

El ambiente como bien jurídico

*José Juan González M. **

Cuando se habla de derecho ambiental, se da por supuesto que ambiente tiene la categoría de un bien jurídico, sin embargo, tal afirmación sólo es posible si se actualizan las siguientes premisas: que éste sea reconocido e incorporado al orden jurídico, ya sea en el plano constitucional, de la legislación secundaria o de la jurisprudencia; que se le otorgue autonomía respecto de los elementos que lo integran, esto es que sea tratado como un todo; que el orden jurídico resuelva sobre la titularidad del mismo; y, que el derecho positivo establezca los mecanismos para su protección y reparación en caso de daño.

When speaking about environmental law, it is taken for granted that the environment has the category of a juridic good; however, this affirmation is only possible if the following premises are actualized: that the environment is recognized and incorporated to the juridic order, in the constitutional level, in the secondary legislation or by the jurisprudence; that it is given autonomy with regard to its integrating elements, that is, it should be treated as a whole; and, that the Positive Law establishes the mechanisms for its protection and restoration in case of damage.

Sumario: Introducción. / 1. El ambiente como bien jurídico autónomo. / 2 La titularidad del bien jurídico medio ambiente. / 2.1. De la propiedad privada del ambiente a la función ambiental de la propiedad. / 2.2. De la idea de propiedad colectiva a la consideración ambiente como bien común. / Conclusiones

Introducción

El ambiente no fue en principio un concepto jurídico,¹ de él se ocuparon en un primer momento las ciencias no jurídicas como la biología,² la sociología,³ la geografía⁴ y

es hasta muy recientemente cuando el derecho ha intentado redefinirlo.⁵

Sin embargo, como señala Cabanillas Sánchez, "No resulta nada sencillo establecer con cierto rigor el significado jurídico del medio ambiente, ya que, como se ha dicho repetidamente, el medio ambiente resulta ser un bien indefinido, complejo e integrado por numerosos factores".⁶

Lo que hasta ahora han hecho los juristas es definir al ambiente de diversas maneras, desde distintas perspecti-

* Profesor del Departamento de Derecho de la Universidad Autónoma Metropolitana-A.

1. La noción del medio ambiente o entorno, términos que se traducen al español del inglés environment o del francés environnement, puede ser interpretada de diversas maneras y desde diversos ángulos, Así por ejemplo, el diccionario de la lengua española define al ambiente como "conjunto de circunstancias físicas que rodean a los seres vivos", mientras que por su parte, María Moliner en su Diccionario del uso del español señala que ambiente es el "Conjunto de condiciones que influyen en el desarrollo y actividad de los organismos"
2. Bajo esta perspectiva el ambiente ha sido definido como "La combinación de todas las cosas y factores externos a un individuo o población de los organismos en cuestión", Nabel, Bemard y Richard T. Wright. *Environment! Science. The way the world works*. 5ª. Ed. New Jersey, Prentice Hall, 1996, pp. 672.
3. A ese respecto, la Escuela de Chicago puede ser considerada como la pionera de la sociología medioambiente. José Prades expone los orígenes de la conceptualización del ambiente por parte de la sociología diciendo "Habiendo comenzado en los tiempos de la primera guerra mundial, cuando viven todavía Weber y Dirckheim, la Escuela de Chicago (Park, 1916; 1936; Park y Burgess, 1921; McKenzie, 1968; con la ayuda de sus discípulos y de sus colaboradores) recoge

en cierta manera la tradición de la ecología vegetal y animal e inicia una nueva rama de la sociología que se llamará «ecología humana» o «ecología urbana». *Sociología y medio ambiente*. En: Ballesteros, Jesús y José Pérez Adán, editores. *Sociedad y Medio Ambiente*. Madrid, Trotta, 1997, pp. 15.

4. Entre los científicos experimentales, el medio ambiente suele ser definido como "las condiciones químicas, físicas y biológicas que rodean a un organismo" y que se compone de dos vertientes: el medio abiótico, físico y químico y el medio biótico.
5. Dice Jesús Jordano Fraga " La definición que sirve como punto de partida, pero no necesariamente como punto de destino, es la suministrada por las ciencias no jurídicas". Jordano Fraga, Jesús. *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*. Barcelona, J.M. Bosch editor, 1995, p. 76.
6. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. La reparación de los daños al medio ambiente. *Navarra, Aranzadi*, 1996, pp. 21.

vas y con diversos alcances, pudiéndose distinguir dos posiciones fundamentales: las que postulan una comprensión restrictiva del concepto jurídico de medio ambiente y las posiciones que postulan una concepción del medio ambiente en un sentido amplio.⁷

Dentro de la doctrina iusambientalista, el principal expositor de la posición restrictiva es Ramón Martín Mateo,⁸ quien señala que el concepto ambiente incluye:

"aquellos elementos naturales de titularidad común y de características dinámicas; en definitiva, el agua, el aire, vehículos básicos de transmisión, soporte y factores esenciales para la existencia del hombre sobre la tierra".

Este autor descarta como elemento integrante del ámbito conceptual del medio ambiente, el suelo, pues, aunque puede pensarse que

"entre tales elementos se podría incluir al suelo... la gestión del suelo, o bien se reconduce a la ordenación global del territorio y a la lucha contra la erosión con trascendencia más amplia que la propia gestión ambiental, o bien, a la postre, se conecta con los ciclos del agua y del aire, bien en cuanto a las sustancias depositadas en el suelo y que en aquellos se transportan, bien en cuanto a eventuales alteraciones de estos ciclos al perturbarse las condiciones meteorológicas por obra, por ejemplo, de la deforestación".⁹

Entre los que postulan las concepciones amplias del ambiente podemos ubicar a Alexander Kiss quien señala que el medio ambiente en su sentido más amplio puede ser asimilado a la biosfera en su globalidad.¹⁰ Esta posición es recogida por Raúl Brañes quien sostiene que

"El ambiente debe ser entendido como un sistema, vale decir, como un conjunto de elementos que interactúan entre sí, pero con la precisión de que estas interacciones provocan la aparición de nuevas propiedades globales, no inherentes a los elementos aislados, que constituyen el sistema. Esto implica, por otra parte, que el ambiente debe ser considerado como un todo, o como también, suele decirse holísticamente (del griego *holos*, todo), pero teniendo claro que ese 'todo' no es 'el resto del Universo', pues algo formará parte del ambiente sólo en la medida en que pertenezca al sistema ambiental de que se trate".¹¹

Agrega este autor que esa visión sistémica del ambiente es no sólo fundamental sino también fecunda en consecuencias jurídicas, pues permite delimitar el objeto del derecho ambiental y entender hacia dónde se encamina.¹² Sin embargo, la mera definición del ambiente desde la perspectiva jurídica, es decir desde la perspectiva de los tratadistas de esta disciplina, o incluso su incorporación al un texto legal,¹³ no es suficiente para que considere a éste como un bien jurídico; como dice Borgonovo, citando a Publiatti, "no basta que un complejo de elementos constituyan el objeto de una disciplina jurídica unitaria para que se sostenga sin más deducción que eso constituye un bien en sentido jurídico".¹⁴ Esto último exige además su reconocimiento pleno por parte del sistema normativo.¹⁵

7. A este respecto seguimos la clasificación que propone Jesús Jordano Fraga en su obra: *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*. Barcelona, J.M. Bosh editor, 1995, pp. 56-74.
8. Siguiendo de cerca a Martín Mateo, Escribano Collado y López González, señalan que el medio ambiente estaría formado por "aquellos recursos y sistemas naturales primarios de los que depende la existencia y el normal funcionamiento de la naturaleza en su conjunto, y que jurídicamente tienen la categoría de bienes comunes (aire y agua principalmente), y por los ecosistemas, constituidos por la flora, la fauna e incluso, por las bellezas naturales (paisajes y espacios naturales, en cuanto portadores de ecosistemas que se pretende conservar). En el mismo sentido, Larumbe Biurrun el ambiente es "un conjunto de elementos naturales que son objeto de protección especial por el Derecho", dichos elementos están caracterizados por las notas de titularidad común y dinamismo e incluyen el agua y el aire, pero no al suelo. Por su parte, Rodríguez Ramos, refiriéndose al artículo 45 de la Constitución Política española, señala que la concepción constitucional del medio ambiente se limita a los aspectos físicos de éste. Para el autor citado, el término medio ambiente significa, según la Constitución, recursos naturales, y estos son el agua, el aire y el suelo; la gea, la flora y la fauna; las materias primas, tanto energéticas y como alimentarias o de otra índole".
9. MARTÍN MATEO, Ramón. *Tratado de derecho ambiental*, Madrid, 10 Truvium, vol. 1. 1991. pp. 86 y 24 respectivamente.
10. KLSS, ALEXANDER. *Definición et nature juridique d'un droit de l'homme à l'environnement*. En: Pascale Kromarec. (Dir). *Environnement et Droits de l'Homme*: Paris, Unesco, 1987, p. 19.

11. BRAÑES, RAUL. *Manual de Derecho Ambiental Mexicano*. México, FCE- Fundación Universo veintiuno, 1994, p. 18.
12. De ahí pues que Brañes defina al derecho ambiental como "el conjunto de normas jurídicas que regulan las conductas humanas que pueden influir de una manera relevante en los procesos de interacción que tienen lugar entre los sistemas de los organismos vivos y sus sistemas de ambiente, mediante la generación de efectos de los que se espera una modificación significativa de las condiciones de existencia de dichos organismos. Brañes, Raúl. *Op. cit.*, p. 27.
13. La incorporación del concepto ambiente o medio ambiente a las legislaciones nacionales se presenta con posterioridad a la celebración de la Cumbre de Estocolmo, Suecia celebrada en 1972 fundamentalmente a través del reconocimiento del llamado *derecho a un medio ambiente adecuado* postulado como un derecho humano de la tercera generación, pero una de las críticas más fuertes que se hacen con frecuencia a esta incorporación es que la misma no se acompaña de los instrumentos jurídicos necesarios para hacer efectivo tal derecho. Véase a este respecto: PNUMA/PNUD. *La recepción en los sistemas jurídicos de los países de América Latina y El Caribe de los compromisos asumidos en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992)*. *Propuestas para la colaboración hemisférica*. PNMA/PNUD, México, 1996, p. 168.
14. Borgonovo Re, Donnata. *Contributto alio studio del danno ambientale*, en: *Revista giuridica dell' ambiente*. Milano, Giuffrè editore. Anno VII, núm. 2, pp. 257.
15. En la doctrina penal, el bien jurídico ha sido definido como "la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que la afectan". Pero el medio ambiente es un bien jurídico diferente, como Juan Roca señala "... el medio ambiente en cuanto circunda y condiciona la vida de la persona, comprende intereses variadísimos, que siguen muy dispares formas de protección jurídica". Habría que pensar, acaso, en ese concepto de procedencia germánica de amplio contenido y no poca indeterminación, que son los bienes de la vida (*lebensgüter*), que pueden convertirse en bienes jurídicos sólo a través de que los asuma el ordenamiento, mediante un reconocimiento puramente abstracto; y aún así, sólo se materializan como atribución a un sujeto determinado por medio de las conse-

1 • El ambiente como bien jurídico autónomo

La conceptualización del ambiente como bien jurídico implica de una tarea harto complicada y puede decirse que para el derecho ambiental constituye todavía un problema no resuelto.¹⁶ En primer lugar, es necesario distinguir entre el ambiente propiamente tal y los elementos que lo integran.

Una primera aproximación hacia la configuración teórica del ambiente como bien jurídico, que sin embargo puede ser categorizada como una visión atomizada¹⁷ considera al mismo como un conjunto de bienes distintos: a) recursos naturales (agua, aire, suelo, fauna y flora silvestres), b) paisaje natural; c) paisaje edificado; d) relaciones tradicionales entre los recursos, el paisaje y el hombre.¹⁸

Una construcción más detallada está dada por la perspectiva global u holística según la cual el ambiente es un bien unitario en el cual confluyen, en un *unicum* indistinto, todos los recursos naturales, como la Corte Constitucional Italiana ha señalado: un bien jurídico inmaterial unitario.¹⁹

Desde esta perspectiva la noción de bien jurídico no se limita a los bienes ambientales de base antes mencionados sino que abarca también la función²⁰ que éstos des-
cuencias de la violación, en un aspecto concreto, del precepto fundamental que los reconoce; o posiblemente, a través de los llamados efectos reflejo, porque benefician indirectamente la esfera jurídica de sujetos determinados pero sin atribuir un verdadero derecho subjetivo.

16. Cuando hablamos del ambiente como bien jurídico, no referimos a éste como un objeto susceptible de tutela por ordenamiento legal y no como bien apropiable, es decir como lo refiere el derecho y la doctrina civilista al referirse a la clasificación de los bienes y el patrimonio. Véase: Arce y Cervantes, José. *De los bienes*. 2° ed. México, Porrúa, 1994, p. 157.

17. LATTERA, FRANCESCO. Lo stato ambientale e le generazioni future. En: Revista giuridica dell' ambiente. *Milano, Giuffrè editore. Anno VII, núm. 2*, p. 236.

18. Esta orientación es seguida por el Consejo de Europa, en el artículo 2.10 de su proyecto de Convención sobre Responsabilidad Civil de Daños resultantes del ejercicio de actividades peligrosas para el medio ambiente, en tanto que según tal documento el ambiente comprende: a) los recursos naturales abióticos y bióticos, tales como el aire, el agua, el suelo, la fauna y la flora y la interacción entre estos factores, b) los bienes que componen la herencia natural, y c) los aspectos característicos del paisaje. Tomado de: De Miguel Perales, Carlos. *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*. Madrid, Civitas, 1994, p. 82.

19. Véase: BORGONNOVO RE, Donnata. Contributo allo studio del danno ambientale, en: Revista giuridica dell' ambiente. *Milano, Giuffrè editore. Anno VII, núm. 2*.

20. En contraste dice Hernán Hormazabal que "la protección de estos bienes jurídicos macrosociales sólo tiene sentido si se vinculan a las necesidades existenciales de los sujetos, como son la vida, la salud individual, la seguridad individual. De otro modo, podría llegar a sostenerse, como se ha hecho por Segubbi, por ejemplo, que lo que se está protegiendo son bienes difusos, con lo que se está dando fundamento para que el derecho penal abandone el programa de exclusiva protección de bienes jurídicos y su reemplazo por una peligrosa protección de funciones bajo cuyo amparo podría desarrollarse una expansión del marco de criminalización". Hernán Hormazabal Malaree. *Op. cit.*, pp. 53 y 54.

empeñan, es decir, los ciclos y los equilibrios naturales cuyo mantenimiento es esencial para la biosfera. Es sabido que las más inquietantes interrogantes de la cuestión ambiental derivan no sólo de la degradación de cada uno de los bienes sino sobre todo de la degradación que el orden natural desarrolla en los elementos de base, alterando la función que estos desempeñan en los ciclos naturales, a saber:²¹

- el ciclo natural del agua,
- el ciclo natural de clima,
- la transparencia natural,
- la capa de ozono,
- la termo regionalización de los bosques tropicales y los grandes bosques, así como en los glaciares,
- la diversidad biológica,
- el patrimonio genético,
- la función de autodepuración del mar,
- la función de autodepuración del suelo,
- el sistema de alimentación y reproducción de los ecosistemas marinos y de los humedales,
- la composición del aire,
- el equilibrio térmico de la atmósfera,
- el equilibrio electromagnético,
- el equilibrio de la radioactividad,
- la acidez del suelo,
- la quietud.

En suma, como señala Rodríguez Ramos,

"... el medio ambiente como bien o valor jurídico es precisamente un interés de superior nivel de abstracción y generalidad, formado a partir de la conjunción de esos bienes jurídicos tradicionales antes descritos, fundando precisamente la entidad del nuevo bien en la interrelación existente entre todos ellos, entidad que tiene, por tanto, un carácter de síntesis o sinéresis de dichos bienes, pudiendo formularse gráficamente como un poliedro".²²

• La titularidad del bien jurídico medio ambiente

El problema fundamental para la tutela del ambiente por el ordenamiento legal que se encuentra detrás de las po-

21. LATTERA, FRANCESCO. Lo stato ambientale e le generazioni future. En: Revista giuridica dell' ambiente. *Milano, Giuffrè editore. Anno 22 VII, núm. 2*, pp. 244-245.

22. RODRÍGUEZ RAMOS. "Delitos contra el medio ambiente". En: *Comentarios a la legislación penal*, dirigidos por Cobo y coordinados por Bajo. *La reforma del Código Penal de 1983*, tomo V, vol. 2º, Madrid, 1985, pp. 829-830. Citado por Cabanillas Sánchez, Antonio, *La reparación de los daños al medio ambiente*. Navarra, Aranzadi, 1996, pp. 23.

siciones amplia y restrictiva del ambiente es el de la titularidad de los derechos de propiedad, que, según la doctrina, en algunos casos puede caer dentro de la esfera pública y en otros, en ámbito de la propiedad privada y aún ser considerado como un bien de apropiación colectiva.²³

Desde una perspectiva atomizada, es válido decir que algunos de los elementos de base que conforman el concepto de ambiente son susceptibles de apropiación individual y por tanto, su tutela puede ser confiada en primera instancia a las reglas clásicas del derecho civil. Otros, mientras son de naturaleza pública y su tutela se da fundamentalmente a través de las técnicas del derecho público, administrativo y aun penal. En este caso, la necesidad del derecho ambiental como disciplina jurídica y no sólo como conjunto de normas, es irrelevante.

2.1, De la propiedad privada del ambiente a la función ambiental de la propiedad

Ahora bien, el reconocimiento de la posibilidad de apropiación privada, y aun de apropiación pública, de los elementos ambientales de base resulta inconveniente a los fines de la protección del bien jurídico que nos ocupa. Como señala Josefsensee "Hoy es generalmente asumido que la propiedad entraña tácitamente el 'derecho de contaminar el ambiente'".²⁴

En efecto, en primer lugar, la propiedad privada de algunos elementos entra en conflicto con el disfrute de los mismos por parte de todos los demás. Como dice Loperena:

"Paseo, senderismo, montañismo, escalada y otros deportes más novedosos vinculados a la aventura están siendo practicados ya por un número de personas tan considerable que han empezado a surgir tensiones entre los amantes de la Naturaleza que los practica y los titulares de los predios o fundos sobre los que se realizan esas práctica".²⁵

En segundo lugar, un uso arbitrario y nocivo de la propiedad basado en el régimen de derecho absoluto da lugar a abusos perjudiciales a los recursos naturales y cul-

turales, ocasionando su agotamiento o su destrucción y dando graves problemas al equilibrio ecológico y social.²⁶ Por ello si se considera legalmente la posibilidad de la propiedad privada de los elementos de base mencionados, es necesaria la intervención de los poderes públicos para impedir el agravamiento de los problemas señalados, a fin de establecer normas sobre la más justa distribución de la tierra, sobre el fraccionamiento del suelo y las construcciones en general, sobre el planeamiento y la fiscalización de los recursos ambientales, el ordenamiento de las actividades potencial o efectivamente contaminantes, regulando la utilización racional de la propiedad inmobiliaria.²⁷

Así, dentro de un cuadro general de utilización racional del suelo, por fuerza de las propias circunstancias sociales y económicas, se imponen vínculos cada vez más crecientes a los derechos de construir, de usar, gozar y disponer del inmueble, derechos estos tradicionalmente legados al derecho de propiedad, se observa una progresiva evolución en el sentido de redefinir el concepto de derecho de propiedad.²⁸

En este orden de ideas, el propietario, como miembro integrante de la comunidad, se sujeta a obligaciones crecientes que, traspasando los límites de los derechos de vizinhanca,²⁹ del ámbito del derecho privado, abren cam-

23. Carlos de Miguel Perales dice que "... el medio ambiente puede afirmarse que el medio ambiente puede concebirse como una *res nullius*, como un bien del dominio público o como bien de propiedad privada, según a qué elementos del medio ambiente nos estamos refiriendo". *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*. Madrid, Civitas, 1994, p. 83.
24. *ISENSEE, JOSEF*. The ambivalence of the basic Right of ownership. Environmental Protection in the theoretical coordinate system of civil rights. En: *Dozler, Rudolf y Josef Thesing (editores)*. Protecting our environment. Germán perspectives on a global challenge. Alemania, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2000, p. 462.
25. *LOPERENA, DEMETRIO*. LOS principios del derecho ambiental. Madrid, Civitas, 1998, p. 166.

26. A tal efecto dice Isense: " La explotación de la propiedad, o en otras palabras, la utilización de un derecho básico, aparece como una fuente de daños al ambiente. Los ejemplos que vienen a la mente incluyen la contaminación ambiental causada por las inmisiones de la industria farmacéutica, la molestia causada por el ruido de los aeropuertos en operación;...la persistente enfermedad de nuestros bosques causada por las emisiones de las plantas de energía eléctrica que utilizan carbón, de los hogares y de los vehículos automotores; la contaminación del agua, el suelo, la fauna, y nuestros alimentos causada por el uso de fertilizantes químicos y plaguicidas en la agricultura moderna; el adelgazamiento de la capa de ozono en la estratosfera y el efecto invernadero por la presencia de emisiones de gas provenientes de las industrias". Isensee, Josef. *Op. cit.*, p. 462.
27. Así, siguiendo al citado Barreira, podemos señalar que el derecho de propiedad está sujeto tanto a limitaciones generales como a limitaciones especiales: a) Limitaciones generales. Como resultado del progreso científico, industrial, económico, tecnológico y del incremento demográfico que proporciona nuevas exigencias notadamente sociales y públicas, el ejercicio de la propiedad se sujeta a limitaciones cada vez más crecientes, previstas en las leyes y los reglamentos especialmente del suelo y sus recursos naturales y culturales dando lugar a una verdadera transformación conceptual del antiguo derecho absoluto, inviolable y exclusivo de la propiedad inmobiliaria hacia un derecho relativo en el sentido de atender a las circunstancias de interés general; b) Limitaciones especiales. Tratándose específicamente de la propiedad inmobiliaria cubierta de vegetación, además de las normas vinculatorias aplicables a la propiedad en general, las legislaciones suelen prever reglas especiales de limitaciones, evidenciado lo que se considera una demostración doctrinaria del tema de vínculos florísticos. Barreira Custódio, Helita. *A questao constitucional: propriedade, ordem econômica e dano ambiental. Competencia legislativa concurrente*. En: *Daño ambiental, prevacao, reparacao e repressao*. Coord. Antonio Hermán Bejamin. Sao Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993. p. 116.
28. De ahí que uno de los postulados del Estado moderno debe ser equilibrar la ambivalencia inherente entre el derecho de propiedad y las metas de la conservación ambiental. Isensee, Josef. *Op. cit.*, pp. 469- 471
29. Sobre este aspecto, señala Rene Savatier que las obligaciones de vizinhanca constituyen el germen de un gran número de otras obligaciones. Para el ilustre jurista, "depuis cette époque, le monde étant devenu beaucoup petit, on a constaté que tous les hommes étaient voisins sans uns des autres. Ainsi, le droit de propriété, au lieu de rester sim-

po a los derechos de la colectividad, buscando un bienestar general, al ámbito del derecho público.

De esta forma, en correspondencia con la evolución progresiva de los nuevos aspectos sociales ligados a la propiedad, aparece una fractura o declinación de concepto primitivo y clásico de la propiedad previsto en el artículo 544 del Código de Napoleón, de carácter absoluto, como una pérdida gradual de la soberanía de su titular, dando lugar a un concepto de derecho relativo, menos egoísta, caracterizado por la "función social de la propiedad".

En todo caso, en materia de apropiación de los elementos de base tenemos que reconocer, como lo hace Helita Barreira que,

"... el concepto de propiedad contemporánea comprende en su contenido y alcance, además del tradicional derecho de uso, goce y disposición de los bienes por parte de sus titulares (CC, art. 524) con sus respectivas limitaciones (C.C. arts. 554 a 558, 591), la obligatoriedad de atender a su función social. El concepto de función social de la propiedad (privada o pública, tanto en la zona urbana o en la periferia y en la zona rural) es inseparable requisito obligatorio de uso racional de la propiedad y de los recursos ambientales (naturales y culturales)."³⁰

Por ejemplo, la propiedad forestal constituye un derecho caracterizado de específicas limitaciones que lo encuadran en la categoría de bien privado de interés público.

Bajo esta perspectiva, dice María Luisa Faro, El derecho de propiedad va paulatinamente sufriendo una creciente desprivatización, no en el sentido de estatizarse sino en el sentido de su creciente publicización. Según la autora citada,

"desprivatización no supone una disminución del derecho de propiedad, no sugiere el achatamiento de la clásica y básica columna de sustento ideológico de la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Significa, tan sólo, delimitación de la extensión de ese derecho, condicionamiento de su ejercicio, sin comprometer o suprimir su contenido".³¹

plement un droit civil, est, de plus en plus, entré dans les dépendances du droit public", Citado por: Barreira Custódio, Helita. *A questao constitucional; propriedade, ordem econômica e dano ambiental. Competencia legislativa concurrente*. En: *Daño ambiental, prevacao, reparacao e repressao*. Coord. Antonio Hermán Bejamin, Sao Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 119.

30. BARREIRA CUSTÓDIO, Helita. *A questao constitucional: propriedade, ordem econômica e dano ambiental. Competencia legislativa concurrente*. En: *Daño ambiental, prevacao, reparacao e repressao*. Coord. Antonio Hermán Bejamin. Sao Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993, pp. 116.

31. FARO MAGALHANES, María Luisa. *Funcao social da propriedade e meio-ambiente principios reciclados*. En: *A questao constitucional: propriedade, ordem econômica e dano ambiental. Competencia legislativa concurrente*. En: *Daño ambiental, prevacao, reparacao e repressao*. Coord. Antonio Hermán Bejamin. Sao Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993, pp. 148.

La propiedad, así, pasa a cumplir una función ambiental y el propietario a convertirse en un garante de la conservación del ambiente.

2.2. De la idea de propiedad colectiva

a la consideración ambiente como bien común

El problema de establecer la titularidad del bien jurídico medio ambiente también ha sido enfocado considerando a este como un bien común. Así, Francesco Lettera dice que

"Para explicar la titularidad del ambiente como bien jurídico es necesario echar mano de la teoría de los bienes de derivación romana. La teoría romana refleja el estado de la conciencia científica de la época; hoy día diferente a una explosión del saber científico la teoría del bien es adecuada, con aquella flexibilidad que el derecho romano aveva, mientras ...Ciertamente hoy un jurista de cultura romana observa con otros ojos la extensión y la importada del bien común, las *res communes omnium*; al contrario verá como evolución natural la categoría de los bienes comunes que el están enfatizados en el reporte de las Naciones Unidas llamado Informe Brundtland."³²

En el derecho romano, las *Res communes* son las cosas cuya propiedad no pertenece a nadie y su uso es común a todos los hombres: su naturaleza también es excluyente de toda apropiación individual. Son el aire, el agua corriente, la mar; de donde resulta la libertad de pesca y de la navegación.³³

Sin embargo la solución a esta cuestión no es considerar que el ambiente es un bien jurídico de carácter primordialmente colectivo,³⁴ porque los bienes función no

32. Francesco Lettera distingue entre medio ambiente como bien jurídico propiamente tal los elementos de base que lo conforman, es decir el agua, el aire, el suelo, la flora y la fauna. Este autor señala que bajo la perspectiva holística del ambiente, en donde la propiedad individual resulta ser la menos importante cuando se pone en balance con el interés jurídico general, se hace necesaria la creación de un sistema específico de tutela del bien jurídico medio ambiente. Sin desestimar la valía del derecho civil en la protección del ambiente desde la perspectiva de la protección de la propiedad y la persona, las legislaciones ambientales debieran enfocarse precisamente a la regulación de los daños ambientales con un enfoque diferente al tradicionalmente planteado Lattera, Francesco. *Lo stato ambientale e le generazioni future*. En: *Revista giuridica dell' ambiente*. Milano, Giuffrè editore. Año VII, núm. 2, p. 244.

33. Los romanos añaden las orillas del mar, que son una dependencia: sin embargo se aceptaba edificar en ellas previa autorización del pretor. Petit. Eugene. *Derecho Romano*. México, Porrúa, 1984, p. 167.

34. Así lo sostiene Jesús Jordano Fraga cuando señala que " en todo lo medioambiental parece existir desde el punto de vista jurídico algo que hace pensar en bienes situados por encima del ámbito de la esfera de actuación del sujeto. Este dato innegable de la presencia de intereses colectivos es identificado o traducido por Martín Mateo en el dato jurídico cohesionador de la titularidad común, pero ello, pese a su indudable valor de constatación del régimen y de la titularidad de determinados elementos fundamentales o nucleares en el ámbito conceptual del medio ambiente, no es predicable de todos". Jordano Fraga, Jesús. *Op. cit.*, p. 58.

son bienes en sentido clásico, no son de apropiación individual y no están en el comercio.³⁵ Los bienes ambientales de base y los bienes ambientales función no pueden ser considerados del dominio exclusivo de un solo estado sino bienes sobre los cuales la comunidad internacional entera tiene una cotitularidad.³⁶

Así, en el ámbito internacional, el derecho de utilización de los bienes ambientales es reconocido a cada Estado siempre y cuando su uso sea sustentable, es decidir que no perjudique su uso por parte de un tercer Estado, su utilización puede ser reconocida a los particulares por los ordenamientos jurídicos locales pero no su propiedad.

Esa sustentabilidad del uso de los recursos tiene un doble sentido: territorial sobre el orden de la coexistencia de los usos, y temporal, sobre el orden de sucesión de los usos.

El orden de la coexistencia de los usos y el orden de la sucesión de los usos implican la individualización de distintos sujetos usuarios: en la coexistencia concurren las generaciones presentes, en la sucesión el uso actual y una fracción continua de los usos anteriores y posteriores y debe permitirse a las generaciones futuras poder ser usuarios.

En consecuencia no es posible hablar de propiedad privada o estatal de los bienes ambientales sino de utilización privada o estatal;³⁷ la noción de apropiación de la utilidad de los bienes ambientales está destinada a ser revisada, en sentido que no pueden ser apropiación exclusiva sino sólo utilización con la consecuencia que el usuario durante el uso no puede aportar modificaciones significativas irreversibles ni puede disponer de la

derelictio de refusar ...agregando descargas al ambiente como en el caso de la descarga de desechos nucleares en el fondo marino en el subsuelo y en el espacio cósmico.³⁸

Conclusiones

La consideración del ambiente como un bien jurídico distinto a los elementos que lo integran y por tanto susceptible de protección en sí mismo, implica partir de varias premisas

1. Que sea reconocido e incorporado al orden jurídico, ya sea en el plano constitucional, de la legislación secundaria o de la jurisprudencia.
2. Que se le otorgue autonomía respecto de los elementos que lo integran, esto es que sea tratado como un todo.
3. Que el orden jurídico resuelva sobre la titularidad del mismo.
4. Que el derecho positivo establezca los mecanismos para su protección y reparación en caso de daño.

Sólo la asunción de tales premisas por el ordenamiento jurídico presupone la existencia del derecho ambiental y es por ello que sostenemos que el derecho ambiental es del derecho que tiene que ver con la prevención de daños al bien jurídico medio ambiente, así como con el establecimiento de los mecanismos jurídicos que permiten la restauración del mismo cuando ha sido dañado.

35. Hecha la abstracción de la titularidad y del régimen jurídico, se trata de cosas comunes a la comunidad, como las denomina Postiglioni. En realidad, una vinculación distinta de la función social, y conformadora y naciente desde el ámbito o estructura interna de estos elementos, será la que explique esa vocación colectiva o vinculación de los intereses generales de los bienes ambientales.

36. El informe Brundtland introdujo la noción de bien común global para los océanos, el espacio cósmico y la Antártida; éstos bienes son considerados *global commons*, por esta razón comunes a todo el globo. Los *global commons* se identifican con la nuevas *res communes omnium* de nivel planetario. La calificación de algún bien como *global commons* constituye un afirmación innovadora destinada a integrar la tradicional clasificación de los bienes; la interpretación del sistema normativo.

37. Así, para Jordano Fraga "Hay que prescindir del dato de la titularidad, o de la pertenencia, de los recursos naturales, que en unos casos se hallará referida a los particulares, como puede ocurrir con el suelo, y en otros se tratará de bienes de dominio público, como ocurre con el agua o las costas". *Ibid.*

38. En el sentido contrario, Carmen Sánchez dice que "el bien jurídico medio ambiente se conforma así como bien colectivo, desde el punto de vista de la titularidad de su disfrute, por lo que su defensa será primordialmente de naturaleza pública." Sánchez-Freire González. MA. DEL CARMEN. *La responsabilidad civil del empresario por el deterioro del medio ambiente*. España, JM Bosch Editores, 1994, p. 19.