoy no sería necesaria la protección de espacios naturales a través de la creación de reservas, de parques, que no es sino la forma de crear cotos de naturaleza en «burbuja». El ambiente «general» no puede existir en condiciones óptimas sin la defensa del más cercano. El ambiente es una cuestión de la colectividad y de solidaridad, pero también del individuo de lo individual, que no individualista.

Intentamos concitar aquí, como en otro momento indicara ALONSO PÉREZ, una de esas grandes categorías que germinaron en el seno del Derecho civil para velar por los intereses generales de la sociedad o por los legítimos intereses de la persona frente al individualismo egoísta de los particulares de la función social, que coloca dicho profesor junto con las relaciones de vecindad, el abuso del derecho y la responsabilidad civil. No se trata tanto de ver y convencer de que hay instrumentos privados útiles muy elaborados, aunque no sean perfectos, que permiten tutelar algunos aspectos medioambientales en el Derecho privado, cuanto desde ellos intentar dilucidar si en otras grandes declaraciones o en la adopción reiterativa de medidas propias de Derecho público o en las que se trasluce un constante intervencionismo estatal hay efectividad o sirven dogmáticamente a las grandes ideas, pero dan salida a otros intereses quizá muy legítimos, pero no los que precisarían de tan extremados remedios.

La Exposición de Motivos de la Ley catalana 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad ha puesto de nuevo el énfasis en las relaciones de vecindad o, lo que es igual, en aquellos instrumentos válidos para el correcto discurrir de las relaciones entre particulares no sólo respecto a la titularidad de los bienes, sino en el ejercicio de facultades y derechos en relación al goce y disfrute de los mismos, medidas contra las inmisiones de un particular en la esfera de otro particular; y se declara claramente que se establece un régimen de derecho privado de tutela del particular, además de la que pueda tener dentro del Derecho público y en la que de forma novedosa, como resalta ALONSO PÉREZ (41), se utiliza la acción negatoria para combatir eficaz y rápidamente esas inmisiones. Si bien en esta Ley se mantienen aspectos negativos (ver art. 3, núms. 3 y 5 especialmente) que revelan una excesiva preocupación por la libertad de ejercicio del dominio y donde se presume que el ejercicio

(41) M. ALONSO PÉREZ, «La lucha contra las inmisiones molestas y nocivas: Especial consideración de los medios jurídico-civiles. En defensa de los consumidores de medio ambiente, de salud y de bienestar...», cit., págs. 9-13.

normal de un derecho puede comportar perjuicios sustanciales a otro, lo cual, a mi modo de ver, difícilmente puede entroncar con el contenido esencial de propiedad delimitado por la función social del artículo 33.2 del la CE. El antiguo concepto de tolerancia no sirve en relación con los valores constitucionales, en este caso el artículo 45, en relación con el artículo 33.2 de la Constitución española. Y en último extremo, si se utiliza como criterio conciliador de intereses defendibles, no puede ser el que permanece latente en la filosofía de estos artículos, frontalmente contrarios al principio informador o al límite de la defensa de la calidad de vida, de la salud y del ambiente.

No son cosas radicalmente distintas de las que hablamos la normativa en pro del medio ambiente y la doctrina de las inmisiones, aunque sí con diferente ámbito de actuación, sin duda complementario. Son estas últimas medidas más próximas a la solución del conflicto, determinando límites en el ejercicio de los derechos, necesariamente inspirados en el respeto a los derechos subjetivos y que están a favor de la propiedad u otros derechos reales, pero también del hábitat, de la concordia y de la tutela, incluso, de la salud.

¿Qué sentido tiene una defensa de la propiedad privada a ultranza en contra del hábitat en el que se enclava? ¿Qué sentido aceptar de buen grado una regulación sobre inmisiones y afirmar a renglón seguido que la idea de propiedad en el Código Civil (puesto que ha de definirse necesariamente a la luz del art. 3 CC y el art. 33 CE) no se concilia con las exigencias de los artículos 33.2 y 45 de la Constitución? Si se admiten las restricciones correctamente configuradas en relación a privados, cómo no en aras de la colectividad o de la sociedad, que revierte además en interés del propio individuo. ¿A quién le interesa vivir en un hábitat deteriorado y en el que no sirve la marcha atrás si el dinero no puede ofrecerle otro cuando se aniquile por completo?

Creo que el problema reside en un falta de enfoque correcto y de malos entendidos políticos y jurídicos. Se producen recortes en la legislación actual, si no se quieren llamar limitaciones, en las facultades de determinados propietarios en aras del medio ambiente, cuando no son instrumentos que consiguen directamente esa tutela, y con gran dificultad, indirectamente, y, sin embargo, se desaprovecha la ocasión de seguir en la larga trayectoria de elaboración de las inmisiones teniendo en cuenta otros intereses que no sean los de ampliar al máximo las facultades del propietario en su fundo, sobre todo si su actividad productiva origina ruidos, humos, olores, etc., que molestan a los vecinos y contribuyen a la contaminación ambiental. Veremos una consecuencia clara de la aplicación de una Ley como ésta, la alemana, de la que seguramente se ha tomado el nuevo texto de la catalana, y su incidencia en el debate actual de la tutela ambiental.

La legislación en materias de carácter ambiental se ha incrementado desde 1975 en gran medida (42).

(42) Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de protección del ambiente atmosférico, desarrollada por el Decreto 833/1975, de 6 de febrero, y modificada parcialmente por el Real Decreto 1613/1985, de 1 de agosto, y por el Real Decreto 717/1987, de 27 de mayo; Orden de 18 de octubre de 1976 de prevención y corrección de la contaminación atmosférica de origen industrial; Decreto 3025/1974, de 9 de agosto, sobre limitación de la contaminación atmosférica producida por los vehículos automóviles; Ley de Espacios Naturales Protegidos de 2 de mayo de 1975 (hoy derogada por Ley de 1989); Orden de 26 de mayo de 1976 sobre prevención de la contaminación marina por vertidos desde buques y aeronaves; Ley 21/1977, de 1 de abril, sobre aplicación de sanciones en los casos de contaminación marina por vertidos desde buques y aeronaves; Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana; Decreto 2204/1975, de 23 de agosto, y Real Decreto 667/1987, de 30 de abril, sobre calidades y condiciones de empleo de combustibles y carburantes; Real Decreto 2994/1982, de 15 de octubre, sobre la restauración del espacio natural afectado por actividades mineras; Real Decreto 1116/1984, de 9 de mayo, sobre restauración del espacio natural afectado por las explotaciones de carbón a cielo abierto y el aprovechamiento racional de estos recursos energéticos; Real Decreto 2519/1982, de 12 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento sobre Protección Sanitaria contra Radiaciones Ionizantes; Ley 16/1985, de 25 de junio, de patrimonio histórico artístico; Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas; Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Dominio Público Hidráulico; Real Decreto 2216/1985, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre Declaración de Sustancias Nuevas y Clasificación, Envasado y Etiquetado de Sustancias Peligrosas; Real Decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación del impacto ambiental, y Real Decreto 1131/1988, de 30 de septiembre, por el que se aprueba su Reglamento de Ejecución; Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas; Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento general para el desarrollo y ejecución de la Ley 22/1988; Real Decreto de 10 de marzo, por el que se establece la normativa general sobre vertidos de sustancias peligrosas desde tierra al mar; Reales Decretos 1095 y 1118 de 1989 por los que se declaran las especies objeto de caza y pesca, y Real Decreto 439/1990, de 30 de marzo, por el que se regula el Catálogo Nacional de Especies Amenazadas; Real Decreto 138/1989, de 27 de enero, por el que se aprueba el Reglamento sobre Perturbaciones Radioeléctricas e Interferencias; Ley de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres de 27 de marzo de 1989; Real Decreto 199/1990 por el que se crea la Secretaría General del Medio Ambiente en el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo.

Y en las distintas Comunidades Autónomas:

Ley de 9 de enero de 1984 que declara «reserva integral» la laguna de Fuente de Piedra, de Andalucía; Ley de Creación de la Agencia de Medio Ambiente de Andalucía de 12 de junio de 1984; Ley de 19 de octubre de 1984 que declara «paraje natural de interés nacional las marismas del Odiel y «reservas integrales» la marisma del Burro y la isla de Enmedio; Ley de 19 de octubre de 1984 que declara «reserva integral» una serie de zonas húmedas del sur de Córdoba; Decreto 204/1984, de 17 de julio, por el que se acuerda la formación del Plan Director Territorial de Coordinación del Entorno de Doñana; Ley de Inventario de Espacios Naturales Protegidos de Andalucía y por la que se establecen medidas adicionales para su protección de 18 de julio de 1989; Decreto de creación de las Juntas Rectoras de los Parques Naturales declarados en la Ley 2/1989, se establece el régimen jurídico de las mismas y se fijan las líneas básicas de los planes rectores de uso y gestión para los parques naturales de 30 de febrero de 1990, desarrollo reglamentario de la anterior; Ley 2/1988, de 10 de junio, por la que se declara

Esta copiosa enumeración que vemos en cita en modo alguno pretende ser exhaustiva (43); trata de mostrar la multiplicidad de disposiciones de variado rango, alcance territorial y multiplicidad de categorías creadas en la catalogación de espacios protegidos y la preocupación general de las Administraciones públicas, Central y Autonómica por responder al mandato constitucional del artículo 45. La dispersión también es evidente y la esperada Ley ambiental ha sido sustituida por normas sectoriales.

El Preámbulo del Decreto de 1986 de evaluación del impacto ambiental, una de las formas en las que el carácter preventivo es el fundamento y la finalidad, por lo que creemos merece la pena destacar, además de por entroncar o proceder directamente con las directrices comunitarias, declara que esta técnica es generalizada en todos los países industrializados, recomendada de forma especial por los organismos internacionales como el instrumento más adecuado para la preservación de los recursos naturales y la defensa del medio ambiente hasta dotarla en la CEE de regulación específica en la Directiva 85/377 CEE de 27 de junio de 1985. Esta técnica introduce la variable ambiental en la toma de decisiones sobre los proyectos con incidencia importante en el medio ambiente; «se ha venido manifestando como la forma más eficaz para evitar los atentados a la naturaleza, proporcionando una mayor fiabilidad y confianza a las decisiones que deban

el Parque Nacional de Somiedo; Ley 1/1984, de 14 de marzo, de ordenación y protección de áreas naturales de interés especial de las islas Baleares; Ley 3/1985, de 29 de julio, de medidas urgentes en materia de urbanismo y protección a la naturaleza de Canarias; Ley 12/1987, de 19 de junio, de declaración de espacios naturales de Canarias; Ley 12/1981 por la que se establecen normas adicionales de protección de los espacios de especial interés natural afectados por actividades extractivas de Cataluña; Ley de 3 de marzo de 1982, de Cataluña, que declara «Parque Natural de Interés Nacional» la zona volcánica de la Garrotxa, desarrollada por el Decreto 113/1983, de 12 de abril; Ley de 6 de mayo de 1982 que declara como paraje natural de interés nacional el macizo de Pedraforca de la comarca del Berguedá; Ley de 20 de octubre de 1983 que declaró reservas integrales de interés zoológico y botánico los Aiguamolls de l'Empordà; Ley 12/1985, de 13 de junio, de espacios naturales de Cataluña; Ley 7/1988, de 30 de marzo, por la que se reclasificó el Parque Nacional Aigües Tortes y Lago de Santo Maurici; Ley 1/1959, de 23 de enero, del Parque Regional de la cuenca alta del Manzanares, de Madrid; Ley 3/1987, de 23 de abril, de protección y armonización de usos del mar Menor, de Murcia; Ley Foral 6/1987, de 10 de abril, de normas urbanísticas regionales para protección y uso del territorio en Navarra; Ley 5/1988, de 24 de junio, por la que se regulan los parajes naturales de la Comunidad valenciana; Ley 5/1989, de 6 de julio, de protección y ordenación de la reserva de la biosfera de Urdabai.

(43) Para un conocimiento de la normativa en materia de medio ambiente, tanto internacional como estatal o autonómico, consultar, entre otros, C. ALVAREZ BAQUERIZO, *Derecho ambiental Manual práctico*, Madrid, Pentahlon eds., 1990, págs. 227 y sigs.; vid. también A. LÓPEZ TARACENA, «Las evaluaciones del impacto ambiental», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1627, febrero de 1992, págs. 1065-1071, así como las distintas recopilaciones que se realizan por las editoras de textos legales; por ejemplo, *Legislación sobre medio ambiente*, Madrid, Cívitas, 1991.

adoptarse al poder elegir entre las diferentes alternativas posibles aquella que mejor salvaguarde los intereses generales desde una perspectiva global e integrada y teniendo en cuenta todos los efectos derivados de la actividad proyectada». Este Decreto legislativo viene a ofrecer una regulación unitaria de lo que en España parcialmente y de forma fragmentaria se había realizado (44); responde también a lo preceptuado en la Ley de Aguas partiendo de la antes citada Directiva comunitaria. Puede ser este uno de los instrumentos de mayor y más eficaz alcance si se siguen con rigor las determinaciones y requisitos en el Decreto contenidos y, además, con ese carácter preventivo que tan difícil es de conseguir en esta materia y que tanto se echa en falta a la hora de poder actuar el artículo 45.2 de la Constitución española. «Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva». Y viniendo a engrosar el catálogo de normas que establecerán las sanciones administrativas previstas en el párrafo tercero, junto a las sanciones procesales o la reparación del daño por la vía civil en esa triple vía de tutela reconocida en la Constitución.

El citado Decreto desde su carácter de legislación básica permite a las Comunidades Autónomas con dicha competencia un desarrollo adicional del mismo y somete, en líneas generales, a dicha evaluación a todos los proyectos privados o públicos consistentes en la realización de obras, instalaciones o cualquier otra actividad de las que enumera; esto es, refinerías de petróleo bruto, centrales térmicas e instalaciones afines de al menos 300 megavatios, instalaciones para almacenamiento o destrucción de residuos radioactivos, plantas siderúrgicas integrales, etc., y deberá realizarse con carácter previo a la resolución administrativa que se adopte para la realización o autorización del proyecto por el procedimiento que allí se determine y con intervención de autoridades especializadas en la materia, si bien tiene la quiebra de que el Consejo de Ministros u órgano de Gobierno de la Comunidad Autónoma puede hacer caso omiso de las conclusiones sentadas por el órgano ambiental, con lo cual decae la eficacia de estos instrumentos.

¿Por qué descender a esta cuestión sin duda de índole administrativo? Porque es una muestra más de que el más ingenioso de los métodos, el más perfecto de los instrumentos técnicos y jurídicos decae y deviene inútil ante la falta de voluntad de ponerlo en práctica por la autoridad a quien corresponda ejecutarlo. No queremos decir que ello vaya a suceder por sistema,

(44) Vid. el recorrido que sobre esa regulación pionera hace A. LÓPEZ TARACENA, «Las evaluaciones del impacto ambiental», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1627, 25 de febrero de 1992, págs. 1044-1048.

pero es que estamos demasiado acostumbrados a ver cómo a pesar de obtener los locales las preceptivas licencias incumplen la reglamentación de insonorización, de materiales empleados en la prevención de incendios, de la falta de las más mínimas medidas de seguridad; porque se multiplican los informes denunciando los perjuicios que causan a monumentos y obras escultóricas el someterlos a niveles altísimos de decibelios o a exposiciones directas a fuentes luminosas excesivas para actuaciones públicas, etc. Finalmente lo que queda en el ambiente deteriorado, mermada la salud, daños materiales en cultivos, plantaciones, etc., y en el mejor de los casos obtención de una reparación pecuniaria (indemnización), que no del ambiente erosionado. No era, pues, una licencia aludir a esa triple protección en el artículo 45.3 de la Constitución española, y por eso no en vano y a pesar de criticar su insuficiencia, su anacronismo, sigue teniendo vigencia real la conjunción de los artículos 590 y 1.908 del Código Civil, con la ayuda de la actual línea interpretadora del Tribunal Supremo a través de la objetivación de los criterios; y ese debe ser, aunque no solo, el camino de la reforma (45) o los correspondientes en materia de responsabilidad contractual. Pero nuevamente hemos de insistir en que la reparación del daño sirve en relación con los deterioros producidos en el ecosistema, ambiente, hábitat más o menos privado o individual (46) como compensación, pero no puede considerarse uno de los instrumentos que contribuyan a la preservación del medio ambiente, ni siquiera a la restauración del mismo, sobre todo si no se consigue el cese de la actividad.

Y cuando no sean suficientes las medidas propias de las relaciones de vecindad, el Ordenamiento jurídico y los Jueces han de intervenir a partir de las categorías de ejercicio antisocial de los derechos (en cuanto a su ejercicio), abuso del derecho (art. 7.2 CC: ordena «adoptar medidas judiciales que *impidan la persistencia del abuso*») —ver STS 3-XII-1987— y del respeto a la dignidad de la persona como principio clave en nuestro Estado de Derecho (art. 10 Constitución); y la función social de la propiedad, de

(45) Ver Sentencia de 27 de octubre de 1983 en materia de responsabilidad contractual, pero válida para observar la problemática contaminante de las centrales térmicas y cómo hay distintas vías para obtener una reparación económica patrimonial que muchas veces no determina ni consigue la reparación o restauración del medio ambiente, del que no se puede deslindar, como se deslindan, los bienes jurídicos, los objetos protegidos o los daños realmente reparados, también 12-XII-1980, humo, polvo y gases procedentes de una central térmica, causantes de daños a las cosechas cercanas: declara la sentencia que la actividad económica de las empresas por representar un interés social no puede menoscabar los derechos de los particulares, referencia a inmisiones y a particulares que no puede sustraer el caso del ámbito del medio ambiente, porque también el hábitat, el ambiente en cuanto *universitas rerum* resulta dañado, las medidas y las soluciones suelen quedarse habitualmente en el terreno de lo privado.

(46) L. Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, II, Madrid, Tecnos, 1986, págs. 164-165.

la empresa y cualquier forma de riqueza cobran papel primordial (en cuanto conformadora de estos derechos). El titular de los medios de producción, de los bienes inmuebles, incluso habría que decir también el de los bienes de consumo en cuanto ciudadano obligado al acatamiento y cumplimiento de la Constitución y el Estado como garante del contenido de la magna norma vienen constreñidos a actuar y a legislar en esos confines. E igual que se predicaba la necesidad de incluir, incluso en el texto constitucional, la expropiación como sanción al incumplimiento de la función social de la propiedad (pensando en la propiedad agraria o urbana) (47), han de arbitrase también sanciones eficaces y ejemplares para quienes incumplan en la actuación de sus derechos y facultades con el límite del ejercicio antisocial de los mismos, incluidas las empresas y Administraciones públicas (a éstas en la mayor parte de los casos por incumplimiento de sus obligaciones como garante de los derechos, por autorizaciones negligentes o por ignorancia inexcusable incluso) (48).

«En el momento actual —se argumentaba en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 1974— no parece posible que la belleza del paisaje pueda ser defendida por un interdicto privado»; sin embargo, «la pureza del ambiente, la tranquilidad, el silencio y el transitar sin agobiantes aglomeraciones —que hace unos años podían parecer simples bienes espirituales para el amante del campo y de la naturaleza— son bienes patrimoniales que la economía moderna tiene especialmente en cuenta y valora en dinero». En dicha sentencia se aceptó incluso el ejercicio de procedimientos interdictales en defensa del medio ambiente como instrumento para impedir que una obra de construcción amparada en la correspondiente licencia municipal suprimiera extensas zonas verdes. Es una nueva ocasión para cuestionarse el medio ambiente como posible «objeto» de posesión; para Díez-Picazo no constituye objeto de derecho subjetivo (49) y además no aparece ligado a cada propiedad, sino al conjunto de propiedades de la

(47) No se aceptó en el artículo 33 de la Constitución a lo largo de la tramitación parlamentaria una propuesta al efecto del señor GÓMEZ DE LAS ROCES, quien creía con ello se evitarían graves injusticias sociales dada la poca confianza que tenía en la poca claridad de la función social (vid. PÉREZ LUÑO, «Propiedad privada y herencia», en *Comentarios a la Constitución española*, dirigidos por O. Alzaga, t. III, Madrid, Edersa, 1983, págs. 402-403, cita 54). Sin embargo, podemos encontrar esta categoría hoy en leyes como la reforma agraria de 1984 en Andalucía o en la de 1990 sobre reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo, precisamente como consecuencia del desarrollo o concreción de la función social consagrada en la Constitución.

(48) Vid. E. BARRACHINA JUAN, «La responsabilidad de la Administración pública en el derecho de medio ambiente», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 12, 21 de junio de 1991, págs. 1-2.

(49) Ver al respecto J. L. SERRANO MORENO, «El derecho subjetivo al ambiente», *RDUG*, núm. 16 (extraordinario dedicado a Derecho ambiental), 1988, págs. 71 y sigs., especialmente págs. 77-80.

zona (50). Si bien porque aparece ligado al conjunto afecta también a la individualidad. Pero el ejercicio de acciones posesorias en defensa de inmisiones lesivas sólo será posible si se delimita suficientemente el objeto poseído (51).

Cuando las agresiones se circunscriben a mi finca o derecho que disfruto, la reacción es la correspondiente a la lesión de intereses individuales (defensa del derecho de propiedad, interdictos posesorios, acción aquiliana, etc.). Las inmisiones se ven como agresiones a derechos patrimoniales concretos, y en defensa de ese concreto medio ambiente propietarios y titulares de derechos reales pueden ejercitar acciones en defensa de su propio medio ambiente (52), aunque el bien medio ambiente, para DÍEZ-PICAZO, no pueda entenderse ligado con cada propiedad individual, quizá porque no afecta exclusivamente y de manera excluyente a un único propietario; luego la tutela del medio ambiente no tiene por qué enfrentarse al derecho de propiedad, sino que la magnifica, la conserva y la mejora o, en su defecto, la degrada, la minusvalora, la hace inhabitable; luego no hay contenido más claro de la función social de la propiedad y en su sentido, no sólo del límite, sino de garante del derecho de propiedad que la tutela del medio ambiente desde la perspectiva individual o particularizada de las inmisiones; perspectiva que, por otra parte, con una correcta regulación, permite dar respuesta a aquellos daños inferidos por un vecino a otro que por su trascendencia no puede probarse que dañen al llamado medio ambiente general y, por tanto, no quedarían salvados por ninguna norma de contaminación del ambiente en general, pero deterioran de forma importante el hábitat más reducido que se materializa o representa en el bien del que se es propietario o sobre el que se ostentan otros derechos de uso o desde la defensa de interés colectivo. Si bien es en este punto donde se produce el intervencionismo estatal, donde habitualmente las limitaciones se aceptan de peor grado y cuya efectividad es más difícil de controlar y la tutela del medio ambiente se observa como límite de los derechos de los titulares cuando el mismo existe en las relaciones concretas; seguramente son los instrumentos utilizados los que aparecen o se presentan o realmente actúan en ocasiones como reductores, sin más, de los derechos del propietario, sin que haya podido asumir que no es sino parte integrante del contenido de ese derecho.

El empresario no cumple con las normas que determinan limitaciones en el vertido de los residuos, en el emplazamiento de los contenedores de basura, en la emisión de humos contaminantes, en la elaboración de infor-

(50) L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., págs. 502.

(51) ALONSO PÉREZ, *Ponencia...*, cit., pág. 74.

(52) L. DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, pág. 164.

mes previos; prefiere hacer frente a las sanciones y económicamente le es más rentable colocarlo como un capítulo más de su presupuesto y que cabe esperar no siempre se impute a la empresa al no infringir ninguna norma o por tratarse de actividad autorizada como tal, que elevar el presupuesto en el acondicionamiento inicial, en la maquinaria empleada o en los controles de fabricación. Sin embargo, el propietario de un piso en régimen de «propiedad horizontal sabe que es obligación suya mantener en buen estado de conservación su propio piso o instalaciones privativas en términos que no perjudiquen a la comunidad o a los otros propietarios; consentir en su piso las reparaciones necesarias que exija el servicio del inmueble y permitir en él la creación de las servidumbres imprescindibles requeridas por la creación de servicios comunes de interés general; respetar las instalaciones generales; observar la diligencia debida en el uso del inmueble y en sus relaciones con los demás (art. 9); no podrá realizar modificaciones que menoscaben la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores o perjudique los derechos de otro propietario; le está prohibido al propietario o al que ocupe la vivienda desarrollar actividades no permitidas en el estatuto o dañosas para la finca, inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres (art. 7 de la Ley de 21 de julio de 1960). Y el artículo 350, en relación con el minusvalorado artículo 348, admite como delimitadoras de las facultades del propietario las servidumbres y lo dispuesto en las leyes sobre minas, aguas y reglamentos de policía en lo relativo a la libertad de realización de obras, plantaciones y extracciones que le convengan o precisen. La brevedad en la remisión, que no es tanta, tiene una sencilla explicación si consideramos la fecha de publicación del Código Civil y, como tantas veces se ha dicho, que el legislador del siglo pasado pensaba preferentemente en la propiedad agraria y no en otros objetos a los que se ha ido extendiendo el modelo de la propiedad. Igualmente es consciente de las obligaciones que derivan de la constitución de servidumbres, sean legales o voluntarias (arts. 530 y sigs. y 549 y sigs.); especial interés revisten las normas de los artículos 571 y siguientes o 586 y siguientes. Se ha querido ver en esto la causa de que las restricciones incluidas en leyes especiales fueran consideradas limitaciones externas al derecho de propiedad. Muchas de éstas se consideran hoy como concreciones de uno de los límites (la función social) y por ello parte integrante del concepto y correspondiente régimen jurídico de ese derecho de propiedad y en consecuencia no indemnizables.

La propiedad no es ilimitada en el Código Civil en el momento de entrada en vigor de la Constitución de 1978 ni está ausente de dicha regulación la idea de cumplimiento de obligaciones y no sólo de ejercicio de derechos o facultades por parte del titular del dominio. La nueva redacción, por otra parte, del nuevo título preliminar es muy clara en el artículo 3 en

orden a la interpretación y aplicación de las normas del Código Civil e igualmente en el establecimiento de límites genéricos de cualquier derecho subjetivo, en especial el artículo 7, norma a la que no se le ha atribuido todo el valor que encierra ni se la ha apreciado en su auténtico significado jurídico: «Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. La Ley no ampara el abuso del derecho ni el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho con daño a tercero dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.»

Seguramente a lo que sí contribuye extraordinariamente el texto constitucional, y a su amparo la legislación posterior, es a comprimir o a reducir más el llamado contenido esencial.

En ningún caso creo que pueda minusvalorarse diciendo que el concepto de abuso del derecho es un concepto decimonónico que no entronca con el constitucional de la función social (53). Ni tampoco que la función social nace en la Constitución o recibe el significado máximo y nuevo en la Constitución del que es ajeno el Código Civil, porque ¿qué es entonces este precepto sino la consagración positiva y jurídica del límite de la función social en sentido de prohibición de ejercicio antisocial de todos los derechos, no sólo de la propiedad? Y no sólo aplicable a la titularidad de los bienes de producción, sino también a los de consumo. Y no sólo al dominio, sino también a otro buen número de derechos que no por ser más limitados pueden alejarse de estos parámetros generales. Para BARNES, «la teoría del abuso... es irreconciliable con la tesis de la funcionalización del derecho. La primera parte de una propiedad liberal-decimonónica y en consecuencia coloca la función social en las afueras del derecho mismo, de lo que resulta que es imposible en tales coordenadas proponer una teoría basada en el exceso de poder, en violación de otros derechos. Los conceptos de límite,

(53) J. BARNES VÁZQUEZ, *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Madrid, Cívitas, 1988, pág. 88. Sobre la evolución del concepto «abuso del derecho» y su interpretación actual y en relación con medio ambiente, ver MORENO TRUJILLO, *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, Barcelona, J. M. Bosch, 1991, págs. 142 y sigs. Ver el pronunciamiento de la Audiencia Territorial de Valencia en Sentencia de 23 de marzo de 1987 o Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1987 que recogen la posibilidad de la utilización del abuso del derecho en defensa del medio ambiente, especialmente en el ámbito vecinal. Ver también L. DIEZ-PICAZO, «El abuso del derecho y el fraude de la Ley en el nuevo título preliminar del Código Civil y el problema de sus recíprocas relaciones», en *Doctrina Jurídica*, núm. 4, 1974, pág. 1332; BATLLÉ VÁZQUEZ, «Comentario al artículo 7 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, Madrid, Edersa, 1978, para una mejor comprensión de la categoría del abuso del derecho.

de contenido normal y de derecho absoluto tienden a confundirse y a identificarse. Obsérvese cómo las mismas servidumbres legales y las relaciones de vecindad del Código Civil tienen sentido tan sólo en este esquema» y en cita completa esta idea señalando que: «la propiedad constitucional consiente que la facultad de excluir se haya restringido frente a los poderes públicos. Por encima de los fundamentos jurídico-civiles que pretendían desde antaño su limitación (servidumbres, relaciones de vecindad, *ius usus inocui*, principio del mal menor...), la posición jurídico-pública del derecho de propiedad (art. 33.2 CE), definida estatutariamente, comprende la posibilidad de utilización marginal del bien por los poderes públicos (caso de las servidumbres forzosas, por ejemplo, de carreteras), sin generarse por ello deber alguno de indemnización, salvo, claro está, en el supuesto de privación efectiva.

Baste ahora subrayar que tales inmisiones públicas ya no pueden ser explicadas en virtud de las técnicas jurídicas tradicionales del Derecho privado, de un lado, y de otro, que no es dable concebir la propiedad como un derecho absoluto, tampoco en lo relativo a la facultad de excluir» (54).

Creo que no se concibe así más que la interpretación literal de la norma y que sólo ve en el Derecho privado una categoría apriorística y no histórica en la propiedad (55), cuando el artículo 33 de la Constitución española no sólo permite deducir una concepción jurídico-pública, sino obliga a deducir del mismo el concepto jurídico sin más adjetivos de la propiedad. Relaciona, por otro lado, sólo el abuso del derecho de la propiedad y con ningún otro derecho subjetivo que precisamente tienen en ese principio, entre otros, la prueba más irrefutable de su limitación y relatividad, sin necesidad de llegar a la Constitución.

Poco avanzaremos pensando así si el Código Civil camina al margen de la legalidad constitucional y si la interpretación ha de hacerse por completo separadamente de la Constitución. Si es así, quizá hubiera merecido la pena pedir la declaración de inconstitucionalidad sobrevenida del Código Civil. Precisamente porque el concepto de propiedad no puede entenderse hoy al margen de la Constitución es porque quienes conocen perfectamente los papeles de cada norma y aunque lo hagan desde distintas perspectivas no abandonan nunca los parámetros del artículo 33 de la Constitución en sus tres apartados, no sólo en el segundo, aunque también. Puede pensarse como vimos en un concepto unitario de propiedad, precisamente integrado por la idea constitucional de función social, o podemos seguir defendiendo

(54) Vid. BARNES, *op. cit.*, págs. 88-89, cita 63.

(55) Ver al respecto HERNÁNDEZ GIL sobre función social y propiedad como categoría histórica en «La propiedad privada y su función social en la Constitución», *Poder Judicial*, núm. 14, 1989, págs. 9 y sigs.

la tesis preconstitucional de los diversos estatutos de propiedad o de las propiedades, y por ello nunca vamos a decir ya que el artículo 33 de la Constitución española y el artículo 348 del Código Civil caminan por sendas separadas.

Acertadamente, recuerda COCA PAYARÉS (56), de la lectura conjunta del artículo 33.2 de la Constitución y del artículo 348 del Código Civil se infiere que la función social actúa como un límite, pues es la encargada de delimitar el contenido de las facultades de goce y disposición (uniendo ambos preceptos puede decirse entonces que: «el derecho de propiedad es la facultad de gozar y disponer de una cosa limitada por la función social y sin más limitaciones que las establecidas en las leyes») e, incluso, añado yo, de ella también pueden partir limitaciones en el sentido más estricto del término (por ejemplo, expropiación forzosa; ver Ley del Suelo, Ley de Valoraciones, Ley de Aguas, de Costas, de Espacios Naturales...). Pero, en cualquier caso, la concepción como límite no determina una consideración externa de la función social al derecho, sino por ello conformadora del mismo». La función social, como el *ius usus inocui* (57) o los actos de emulación, dentro de los límites o como límites del derecho de propiedad (58) son categorías abstractas necesitadas de concreción (concreciones que pueden ser los derechos de tanteo y retracto por lo que se refiere a la primera, posibilidad de usar una cosa ajena si no perjudica a los intereses del propietario y el usuario obtiene alguna utilidad, o concretos actos de molestia a un tercero en los segundos; vid. a este respecto Ley de Servidumbres catalana de 1990, por ejemplo). Puede admitirse, quizá, como señala COCA, que puesto que la Constitución sólo reconoce a la función social, que ésta es el único límite, con lo cual pasan a ser concreciones de ese límite (*ius usus inocui*, entre otros). En realidad es que siempre han sido categorías que se reconducen al buen comportamiento en vecindad, en la colectividad, al ejercicio social, y no antisocial, de derechos y facultades, y que pueden elevarse y se elevan en la consideración más alta de la función social y para los casos en que así se precise a recortar o limitar o suprimir incluso el uso de ese derecho que, no dañando a nadie, no responde a los intereses de la colectividad. El paso del no abuso del derecho al ejercicio solidario del mismo es sólo un *iter* con distinta gradación y que en su estrato más alto se contempla por el legislador constituyente para quien la convivencia democrática, la garantía de un orden económico y social justo en el que

(56) COCA PAYARÉS, *op. cit.*, pág. 296.

(57) Vid. J. LEGUINA, que situaba antes de la Constitución a la función social como límite del derecho de propiedad junto a la prohibición de realizar actos de emulación, en «Las facultades dominicales de la propiedad forestal», *REDA*, 197 4, pág. 450.

(58) Para BARASSI más que un límite, la razón del límite, en *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, pág. 465.

promover el progreso y asegurar al tiempo a todos una digna calidad de vida es objetivo y declaración de intenciones que se plasma en el Preámbulo y se concreta después en el articulado, cuyo artículo señero en materia de derechos fundamentales es el 10: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social». Uno de esos derechos (derechos y deberes de los ciudadanos titula a la sección 2.^a del capítulo II —*Derechos y libertades*— del título I —*De los derechos y deberes fundamentales*—) es la propiedad privada (no cualquier otra cosa) y la función social de ese derecho (no de cualquier otro) es lo que delimitará su contenido, interna y externamente por tanto. A este respecto creo, como demostraré luego sigue siendo útil, entendida en sus justos términos la diferenciación entre límites y limitaciones, si se entiende de la siguiente forma:

«Los límites nos ofrecen la panorámica de hasta dónde llega el poder “del” propietario, y las limitaciones, la de hasta dónde llega el poder de “un” sujeto que es propietario, o el poder de un sujeto “a pesar de” ser propietario». Las limitaciones han de ser probadas dada la presunción en el artículo 348 de inexistencia de limitaciones, y «los límites existen como atributo consustancial al derecho de propiedad y en todos ellos» (59).

Se reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado (art. 38) y entre los distintos principios rectores (cap. III) de esa política económica y de la política social (que no en vano marcará la estructura de la función social a seguir por la propiedad y otras fuentes de riqueza que están supeditadas al interés general —art. 128—); los poderes públicos habrán de promover (art. 40) las condiciones para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa; se reconoce el derecho a la protección de la salud (art. 43) facilitando la adecuada utilización del ocio, y velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida (aquella digna que motiva el Preámbulo de la Constitución),

(59) COCA PAYARÉS, *op. cit.*, pág. 295.

Las relaciones de vecindad forman parte del contenido ordinario, normal de la propiedad (vid. ALONSO PÉREZ, «Las relaciones de vecindad», *ADC*, 1983, págs. 364-365), igual que el abuso del derecho, el *ius usus inoqui*, la función social, limitan y conforman el derecho de propiedad con diferente alcance, si bien la propia función social puede llegar a fundamentar limitaciones a los derechos de los propietarios o al derecho de propiedad en relación al bien, a la finalidad del mismo, a las circunstancias históricas del momento, si bien a través de la reserva de Ley, a la que alude el artículo 33, y la correspondiente indemnización. Las concreciones del límite han de ser generales y de aplicación uniforme para todos los que se encuentren en igual situación. Mientras que en las limitaciones prima su carácter excepcional, cabe el trato desigual entre propietarios de diferentes y de iguales bienes.

porque todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. Este es el hilo conductor que no puede perderse de vista ante la cuestión que suscitamos y que marca los presupuestos de la legislación al efecto.

IV. RELACIONES DE VECINDAD: EL MEDIO AMBIENTE INMEDIATO. REFLEXION SOBRE ALGUNAS CONSECUENCIAS PERNICIOSAS DE LA REGULACION DE LAS MISMAS AL MARGEN DE LA PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE

En este sentido, considera ALONSO PÉREZ (60), la protección del medio ambiente encuentra una perspectiva más general, con apoyo en los artículos 43 y 45 y Preámbulo de la Constitución española, pero no distinta o contradictoria (61); por eso la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 29 de junio de 1987 entendió que los poderes públicos... vienen obligados al consiguiente rechazo de cualquier actividad que sea considerada como contaminante, a la que la doctrina ha calificado como una indebida apropiación particular de bienes colectivos; y visto así podría obtener adecuada protección a través de los tipos penales (62). El problema suele complicarse porque en medio ambiente los intereses se extienden o generalizan entre muchas personas a las que nada aglutina, salvo la defensa del interés lesionado (quema intencionada de bosques en las cercanías o alrededores de varias poblaciones, contaminación del río que abastece de agua potable una ciudad). Estamos ante los intereses difusos cuya defensa encuentra difícilmente el cauce de la legitimación procesal (vid. art. 7.3 LOPJ

(60) Vid. pág. 76 de la ponencia citada.

(61) MORENO TRUJILLO, «La protección del medio ambiente en la jurisprudencia civil», AC, núm. 36, 1990, y el planteamiento que del tema hace en su libro *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, Barcelona, J. M. Bosch ed., 1991, págs. 86, 113 y sigs.; ver especialmente y como resumen de su posición las conclusiones en págs. 321 y sigs.

(62) E. BACIGALUPO, «La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente», en *Estudios Penales y Criminológicos*, t. V, Santiago de Compostela, 1981, págs. 191 y sigs.; A. ESER, «Delito Ecológico», RDP, 1985; J. BOIX REIG, «Delitos contra el medio ambiente», en *Derecho penal Parte Especial*, Valencia, 1987, págs. 367-379; RODRÍGUEZ RAMOS, «Delitos contra el medio ambiente», en *Comentarios a la legislación penal*, Madrid, 1982; A. VILLAGÓMEZ, «Delito ecológico», *La Ley*, 27 abril 1984; A. VERCHER, *Comentarios al delito ecológico*, Madrid, 1986, y «Consejo de Europa y protección penal del medio ambiente», *La Ley*, 30 abril 1991; C. CONDEPUMPIDO TORUON, «Protección penal del medio ambiente. Cuestiones generales», *Poder Judicial*, núm. especial, IV, págs. 67 y sigs.; E. BELTRÁN BALLESTER, «El delito ecológico», *Poder Judicial*, núm. especial, IV, págs. 91 y sigs., y otra bibliografía allí citada, por señalar algunos de los trabajos sobre el tratamiento penal.

de 1985), aunque es posible a modo de la *class actions* del Derecho norteamericano (63). Pero no ha de ser éste el único recurso.

Tomemos como ejemplo uno de los aspectos medio ambientales que más preocupan en estos momentos y cuyo tratamiento nadie duda en incluir en el llamado «Derecho ambiental» por sus nefastas consecuencias: el ruido. El propio Defensor del Pueblo ha denunciado, recientemente todavía, en uno de sus informes que la contaminación sonora constituye un elemento más de la degradación ambiental.

La doctrina suiza contempla la protección contra el ruido desde tres puntos de vista: Como protección de los derechos de la personalidad; como derivación de las relaciones de vecindad entre inmuebles; como derivación de la obligación de los contratos (64). En el mismo sentido podríamos señalarlo en el Derecho español, si bien en el ámbito administrativo y a la vista de la Ley de Bases de Régimen Local de 1985 y de otras disposiciones particulares al efecto (65) los municipios son los competentes para prohibir y sancionar los ruidos excesivos, sin perjuicio de la actuación de los Tribunales en los casos tipificados en el Código Penal. Sin embargo, la CEE viene prestando una mayor atención a los ruidos como demuestra: 79/113 CEE General {DOCE L. 33, 8-II-79) y tratamientos parciales del ruido

(63) Vid. ALONSO PÉREZ, *Ponencia...*, cit., pág. 77; J. GIL-ROBLES GIL-DELGADO, «La acción judicial popular y la audiencia de los ciudadanos en el área del derecho ambiental», *Poder Judicial*, núm. especial, IV, 1988, págs. 167 y sigs., para el que en materia civil no es posible hoy el ejercicio de la acción popular (pág. 168); y en las págs. 169-170 señala qué acciones puede invocar el ciudadano, resaltando las derivadas de relaciones de vecindad. MORENO TRUJILLO, *La protección jurídico-privada...*, cit., págs. 285 y sigs. Sobre las *class actions* son interesantes las obras de CABALLERO, «Plaidons par procurer! De l'archaïsme procédural a l'action de groupe», *Recueil Dalloz*, núm. 2, 1985, pág. 247; PATTI, «La tutela civile dell'ambiente», *Dizionario del Diritto privato, a cura di Irti*, 1980, p. 92; DENTI, «Aspetti processuali dell'ambiente», en *La responsabilità dell'impresa per i danni all'ambiente e ai consumatori*, Varese, Giuffrè, 1978, pág. 59; RESCIGNO, *Premesse civilistiche*, en *La responsabilità dell'impresa per i danni all'ambiente e ai consumatori*, Varese, Giuffrè, 1978, pág. 72; ALMERIGHY-ALPA, *Diritto e ambiente. Materiali di dottrina e giurisprudenza*, I, Padova, 1984, pág. 192.

(64) Vid. J. SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, II, 6.^a ed., Madrid, Montecorvo, 1991, págs. 794 y sigs.

(65) Así los Decretos de 16 de agosto y 7 de noviembre de 1968 o el Reglamento de 11 de marzo de 1970 (modificado en 1983 y 1985) que regulan los aspectos sonoros relacionados con vehículos o el Decreto de 23 de mayo de 1972 de homologación de automóviles respecto al ruido y las correspondientes ordenanzas municipales. Reglamento 7 de agosto de 1973 y Orden de 29 de mayo de 1974 sobre tráfico y ruido de bocinas. Decreto 1909/1981, de 24 de julio, modificada por Decreto 2115/1982, de 12 de agosto, sobre condiciones acústicas en los edificios. Además del Reglamento de Actividades Molesta, Insalubres, Nocivas y Peligrosas de 30 de noviembre de 1961 o el Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de 27 de agosto de 1983. De nuevo, como vemos, la dispersión que deja multitud de vacíos complicados de llenar, cuando, por otra parte, la reglamentación existente no llega a ser efectiva ni siquiera para aquello para lo que está prevista.

causado por electrodomésticos privados, protección de los trabajadores del ruido laboral, aeronaves subsónicas, maquinaria agrícola, etc., entre los años setenta al ochenta y seis (66) o Directiva 87/354/CEE sobre nivel sonoro admisible y el dispositivo de escape de vehículos de motor. Con posterioridad a la Directiva de 12 de mayo de 1986 sobre exposición al ruido en el trabajo, la Administración española la traslada mediante Real Decreto 1316/1989, de 27 de octubre.

El problema de los ruidos ha trascendido de la mera esfera individual y, sin embargo, la eficacia de las medidas administrativas deja mucho que desear, debiendo acudir todavía a las soluciones individuales en relaciones de vecindad, perturbaciones de la posesión o medidas reparadoras a través del artículo 1.902 o 1.908 (67), cuando es uno de los problemas actuales que más perturban el hábitat sobre todo de los núcleos urbanos, donde perjudican gravemente la calidad de vida de las personas. No sólo ha de buscarse una seguridad ecológica en la política de los Estados y en las medidas jurídicas (68); la protección de la salud, el bienestar de los ciudadanos para conseguir un pleno desarrollo de su personalidad y una adecuada calidad de vida pasa por no desdeñar las inmisiones y problemas que han dejado de ser cuestiones exclusivamente entre particulares para crear un hábitat molesto para todos donde se propicia el estrés, las enfermedades cardíacas, las depresiones, etc. ¿Cómo no pensar, por otra parte, que la reducción de los ruidos o el ejercicio de los distintos derechos pasa por el ejercicio solidario de los mismos (del propietario, usufructuario, arrendatario, usuario de servicios, etc.) o por su función social? El usuario de vehículos de todo tipo; la utilización de las alarmas que no se controlan ni vigilan por sus titulares convirtiéndose en un elemento del paisaje urbano a todas horas y sin que cumplan su auténtica función frente a violaciones del domicilio, el vehículo, el establecimiento comercial, el banco, el bar, etc.; la proliferación de bares o establecimientos de diversión o esparcimiento con la debida licencia, donde el ruido de la música o de las actividades supera lo admisible en el respeto a la intimidad y el descanso de los demás (qué decir de los colocados arbitrariamente al aire libre). La Ley de Propiedad horizontal permite a la comunidad de propietarios actuaciones frente a aquel de los ocupantes de viviendas que lleve a cabo actividades molestas, excesivamente ruidosas o molestas; pero las denuncias de los vecinos sirven de poco para mitigar o suprimir esas actividades. Si bien potenciar la efectividad de estos instrumentos prestaría una positiva colaboración a otros de alcance general.

(66) Vid. al respecto ALVAREZ BAQUERIZO, *op. cit.*, pág. 234.

(67) Vid. Díez-PICAZO GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, Madrid, Tecnos, 1989, pág. 635; SANTOS BRIZ, *op. cit.*, págs. 796 y sigs.

(68) E. SHEVARDNADZE, «La naturaleza del planeta, supremo valor universal», *La Gaceta*, 11-IV-1992.

Toda forma parte de la tutela del medio ambiente o del contenido de la propiedad y los derechos delimitados por la función social que han de desempeñar. Quizá en estas materias sirven de muy poco las grandes declaraciones y de mucho la voluntad ciudadana, desde luego, y las medidas concretas muy próximas al hecho dañoso. Mal se justificarán los recortes a los derechos adquiridos por grandes leyes si después el ciudadano no ve una Administración diligente en sus obligaciones de vigilancia y sancionadora; menos si la propia Administración permite el incremento de los ruidos, la polución, la emisión de gases contaminantes al permitir grandes aparcamientos y, por tanto, gran acceso a vehículos a las costas en lugar de proporcionar un cómodo, rápido y asequible medio de transporte poco contaminante que facilite el disfrute y el descanso de un gran número de ciudadanos en tranquilas playas, propiciando así un mejor aire para respirar, un ambiente menos ruidoso, un índice más bajo de accidentes de tránsito y en las cercanías de las playas, con niños, personas con minusvalías, etc. (69).

Se trata, pues, de no confundir función social con un principio que va a borrar todo vestigio absolutista de la propiedad y en especial de la propiedad inmobiliaria, olvidando su auténtico y magno significado.

La Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986, y puesto que la contaminación acústica está demostrado que perjudica y puede hacerlo gravemente a la salud, se ocupa del control del ruido y las vibraciones y plantea una polémica que no es tal sobre si es competencia sanitaria o medio ambiental. Digo que no es tal porque, como ya hemos visto y es tendencia acusada en otros países (70), derecho a la salud y protección del

(69) Vid. V. GARCÍA SIMÓN, «La contaminación sonora: su importancia, regulación jurídica y distribución territorial de competencias», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 16, 1988, págs. 277 y sigs. Muy interesantes son sus consideraciones al respecto y muy acertada su conclusión en pág. 279. «El marco legal que regula el ruido es reciente, incompleto y poco respetado», cuando previamente ha ido analizando algunas Directivas de la CEE o las conclusiones de la Agencia estadounidense para la Protección del Medio Ambiente: existe riesgo de pérdida definitiva del oído después de cuarenta años de exposición diaria a un nivel constante de ruido. Así como que más de diez millones de norteamericanos están expuestos a niveles de ruido de más de 75 decibelios (A) tanto cuando usan un medio de transporte como cuando están de vacaciones. Y la Organización Mundial de la Salud estima en más de 130 millones el número de habitantes de países desarrollados que sufren niveles de ruido inaceptables.

Se han detectado efectos perniciosos sobre la salud, tanto fisiológicos como en relación con las actividades, el sueño, la comunicación o el trabajo, así como las consecuencias que de estas alteraciones en actividad pueden generarse y efectos psicosociológicos.

(70) Vid. A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, «Immissioni, normale tollerabilità e tutela dell'ambiente (alla ricerca delle "declamazioni mentitorie" della giurisprudenza)», *Rassegna Diritto Civile*, 4/90, págs. 903 y sigs., teniendo presente que en Italia el derecho

medio ambiente se encadenan en las materias que le son comunes, incluso se identifican a veces. En todo caso, dicha Ley ha atribuido la competencia para dicho control a los Ayuntamientos, siguiendo con ello la línea de la Ley de Bases del Régimen Local o los Decretos ya mencionados. La perspectiva medioambiental es ciertamente más amplia en este punto que la sanitaria, pero seguramente la más acuciante y más grave para la calidad de vida humana sea la salud. Lo importante, más que volver a demorarnos en luchas competenciales es poner remedios inmediatos a estas cuestiones y como ya defendíamos de la forma más próxima al problema. Traducido esto a términos de competencia de las Administraciones, serán seguramente los Ayuntamientos la opción teóricamente más favorable, aunque no siempre la más eficaz (71). O al menos realizando una coordinada reglamentación de los problemas en una «cascada» de competencias atendiendo desde el ámbito más general al más particular y en las tareas encomendadas a cada Administración: Podría valorarse entonces una legislación básica estatal (art. 149.1.13.20.21 y 23 CE), una normativa de gestión (complementaria o adicional, según sus estatutos) de las Comunidades Autónomas (art. 148.1.3.9) y, en relación con los Municipios (arts. 2, 23.2 y 26.1 LRRL), la relativa a las medidas de control, vigilancia y sanción en el ámbito que le es propio —velar por el cumplimiento de los planes de ordenación urbana, ejercicio de la función de policía cuando exista perturbación o peligro de perturbación grave de la tranquilidad, seguridad o salubridad ciudadanas— a través de sus medios de intervención (ordenanzas y exigencia de licencia municipal previa). Todos tenemos experiencia de lo «lejos» que están Estado y Autonomías de estos problemas.

a la salud se configura como derecho al ambiente «salubre» tutelado como derecho subjetivo. G. VISINTINI, «Il divieto di immissioni e il diritto alla salute nella giurisprudenza odierna e nei rapporti con la recenti leggi ecologiche», *Riv. Dir. Civ.*, 1980, págs. 249 y sigs.; IANELLI, «Sulla tutela delle immissioni industriali e sulla non operatività dell'art. 844 CC», *Rass. Dir. Civ.*, 1980, págs. 371 y sigs.; G. TORREGROSA, «Profili della tutela dell'ambiente», *Riv. Trim.*, 1980, pág. 1396; G. ACERBIS, *Le immissioni, con particolare riferimento alla tutela della salute e dell'ambiente*, Quadrim, 1988, págs. 733 y sigs., y 1989, págs. 151 y sigs., que con distintos planteamientos hacen un recorrido por la doctrina y jurisprudencia en relación con las inmisiones, el medio ambiente y el derecho a la salud, y el artículo 844 del Código Civil y el tratamiento constitucional del derecho de propiedad, la empresa y el medio ambiente. Se resalta en general cómo la orientación jurisprudencial se ha caracterizado por una interpretación estricta del artículo 844 del Código Civil sobre inmisiones, si bien en la sentencia comentada por PROCIDA MIRABELLI hay una tímida aproximación a coordinar la disciplina del Código con las leyes especiales sobre contaminación atmosférica y daño ambiental.

(71) Cosa distinta es si eso es acorde con el sistema competencial atribuido por la Constitución; para ver algunas consideraciones al respecto, vid. GARCÍA SIMÓN, págs. 281 y sigs. O incluso si es la única Administración que ha de tener competencias al respecto, ya que la problemática del ruido se extiende a otros espacios sobre los que el reparto competencial recae en el Estado o en las Comunidades Autónomas.

¿Por qué, en definitiva, siguen teniendo trascendencia las relaciones de vecindad? (la nueva Ley catalana de 1990 señala al respecto que «la primera regla entre vecinos es la que ellos mismos establezcan en un pacto»). Si bien no son la única solución ni alcanza a todos los problemas, sobre todo si no las ajustamos al parámetro más amplio de la función social. No pueden darse soluciones como en la Ley catalana donde se hacen prevalecer los intereses derivados de la voluntad de las partes (aunque sean dañinos) o de la libertad de empresa, primando el desarrollo económico y productivo. Ni la cuestión ha de permanecer en una relación entre vecinos, si bien la regulación de tales relaciones vecinales ha de ir en consonancia también con los intereses de la colectividad.

La insuficiencia de la normativa de inmisiones y relaciones de vecindad, aunque mejor podríamos decir de algunas normas o interpretaciones en la materia, la podemos apreciar en relación con una Ley alemana específica en ese tema, de gran utilidad pero insuficiente ante el reto de la tutela de los intereses difusos.

1. POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL ALEMÁN EN SENTENCIA
DE 10 DE DICIEMBRE DE 1987 (72)

Supuesto de hecho muy interesante en que el recurrente pide responsabilidad al Estado por la intromisión e intervención expropiatoria, argumentando que las emisiones causantes de contaminación atmosférica fueron autorizadas, concedidas o permitidas en virtud de intervención pública del Estado y los Lander.

Las sustancias contaminantes que están causando daños a los bosques donde el recurrente tiene su propiedad proceden de tres ámbitos: emisiones de instalaciones fabriles e industriales, emisiones de instalaciones privadas de combustión (instalaciones de gas-oil) y emisiones de automóviles, aparatos aéreos y de viales. «La agonía» del bosque incide negativamente en su explotación forestal. En las tres instancias se desestimaron las pretensiones que el actor que demandó al Estado Federal y el Land de Baden-Wurttemberg. Precisamente la imposibilidad de identificar los agentes de contaminación atmosférica y que están provocando las lluvias ácidas y con ello daños prácticamente irreversibles a los bosques impulsó al actor alemán a demandar a los citados por considerar que son también responsables al autorizar o permitir las emisiones de ácidos hiponítricos y de azufre.

(72) Que comenta K. J. ALBIEZ DOHRMANN, «La protección del medio ambiente o el derecho a contaminar», *ADC*, 1990, págs. 1215 y sigs., y a la que también se refieren WEYERS y KADNER en «Apuntes sobre la evolución del Derecho civil en la RFA en 1987», *ADC*, 1988, pág. 1233.

Algunos de los preceptos legales que fundamentalmente se han tenido en cuenta son el artículo 14 de la Ley Federal de Protección de Inmisiones (73), el artículo 14 de la Ley Fundamental de Bonn (74) o el artículo 839 BGB (75).

El Tribunal niega la aplicación rotunda del artículo 14 de la Ley de Inmisiones, alegando que es un precepto pensado para las relaciones de vecindad y no es una norma aplicable para la responsabilidad del Estado (76), los demandados no son los explotadores de las instalaciones sujetas a autorización, las inmisiones contaminantes no tienen origen en la voluntad determinante de ninguno de los demandados (77) y han de excluirse todas las actividades contaminantes no sujetas a autorización.

Tampoco en base a una aplicación analógica (78), y no puede ser interpretado ese precepto constitucionalmente en el sentido de que el Estado asume una especie de garantía de responsabilidad para que sea realizable la reclamación de daños y perjuicios por parte de los propietarios forestales perjudicados contra los explotadores de las instalaciones emisoras.

Las reclamaciones frente a los causantes reconoce que tienen especiales

(73) «En virtud de títulos jurídicos privados, pero no en virtud de títulos especiales, se pueden hacer valer los derechos para impedir las inmisiones perjudiciales provenientes de una finca sobre otra finca vecina, pero sin dar lugar por ello al cese de la actividad industrial cuando su autorización es inimpugnable; sólo se pueden exigir medidas preventivas que impidan aquellas inmisiones perjudiciales. En la medida en que tales medidas preventivas no sean factibles por razones técnicas o económicas, se puede exigir, en todo caso, una indemnización por daños.»

(74) «Se garantizan la propiedad y el derecho de herencia, con el contenido y limitaciones que la Ley determine la propiedad obliga. Su uso deberá servir al mismo tiempo al bien común.»

(75) «Si un funcionario infringe dolosa o culposamente el deber profesional que le incumbe frente a un tercero, ha de indemnizar a dicho tercero el daño causado. Si al funcionario sólo le es imputable culpa —y no dolo—, sólo cabe dirigirse contra él si el lesionado no puede obtener indemnización de otra forma.»

(76) Apoya esta tesis la sentencia BGHZ 92, 143-146: daños producidos en unos coches aparcados en las inmediaciones de una fábrica. No se consideró de aplicación el precepto porque los demandantes no eran propietarios ni poseedores de la zona de aparcamiento.

(77) A los efectos de ese precepto también puede considerarse perturbador la entidad comunal que autoriza en sus terrenos la instalación de un incinerador de animales produciendo malos olores, pero sólo cuando esa entidad tenga participación directa en la explotación por medio de financiación o porque se ha reservado algún derecho de intervención o control (RGHZ 155, 316-320).

(78) Porque el carácter de la norma es de vecindad y porque los daños no pueden ser atribuidos a emisores identificables (a veces los daños se producen en lugares lejanos de las fuentes de emisiones y otros agentes contribuyen a la contaminación). Porque con ello se transformaría una norma privada en una disposición de responsabilidad del Estado; estaría en contradicción con la voluntad del legislador y contra la finalidad del precepto y sería incompatible con el principio de sometimiento del Juez al Derecho y a la Ley.

dificultades de éxito, pero esto, a juicio del Tribunal, no justifica que haya de interpretarse acorde con la Constitución para que el Estado ocupe el lugar de las emisores que no pueden ser demandados; tal responsabilidad subsidiaria del Estado con el Derecho vigente sería inusual, y no puede deducirse por la creación judicial de la garantía de la propiedad del artículo 14, apartado 1, frase 1, de la Ley Fundamental, sino que sólo puede ser creada por el legislador en el marco de «la determinación del contenido de la propiedad» sólo puede establecerse por Ley.

Se alegaron por los recurrentes otros argumentos, por ejemplo, desde el punto de vista jurídico de la intromisión expropiatoria o intervención expropiatoria, pero tampoco prosperaron (79). Tampoco cabe indemnización desde el deber de compensación previsto por la Ley de Inmisiones (80). Son, como se ve, posiciones al límite, situaciones donde se ve descarnadamente que a veces muchas de las normas no sirven a los principios dogmáticos consagrados, que a veces la función social no se valora por el Estado como límite a la reglamentación desde la perspectiva del medio ambiente y desde una protección eficaz del mismo; y como el principio que de verdad impera es que «quien contamina paga», y como intereses a veces disfrazados de generales, la libertad de empresa y la realización de actividades mediante autorización y licencia no garantiza ni salvaguarda en modo al-

(79) En la literatura se defiende la opinión de que una intervención de los poderes públicos en la propiedad de los titulares forestales por una actividad positiva se caracteriza por la imposición a éstos de un deber estatal de tener que tolerar las inmisiones de terceros que causan daño a los bosques. Cuando el Estado fija el alcance de las inmisiones autorizadas no sólo limita la libertad de los explotadores de las instalaciones y de los emisores, sino que también obliga a los titulares forestales afectados a tolerar la inmisión autorizada. Por tanto, al Estado se debe imputar las consecuencias de las inmisiones autorizadas en beneficio de los explotadores de las instalaciones.

Estas consideraciones no justifican un derecho de indemnización. El deber de indemnizar por la agonía de los bosques desde el punto de vista de la intromisión expropiatoria con base en la actuación estatal positiva no es admisible, porque el deber de tolerancia de las inmisiones tiene origen en la Ley. La intromisión expropiatoria estatal exige previamente una actuación estatal contraria a Derecho. Las reclamaciones sólo podrían tener lugar en caso de inconstitucionalidad de esta Ley y no siempre (ver ALBIEZ DOHRMANN, *op. cit.*, pág. 1222).

(80) En la medida en que las normas de la citada Ley autorizan a los explotadores a las inmisiones contaminantes del medio ambiente, se trata de «regulaciones que determinan y limitan el contenido de la propiedad forestal afectada en el sentido del artículo 14.1 y 2 de la Ley Federal». A favor del actor puede no obstante decirse que estas regulaciones y la ejecución conforme a Ley puede llevar a una situación excesivamente gravosa para el titular forestal, incidiendo negativamente el aspecto jurídico-patrimonial, máxime cuando estas inmisiones no pueden ser evitadas. Así «una regulación que determina y limita, pero que traspasa los límites que puede soportar un titular forestal, puede considerarse inconstitucional. El legislador podría suavizar esto con la concesión de prestaciones compensatorias y evitar así la posible inconstitucionalidad, pero no están previstos en la mencionada Ley, con lo cual «no pueden ser concedidos por el Derecho judicial».

guno que las limitaciones a determinados estatutos de la propiedad sean no sólo contrarios a la misma, sino también a la salud o al medio ambiente, pero favorables al lucro desmedido, a la libertad de empresa, al progreso económico y tecnológico sin límite.

Lo irracional llega a tal punto en las consideraciones de esta sentencia, plenamente ajustada a la letra de la Ley, que finalmente se declara que no cabe indemnización porque se trate de una ejecución contraria a Derecho, ya que ha sido llevada a cabo de acuerdo con las disposiciones válidas que regulan la protección de inmisiones (81). Tampoco puede obtenerse indemnización por la vía de responsabilidad del funcionario.

Quizá debiera tener en cuenta este caso, real y tristemente cada vez más frecuente, el legislador catalán y, en su caso, los garantes de la constitucionalidad de las normas, sean o no autonómicas, porque la Ley catalana de 1990 de inmisiones (parcial pero firmemente inspirada en la Ley alemana) plantearía los mismos problemas, prima las actividades contaminantes, sobre todo en los supuestos donde es más difícil identificar el agente causante, legalizando actuaciones perfectamente asumidas por los principios de las

(81) La obligación de indemnizar se niega también cuando la intervención expropiatoria tenga su origen en una actividad estatal positiva. Cuando hay intervención expropiatoria puede suceder que una medida de los poderes públicos conforme a Derecho incida en la posición jurídica del propietario y produzca consecuencias colaterales y perjuicios, atípicos o no previstos. El Tribunal Supremo alemán sólo ha admitido con base en este instituto jurídico indemnizaciones cuando se trata de casos concretos que restringen la propiedad por actos administrativos de intervención pública, acuerdos de planificación de carreteras o actos administrativos; pero no se ha pronunciado aún a favor de un deber de indemnización para aquellos casos en que la Ley incida perjudicialmente en las posiciones de los propietarios protegidos por el artículo 14 de la Ley fundamental. En todo caso, esta institución jurídica no puede servir para compensar los daños en masa, como en este caso. Es misión del legislador y no de los jueces crear disposiciones normativas para compensar los perjuicios que se causen a la propiedad, que «por razones superiores son inevitables» y que tienen que soportar los titulares forestales si hay que ejecutar las normas que determinan y limitan la propiedad, entre otros motivos (y quizá sea el primero) porque la concesión de indemnizaciones por el Estado puede tener amplias consecuencias para las finanzas del Estado. Un instituto de creación judicial no es adecuado para resolver problemas que se derivan de la contaminación atmosférica, si bien la Sala reconoce que los daños forestales son dignos de ser indemnizados y necesitan serlo.

La Sala ha concedido indemnizaciones por inmisiones procedentes del tráfico rodado con efectos expropiatorios en la propiedad adyacente (BGHZ 64, 220; 97, 114 y 361), si bien son casos de propietarios individuales que han sido perjudicados por la apertura de una calle determinada; pero no se puede equiparar con el fenómeno global de amplias zonas contaminadas. Tampoco puede hacerse derivar la indemnización de la omisión del legislador de proteger la propiedad forestal, considerándola intromisión expropiatoria. Sin embargo, una intromisión expropiatoria precisa de actividad positiva de los poderes públicos; la omisión o pasividad de los poderes públicos que no cumplen con las características de la intervención (ver en este sentido y excepcionalmente los casos admitidos en ALBIEZ DOHRMANN, *op. cit.*, pág. 1225).

relaciones de vecindad y desconociendo las exigencias del artículo 45 de la Constitución; de muy poco servirán entonces otras cautelas y otros recortes de las facultades de los titulares de la propiedad inmobiliaria. El Tribunal en la sentencia que aludimos fue poco innovador, excesivamente cauto y respetuoso con la literalidad de la norma; pero también es cierto que la finalidad de la Ley de Inmisiones, su ámbito de aplicación y la laguna en el resto del Ordenamiento hacían difícil una decisión que arriesgaba la creación de un precedente que para el Estado podía significar consecuencias de trascendencia económica inusitadas y seguramente imposibles de asumir después de una generalización de las reclamaciones.

Fijémonos especialmente en el texto de la Ley del 90 cuando dice que todo propietario tolerará inmisiones «que produzcan perjuicios sustanciales si son consecuencia normal del uso del predio vecino, según la costumbre local, y si la cesación comporta un gasto económicamente desproporcionado», si bien introduce una especie de canon compensatorio o deber de aminorar el daño en relación al vecino «podrá adoptar las medidas procedentes para atenuar los daños a cargo del vecino». Tendrá derecho a la indemnización por los daños producidos en el pasado y una compensación económica por los que se produzcan en el futuro», pero adopción de medidas que habrá de adoptar el afectado en primer término y especialmente por lo similar del planteamiento al caso que nos suscita la sentencia del Tribunal alemán en el apartado 5.º del artículo 3: «Las inmisiones sustanciales provenientes de instalaciones *autorizadas administrativamente facultarán solamente al propietario vecino afectado para solicitar la adopción de medidas técnicamente posibles y económicamente razonables* para evitar consecuencias dañosas. Si aun así las consecuencias no pudieran evitarse, el propietario podrá reclamar la indemnización correspondiente por daños y perjuicios sufridos». Sin embargo, la cuestión planteada en la sentencia podría plantearse y de forma agravada, puesto que para las actividades autorizadas aminora las garantías del perjudicado y reduce las posibilidades de adopción de medidas preventivas. Y en todo caso se desecha la posibilidad de pedir la reparación del daño por otros medios que no sea la indemnización al sustituir reparación del daño por indemnización de daños y perjuicios.

Quizá en este punto la Ley catalana avanza medidas preventivas y reparadoras, dando por sentado ya que en esa difícil armonización de intereses tutelados legal y constitucionalmente habrán de producirse inevitablemente y habrán de aceptarse daños sustanciales por actividades perfectamente autorizadas y ajustadas a Derecho; pero en este punto nunca pueden ni podrán explicarse como contenido del derecho de propiedad, sino auténticas limitaciones, restricciones, privaciones de los derechos del propietario y, lo que es más grave y con una perspectiva más amplia del

ciudadano a un hábitat adecuado, que han de ser compensados económicamente. En el fondo, más o menos matizado, sigue latente el principio de que quien contamina paga. En ese punto, libertad de empresa, progreso económico, tecnológico, se anteponen al derecho de la propiedad, a la salud, al medio ambiente. No obstante, y a pesar de lo que pudiera parecer en los apartados dos y tres del artículo 3, el legislador catalán ha sido consciente del alcance y significado de esas limitaciones tratando de evitar el caso que analizamos, si bien parece pensar especialmente en supuestos donde el que lleva a cabo la inmisión es perfectamente determinable, no en vano se sitúa en normas privadas y de relaciones de vecindad. Si bien la cuestión es anterior y de planteamiento: no deberían admitirse ese tipo de inmisiones como ilícitas.

Ante los planteamientos de la sentencia alemana y en términos generales, las respuestas de una responsabilidad del Estado han de venir, señala ALBIEZ DOHRMANN (82), del «análisis del contenido de la propiedad y también de la responsabilidad misma». La filosofía de la Ley, dice refiriéndose a la de inmisiones alemana, pero también le es de aplicación a la catalana, es legitimar la producción industrial, a la que están obligados los empresarios en razón de la función social de la propiedad; por esa misma razón se entiende que el Estado ha de ser responsable, ya que impone a través del orden jurídico y económico una actuación específica (83), lo que nos introduce en la gran paradoja y en la verdadera dificultad de conciliar tantos intereses en juego si entendemos que el mismo principio abstracto y general puede obligar a unos a no hacer y a otros a llevar a cabo un hacer que dañe, perjudique individual y colectivamente y que, sin embargo, se legitime por el mismo principio si no incorporamos a ambos la tutela del medio ambiente no sólo como principio rector, sino como concreción del ejercicio de cada Derecho. Demos auténtico sentido a las afirmaciones del Tribunal Constitucional español cuando dice que la función social de la propiedad no es sólo una idea abstracta, sino que se concreta en relación a los distintos bienes sobre los que recae el Derecho de propiedad; y esa concreción es peculiar cuando el ejercicio de derechos sobre tales bienes afecta inmediata o mediatamente al medio ambiente (84).

ALBIEZ se muestra pesimista sobre la circunstancia de que los instrumentos de Derecho privado puedan ser eficaces para la lucha contra la degra-

(82) ALBIEZ DOHRMANN, *op. cit.*, pág. 1232. El daño causado a la propiedad implica responsabilidad, como también lo implica el mero hecho de provocar daños, aunque sea por actos que se ejecutan conforme a la Ley. Vid. también págs. 1228-1229.

(83) GALLEGO CREDILLA, *Introducción a la economía del medio ambiente*, Instituto de Estudios Fiscales, 1974, pág. 24.

(84) Ver más abajo en el análisis de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional español en estos temas.

dación del medio ambiente y considera además que en una sociedad extraordinariamente industrializada difícilmente se puede conciliar el opuesto interés de proteger al medio ambiente con el interés de cada propietario a explotar al máximo su potencial industrial y la función social que exige que la propiedad industrial cumpla con los programas de producción condicionados por cada sistema económico. No se trata, dice, de sustituir un interés por otro, porque para ello se necesitaría sustituir una sociedad industrial por otra sociedad ecológica; pero sí de buscar paulatinamente un equilibrio, como lo hace el cuarto programa de la CEE (1987-1992), donde se intenta conciliar la realización del mercado interno con el desarrollo de normas de medio ambiente; debe, pues, señalarse una «incorporación lenta pero paulatina del interés a un medio ambiente lo menos contaminado en el contenido de la propiedad industrial».

En definitiva, como venimos manteniendo, concretando la actuación de la función social en la tutela del ambiente, pero en todo tipo de «propiedades» y cualquiera que sean sus titulares (también el Estado) y aplicando también en justo equilibrio a la producción industrial, sin que ello tenga que provocar un freno al progreso ni un cataclismo económico (aunque sí probablemente una moderación en el enriquecimiento personal). En la actualidad el problema llega a plantearse en términos de conflicto entre la propiedad residencial y propiedad productiva o entre propiedad para usos agrícolas y para usos industriales (85).

Se plantea la protección al medio ambiente en esa política comunitaria a una tutela inhibitoria y a una tutela resarcitoria. Si bien poniendo de nuevo demasiado énfasis en los logros de la responsabilidad. Aunque se imponga por riesgo a determinados sectores, no se consigue mucho desde la perspectiva ambiental, ni siquiera desde el sacrificio de sectores económicos que van a terminar repercutiendo sus costes sobre los consumidores, quienes soportan la degradación del medio ambiente y además la parte alícuota de la parte económica que las empresas dedican a repararla o a compensar por ella. ¿No será esto sino reconducir todo el problema a través del factor común consumidor (o lo que es lo mismo, de la parte más débil)?

Pozzo (86) analiza una nueva Ley de tutela del ambiente en Alemania, «Umwelthaftungsgesetz», que introduce la responsabilidad objetiva para los empresarios en los supuestos previstos en dicha Ley (centrales termoeléctricas, industria minera, producción del vidrio, cerámica, cemento, fundición, metal, productos químicos y farmacéuticos, refinerías, trabajos de

(85) VISINTINI, *op. cit.*, pág. 264.

(86) B. Pozzo, «La responsabilità per danni all'ambiente in Germania», *Riv. Dir. Civ.*, núm. 5, 1991, págs. 599 y sigs.

superficie con materiales orgánicos, desechos, carga y descarga de sustancias como gas, aceites minerales, etc.; en otros casos la Ley facilita la carga de la prueba mediante presunciones de culpa) y la aseguración obligatoria de los empleados. Sanciona el principio de la responsabilidad objetiva, limitando sin embargo la tutela a la vida, al cuerpo, a la salud y a la propiedad, mientras que las propuestas de algunos Estados tendían a la tutela directa del bien ambiente. El daño al ambiente viene considerado como consecuencia de un daño a otro bien, no como objeto directo de tutela. El reconocimiento de éste habría abierto la puerta a nueva problemática, según Pozzo, en tema de **cuantificación** del daño al ambiente como la que se ha producido en USA (87). Pero hay que resaltar especialmente que el criterio de la responsabilidad objetiva se ha introducido no sólo para el caso de que el evento dañoso sea la consecuencia de un incorrecto funcionamiento de la empresa, del no respeto a la normativa en materia medioambiental..., sino también cuando el daño sea resultado del normal funcionamiento de la empresa. Se trata de una responsabilidad que comprende el riesgo de desarrollo (88).

Se ha encontrado en el instrumento responsabilidad una forma de lucha, más allá de las primeras medidas combinadas de lo dispuesto en el BGB y en la Ley de inmisiones, como ha ocurrido en otros países (Italia y España); medios precursores de tutela medioambiental, pero dando un paso adelante y en el entendimiento de que la tutela del medio ambiente precisa ir más allá de la normal tolerabilidad. Pero ello no debe implicar seguir buscando otros instrumentos más adecuados, sino aceptar la intervención coordinada y no contradictoria y obstaculizadora de los distintos medios que parten a su vez de distintas ramas del Ordenamiento (penales, administrativos). Pero desde la perspectiva privada, una actuación combinada a partir del contenido de la propiedad y en el de un oportuno y renovado régimen de relaciones de vecindad e inmisiones fortaleciendo las medidas que determinen el cese de las actividades perjudiciales y enfatizando el papel que ha de cumplir como una cláusula general que permita una tutela civil de la salud (en cuanto calidad de vida), junto con la responsabilidad por daños, no son remedios desdeñables (89).

(87) Vid. B. Pozzo, *op. cit.*, pág. 612, y también en «La determinazione del "Quantum" del danno ambientale nell'esperienza giuridica degli Stati Uniti», *Quadrimestre*, núm. 2, 1990, pág. 324.

(88) Novedad en Alemania donde este tipo de riesgos se excluían a veces del ámbito de responsabilidad de los productores en la Ley de productos defectuosos.

(89) Y seguramente tiene razón VISINTINI en que las normas sobre responsabilidad, aunque ésta sea objetiva, no son suficientes, simplifican esta problemática tan compleja (*op. cit.*, págs. 249 y 265).

V. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. EL MEDIO AMBIENTE Y OTROS BIENES CONSTITUCIONALES

En relación directa con esta cuestión el Tribunal Constitucional tiene declarado en Sentencia de 4 de noviembre de 1982 que el artículo 45 se incluye entre los principios rectores «cuyo reconocimiento, respeto y protección informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (53.3).

El mencionado precepto recoge la preocupación ecológica surgida en las últimas décadas y en su virtud «no puede considerarse como objetivo primordial y excluyente la explotación al **máximo** de los recursos naturales, el aumento de la producción a toda costa, sino que se ha de armonizar la «utilización racional» de esos recursos con la protección de la naturaleza; todo ello para el mejor desarrollo de la persona y para asegurar una mejor calidad de vida». Y «no es aceptable la postura del representante del Gobierno... de que exista *una prioridad absoluta del fomento de la actividad minera frente a la protección del medio ambiente*». Recuérdese que la calidad de vida está proclamada en el Preámbulo de la Constitución y en el artículo 129.1. Sin embargo, «la Constitución impone asimismo el deber de atender al desarrollo de todos los sectores económicos» (art. 130.1) y también el artículo 55.1 del Estatuto de Cataluña. Este desarrollo también es necesario para lograr aquella mejora.

«La conclusión que se deduce del examen de los preceptos constitucionales lleva a la necesidad de compaginar en la forma que en cada caso decida el legislador competente la protección de ambos bienes constitucionales: el medio ambiente y el desarrollo económico».

En consecuencia, la imposición de una carga adicional para la protección del medio ambiente no es en sí contraria a la Constitución, pero sí la prohibición con carácter general de las actividades extractivas del artículo 3.3. Y recuerda el artículo 128.1: «toda la riqueza del país en sus distintas formas y fuese cual fuese su titularidad está subordinada al interés general».

Las Sentencias de 23 de noviembre de 1982 y 21 de diciembre de 1982 se pronuncian en el mismo sentido que la anterior fundamentalmente en lo que se refiere al ámbito de competencias de las Comunidades Autónomas: «Se establece ..., de acuerdo con la tendencia general actual, la necesidad de que el Estado fije las normas que impongan un encuadramiento de una política global en materia de medio ambiente dado el alcance no ya nacional, sino internacional, que tiene la regulación de esta materia, así como la exigencia de la «indispensable solidaridad colectiva» a que se refiere el artículo 45.2. Pero se atribuye también a las Comunidades Autónomas una competencia propia no sólo de ejecución, sino de

desarrollo legislativo de la legislación básica y la de imponer «medidas adicionales de protección; todo lo cual supone que dentro del marco de la política global del medio ambiente y de respeto al principio de solidaridad son constitucionalmente posibles una *diversidad de regulaciones*» (texto de STC de 4 de noviembre de 1982). «No existiendo por ahora tal legislación básica, es de aplicación la doctrina sentada por este Tribunal en Sentencias de 28 de julio de 1981 (R. 40/1980) y 8 de febrero de 1982 (R. 234/1981), según la cual la ausencia de aquélla no impide a las Comunidades Autónomas ejercer su competencia legislativa siempre que *se respeten las bases o normas básicas entendidas como nociones materiales que se deduzcan racionalmente de la legislación vigente*, estén o no formuladas de forma expresa y sin perjuicio de que el Estado *pueda dictar en el futuro tales normas, que, naturalmente, serán entonces aplicables a las Comunidades Autónomas*». Y «... cuando el ejercicio de una competencia autonómica sobre una materia ha de moverse dentro de la legislación básica del Estado, este marco está formado por toda la legislación básica que a ella se refiere y no sólo por la relativa a la materia concreta sobre la que recaiga esa competencia».

2. EL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA: CALIFICACIÓN, CONTENIDO ESENCIAL Y GARANTÍAS. ALCANCE DE LA FUNCIÓN SOCIAL

Para el Tribunal Constitucional el derecho de propiedad que reconoce la Constitución es un derecho subjetivo (90), si bien debilitado. Al tiempo que considera que en el artículo 33 de la Constitución española se reconoce

(90) Y no debería olvidarse que, como señala DE CASTRO: «Cada derecho subjetivo supone la participación activa de una persona en la organización jurídica, aportándole así un nuevo elemento de fuerza y seguridad social». *Derecho civil de España*, t. I, Madrid, Cívitas, 1984, pág. 572. Y sigue diciendo que la persona «como miembro activo de la organización (de la comunidad jurídica) no actúa fuera ni en contra de la comunidad, sino en función de ella. La *summa ars* de la política está en lograr un Estado fuerte y eficaz, apoyado en y reforzado por el desarrollo máximo de los valores personales». Y en pág. 573, derecho subjetivo, por tanto, que puede ser definido como «la situación de poder concreto concedida a la persona como miembro activo de la comunidad jurídica y a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa». En pág. 575: «Este carácter de unidad abstracta que se da al derecho subjetivo hace que mantenga invariable su significado jurídico, aunque disminuya o aumente el número de facultades que comprenda» (pág. 583), «mientras que el contenido del derecho subjetivo puede cambiar, es la permanencia de su base objetiva la que le da estabilidad a través de sus diferentes vicisitudes». En págs. 586-587 sobre el contenido y la disgregación de facultades, y «la base de cada derecho subjetivo es aquella sobre la que, naturalmente —sin intervención negocial—, se puede reconstituir la unidad del derecho subjetivo», a veces conserva la unidad del derecho subjetivo la facultad menos fuerte económicamente (ver cita 2, pág. 587).

a la propiedad como *institución* y como *derecho individual* (91), si bien en su utilidad individual no puede ser absoluta o ilimitada de acuerdo con las exigencias de la función social (tal y como señala, por ejemplo, la STC 37/1987), alejándose claramente de la consideración del mismo como derecho fundamental al aludir constantemente en cuanto a su protección al párrafo tercero del artículo 53 de la Constitución española; no considera necesaria la Ley Orgánica para su regulación e, incluso, la reserva de Ley la flexibiliza en el sentido de admitir que en algunos casos pueda ser regulada o afectada por normas distintas de la Ley formal, admitiendo incluso las leyes singulares de intervención con carácter extraordinario (92).

(91) En el fundamento jurídico 7: «... el derecho de propiedad, incluido en la sección 2.^a del capítulo II, título I, aparece regulado en el artículo 33, donde se contiene una doble garantía de tal derecho, ya que se reconoce desde la vertiente institucional y desde la vertiente individual; esto es, como un derecho subjetivo, debilitado sin embargo por cuanto cede para convertirse en un equivalente económico cuando el bien de la comunidad, concretado en el artículo 33.3 por la referencia a los conceptos de utilidad pública o interés social, legitima la expropiación...» (STC 111/1983, de 2 de diciembre). La Sentencia 37/1987, de 26 de marzo, reitera los argumentos de la Sentencia 111 en cuanto a la propiedad como derecho subjetivo debilitado, para insistir en que «*utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes*». También se afirma en dicha sentencia que «... la propiedad privada, en su *doble dimensión como institución y como derecho individual*, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica reducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el artículo 348 del Código Civil, que los recurrentes citan en apoyo de su alegato de inconstitucionalidad».

(92) Sentencia 111/1983, de 2 de diciembre:

Fundamento jurídico 9 que a juicio del Tribunal Constitucional: la declaración de utilidad pública o interés social no está reservada necesariamente a Ley formal en el sistema general expropiatorio y desde luego no lo está en el artículo 33.3 de la Constitución. Tampoco lo es en relación a la necesidad de ocupación y aun la urgencia de la ocupación inmediata. Nuevamente el fundamento jurídico 10 y en relación con la libertad de empresa y con la exigencia del artículo 128.2 de la intervención «mediante Ley», considera el Tribunal Constitucional que dicha expresión ha de ser comprensiva de leyes generales que disciplinan con carácter general la intervención, permite la Ley singularizada de intervención que mediando una situación de extraordinaria y urgente necesidad y, claro es, un interés general legitimador de la medida, está abierta al Decreto-Ley, por cuanto la mención a la Ley no es identificable en exclusividad con el de Ley en sentido formal.

Se manifiesta parcialmente en contra y en relación con el artículo 33.3 el voto particular de seis Magistrados: La llamada «garantía expropiatoria» en él incluida *no constituye un derecho distinto del de propiedad, sino una garantía de su contenido*; pero por muy flexible que quiera hacerse la interpretación del verbo afectar, «resulta claro que se afecta a un derecho *cuando se priva del mismo a su titular*; y, con carácter más general, sostienen la tesis de que el *Decreto-Ley afecta al Derecho de propiedad excediendo del límite propuesto en el artículo 86.1* de la Constitución cuando el margen del sistema general expropiatorio establece normas singulares sobre la expropiación o adopta medidas expropiatorias concretas, de tal modo que no se limita a contemplar las peculiaridades del caso, considerado de extraordinaria y urgente necesidad, sino que lleva a cabo una *minoración de las garantías establecidas en dicho sistema*».

Por lo que se refiere a la adquisición de la propiedad de las acciones llevada al

Se inclina además por la consideración plural del concepto de propiedad o por la diversidad de estatutos jurídicos según los objetos sobre los que recaiga (93).

margen del sistema general expropiatorio, consideran que es inconstitucional porque afecta al derecho de propiedad, ya que no hay forma más intensa de afectar a un derecho que la de privar del mismo a su titular.

Y en cuanto a la relación establecida entre Administración y expropiados a través de regulación distinta a la prevista en el sistema general, supone una disminución de garantías previstas en el sistema al imponer de forma obligatoria y excluyente la constitución de comunidades de accionistas, por lo que afecta al derecho de propiedad y excede del límite impuesto en el artículo 86.1 de la Constitución, resultando en consecuencia inconstitucional.

Sentencia 166/1986, de 19 de diciembre:

En el fundamento jurídico 11 se asegura que «en la Constitución española no existe precepto, expreso o implícito, que imponga una determinada estructura formal a las leyes, impeditiva de que éstas tengan un carácter singular, si bien consagra principios que obligan a concebir dichas leyes con naturaleza excepcional...»

«Los derechos fundamentales no consienten, por su propia naturaleza, leyes singulares que tengan el específico objeto de condicionar o impedir su ejercicio; dichos derechos son materia reservada a leyes generales y reducto inmune a medidas legislativas singulares.

Este acotamiento del objeto material de las leyes singulares no impide, ciertamente, que éstas, por su cualidad de leyes formales contra la cual no caben acciones judiciales, incidan en la tutela judicial del derecho afectado por la Ley singular» (FJ 11 y ver también FJ 12).

«... que el legislador ejercite singularmente esa potestad cuando lo justifique una situación excepcional y ello es perfectamente trasladable a nuestra Constitución, la cual no establece reserva de la materia de expropiación a favor de la Administración y, por tanto, no puede abrigarse duda, desde el punto de vista formal, que las expropiaciones *ope legis* son, en cuanto leyes singulares, constitucionalmente legítimas, si bien requieren, por ser expropiatoria, que respeten las garantías del artículo 33.3 de la Constitución.»

Ver sobre el tema de la validez de las expropiaciones legislativas, entre otros, GARRIDO FALLA, *Prólogo al libro de Moreno Gil: Expropiación forzosa*, Madrid, Cívitas, 1983, pág. 10, sobre la dificultad de admitir, en general, la licitud de la categoría de leyes singulares ante el artículo 14 de la Constitución y las interesantes conclusiones más tajantes que las anteriores de J. R. PARADA VÁZQUEZ, «Expropiaciones legislativas y garantías jurídicas. El caso Rumasa», en *RAP*, núms. 100-102, 1983, págs. 1139-1168, que estima no hay ningún precepto en la Constitución española que se refiera a expropiación de fincas o de empresas (a diferencia de los arts. 43 y 44 de la Constitución italiana). Luego en nuestra Constitución no se facilita la tesis de expropiaciones integrales y singulares de bancos, empresas o fincas *ope legis*, sino que más bien la impide. Conviene tener presente igualmente el voto particular formulado por Díez-Picazo O la STC 10-XI-1981: «... el principio de igualdad, al imponer la desaparición de los privilegios (*privata leges*), impone como una obvia consecuencia la necesidad de las leyes generales y el principio de universalidad de la Ley; si ésta debe ser la misma para todos, debe comprender a todos en sus previsiones.»

Vid también voto particular del Magistrado Rubio Llorente a la Sentencia 166/1986, para quien los artículos 1 y 2 de la Ley 7/1983 hacen imposible que los titulares de los bienes expropiados puedan ejercitar el derecho de una tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24 de la Constitución.

(93) «... la progresiva incorporación de finalidades relacionadas con el uso y

En cuanto a la determinación de su contenido esencial, ha de venir configurado y delimitado por el concepto de función social, y de alguna manera reconoce la existencia de un mínimo (94) que materializa en aquel contenido sin el cual se haría irreconocible el derecho en cuestión. Contenido esencial que se aleja extraordinariamente del que se deriva del artículo 348 del Código Civil y que se ha transformado a partir de las concepciones propias de un Estado social que encuentra su auténtica legitimación en el respeto al principio de solidaridad, auténtico hilo conductor de la Constitución, afectando de modo particular a la propiedad inmobiliaria, especialmente a la urbana, a la rústica y forestal por su escasez, su recuperabilidad y su valor económico (95).

aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos. De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae» (...)» (STC 37/1987, de 26 de marzo).

El problema (MONTES, *op. cit.*, pág. 179) es si a pesar de la diversidad de tipos o de estatutos dominicales subsiste un *genus maior* de la propiedad. Realmente sin la existencia del mismo el legislador puede modificar el régimen de pertenencia de los bienes, transfiriéndolas a mano pública, modificando sustancialmente su régimen de propiedad privada y no debe proceder a indemnización; sería ese el contenido normal en cuanto lo fija la norma, según MONTES, y es lo que en Italia puede hacer el legislador ordinario según los textos constitucionales. La pregunta será inmediata: ¿qué sentido tiene entonces la garantía constitucional con la determinación concreta de que la privación genera indemnización? Parece que la Constitución ha de ofrecer una garantía por encima de la Ley ordinaria que permita precisar los límites de la intervención legal.

(94) Como señala MONTES (*op. cit.*, pág. 170), hay un concepto constitucional de propiedad, no se ha llevado a la Constitución una palabra vacía que ha de llenar el legislador con el contenido que quiera, pero tampoco se ha trasladado al texto constitucional un concepto individual o liberal del dominio; considera el autor que incluso su situación entre los derechos y deberes de los ciudadanos la aparta de la «idea de atributo de la personalidad», queriendo desprenderla así de cualquier tinte egoísta. La referencia a la función social implica una llamada al principio de solidaridad y se ha de traducir en diversidad de propiedades y en la concurrencia en cada situación de un interés individual con otros ajenos al propietario y que tampoco son siempre los mismos.

(95) Sentencia 37/1987, de 26 de marzo:

«Para el Tribunal Constitucional la determinación del contenido esencial de cualquier tipo de derecho subjetivo —y por tanto también de los derechos fundamentales de las personas— viene marcada en cada caso por el elenco de «facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a este tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas cuando se trate de derechos constitucionales.» «Aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De

La protección que alcanza en el artículo 33 se desarrolla a partir de una doble (o triple, según se desarrolle) garantía: la reserva de Ley, la expropiación y la función social, puesto que esta última es límite en relación al titular, pero garantía del titular y de la colectividad en relación a la actuación de los poderes públicos.

Se plantean en orden a estos principios básicos cuestiones más concretas, pero no menos importantes en cuanto a la consideración final del concepto y contenido de propiedad en el siguiente sentido:

Qué es o no expropiación (96). Admisibilidad de las expropiaciones *ope*

este modo se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a *limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección*» (STC 11/1981, 8 de abril, FJ 10).

«... la progresiva incorporación de finalidades relacionadas con el uso y aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical (...) la transformación antes dicha ha afectado de una manera más intensa a la propiedad inmobiliaria, tanto a la que recae sobre suelos susceptibles de aprovechamiento urbanístico como a la propiedad de las tierras agrícolas o forestales, lo que es fácilmente explicable, entre otras razones, por el carácter no renovable o naturalmente limitado en su extensión de este tipo de bienes y por la trascendencia económica que ofrece como soporte físico de las actividades productivas». No es posible, a juicio del Tribunal, identificar el contenido esencial con el artículo 348 del Código Civil; basta contemplar *el concepto que de función social se recogía en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973*. «... con mayor motivo puede afirmarse a partir de la vigencia de la Constitución que contiene los preceptos antes glosados, por lo que no hay razón para entender que infrinja dicho contenido esencial, ahora constitucionalmente garantizado, aquella regulación legal que restringiendo las facultades de decisión del propietario con relación al uso, destino y aprovechamiento de los fondos rústicos imponga a éste o permita imponerle determinados deberes de explotación y, en su caso, de mejora, orientados a la obtención de una mejor utilización productiva de la tierra desde el punto de vista de los intereses generales, siempre que quede salvaguardada la rentabilidad del propietario o de la empresa agraria.»

(96) Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre: A juicio del Tribunal Constitucional (FJ 7) la Ley de Aguas no impone un sacrificio excesivo con la opción de demanialidad que en ella se acoge.

En los fundamentos jurídicos 11 y 12 se refiere expresamente el Tribunal al derecho de propiedad cuando hay o no expropiación, y entiende que puesto que de *aprovechamiento de aguas se refiere, ganados con anterioridad, su limitación temporal a setenta y cinco años no significa expropiación, puesto que se está configurando el derecho o delimitando el contenido de derechos patrimoniales, una nueva regulación de su contenido*. «En efecto, a diferencia del derecho de propiedad privada, no sujeto por esencia a límite temporal alguno conforme a su configuración jurídica general, es ajeno al contenido esencial de los derechos individuales sobre bienes de dominio público, garantizado indirectamente por la Constitución a través de la garantía expropiatoria, su condición de derechos a perpetuidad o por plazo superior al máximo que determine la Ley.» Ni siquiera consideran que exista dicha expropiación cuando la concesión que haya de obtenerse en caso de incremento de los caudales utilizados o modificación del régimen de explotación se extienda obligatoriamente a toda la explotación. En este supuesto la decisión de incrementar corresponde libremente al interesado y, por tanto, «se trata de una nueva transformación voluntaria del derecho originario».

le gis (97) y expropiaciones sanción (98). Qué es o en qué ha de consistir la preceptiva indemnización (99) (es decir, el valor económico en que se «convierte» la propiedad). Si fuera de la expropiación *strictu sensu* no puede hablarse de limitaciones en el sentido anteriormente visto, sino de concreciones de la función social (100), y por tanto parte de la configura-

(97) Ver cita 92 y Sentencia 166/1986, de 19 de diciembre: La potestad expropiatoria, así concebida, vino y viene considerándose función administrativa encomendada, consiguientemente, a los órganos de la Administración, aunque ello ha dejado de ser obstáculo alguno para que se admita, por las razones ya expuestas, que el legislador ejercite singularmente esa potestad cuando lo justifique una situación excepcional; y ello es perfectamente trasladable a nuestra Constitución, la cual *no establece reserva de la materia de expropiación a favor de la Administración* y, por tanto, no puede abrigarse duda, desde el punto de vista formal, que las expropiaciones *ope legis* son, en cuanto *leyes singulares*, constitucionalmente legítimas, si bien requieren, por ser expropiatorias, que *respeten las garantías del artículo 33.3 de la Constitución*. Este artículo, después de reconocer el derecho a la propiedad privada y señalar *su función social como delimitador a de su contenido*, dispone que «nadie puede...» Son, por tanto, *tres las garantías* de la propiedad privada frente al poder expropiatorio de los poderes públicos:

1. Un fin de utilidad pública o interés social o *causa expropriandi*.
2. El derecho del expropiado a la correspondiente *indemnización*.
3. La realización de la expropiación de *conformidad con lo dispuesto en las leyes*.

(98) La función social juega aquí en sentido negativo respecto al contenido del derecho de propiedad, cuando no hay cumplimiento de la función social desaparecerá el reconocimiento y la tutela constitucional (COCA PAYARÉS, *op. cit.*, pág. 227), o en el sentido dado por el Tribunal Constitucional tan sólo garantiza el contenido económico de la propiedad (166/1986, de 19 de diciembre). Ver Ley de Reforma Agraria Andaluza de 4 de mayo de 1984 y la Sentencia de 26 de marzo de 1987. Vid. F. CUENCA ANAYA, «Legislación agraria de la Comunidad Autónoma de Andalucía», en *Derecho agrario autonómico*, Oviedo, 1991, págs. 33 y sigs., donde se refiere a los «reveses judiciales» que ha sufrido el intento de aplicar la Ley y la anulación de su primer Reglamento; la divergencia de esa Ley con la política de la CEE preocupada por los excedentes y favorecedora del abandono de cultivos; BALLARÍN MARCIAL, «La función social del suelo rústico y de la propiedad agraria», en *Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo*, vol. V, Madrid, 1988, págs. 31 y sigs., especialmente págs. 61 y sigs.; también el comentario que de la citada sentencia hace DELGADO DE MIGUEL, *op. cit.*, págs. 71-77. Vid. también Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo: Preámbulo (art. 78).

(99) «En cuanto a contenido o nivel de la indemnización, una vez que la Constitución no utiliza el término "justo precio", dicha indemnización debe *corresponder con el valor económico del bien o derecho expropiado*, siendo preciso que entre éste y la cuantía de la indemnización exista un proporcional equilibrio para cuya obtención el legislador puede fijar distintas modalidades de valoración, dependientes de la naturaleza de los bienes y derechos expropiados, debiendo ser éstas respetadas, desde la perspectiva constitucional, a no ser que se revelen manifiestamente desprovistas de base razonable (...), *lo que garantiza la Constitución es el razonable equilibrio entre el daño expropiatorio y su reparación*» (Sentencia 166/1986, de 19 de diciembre).

(100) «... la incorporación de exigencias sociales al contenido del derecho de propiedad privada, que se traduce en la previsión legal de intervenciones públicas no meramente ablativas en la esfera de facultades y responsabilidades del propietario, es un hecho hoy generalmente admitido. Pues, en efecto, esa *dimensión social de la propiedad*

ción del concepto de propiedad en cada caso concreto y no sujeto a indemnización, o si por el contrario hay limitaciones distintas de la expropiación (expropiación que también se deriva de la función social, no es extraña a la misma; ver Ley del 90 de Valoraciones del Suelo) (101).

Si la función social, aunque creemos esto no se trata abiertamente, es diversa (102), ello debiera determinar la acomodación de los instrumentos de realización de la misma de modo que no sean intercambiables y que los que son acertados en relación a la una lo sean respecto de las demás. Y esta cuestión de oportunidad llevaría en ocasiones a hablar de una extralimitación del contenido esencial delimitado por la función social.

Sin embargo, la frontera del contenido esencial de la propiedad no

privada en cuanto institución llamada a satisfacer necesidades colectivas, es en todo conforme con la imagen que de aquel derecho se ha formado la sociedad contemporánea y, por ende, debe ser rechazada la idea de que *la previsión legal de restricciones* a las otrora tendencialmente ilimitadas facultades de uso, disfrute, consumo y disposición o la imposición de deberes positivos al propietario hagan irreconocible el derecho de propiedad como perteneciente al tipo constitucionalmente descrito». Y recuerda lo que señalan los arts. 128.1, 40, 45 ó 130 de la Constitución» (Sentencia 37/1987, de 26 de marzo).

«Ciertamente, no sería constitucional una expropiación que, afectando parcialmente a algunas de las facultades del propietario reconocidas por la Ley, *privase en realidad de todo contenido útil al dominio sin una indemnización adecuada a esta privación total del derecho*, que puede, desde luego, medirse desde el punto de vista del *aprovechamiento económico o rentabilidad de la nuda propiedad o de las facultades que el propietario conserve* tras la operación expropiatoria, teniendo siempre en cuenta que tal *utilidad individual o tales facultades no pueden ser absolutas e ilimitadas* en razón de las exigencias de la función social de la propiedad» (Sentencia 37/1987, de 26 de marzo).

(101) Sentencia 166/1986, de 19 de diciembre:

«La expropiación forzosa se concibe en los orígenes del Estado liberal como último límite del derecho natural, sagrado e inviolable, a la propiedad privada, y se reduce, inicialmente, a operar sobre bienes inmuebles con fines de construcción de obras públicas. La transformación que la idea del Estado social introduce en el concepto del derecho de propiedad privada al asignarle una función social con efectos delimitadores de su contenido y la complicación cada vez más intensa de la vida moderna, especialmente notable en el sector económico, determinan una esencial revisión del instituto de la expropiación forzosa, que se convierte, de límite negativo del derecho absoluto de propiedad, en instrumento positivo puesto a disposición del poder público para el cumplimiento de sus fines de ordenación y conformación de la sociedad a imperativos crecientes de justicia social, frente al cual el *derecho de propiedad privada* tan sólo garantiza a su titular, ante el interés general, *el contenido económico de su propiedad, produciéndose paralelamente un proceso de extensión de la expropiación forzosa a toda clase de derechos e intereses patrimoniales y a toda categoría de fines públicos y sociales*. Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre: En Fundamentos Jurídicos 11 y 12 se refiere expresamente el Tribunal al derecho de propiedad cuando hay o no expropiación y entiende que puesto que de *aprovechamiento de aguas se refiere, ganados con anterioridad, su limitación temporal a setenta y cinco años no significa expropiación, puesto que está configurando el derecho o delimitando el contenido de derechos patrimoniales, una nueva regulación de su contenido*.

(102) Se hace referencia, al menos en parte, a esta cuestión en la STC 149/1991, de 4 de julio, que comentaremos más adelante.

puede establecerse en el respeto al *status quo* (103). Pero tampoco en una disponibilidad por Ley ordinaria que rompa la relación de pertenencia y deje sin contenido la relación jurídica de propiedad. En este sentido, en la Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre, se manifiesta por el Tribunal Constitucional (FJ 7) que la Ley de Aguas no impone un sacrificio excesivo con la opción de demanialidad que en ella se acoge. Y además: «La Ley respeta los derechos preexistentes en función del contenido efectivo o utilidad real de los *mismos*...», limitándolos a los caudales totales utilizados, de suerte que cualquier incremento de los mismos requerirá la oportuna concesión. Pero esto *no implica expropiación parcial* de los mismos, pues con ello sólo quedan eliminadas *las simples expectativas de aprovechamientos de caudales superiores que eventualmente podían obtenerse*». Así pues, respeto de derechos adquiridos en algunos casos, pero «congelación» de los mismos junto a transformación o nueva configuración de tales derechos en general (104). Principios estos que se reproducen en las sentencias que vamos a comentar a continuación.

Se plantea también la cuestión de conciliar los intereses de protección de la propiedad privada y de la libertad de empresa y la tutela del medio ambiente como hemos indicado en el epígrafe previo y se sigue abundando en la cuestión en el siguiente.

3. LA PRESERVACIÓN DEL «AMBIENTE» COMO FUNCIÓN SOCIAL

Hay dos sentencias del Tribunal Constitucional que, no siendo las únicas ni probablemente las más importantes en relación a la delimitación del concepto de propiedad, han despertado especialmente nuestro interés, ofreciendo algunas conclusiones muy interesantes en la interpretación del artículo 33 en relación con el 45 de la Constitución y además desde la perspectiva de ser objeto de recurso de inconstitucionalidad; en la primera, una Ley autonómica

(103) Como ya adelantaba MONTES, *op. cit.*, pág. 180, así se deduce claramente de los distintos fallos del Tribunal Constitucional.

(104) Pero el núcleo de la esencia de la propiedad puede insistir tanto en la posibilidad de efectiva utilización del bien como en la elección de destino o en la posibilidad de goce efectivo. En Alemania la frontera entre la configuración y expropiación sigue centrada sobre la idea de *generalidad o singularidad de la intervención*, que a su vez reclama el respeto del contenido esencial; en Italia la idea del contenido mínimo no tiene apoyo en los textos constitucionales y ha de deducirse de modo problemático de los propios textos por remisión a la conciencia social. En Alemania parece prevalecer el mecanismo expropiatorio como procedimiento básico de la intervención estatal; en Italia, en cambio, se orienta por *la vía de la configuración no indemnizable de derechos de los particulares* (cual es el caso actual del Derecho español), en la que el crisol de la mutación se encuentra en la función social de la propiedad (vid. MONTES, *op. cit.*, págs. 181-182).

que lleva a efecto una típica función de normativa medioambiental de creación de espacios de especial protección por sus características generales, y una segunda donde la Ley, sin duda importante en el llamado Derecho medioambiental, de carácter general, es dictada por el Estado y ampliamente impugnada por las distintas Comunidades Autónomas.

A la hora de acotar el tema, siempre desmesurado y nunca suficientemente esclarecido, nos permite ajustado a términos más asequibles a nuestros propósitos a través del comentario de cuestiones concretas suscitadas en dichas sentencias una vez presentado ya, aunque de forma somera, el contexto general de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre las cuestiones que en la interrelación o binomio propuesto se abordan más en profundidad.

A) *STC 170/1989, de 19 de octubre (recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de la Comunidad Autónoma de Madrid 1/1985, de 23 de enero, del Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares)*

De los muy distintos puntos conflictivos planteados en el recurso nos han interesado los siguientes:

1. La creación de un *derecho de tanteo y de retracto* en favor de la Comunidad de Madrid se considera por los recurrentes que infringe los artículos 149.1.8 y 149.1.23 de la Constitución al incorporar un elemento nuevo en la regulación de los espacios naturales que no se ajusta a la legislación básica del Estado (que establece la compatibilidad entre la protección privada de los bienes y la protección del medio ambiente); conculca la competencia estatal para regular el régimen de transmisión de bienes inmuebles entre particulares, siendo el tanteo y retracto materia de legislación civil, introduciendo además un elemento de desigualdad sin justificación ni garantías al no incluir garantía alguna que asegure que el ejercicio del derecho vaya dirigido a satisfacer los fines para los que se ha creado el parque regional.

Dos cuestiones quedan patentes aquí y no son las únicas ni se plantean en solitario, sino que son una constante en distintos e importantes recursos de inconstitucionalidad:

— la consideración de compatibilidad entre la defensa de la propiedad privada y la protección eficaz del medio ambiente;

— la claridad u oscuridad en materia de competencia a la hora de regular sobre medio ambiente, problemática que se reproduce en otras materias pero que, si cabe, es más conflictiva en esta temática donde los distintos Estatutos de Autonomía y la propia Constitución no han adoptado criterios uniformes sobre la delimitación del contenido y alcance del concepto medio ambiente (enumeración, concepto global, convivencia de am-

bos criterios) y que tantos problemas suscita a la hora de legislar, problemática que se eleva a categoría general en tantas cuestiones pero, por lo que nos interesa, especialmente en materia de legislación de Derecho civil y en particular con Comunidades de llamada autonomía plena como Cataluña, quien al amparo de la oscuridad de los preceptos constitucionales sobre competencias exclusivas han reelaborado, completado y ampliado esencialmente la legislación civil de este territorio, avanzando hacia un Derecho civil particular, propio y completo (105).

Pero dejaremos por el momento a un lado la interesantísima cuestión de competencias para pasar a enumerar otras de interés:

2. La Ley produce directamente la privación de derechos patrimoniales, provoca la indefensión de los afectados (art. 24) y crea una desigualdad (art. 14). Las limitaciones, vinculaciones y prohibiciones que la Ley 1/1985 establece en sus artículos 14 a 22 se aplican directamente a todos los propietarios y demás titulares de derechos sobre los terrenos incluidos en el territorio del parque nacional, lo que produce un efecto expropiatorio inmediato de derechos e intereses legítimos a través del acto legislativo, con lo que se priva al ciudadano de las garantías previas y posteriores que condicionan todo acto expropiatorio. Les priva esa expropiación *ope legis* del derecho a una audiencia previa y a reaccionar judicialmente contra la expropiación (reconocidos en el art. 105.24 y 14 CE).

3. Establece la Ley impugnada (en art. 3, párr. 3 y 4) *vinculaciones y limitaciones del derecho de propiedad sin indemnización* ni compensación, viola el artículo 33.3 de la Constitución española. *Se limita la indemnización a los supuestos en que no sea compatible con la utilización tradicional y consolidada de los predios*, no en los demás casos.

Veamos las alegaciones que se hacen al respecto defendiendo tesis contrapuestas:

a) El Abogado del Estado considera que la regulación de un derecho de tanteo y retracto a favor de la Administración *no supone una nueva regulación de la propiedad*; constituye un derecho real de carácter administrativo, recogido en diversos lugares de la legislación sectorial, a favor del Estado. Tampoco vulnera la legislación básica estatal.

(105) Ley 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad; Ley 7/1991, de 27 de abril, sobre filiación; Ley 29/1991, de 13 de diciembre, de garantías posesorias sobre cosa mueble; Ley 29/1991, de 13 de diciembre, de modificación de la Compilación del Derecho civil de Cataluña en materia de venta a Carta de Gracia; Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción; Ley 39/1991, de la tutela e instituciones tutelares; Ley 40/1991, de 30 de diciembre, de Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña (de casi 400 artículos).

La existencia de vinculaciones y limitaciones de la propiedad sin indemnización *es perfectamente admisible en el Ordenamiento jurídico siempre que, precisamente, no existan privaciones singulares*. El hecho de que alguna de éstas pueda ser indemnizada en algún caso previsto por la propia Ley no entiende por qué pueda ser inconstitucional, como no lo es el que la técnica que se aplique sea la de responsabilidad y no la de expropiación (no hay privación singular y no se pretende privación, sino un fin distinto); es la línea de los artículos 87.2 y 232 de la Ley del Suelo.

b) El Presidente de la Asamblea de Madrid alega:

En cuanto al tanteo y retracto, no contradice la normativa básica del Estado, pues tal figura es recogida por todas las normas posteriores a la Ley 15/1975, incluso aquellas que carecen de rango legal, y esta es la normativa que habría de considerar básica y habilitante. Tales derechos no afectan a la legislación civil, sino que tienen una incuestionable naturaleza administrativa y la garantía de que el ejercicio de estos derechos va dirigido a satisfacer los fines para los que se ha creado el «parque regional» resulta del propio contenido de la Ley impugnada.

La Ley no produce efecto expropiatorio alguno de derechos o intereses legítimos. Se reduce a *delimitar el contenido de la propiedad en la zona en base a su función social y a la utilización racional de los recursos naturales*.

La *delimitación del contenido del derecho de propiedad, atendiendo a su función social, no genera indemnización*, por lo que el artículo 3.3 y 4 es plenamente respetuoso con el artículo 33 de la Constitución, aparte de coincidir sustancialmente con el artículo 13.d) de la Ley 15/1975, de 2 de mayo.

c) T. R. FERNÁNDEZ representando al Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid en su escrito de alegaciones:

Hemos de resaltar algunas cuestiones de interés: La Ley debe ser puesta en relación con otra norma anterior que constituye su antecedente lógico, 10/1984, de 30 de mayo, de ordenación territorial de la Comunidad de Madrid. El contenido de la Ley impugnada no es otro que las bases para la elaboración de un Plan de Ordenación del Medio Físico que podría aprobar por sí el Consejo de Gobierno de la Comunidad, pero para el que se ha creído preferible el rango formal de Ley quizá por su extensión e importancia.

— Sobre tanteo y retracto reitera los anteriores argumentos.

— Sobre la supuesta existencia de una expropiación legislativa y delimitaciones de la propiedad no indemnizables, la Ley 15/1975 proclama la

indemnizabilidad de las privaciones singulares de derechos patrimoniales consecuencia de la declaración de un espacio natural protegido. Lo cual significa que no se incluyen las privaciones no singulares u operaciones de delimitación del contenido del derecho de propiedad o establecimiento de límites generales del mismo que carecen de naturaleza expropiatoria. La Ley de Doñana, sigue diciendo, admite la existencia de límites no indemnizables y traza una línea clara de separación entre éstos y los susceptibles de indemnización, utilizando una técnica perfectamente conocida en la legislación urbanística. La Ley impugnada emplea una técnica idéntica, y de nuevo se da una perfecta armonía entre la Ley impugnada y la normativa básica estatal. Se niega también que las limitaciones establecidas a la propiedad en la Ley operen un efecto expropiatorio y, en consecuencia, el derecho a la indemnización y la tutela judicial efectiva. La aceptación de esta tesis reduciría la potestad legislativa prácticamente a la nada, sin poder adoptar ni una sola medida legal de limitación de derechos patrimoniales (que es para lo que en el Estado constitucional existe precisamente la Ley, frente a las normas reglamentarias).

La parte esencial del problema es la diferencia entre la delimitación o configuración legislativa del contenido de los derechos patrimoniales y las delimitaciones ablativas de los mismos que dan lugar, en todo caso, a un deber indemnizatorio, diferencia que ha de encontrarse en el contenido esencial del derecho de propiedad. De este modo, lo decisivo es si el conjunto de límites y vinculaciones que la Ley establece supone una desnaturalización radical de la propiedad, si la propiedad así definida y regulada sigue siendo reconocible como tal derecho. *En el caso de la Ley impugnada la respuesta positiva es ineludible y la propiedad que diseña no se aparta de la imagen característica que tiene hoy el derecho de propiedad. Al no haber mutilación alguna del contenido esencial de la propiedad no se está en el ámbito de la expropiación, sino en el de la delimitación, definiéndose el contenido de tal derecho como exige su función social y dejando intacto su contenido esencial. La no previsión de indemnización es, por lo tanto, plenamente ajustada a la Constitución.*

4. Importante es señalar finalmente, y así nace del contexto cronológico y de lo recogido en los hechos de la sentencia, que en 1989 entra en vigor una nueva Ley de conservación de espacios naturales (Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres), por lo que el Tribunal Constitucional da un plazo de diez días para que alegaran lo que tuvieran por conveniente las partes respecto a la posible incidencia de dicha Ley: para el Abogado del Estado dicha Ley refuerza la constitucionalidad de la Ley impugnada en sus aspectos competenciales; también lo hace la representación del Consejo de Gobierno de la

Comunidad. Los recurrentes sostienen que ha de pronunciarse el Tribunal Constitucional de acuerdo con la legislación vigente en el momento de presentación del recurso. La representación de la Asamblea de Madrid mantiene las alegaciones.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

El «ius superveniens», la legislación básica del Estado y las competencias autonómicas

Aunque no nos proponemos entrar en el tema competencial planteado en este recurso y en el correspondiente fallo, no deja de llamarnos profundamente la atención la solución adoptada por el Alto Tribunal al considerar legislación básica estatal de referencia una Ley que se publica y entra en vigor con una gran diferencia de fechas con la normativa impugnada (Ley 1/1985, de 23 de enero) y con el propio recurso (404/1985), que se valora con el criterio de que es esta Ley del 89 que deroga a la anterior del 75 la que ha de entenderse como punto de referencia para medir los presuntos excesos de competencias que formulan los demandantes, exceso de competencia que se pone en comparación con la Ley impugnada del 85. Es decir, si en el 85 se excedió o no la Comunidad Autónoma de Madrid en relación con una Ley que estaba por venir, que no sería conocida y mucho menos vigente hasta el año 89. Cómo se puede sostener esto: «... ha de servir de marco de enjuiciamiento, en este proceso constitucional, el *ius superveniens* representado por la legislación básica del Estado vigente en este momento, es decir, la Ley 4/1989, de 27 de marzo», y de qué forma. Si todavía el argumento hubiera sido que la Ley del 75 de espacios naturales es preconstitucional y la atribución competencial al Estado y las Comunidades Autónomas procede de la Constitución de 1978, que es posterior, tendría cierta coherencia, puesto que a éstas les corresponde la gestión y pueden establecer normas adicionales de protección en materia de medio ambiente (arts. 148.1.9.^a y 149.1.23). El resultado sería semejante, pero los instrumentos interpretativos no chocarían en lo más esencial con la vigencia de las normas, su aplicación y la retroactividad de las mismas (ver FJ 3 de la S.).

¿Cómo se hubiera contestado si el Tribunal Constitucional hubiera resuelto el recurso en 1986, por ejemplo?

El Tribunal Constitucional se había referido en concreto ya a la problemática de cuál ha de entenderse que es la legislación básica, y en concreto en materia medioambiental, cuando no se ha procedido a legislar a partir de la Constitución de 1978 y se mantiene la legislación anterior y el alcance de competencias de las Comunidades Autónomas: se ajustará la normativa

dictada por la Comunidad a la legislación estatal básica siempre que se respeten *las nociones materiales que se deduzcan racionalmente de la legislación vigente*, sin perjuicio de la legislación básica que el Estado pueda dictar en el futuro y que «entonces» le será aplicable. No creo aceptable, en mi modesta opinión, que la conservación de las leyes haya de forzar los argumentos hasta contravenir los principios jurídicos más elementales (106) cuando además existen instrumentos alternativos y adecuados.

Derechos de adquisición preferente (art. 45/art. 33)

El segundo motivo de inconstitucionalidad, que se mantiene en el orden competencial también, se relaciona estrechamente con la temática que nos ocupa o interesa; se aborda a partir del fundamento jurídico 6 en los siguientes términos:

La creación de un retracto legal precedido del correspondiente tanteo supone para los recurrentes la incorporación de un elemento nuevo en la regulación de los espacios naturales que no sólo no se ajusta a la legislación básica del Estado, sino que conculca *la competencia del Estado para regular el régimen de transmisión de los bienes inmuebles entre particulares*.

«No cabe duda, y en ello tienen razón los recurrentes, que el tanteo y el retracto, como instituciones jurídicas son derechos reales cuya regulación, al ser legislación civil, es competencia exclusiva del Estado, a reserva de los derechos forestales especiales. El carácter civil de la institución y de su regulación no excluye, sin embargo, que puedan existir derechos de retracto en favor de la Administración pública establecidos por la legislación administrativa, respondiendo a una finalidad pública constitucionalmente legítima». El establecimiento de tales derechos en favor de la Administración con sometimiento al Derecho civil del régimen jurídico de las instituciones cita-

(106) STC de 4 de noviembre de 1982: «No existiendo por ahora tal legislación básica, es de aplicación la doctrina sentada por este Tribunal en Sentencias de 28 de julio de 1981 (R. 40/1980) y de 8 de febrero de 1982 (R. 234/1981), según la cual la ausencia de aquella no impide a las Comunidades Autónomas ejercer su competencia legislativa siempre que *se respeten las bases o normas básicas entendidas como nociones materiales que se deduzcan racionalmente de la legislación vigente*, estén o no formuladas de forma expresa y sin perjuicio de que el Estado *pueda dictar en el futuro tales normas, que, naturalmente, serán entonces aplicables a las Comunidades Autónomas*.» Y «... cuando el ejercicio de una competencia autonómica sobre una materia ha de moverse dentro de la legislación básica del Estado, este marco está formado por toda la legislación básica que a ella se refiere y no sólo por la relativa a la materia concreta sobre la que recaiga esa competencia.» Abundando en los criterios sobre competencias aquí mantenidos, ver SSTC de 23 de noviembre de 1982 y 21 de diciembre de 1982.

das no determina una invasión competencial del título del artículo 149.1.8 de la Constitución, «lo que no supone modificación o derogación alguna de la legislación civil en materia de retracto», argumenta el Tribunal Constitucional. Y dicha creación se realiza dentro de un conjunto de actuaciones en materia de protección de medio ambiente en el que el título competencial es el del artículo 149.1.23, lo que supone competencia legislativa de la Comunidad Autónoma respetando la legislación básica del Estado.

¿Por qué la creación de nuevos derechos de adquisición preferente en favor de la Administración va a determinar una mejor protección del ambiente que la transmisión entre particulares a los que afectará cualquier norma de protección preventiva o reparadora del medio ambiente?

Quizá se quiera decir con ello que función social y medio ambiente son siempre cosas diversas y que además la interpretación y el contenido de aquélla no permite una eficaz tutela del medio ambiente a través de un adecuado ejercicio de las facultades del propietario de estos terrenos al haberse integrado aquélla por la preservación del ambiente dada la naturaleza de los bienes afectados y, por tanto, que es preciso que la titularidad de los bienes pase también a manos del Estado en la mayor parte de los supuestos posibles. Parece considerar insuficientes las corrientes actuales que interpretan a la función social como definidora del contenido esencial de la propiedad como el derecho a no excluir a nadie de la riqueza y muy en particular del disfrute de determinados bienes. O, al contrario, hemos de considerar que el medio ambiente integrando y concretando la categoría de la función social para aquellos bienes inmuebles que se encuentren en zonas de especial protección lleva a cabo una delimitación del contenido del derecho de propiedad. Y en consecuencia, los bienes en manos privadas también pueden servir a la defensa del ambiente, porque precisamente una adecuada contemplación de la propiedad pasa por garantizar una propiedad salubre.

¿Hemos de interpretar entonces que esa separación entre titularidad y disfrute (más amplio) de los bienes que comprendería el medio ambiente no sirve y que se propugna una unidad de titularidad en el Estado para mejor desarrollo de las facultades que permiten el uso y disfrute de esos bienes por la colectividad? Si leemos la Ley, seguramente y aun a nuestro pesar, tendríamos que decir que sí. Artículo 3.1: «... la Comunidad de Madrid adoptará las medidas necesarias y habilitará los medios precisos para que los terrenos incluidos en el ámbito de la presente Ley que sean necesarios para la consecución de los objetivos de la misma pasen a titularidad pública». Y según el artículo 1, son objetivos de la presente Ley: proteger la gea, fauna, flora, aguas, atmósfera, etc.; promover la utilización ordenada de dicho ámbito con fines de investigación científica; «fomentar en el mismo ámbito las actividades de interés educativo, cultural, recreativo, turístico y socioeconómico»; «fomentar la mejora, recuperación e implantación de

actividades productivas»; disminuir los niveles de contaminación; «procurar la utilización pública del ámbito ordenado, fomentando su destino al uso o servicio público en función de los anteriores objetivos».

Como se ve, los objetivos son diversos, muchos de ellos correspondientes a la tutela del ambiente, pero no todos; y en función de estos otros seguramente tiene mayor sentido promover el paso de terrenos a mano pública.

No se ponen de acuerdo los recurrentes, los defensores de la medida ni el Tribunal Constitucional sobre si esta materia es de legislación civil: seguramente es el Tribunal Constitucional el que finalmente otorga los criterios más ajustados; sin embargo, la consideración de que estas medidas se derivan del mandato del artículo 45 es lo que en definitiva zanja la cuestión para determinar la actuación correcta de la Comunidad Autónoma al determinar, y en su favor, los derechos de adquisición preferente. En todo caso, la Ley viene a incorporarse a un largo catálogo, ya de derechos de adquisición preferente en favor de la Administración cuyo régimen jurídico es peculiar en cuanto a requisitos, garantías sobre la notificación, plazos, etc., frente a lo dispuesto en artículos 1.521-1525 CC, art. 94 LAR, arts. 45 y 227 del RDA, por ejemplo. Podríamos decir más: también la finalidad del derecho mismo si atendemos al pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1955 consideraba de la siguiente forma a los tanteos y retractos legales: son «limitaciones a modo de cargas de Derecho público, pues aunque puedan redundar en derecho de particulares están motivadas por el interés general, no constituyendo desmembración del dominio sobre el que actúan, ya que ni el dueño afectado podrá inventariar las limitaciones que aquellos derechos suponen como cargas que integran su pasivo, ni el favorecido podrá incluirlas como valores patrimoniales en su activo». Añade LACRUZ (107) que aunque se ha defendido, no es verdad que los derechos de tanteo y retracto priven al titular del dominio de su libertad de enajenar a quien quiera, sino que lo que atribuye al titular de tales derechos es que pueda (la facultad) determinar la transmisión de la cosa gravada en su favor, no, mientras tanto, impedir su adquisición por otro. No obstante, ello también determina un cierto recorte en la facultad de libre disposición y puede suponer una pérdida de valor del bien en el mercado (108), si bien la Ley

(107) Vid. *Manual de Derecho civil*, Barcelona, J. M. Bosch, reimp. 1990, pág. 430.

(108) Por esta razón cree aconsejable ALIA NOMBELA que debería impedirse el ejercicio del derecho de retracto si no se ejercitó el tanteo, salvo que no se hubiera hecho la notificación oportuna o se hizo mal o se transmitió sin dejar pasar el plazo previsto (ver «El tanteo como derecho real. Legislación y práctica», en *Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo*, t. IV, Madrid, 1988, pág. 135).

sólo acepta el derecho de retracto en caso de falta de notificación o cuando las condiciones expresadas en la misma no coincidan con las reales. Es cierto, como constata COCA (109), que la Administración no cuenta con recursos suficientes para hacer valer todos los derechos de tanteo o retracto que tiene atribuidos a lo largo de la más diversa normativa y que, en consecuencia, apenas lo ejercita, por lo que cree que la proliferación de los mismos no es más que un riesgo «teórico» de vaciado de contenido en el sistema de propiedad privada. Hecho que, por otro lado, pone de manifiesto la poca efectividad de la medida y, sin embargo, el efecto disuasorio en el tráfico en relación a tales bienes y la amenaza que pesa sobre el propietario que precise la liquidez gracias a ese bien quizá sea el único bien inmueble en su patrimonio si la Administración actúa de acuerdo con sus derechos al pagar mal o pagar tarde (110). Enlazando en este punto con la sentencia posterior, LOBATO (111) se refiere a la Ley de Costas realizando un análisis del capítulo dedicado en la misma a servidumbres y limitaciones. Dentro de las cuales considera que la única limitación propiamente dicha, según su concepción, del derecho de propiedad se recoge en el artículo 29.2 y viene referida al *ius disponendi* del propietario sobre los yacimientos de áridos situados en ella en cualquier tipo de cesión, venta u otra transmisión, quedando sujetos a derechos de tanteo y retracto a favor de la Administración del Estado. En la disposición adicional 3.^a se reconoce también a la Administración derechos de tanteo y retracto en las transmisiones onerosas *inter vivos* de los terrenos de propiedad particular incluidos en la zona de servidumbre de protección que se estimen necesarios para la defensa y el uso del dominio público marítimo-terrestre. Declarándose además dichos terrenos como de utilidad pública a efectos expropiatorios, fijándose el justiprecio de los mismos exclusivamente por aplicación de su valor urbanístico (112), idea esta que ha pasado desapercibida para la doctrina y que cuenta con el favor del legislador, como demuestra la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico de 25 de julio de 1990, que la ha reproducido en su artículo 73 y en su título V (arts. 90-95), donde generaliza la utilización por la Administración urbanística de estos derechos de tanteo y retracto. Esto mismo ocurre en la Ley de Espa-

(109) COCA PAYARÉS, *op. cit.*, pág. 291.

(110) Ver en este sentido el artículo 10.3 de la Ley de 1989, al que se refiere la sentencia, que es idéntico al de la Comunidad de Madrid y a su vez lo es del artículo 7 de la Ley Doñana del que ha sido tomado y en el que aparecen plazos más largos. También en la Ley de Costas están previstos (vid. J. M. LOBATO GÓMEZ, «Limitaciones del dominio privado en el litoral español», *RCDI*, enero-febrero 1992, pág. 25, quien considera amplios los plazos fijados).

(111) J. M. LOBATO GÓMEZ, «Limitaciones del dominio privado en el litoral español», *RCDI*, enero-febrero 1992, págs. 11 y sigs.

(112) LOBATO, *op. cit.*, pág. 25, cita 27.

cios Naturales de 1989 y en muchas de las leyes autonómicas en esta materia (113).

Esos derechos se han considerado tradicionalmente como estorbos a la libre circulación, libre contratación. En el orden constitucional actual no se ha alterado el contenido del principio de libre contratación, pero se ha derrumbado el carácter esencial (114). Los derechos de tanteo y retracto se han convertido así en instrumentos técnicos que garantizan un cierto equilibrio entre la libre contratación o libre disposición y el interés de algún colectivo de sujetos. En el ámbito obligacional estos derechos han de situarse junto a las restricciones de la contratación, fenómeno que caracteriza la contratación en la actualidad, así preponderan en arrendamientos urbanos y rústicos, enajenaciones de objetos históricos, de terrenos situados en espacios naturales. En relación al derecho de propiedad configurado a la luz del artículo 33 de la Constitución, son concreciones al límite de la función social. En todo caso, la nota de supraindividualidad que acompaña siempre a tanteos y retractos ha ido ampliando históricamente su ámbito o «cantidad» de supraindividualidad: del grupo familiar, a un sector estamental; de éste, a un colectivo de trabajadores, etc., hasta alcanzar un carácter absoluto: *el grupo social entendido como un todo* (v.gr.: los retractos sobre objetos artísticos, sobre espacios naturales, etc.). Es obvio que lo supraindividual no es necesariamente «social» (115), pero sí en el ámbito de las leyes en el que podamos considerarlos, como hace el autor al que seguimos en este punto, concreciones del principio o del límite de la función social. De este modo se encuentra una fundamentación unitaria tanto a los derechos de adquisición preferente en favor de particulares como de las Administraciones públicas. Y se encontraría una explicación acorde con el espíritu de los fallos del Tribunal Constitucional, ya que tampoco en la Sentencia 149/1991, de 4 de julio, en relación a la Ley de Costas, considera que supongan recortes sustanciales del contenido de la propiedad tutelado por la Constitución según se infiere del análisis del artículo 29 o la disposición adicional 3.ª al considerar que los derechos de tanteo y retracto previstos son «medios jurídicos... que puede (el Estado) considerar necesarios para la preservación de las características físicas» de los bienes marítimo-terrestres (116)

(113) Vid. COCA PAYARÉS, *op. cit.*, págs. 23-31.

(114) Vid. COCA, *op. cit.*, pág. 298. Indirectamente la Constitución tutela estos principios en la medida en que en el artículo 38 reconoce un sistema de economía de mercado. La libertad de contratación no es sino un epíteto de la libertad de empresa que según Sentencia de 2 de diciembre de 1983 goza de menor protección constitucional y tiene también como barrera la función social (asimismo la Sentencia 37/1987).

(115) COCA, *op. cit.*, págs. 297, 299 y 301.

(116) Si bien, coherente con lo manifestado en la Sentencia 170/1989, no lo atribuye al Estado en virtud del artículo 149.1.8 de la Constitución, sino coherente con la condición de demaniales de los bienes marítimo-terrestres.

(puesto que aquí se debate más bien quién ha de ser la Administración «favorecida» con esos derechos: la Estatal o la Autonómica).

Medida esta que debiendo ser extraordinaria se está convirtiendo, como vemos, en habitual en relación a ciertos bienes y en el ámbito de determinadas leyes seguramente porque encuentra apoyo en la amplia concepción constitucional de la función social como límite del contenido esencial de la propiedad. Teniendo en cuenta que, en base a ella, quedan condicionadas las facultades del propietario, con lo que se reemplaza el antiguo criterio de libertad (de goce, de disposición). Así las cosas, indirectamente el llamado principio rector del medio ambiente está cobrando protagonismo fundamental, más allá del que podría deducirse de su colocación sistemática en la Constitución (117). Y no me parece criticable ese hecho, pero quizá sí los medios empleados, desproporcionados a veces e ineficaces otros, la falta de unanimidad en los criterios, cuando en otras ocasiones el Tribunal Constitucional ha sido muy claro al señalar que también es esencial y digno de protección el desarrollo económico y en consecuencia la tutela de los derechos generadores de riqueza. Si bien, en ocasiones, aparece como un recurso práctico que no responde a la oportunidad de las medidas en las que el fundamento de base es otro. Seguramente la finalidad de la Ley de la Comunidad de Madrid a que nos venimos refiriendo es adecuada: evitar la especulación de las urbanizaciones devastadoras del paisaje y de los recursos naturales (ver el Preámbulo), pero no se han trasladado al articulado de la Ley con suficiente fortuna.

Sustentar armónicamente todos estos derechos e intereses es harto complejo, sobre todo con la pluralidad legislativa existente; y si se sigue considerando bajo mínimos el significado de la legislación básica del Estado, lleva a desvirtuar en gran medida el capítulo de competencias exclusivas y fomentar la diversidad y, en las situaciones más extremas, la inseguridad o la desigualdad de los ciudadanos que siendo titulares de semejantes derechos, a los que encuadraríamos en el mismo estatuto de propiedad o en el mismo régimen jurídico en su derecho de propiedad, van a ver constreñidas sus facultades y en definitiva su titularidad dominical de distinta manera según la Comunidad Autónoma de que se trate, puesto que a la mayor parte se le reconocen competencias de desarrollo o complemento de la legislación básica estatal en materia de medio ambiente. Sin embargo, en relación con la Ley de Costas, el Tribunal Constitucional adopta una postura parcialmente distinta en el problema competencial, las limitaciones propuestas se defienden no sólo como derivados de la protección del medio

(117) Sobre la trascendencia real de dicha ubicación y concepción constitucional del principio, ver G. RUIZ-RICO RUIZ, «La protección del ambiente como principio rector de la política económica y social», *RFDUG*, núm. 16, 1988, págs. 45 y sigs., especialmente págs. 62-66.

ambiente, sino de la tutela de los bienes demaniales e, incluso, afectando a ordenación del territorio y urbanismo, considerándolas parte de una legislación básica que tiende a asegurar que servidumbres y limitaciones como las que ésta contienen no tengan una proyección desigual en las distintas Comunidades Autónomas sobre las facultades de los propietarios según las diversas situaciones urbanísticas (ver análisis de la DT 3.^a). Roza así la Ley las competencias en materia de urbanismo, como lo demuestra el hecho de que la mayor parte (o todos) los preceptos declarados inconstitucionales lo son por invadir claramente dichas competencias. No se defendieron estos principios tan acusadamente en la Sentencia 170/1989 quizá por la diferente repercusión económica y de interés del Estado.

De esta forma, cada vez resulta más difícil definir el contenido esencial del derecho o de los derechos de propiedad, ya que realmente y a la sombra de la confusión existente, de la amplitud y ambigüedad de los conceptos, etc., se presenta cada vez más reducida, entendiéndose difícilmente qué es o no contenido esencial. De los diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional que tienden a clarificar tales conceptos, como vimos, y se prosigue en las sentencias que ahora comentamos, se intenta dilucidar sobre qué facultades o respecto de qué bienes el recorte significa configuración (nueva) del contenido y no limitación o recorte. Y la única conclusión unitaria que podríamos obtener es que habrá que estar al caso concreto, quedando casi reducidas las limitaciones, en el sentido más estricto de recortes indemnizables, a la expropiación singular y a determinados supuestos de expropiaciones *ope legis*.

Subordinación de la riqueza al interés general (art. 45/art. 128.1)

En el fundamento jurídico 7 se refiere a otras consideraciones ajenas ya al reparto de competencias. Se considera que la prohibición que incorpora la Ley de Actividades Extractivas no va contra lo establecido en el artículo 128.1 de la Constitución. Subyace de nuevo, lo hemos visto en otras sentencias y así lo reconoce el Tribunal Constitucional, el enfrentamiento entre el artículo 45 y el artículo 128.1; incluso los recurrentes habían invocado aquella Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de noviembre de 1982 sobre la Ley de Extracciones catalana a la que nosotros nos hemos referido en el inicio del estudio sobre jurisprudencia constitucional.

Considera el Tribunal Constitucional que en este caso no es de aplicación la doctrina de aquella sentencia, puesto que allí se debatía una *prohibición generalizada* de las extracciones y aquí sólo se hace para casos concretos, tanto en relación a los terrenos que alcanza cuanto a las extracciones limitadas. «La existencia de estas cautelas, el carácter territorialmente limitado de

la prohibición y su escasa repercusión en el interés general económico permiten entender que el legislador autonómico ha ponderado adecuadamente los valores constitucionales protegibles y que por ello el artículo 142.c) de la Ley Autonómica no es contrario al artículo 128.1 de la Constitución».

Parece claro que el Tribunal Constitucional, sin desdecirse de la importante tesis sustentada en la Sentencia del 82, considera que estas limitaciones particulares y específicas a estas determinadas formas de producción de riqueza entran en el juego legítimo de prioridades del bien ambiente frente al interés general concretado en la producción y el desarrollo económico, tratando de llevar a sus justos términos la conciliación de distintos intereses generales, la tutela del ambiente a través de la explotación racional de los recursos naturales y una explotación suficiente de los mismos que no recorte gravemente el desarrollo de los sectores económicos (art. 130). Se valora positivamente la menor importancia económica de las extralimitaciones limitadas en parangón con el daño que se infería al medio ambiente, en ocasiones difícil de restaurar o reparar.

Es importante la ratificación que realiza en orden a la imposibilidad de que se sobreponga prioritariamente respecto a la creación de riqueza; luego los derechos que la permiten son tales, no meramente una función, la propia creación de riqueza sustentada por la función social entendida en sus justos términos de solidaridad hacia la colectividad puede ser útil a las pretensiones. Y ello puede ser expresión suficiente para defender entonces que no cualquier medio o instrumento puede ser utilizado a los efectos de proteger el medio ambiente y en limitación de facultades dominicales de los propietarios de bienes urbanos, rústicos, forestales, etc., que se extralimite a esa armonización de los distintos intereses (igual que tampoco lo es respecto a las actividades industriales o de producción); la declaración de utilidad pública o interés social puede ser la misma, pero la finalidad es diversa si se encamina a la protección del medio ambiente o de otros bienes de carácter más prioritario en relación a carencias de primera necesidad del cuerpo social. Seguramente no es posible la realización de una carretera que facilite las comunicaciones con seguridad o la realización de un pantano o canal que permita la obtención de agua suficiente para el consumo de pueblos y ciudades o la construcción de un hospital, etc., sin llevar a cabo algunas expropiaciones; pero ese instrumento, por poner un ejemplo extremo, no tiene por qué ofrecer una protección más adecuada al medio ambiente. Esas mismas actuaciones a las que nos hemos referido pueden poner en peligro seriamente o afectar de manera importante a un determinado hábitat (talando bosques, determinando la inundación de zonas con una rica flora y fauna que desaparece, etc.). Puesto que todos los poderes públicos vienen obligados a salvaguardar el medio ambiente, en todas estas decisiones ha de haberse sopesado seriamente los menores daños y la necesidad sustentada de un interés general

aunque distinto de la tutela del medio ambiente. Quiero decir con ello que el cambio de titularidad por sí solo no es garante de un medio ambiente no degradado y que, quizá, los esfuerzos debieran encaminarse por otros derroteros: medidas preventivas, determinación de formas de actuación o aprovechamiento por parte de los propietarios de bienes situados en esas zonas declaradas de utilidad pública, en razón de medio ambiente (ver art. 10.3 Ley 4/1989, de 27 de marzo) o en todo caso que tiendan al cese de actividades contaminantes y fomenten no tanto la reparación cuanto la restauración, no permitiendo llegar a situaciones irreversibles.

El Tribunal Constitucional, sin embargo, en algunas de las ocasiones en que ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este punto, sobre la adecuación o no del remedio adoptado por el legislativo, por ejemplo respecto a la Ley de Aguas (sobre la alternativa de la demanialización de las aguas frente a otras soluciones técnicas), ha declarado que: si el poder legislativo opta por una configuración legal de una determinada materia o sector del Ordenamiento «no es suficiente la mera discrepancia política para tachar a la primera de arbitraria, confundiendo lo que es arbitrio legítimo con capricho» (STC 99/1987, FJ 4 y 227/1988 FJ 7).

Vinculaciones/limitaciones y expropiación (art. 33.2/art. 33.3 CE)

En el último de los fundamentos (FJ 8) se intenta dilucidar si en dicha Ley se produce, como afirman los recurrentes, una expropiación legal. No es así a juicio del Tribunal Constitucional, para quien no existe expropiación en el sentido constitucional, la Ley realiza en los artículos 14-22 «una configuración de los derechos existentes sobre dichos terrenos que no supone en sí misma privación de propiedad alguna ni de bienes y derechos patrimoniales, sino sólo el *establecimiento de las limitaciones generales y específicas* que respecto de los usos y actividades hayan de establecerse en función de la conservación de los espacios y especies a proteger». En definitiva, para el Alto Tribunal hay limitaciones que no son susceptibles de generar una obligación de resarcir o indemnizar al propietario afectado por ellas. Si esto es así, habría que aclarar que no son limitaciones, puesto que configuran de nuevo un derecho, y si lo son, esto es, si recortan facultades propias de un derecho configurado con anterioridad, entonces llevaría aparejada la obligación de resarcir. No afecta, no obstante, hasta ese punto la cuestión de los derechos adquiridos que pocas veces y cada vez de forma más reducida se tienen en cuenta (levemente y transformados en la Ley de Aguas y Ley de Costas). En la Ley de la Comunidad de Madrid objeto de esta sentencia se consideran para marcar la frontera de la expropiación en la alteración o no de los aprovechamientos tradicionales en los terrenos.

Aborda también otras denuncias respecto a limitaciones consideradas por la Ley como no indemnizables con semejantes argumentos y recuerda la doctrina contenida en la Sentencia 37/1987 donde se reconoce la dificultad para encontrar el límite existente entre la privación de un derecho patrimonial y su delimitación legal amparándose en la función social, si bien éste entiende se encuentra en no sobrepasar las barreras más allá del «contenido esencial», el cual, a pesar de todo, sigue siendo una incógnita por la reformulación a que está siendo sometido en los últimos años por disposiciones legales y por finalidades muy variadas, aunque concluye cómo ello no da «*absoluta libertad a los poderes públicos*», de tal forma que llegue «*a anular la utilidad meramente individual del derecho*». «Las limitaciones del derecho de propiedad que introduce la Ley madrileña con carácter no indemnizable *no vulneran el contenido esencial de los derechos afectados al tratarse de medidas tendentes a proteger el espacio natural*, según la distinta calificación del terreno y en cumplimiento del mandato que impone el artículo 45 de la Constitución».

Pueden extraerse distintas conclusiones:

— que la finalidad de proteger el medio ambiente legitima como limitación no indemnizable cualquier recorte de derechos que se apoye en el artículo 45;

— que la libre transmisibilidad de derecho parece ser el auténtico ataque al medio ambiente y no el destino, finalidad del bien, utilización del mismo, etc.;

— que es deseable para obtener esa adecuada protección un trasvase de titularidades a manos públicas y que tácitamente se establece la presunción de que el Estado (léase CCAA, etc.) es mejor propietario y ejercita su derecho siempre con respeto a la función social a la que alude la Constitución;

— que la protección del medio ambiente es un límite configurador del concepto de derecho de propiedad (más allá que un principio informador), traducción concreta del más amplio concepto de la función social, si bien y eso no lo dice, superando tácitamente un distinto enclave sistemático en la Constitución: no en el artículo 33, sino en el artículo 45 y dentro de los principios rectores. Las resoluciones del Tribunal Constitucional lo han elevado de rango (afortunadamente por lo que se refiere al valor o valores que encierra el art. 45) y por tanto mejorado su tutela jurídica. Es decir, las intenciones son buenas, pero en estos fallos tenemos la sensación de que se abandona con gran esfuerzo dialéctico la técnica jurídica en aras de finalidades encomiables, pero a las que hay que llegar por otras sendas jurídicas, si bien tales esfuerzos por justificar disposiciones estatales o autonómicas no se ven compensados en la práctica con la eficacia de las mismas: ver los más variados comportamientos que con total impunidad están degradando de verdad el medio ambiente y no sólo el ejercicio de los derechos

patrimoniales de los particulares y menos los propietarios de **fodos** rústicos. Cómo justificar luego la pasividad de la Administración ante la infracción continuada de la normativa sobre ruido, sobre vertidos, sobre actividades molestas e insalubres, sobre la utilización de innumerables pesticidas perjudiciales para la salud humana y la supervivencia de cientos de especies, la «incontrolada» concesión de licencias, etc. Incluso en la LAU (art. 114.8) no se consideran actividades molestas aquellas que realicen determinados organismos públicos, o mejor dicho «la resolución de contrato por causa de notoria incomodidad no procederá en los siguientes casos: 1.º Cuando los locales estuvieren arrendados con destino a oficinas de servicios del Estado, provincia, municipio, Iglesia católica o corporaciones de Derecho público», entre otros (118).

Se entiende en cambio que la Ley cumple con el respeto al contenido esencial cuando los vínculos que se impongan «no resulten incompatibles con la utilización tradicional y consolidada de los predios». ¿Cómo entender entonces dicho contenido esencial con las obligaciones que se imponen al propietario de fondos rústicos, de una utilización adecuada de los terrenos, de una renovación y modernización de cultivos, técnicas, etc., para conseguir un desarrollo de la explotación acorde con la función social del suelo agrario que ha de cumplir? En este caso, función social y protección del medio ambiente serían límites contrapuestos; y no deben serlo (119). La propia Ley de 1989 de espacios naturales lo reconoce también en su artículo 9.1 y en su artículo 2, después de definir sus encomiables objetivos, encomienda a las *Administraciones la obligación de velar por el mantenimiento y conservación de los recursos naturales con independencia de su titularidad o régimen jurídico*. Es una forma más y residual de respetar ciertos derechos adquiridos, pero sin considerar incluidas las expectativas de futuro (es el caso de la Ley de Aguas, vid. STC 227/1988, pero «congelándolos» en su alcance material actual).

El propio Tribunal reconoce que la técnica se avala también por ser ya habitual en el artículo 87 de la Ley del Suelo o en la Ley de Aguas (ver

(118) Vid. al respecto ALONSO PÉREZ, *La lucha contra las inmisiones molestas y nocivas: Especial consideración de los medios jurídico-civiles (En defensa de los consumidores de medio ambiente de salud y bienestar)*, en preparación para publicar, especialmente pág. 61.

(119) Vid. Exposición de Motivos de la Ley Andaluza de 3 de julio de 1984 de Reforma Agraria que al referirse al concepto de la función social agraria señala que «su sustancia no es puramente economicista, siendo de destacar, entre otras, el específico hincapié que se hace en que el ejercicio del derecho de propiedad sobre la tierra ha de tener también como finalidad la *conservación del suelo y la protección de la naturaleza*». Vid. también DE LA VALGOMA y M. RODRÍGUEZ-MONGE, «El derecho de propiedad y el medio ambiente», en *Derecho y ambiente*, Madrid, CEOTMA, 1981, pág. 191; E. MORENO TRUJILLO, *op. cit.*, págs. 169-173.

STC 227/1988). Sin embargo, la cuestión puede ser otra; que la medida no sea la más adecuada, porque el respetar la utilización tradicional de los predios no siempre salvaguarda mejor el medio ambiente y, sin embargo, limita la utilidad individual de la propiedad e incluso recorta o impide una adecuada explotación del bien.

Finalmente, y como no podía ser menos, sigue reconociendo *la dificultad de su apreciación en los casos concretos* y por ello confía a la valoración de las autoridades competentes y a la facultad de revisión de los órganos judiciales.

B) *STC 149/1991, de 4 de julio, que resuelve los recursos de inconstitucionalidad acumulados 1689, 1708, 1711, 1715, 1717, 1723, 1728, 1729, 1740/1988 interpuestos contra la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas*

La complejidad de esta sentencia sólo es comparable con la de la Ley y el Reglamento de Costas a los que directa o indirectamente va referida por su extensión, por la multitud de preceptos impugnados, por la naturaleza de las cuestiones tratadas, etc. Vamos a referirnos aquí, y para concluir, a una muy pequeña parte de la misma para completar el catálogo de asuntos tratados en las sentencias ya vistas o para reafirmar la doctrina allí sustentada.

En un nuevo discurrir por la clarificación de la idea de función social de la propiedad resalta esta sentencia cómo ésta opera no sólo en abstracto, sino también en concreto, en relación con las distintas clases de bienes sobre los que el dominio recae. El legislador puede establecer en consecuencia regulaciones distintas de la propiedad en razón de la naturaleza propia de los bienes y en atención a características generales de éstos, como en el caso, la de su proximidad o contigüidad respecto del dominio público marítimo-terrestre. Por si no hubiera podido deducirse antes de los comportamientos soluciones y justificaciones descritas, los remedios puestos en práctica por el legislador en distintas leyes que acertadamente han sido definidas por LOBATO como el camino de recortes del derecho de propiedad, sobre todo si no se interpretan correctamente, del Código Civil y el paso del monosistema al polisistema, vemos claramente a través de este fallo del Alto Tribunal devienen injustificados en su aplicación generalizada, al uniformar finalidades y necesidades muy diversas hasta el punto que sirven tanto para la protección, supuesta, de especies a extinguir o a la conservación inalterada de espacios que han de conservar ese entorno virgen, poco explotado, con ecosistemas propios, etc., con aquellos otros donde preponderan los intereses de una correcta explotación de la zona de playa: Por ejemplo, el artículo 30 de la

Ley de Costas, donde se da prioridad al desarrollo de la zona costera (120) frente a la protección del medio ambiente del artículo 45 de la Constitución. En el apartado segundo admite también la posibilidad de vertidos siempre que se haya obtenido previa autorización (volvemos al principio de la tan criticada «tolerabilidad») y de las actuaciones contaminantes legalizadas o «bendecidas» por la autorización de la Administración y que llevan normalmente la degradación del medio en el que se asientan más allá de lo que las autoridades han podido concebir inicialmente. Pero frente a la reglamentación que lo sustenta nada habría que objetar.

Son tales ejemplos una muestra más de bienintencionadas finalidades a través de inadecuadas (o no las más adecuadas) soluciones jurídicas que van en contra del derecho de propiedad, pero también contra el derecho a la salud y a un ambiente limpio. Seguramente porque la todavía incipiente preocupación tuitiva del legislador por el medio ambiente, no siempre bien entendida, es respondida en la actualidad por una legislación dispersa y confusa (121) en la que se entremezclan distintos intereses tutelables pero a los que seguramente se adaptan con distinta eficacia los instrumentos elegidos.

En relación a este artículo 30, de manera particular dice el Tribunal Constitucional lo siguiente: Los criterios impuestos por este precepto responden a la *protección del demanio*, si bien no podemos entender demasiado lo que aduce a renglón seguido «no en su integridad física, pero sí, sin duda, en la preservación de sus características naturales y en particular en la de sus valores paisajísticos», salvo si se refiere exclusivamente a las pantallas arquitectónicas o acumulación de volúmenes, materia que difícilmente puede entenderse desligada de la ordenación urbanística (122), pero

(120) Vid. LOBATO, *op. cit.*, pág. 29.

(121) R. MARTÍN MATEO, *Elementos del Derecho ambiental*, Sistema, noviembre 1991, pág. 25: «La legislación ambiental es en todos los países variada, dispersa y frecuentemente confusa, habiéndose aludido a una legislación furibunda, a un «maquis» jurídico técnico, a un aluvión legislativo, etc. En realidad podemos detectar tres tipos de normas: unas que constituyen simple prolongación o adaptación a las circunstancias actuales de la legislación sanitaria o higienista del siglo pasado y de la que, también en épocas anteriores, protegía al paisaje, la fauna y la flora; otras de cuño moderno y de base ecológica, aunque de dimensión sectorial, para el aire, el agua, el ruido, etc., y otras por fin más ambiciosas, que intentan conectar la interrelación de los factores en juego, recogiendo en una normativa única todas las reglas relativas al ambiente.»

(122) LOBATO, *op. cit.*, págs. 29-30. El precepto hace una previsión tan genérica de reserva de aparcamientos que ni se determina su cuantía ni se sabe si coincide con lo previsto en el artículo 28.2, si se han de añadir a los previstos con carácter general en la legislación urbanística o integrarse en ellos ni cuál será su titularidad; tampoco si hay que cederlos gratuitamente, si han de ser expropiados, quién ha de financiarlos o explotarlos.

Como señala ORTEGA GARCÍA, «Implicaciones urbanísticas de la Ley de Costas», *RDU*, 1989, pág. 296, existe una total discrecionalidad en algunas determinaciones de

no en relación a las reservas de aparcamiento. Descarta así, y de forma global, la inconstitucionalidad de las *limitaciones y servidumbres previstas en el título II de la Ley* (y con ella la de los arts. 6.1, 12.5 y 15, tít. I, por su conexión con las mismas), amparándose en este punto, para evitar un conflicto de competencias, a las que corresponden al Estado en legislación básica en materia de medio ambiente. Quizá con esto corramos el riesgo de utilizar el medio ambiente como escudo protector para disimular defectos técnicos de las normas (123).

No se trata de impedir el acceso mayoritario de personas que puedan dañar el entorno, ni siquiera de vehículos que contribuyen gravemente al deterioro y pueden ocasionar otros daños tanto a bienes de dominio público o privado, sino precisamente a permitir la afluencia, mejor ordenada, pero masiva en todo caso de usuarios, como si el llevar al máximo el principio de la propiedad como el derecho de no excluir a nadie... fuera una mejor forma de proteger el medio ambiente que para una mayor garantía debe contemplarse en el seno de la función social de la propiedad: podríamos resumirlo diciendo que el uso exclusivo por el propietario privado se presume contrario a la protección del ambiente, pero no si esa utilización se generaliza al mayor número de ciudadanos posible. Lo cual es una barbaridad y muestra de nuevo cómo en ese intento de legislar llevando al máximo los principios en cada parcela propicia las contradicciones y decaen los verdaderos fundamentos jurídicos; de ahí las reservas de suelo para aparcamientos de vehículos en cuantía que garantice el estacionamiento fuera de la zona de servidumbre de tránsito (124). Sin embargo, con ello también se está fomentando el turismo como una actividad generadora de riqueza otro de los intereses que el Estado ha de promover.

La garantía expropiatoria del artículo 33.3 de la Constitución

Muy interesantes son las apreciaciones generales sobre las disposiciones transitorias:

la Ley de Costas. En el mismo precepto y en lo relativo a cuestiones que parecen más declaración de intenciones, la regla es también la generalidad.

(123) Si bien en la Exposición de Motivos de la Ley se argumenta con convicción: «... la presente Ley se contrae a la definición de las condiciones básicas para el ejercicio de ese derecho en los mencionados terrenos y trata de asegurar la efectividad del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, así como el deber de conservarlo». Considera de especial interés el título dedicado a la protección del dominio público marítimo-terrestre, en el que se establecen una serie de limitaciones a la propiedad de los terrenos colindantes.

(124) Una auténtica redundancia con lo que por definición supone una servidumbre de tránsito, señala MORENO CANOVES, *Régimen jurídico del litoral*, Madrid, 1990, pág. 178.

El argumento central del recurso en relación a estas disposiciones es que se viola el artículo 33.3 de la Comunidad, si bien el Tribunal Constitucional recuerda que no puede tomarse en consideración este apartado de forma aislada, sino en una interpretación conjunta con el precedente.

Este esbozo de lo que va a ser el argumento final del Tribunal Constitucional, como en otros fallos precedentes, pone de manifiesto, a nuestro modesto entender, que lo que se exalta en el artículo 33 de la Constitución como valor fundamental es «la función social» (125) pese a los temores de algunos sectores y no el derecho de propiedad que permanece como punto de apoyo o de referencia, y que, en definitiva, la garantía del artículo 33, en relación al 53 del mismo texto, se entiende referida ya a dicha función (como su instrumento último) y no al derecho. Como declaraciones de principios en todos los fallos se reconoce como punto de partida y, como no puede ser menos, ante la literalidad del precepto constitucional; pero ahí termina todo. La función social, tan importante concepto, suena a veces a «comodín», siendo tan trascendente su papel de doble límite para el propietario y la Administración. No se declara concretamente cuál es el contenido esencial de la propiedad, pero se amplía sin límites y constantemente el de la función social de la propiedad.

El argumento es, por otro lado, no respetar el párrafo 3.º, es decir, dando por buena la *causa expropriandi* (también la función social es generadora de limitaciones en sentido estricto y en el más extremo de la expropiación), no señalar indemnización alguna a privaciones del derecho de propiedad. El propio ponente lamenta no poder contestar con las ya conocidas manifestaciones de las Sentencias 111/1983 ó 37/1987. Entiende entonces que los recurrentes alegan que sea cual sea el contenido esencial de la propiedad, el régimen jurídico no puede ser alterado sin indemnizar a los propietarios por la privación de sus derechos o de simples facultades. Y parece evidente esa posición, no es necesaria la ablación del «derecho» en su totalidad para ser necesaria la indemnización, ésta vendrá moderada por la proporcionalidad al recorte de derechos o facultades (de privación habla el art. 33.3 CE) ocasionados, pero no a la existencia de una pérdida total y no en la parcial. Por otra parte, conocida la doctrina precedente del Tribunal Constitucional, incluso la esgrimida en esta sentencia respecto a otros preceptos, resulta baldío discutir ya sobre el «pretendido» contenido esencial del derecho de propiedad y sus confines; quizá por ello sólo queda defender por lo menos la última garantía constitucional (ese derecho a recibir una compensación

(125) De esta forma tendríamos que dar la razón a quienes de la forma más rotunda han venido defendiendo que la propiedad es exclusivamente una función, no un derecho, y que el propietario no es sino una suerte de funcionario (DUGUIT, «La propiedad, función social», en *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código Napoleón*, Madrid, 1912).

económica a la que se refiere, entre otras, la STC 37/1987). Seguramente los recurrentes entienden también que la función social (quizá en este caso la utilidad pública) está suficientemente probada en estos casos, pero no suficientemente garantizados los derechos del propietario. La duda por parte del ponente podría hacernos pensar que él también se plantea la posible intromisión en el contenido mínimo del derecho de propiedad, incluso de este derecho de propiedad de terrenos próximo al dominio marítimo-terrestre.

Y después, aun reconociendo que no son válidos los argumentos ya expresados en otras ocasiones, los retoma a través de una nueva utilización de la función social para justificar la no indemnización. Considera entonces que la función social no actúa sólo en abstracto, sino de manera concreta en relación con las distintas clases de bienes, y ese es uno de esos casos. «El legislador puede establecer en consecuencia regulaciones distintas de la propiedad en razón de la naturaleza propia de los bienes y en atención a las características generales de éstos, como es, en el caso que ahora nos ocupa, la de su contigüidad o proximidad respecto del dominio público marítimo-terrestre». Si lo interpretamos como se propone a la vista del párrafo anterior, se entiende que esa proximidad es ahora la «función social» de esta propiedad, y eso creo que es excesivo considerarlo como conformador de este concepto o contenido de propiedad y, por tanto, no objeto de indemnización, y como lo es igualmente considerar que la posibilidad de llevar a cabo distintas regulaciones puede alcanzar a dar un distinto trato en la cuestión indemnizatoria que es la que se debate.

La conclusión final en modo alguno es desdeñable para el jurista: «No es tarea propia de este Tribunal la de mediar en la disputa dogmática acerca de si estas normas que disciplinan la propiedad sobre determinados géneros de bienes delimitan el contenido propio de diversas formas de propiedad o, siendo ésta una institución única, son más bien limitaciones que al propietario se imponen en razón de naturaleza de los bienes. Lo que sí conviene subrayar es *que las limitaciones introducidas con carácter general en el capítulo II de la Ley, como los meros cambios legislativos, aun cuando impliquen una restricción de los derechos (o simples facultades) que antes de él se tenían no implica necesariamente privación de derechos que permita, en consecuencia, exigir la indemnización que el artículo 33.3 garantiza*». Dando por bueno que se constituya un nuevo tipo de propiedad o un estatuto propio, en modo alguno es contradictorio con el hecho de que determine una extraordinaria mutación en el derecho adquirido y ostentado por los titulares actuales. No cabe apoyarse en el artículo 132.2 CE, que por otra parte se está refiriendo de forma directa a bienes del dominio público; también podría discutirse esa afectación, pero no abarca dicha declaración a todos los terrenos a los que alcanza la Ley.

A juicio del Tribunal Constitucional, «sustraer del comercio privado terrenos que forman parte de la ribera del mar no es una regulación del derecho de propiedad y en consecuencia no puede decirse que las normas que disponen tal sustracción restrinjan o limiten más allá de lo necesario ese derecho. Cosa bien distinta es que la eliminación de los derechos de propiedad existentes sobre terrenos que la Constitución española incorporó al demanio pueda ser considerada como privación de tales bienes y haya de dar lugar, por consiguiente, a una indemnización, pues ésta es cuestión que atañe al respecto de la garantía expropiatoria que la propia Constitución española reconoce».

Creo que se mezclan cosas diversas, **pero** las consideraciones hechas con carácter general se contradicen y resultan chocantes con el sentido de las garantías constitucionales al Derecho de propiedad. Por otra parte, si no se está regulando propiedad, ¿qué se hace? Y si no se regula porque previamente se alude a la posibilidad que el legislador tiene de distintas regulaciones de la propiedad considerando a renglón seguido la de la Ley de Costas como una de ellas.

No se discute que existan argumentos, y de peso, como el mandato constitucional del artículo 132, que lo aconsejen razones de interés general, de seguridad nacional, de disfrute generalizado de los españoles, de una mejor salvaguarda de las costas e, incluso, protección del medio ambiente; pero no todas estas finalidades permiten ignorar cualquiera de los mandatos del artículo 33 en la gradación marcada, reconocimiento del derecho, derecho interpretado y ejercicio a la luz de la función social de la propiedad y que en los casos más extremos cuando dicha función determine privaciones de derechos se establezca una indemnización. No es posible, por tanto, en caso contrario, convertir a la función social en concepto fácilmente transmutable que tan pronto forma parte de la estructura y del concepto de derecho de propiedad como lo informa, lo limita, lo garantiza, porque entonces conceptos jurídicos y no jurídicos (126) entremezclados, utilizados sin uniformidad de criterio y contradictoriamente deslegitiman las actuaciones que le son propias.

La consideración, en suma, de que la existencia de enclaves de propiedad privada en el territorio demanial no puede impedir al legislador regular el uso del dominio público natural en los términos que considere adecuados a su naturaleza no explica que determinadas limitaciones impuestas sean de tal alcance que generen la obligación de indemnizar.

(126) Para DE LOS MOZOS, «la función social de la propiedad no es un concepto jurídico en sentido propio y no se puede poner en el mismo plano que el concepto de propiedad», *La legislación agraria y la garantía constitucional de la propiedad*, en *Derecho agrario autonómico*, Universidad de Oviedo, 1991, pág. 389.

Se aprecia una laguna importante en la disposición transitoria 1.^a, párrafo 1 (127), para considerar o no la existencia de indemnización por su transformación en concesión, laguna que ha venido a llenar el Reglamento posteriormente y de nuevo el Tribunal Constitucional utiliza en la resolu-

(127) «Que no cabe hablar de inexistencia de indemnización es cosa evidente. Si la expropiación se opera precisamente por la transformación de la propiedad en concesión, el valor económico de ésta no puede ser entendido sino como compensación, determinada *opes legis*, por la privación de título dominical. La relación entre expropiación y conversión del título, de una parte, y la naturaleza compensatoria de la concesión que se otorga, de la otra, no aparecían tal vez con absoluta nitidez en la propia Ley, que daba a los propietarios el plazo de un año para solicitar dicha conversión y no ofrecía solución alguna para el supuesto de que se dejara transcurrir ese plazo sin cursar la solicitud. El desarrollo reglamentario de esa norma (DT 1.^º2 Regl. General) al ordenar a la Administración que, de oficio, otorgue la concesión cuando se hubiera agotado el plazo para solicitarlo, vino a llenar esa laguna e hizo patente que se trata, en efecto, no de una libre opción, sino de una decisión expropiatoria en la que es la Ley misma la que fija el *quantum* de la indemnización. Esta verificación es el punto de partida obligado del análisis de la impugnación, que, como decíamos antes, aduce la violación de dos artículos constitucionales, el artículo 33.3 y el 24.»

(...) De otro lado, (...) nada impide, naturalmente, que los afectados por la expropiación puedan impugnar ante la jurisdicción competente el acto administrativo de conversión de su título dominical en título concesional para deducir ante ella las pretensiones que estimen frente al mismo» [FJ 8.a)]. La pregunta que cabría hacerse es de qué forma podría alegarse con éxito tales pretensiones por aquellos que hayan solicitado la conversión e, incluso, por aquellos a los que se le aplica de oficio, si el acto administrativo se ciñe exquisitamente a lo previsto en la Ley y el Reglamento de Costas. Habría que recordar aquí que respecto a la Ley de Aguas el Tribunal Constitucional ni siquiera considera que dicha expropiación cuando la concesión que haya de obtenerse en caso de incremento de los caudales utilizados o modificación del régimen de explotación se extienda obligatoriamente a toda la explotación. En este supuesto la decisión de incrementar corresponde libremente al interesado y, por tanto, «se trata de una nueva transformación voluntaria del derecho originario» (S. 227/1988, de 29 de noviembre). O también habría que recordar el voto particular a la Sentencia 166/1986, de 19 de diciembre, del Magistrado Rubio Llorente, para quien los artículos 1 y 2 de la Ley 7/1983 hacen imposible que los titulares de los bienes expropiados puedan ejercitar el derecho de una tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24 de la Constitución que es el Ponente de la Sentencia que nos ocupa ahora, si bien el peculiar supuesto de hecho y el instrumento jurídico empleado en aquella ocasión hacen difícilmente extrapolables los argumentos utilizados. Sin embargo, es interesante tener en cuenta que en aquel caso señala que: «En lo que disiento radicalmente es en la estimación de que también hay posibilidad de tutela judicial (y, por tanto, respecto del art. 24.1 de la Constitución, legitimidad constitucional), frente a la transgresión del derecho a que la expropiación no se produzca si no es por causa justificada de utilidad pública o de interés social. Para demostrar lo insostenible de esta tesis basta con recordar que en nuestro Derecho ni la jurisdicción constitucional forma parte del Poder judicial, ni cabe el recurso de amparo frente a las leyes, ni puede reducirse el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva a la posibilidad de pedir a un Juez o Tribunal que plantee ante el Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad en términos abstractos basada sólo en las dudas que albergue el órgano proponente y sin que exista siquiera la posibilidad de que el autor de la petición (titular del derecho) comparezca ante nosotros en defensa de su tesis.»

ción el recurso del *ius superveniens* al momento del planteamiento del recurso (en este caso los recursos) de 1988.

Así ocurre también en relación al apartado 3 de la misma disposición transitoria que prevé la problemática que se plantee a raíz del deslinde que se realizará en aquellos tramos de costa en que el dominio público marítimo-terrestre no esté deslindado o lo esté parcialmente. Dicha operación puede originar la privación de derechos y el Tribunal reconoce que daría lugar a la impugnación del precepto por no contemplarse compensación alguna, si bien tal dificultad se ha salvado en las disposiciones transitorias 3.^a y 4.^a del Reglamento, dando el mismo tratamiento a estas situaciones que a las contempladas en la disposición transitoria 1.^a de la Ley. Interpretada así la disposición transitoria 1.^a de la Ley puede ser mantenida.

De alguna forma estas normas contenidas en el Reglamento y que salvan las lagunas que se producen, lo reconoce así el Tribunal, en la Ley, así como aquellas otras vías que veíamos en la sentencia precedente, permite mantener el texto de la Ley aun a costa de su imperfección técnica, de su oscuridad y de la necesidad de constantes aplicaciones analógicas que no son origen sino de conflictos y pleitos innecesarios [ver FJ 8B —b), c) y d)—]. Como también lo es la penosa obligación impuesta a los titulares privados de sus derechos de acudir a los Tribunales en busca de una sentencia para obtener los «beneficios» otorgados en la Ley a los que ya tienen sentencia firme (así lo aconseja esta sentencia en distintas ocasiones), porque el título (la inscripción registral) (128) no es suficientemente fuerte, aunque nos queda la duda de que la Ley pueda ser interpretada de modo que una sentencia obtenida con posterioridad sirva en el sentido de la Ley que

(128) Ver Fundamento Jurídico 8 sobre disposiciones transitorias en el apartado c): «El apartado 2.º de esta disposición transitoria 1.ª se ocupa del problema que plantea la existencia sobre la zona marítimo-terrestre o playas de titularidades dominicales amparadas por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, aunque no declaradas por sentencia judicial firme (...) «La reducción, que en este caso tiene el valor de la compensación impuesta por la Ley, en relación con los dos supuestos antes estudiados, tiene su justificación, en principio, en la mayor debilidad del título. Una cosa es, claro está, una sentencia judicial, y otra bien distinta una inscripción registral, pues aun prescindiendo del hecho, bien sabido, de que entre nosotros la inscripción registral da fe de la validez del título, pero no de la realidad física del bien a que éste se refiere, es claro que frente a la notoriedad del carácter público de la zona marítimo-terrestre la existencia de títulos inscritos en el Registro en los que se señale como linderos de la finca "el mar" o, a veces, incluso, un país extranjero "mar por medio" no pueda fundar la afirmación de una efectiva titularidad dominical.

Pese a ello, tampoco cabe pasar por alto el hecho de que, en ocasiones, la inexistencia de una sentencia judicial firme puede deberse al hecho de que la Administración no hizo uso, tras el deslinde de las acciones judiciales dirigidas a invalidar el título que se le oponía y que, en consecuencia, el titular registral se ve colocado en una situación más desfavorable justamente como consecuencia de la anterior inactividad de la propia Administración.»

en la disposición transitoria 1.1 se refiere a sentencias firmes previas. La «fortaleza» habrá de ser probada por el propietario cuando su situación se debe a la pasividad de la Administración, como reconoce el Tribunal Constitucional y en procedimiento que inicie aquél no se sabe muy bien frente a qué. La diferencia de trato si no se alcanza esa sentencia y se acepta por la autoridad competente después es notable. Y el Tribunal recurre a esa intrincada labor interpretadora cuando sería mejor, en aras de la seguridad jurídica, una Ley clara que no precise de reglamentos que la reelaboren.

«Por último (...) —sostiene el Tribunal—, que no cabe imputar a esta disposición transitoria 3.^a vulneración alguna de la garantía expropiatoria sancionada en el artículo 33.3 de la Constitución, pues la fijación y la regularización de las limitaciones a las propiedades colindantes al dominio público marítimo-terrestre que por razón de la protección de éste y del medio ambiente se establecen en el título II de la Ley, aparecen plenamente justificadas constitucionalmente (art. 33.2 CE) y por ello, y de acuerdo con lo ya dicho en el apartado A) de este fundamento, no pueden ser consideradas como expropiaciones *strictu sensu*».

El Tribunal Constitucional está llevando a cabo suficientemente lejos aquello que ya sostuviera en sentencias previamente expuestas, en el sentido de que la expropiación no es ya un instrumento negativo, sino uno positivo que permite «el cumplimiento de sus fines de ordenación y conformación de la sociedad» (129). Pero también debe seguir teniendo presente que el propio Tribunal ha destacado cómo la expropiación se incorpora al contenido y significado del artículo 33 como garantía del derecho de propiedad privada.

Se exaltan, pues, claramente ya a lo largo de numerosos fallos del Alto Tribunal, y pese a insistir en la unidad interpretativa del artículo 33 de la Constitución, los párrafos 2.º y 3.º frente al 1.º, esto es el concepto de

(129) Sentencia 166/1986, de 19 de diciembre:

«La expropiación forzosa se concibe en los orígenes del Estado liberal como último límite del derecho natural, sagrado e inviolable, a la propiedad privada y se reduce, inicialmente, a operar sobre bienes inmuebles con fines de construcción de obras públicas. La transformación que la idea del Estado social introduce en el concepto del derecho de propiedad privada al asignarle una función social con efectos delimitadores de su contenido y la complicación cada vez más intensa de la vida moderna, especialmente notable en el sector económico, determinan una esencial revisión del instituto de la expropiación forzosa, que se convierte, de límite negativo del derecho absoluto de propiedad, en instrumento positivo puesto a disposición del poder público para el cumplimiento de sus fines de ordenación y conformación de la sociedad a imperativos crecientes de justicia social, frente al cual el derecho de propiedad privada tan sólo garantiza a su titular, ante el interés general, el contenido económico de su propiedad, produciéndose paralelamente un proceso de extensión de la expropiación forzosa a toda clase de derechos e intereses patrimoniales y a toda categoría de fines públicos y sociales.»

función social y el instrumento de expropiación (130) en aras de la misma frente a la tutela del derecho de propiedad (como institución y también) como derecho individual. Y con todo ello, aunque muchas veces no sea en último extremo así, se está dando la imagen de que el dominio no sólo es elástico, sino que puede llegar a ser tan moldeable como los intereses políticos del momento lo aconsejen, olvidando con ello o al menos creando la confusión sobre una idea que en teoría deja también muy clara el Tribunal Constitucional, que la Constitución reconoce un derecho subjetivo, con un contenido esencial que no puede quebrantarse legítimamente en contra de las garantías establecidas. A pesar de las transmutaciones sufridas en distintas leyes en las que se practican conversiones de un derecho real en derecho de crédito o en mera concesión, una mayor concreción permitiría una seguridad jurídica en torno a la configuración del concepto de propiedad constitucional que aún no se ha encontrado, aunque como hemos intentado mostrar, quizá sin conseguirlo, se hayan trazado ya los esquemas, quizá demasiado condicionados por los supuestos de hecho que lo sustentan, por la mecánica de los recursos planteados y por las propias pretensiones y planteamientos de los recurrentes.

En definitiva, de los planteamientos del Alto Tribunal se aprecia una firme decisión de adoptar los criterios que juegan hoy en el Derecho italiano en esta materia donde la idea de contenido se orienta, como vimos, por la vía de la configuración no indemnizable de derechos de los particulares. Y el problema de la expropiación se plantea frente a las intervenciones singulares, ya que en las intervenciones generales sólo se da la garantía de reserva de Ley.

La función social en la Constitución española aparece como criterio delimitador (131) y no como un conjunto de deberes especiales sancionados por normas especiales, e inserta entre el titular del derecho y la cosa un factor de instrumentalidad de condicionalidad de modo que la tutela constitucional se otorga en cuanto que el poder que se ejerce en la relación jurídica se desarrolla según ciertas formas que se entienden necesarias para obtener una mayor utilidad colectiva y que puede no coincidir con el interés personal (132).

(130) A pesar de que en el voto de seis Magistrados en la Sentencia 111/1983 se recordaba que la llamada «garantía expropiatoria» en él incluida (art. 33.3) *no constituye un derecho distinto del de propiedad, sino una garantía de su contenido*; pero por muy flexible que quiera hacerse la interpretación del verbo afectar «resulta claro que se afecta a un derecho cuando se priva del mismo a su titular».

(131) MONTES, *op. cit.*, pág. 183.

(132) No es una novedad que los derechos subjetivos no se dan nunca en estado puro, sino en el seno de relaciones o de posiciones jurídicas que lo son en cuanto el Ordenamiento las ha tipificado partiendo de la realidad social (derechos de crédito o derechos reales limitados). El propietario es, pues, titular de una posición compleja que

función social y el instrumento de expropiación (130) en aras de la misma frente a la tutela del derecho de propiedad (como institución y también) como derecho individual. Y con todo ello, aunque muchas veces no sea en último extremo así, se está dando la imagen de que el dominio no sólo es elástico, sino que puede llegar a ser tan moldeable como los intereses políticos del momento lo aconsejen, olvidando con ello o al menos creando la confusión sobre una idea que en teoría deja también muy clara el Tribunal Constitucional, que la Constitución reconoce un derecho subjetivo, con un contenido esencial que no puede quebrantarse legítimamente en contra de las garantías establecidas. A pesar de las transmutaciones sufridas en distintas leyes en las que se practican conversiones de un derecho real en derecho de crédito o en mera concesión, una mayor concreción permitiría una seguridad jurídica en torno a la configuración del concepto de propiedad constitucional que aún no se ha encontrado, aunque como hemos intentado mostrar, quizá sin conseguirlo, se hayan trazado ya los esquemas, quizá demasiado condicionados por los supuestos de hecho que lo sustentan, por la mecánica de los recursos planteados y por las propias pretensiones y planteamientos de los recurrentes.

En definitiva, de los planteamientos del Alto Tribunal se aprecia una firme decisión de adoptar los criterios que juegan hoy en el Derecho italiano en esta materia donde la idea de contenido se orienta, como vimos, por la vía de la configuración no indemnizable de derechos de los particulares. Y el problema de la expropiación se plantea frente a las intervenciones singulares, ya que en las intervenciones generales sólo se da la garantía de reserva de Ley.

La función social en la Constitución española aparece como criterio delimitador (131) y no como un conjunto de deberes especiales sancionados por normas especiales, e inserta entre el titular del derecho y la cosa un factor de instrumentalidad de condicionalidad de modo que la tutela constitucional se otorga en cuanto que el poder que se ejerce en la relación jurídica se desarrolla según ciertas formas que se entienden necesarias para obtener una mayor utilidad colectiva y que puede no coincidir con el interés personal (132).

(130) A pesar de que en el voto de seis Magistrados en la Sentencia 111/1983 se recordaba que la llamada «garantía expropiatoria» en él incluida (art. 33.3) *no constituye un derecho distinto del de propiedad, sino una garantía de su contenido*; pero por muy flexible que quiera hacerse la interpretación del verbo afectar «resulta claro que se afecta a un derecho cuando se priva del mismo a su titular».

(131) MONTES, *op. cit.*, pág. 183.

(132) No es una novedad que los derechos subjetivos no se dan nunca en estado puro, sino en el seno de relaciones o de posiciones jurídicas que lo son en cuanto el Ordenamiento las ha tipificado partiendo de la realidad social (derechos de crédito o derechos reales limitados). El propietario es, pues, titular de una posición compleja que

Ello lleva a determinar los límites de tolerabilidad de la intervención del Estado sobre derechos que para no perder su esencia han de mantener una *cierta posibilidad de expandirse en una esfera de autonomía* aunque sea reducida; de este modo habrá que evitar una valoración del ejercicio del derecho confiada a la mera discrecionalidad del Juez o de la Administración pública, lo que significaría la abolición del derecho de propiedad. Pero aun así no se agota la problemática de descubrir ni el contenido esencial ni el propio alcance de la función social, eminentemente cambiante por la sociedad, su realidad histórica y el conjunto de necesidades correspondientes: la propiedad no tiene contenido apriorístico, sino diversificado y dependiente del interés público, de lo que exija en cada caso el principio de solidaridad o de las exigencias de la comunidad. Y ahí radica especialmente la problemática que llevará a que el Tribunal Constitucional haya de conocer de muchos recursos de inconstitucionalidad, no por mero capricho de quienes los insten en la defensa de sus propias convicciones o por la realidad de intervenciones de las Administraciones públicas contrarias a la garantía constitucional y limitadoras del contenido esencial más allá de las exigencias de la colectividad, sino por la dificultad de concretar de una vez por todas criterios fiables y objetivos que den seguridad suficiente del ámbito de actuación de propietarios y Administraciones públicas (133). Argumentación esta que casi de forma profética realizaba en 1980 MONTES y que hoy la estamos constatando, y aquí he intentado demostrarlo mínimamente, a través del análisis de una buena parte de importantes fallos del Tribunal Constitucional condicionada la selección por el parámetro del medio ambiente.

MARÍA JESÚS MORO ALMARAZ
Profesora Titular de Derecho Civil
de la Facultad de Derecho de Salamanca

se compone de derechos y deberes. De este modo la solidaridad impondría una «reducción» dominical, pero no alteraría su esencia: se sigue caracterizando *por el señorío pero dentro de un núcleo reducido*, esto es, rodeado de un cerco de límites y de deberes personales (ver BARASSI, *La proprietà nel nuovo Codice Civile*, 2.^a ed., Milano, 1943, págs. 166-167).

(133) MONTES, *op. cit.*, págs. 193-196.