

Responsabilidad por daños al medio ambiente¹

Jesús Jordano Fraga

*Profesor titular de Derecho Administrativo
de la Universidad de Sevilla*

1. Introducción.
2. La responsabilidad civil por daños al medio ambiente.
3. Delito ecológico, infracción administrativa, Administración y responsabilidad por daños ambientales.
 - 3.1. Delito ecológico, responsabilidad por daños ambientales y responsabilidad de la Administración *ex delicto*.
 - 3.2. Responsabilidad civil dimanante de infracciones ambientales.
 - 3.3. Responsabilidad de la Administración con ocasión de los daños al medio ambiente.
4. La responsabilidad por daños al medio ambiente como reto para el legislador. La responsabilidad por daños ambientales en el Derecho de la Unión Europea: análisis de la Directiva 2004/35, de 21 de abril, sobre responsabilidad medioambiental.
 - 4.1. La regulación contenida en la Directiva 2004/35, de 21 de abril, sobre responsabilidad medioambiental, en relación con la prevención y reparación de daños ambientales. Estructura y régimen jurídico de la responsabilidad por daños ambientales contenido en la Directiva 2004/35.
 - 4.1.1. Descripción general y plazo para su transposición: en caso de incumplimiento sus previsiones han de tener efecto directo.
 - 4.1.2. Ámbito "material" u objetivo de aplicación. Los daños resarcibles: el concepto de daños ambientales resarcibles en la directiva.
 - 4.1.3. Ámbito subjetivo de aplicación.
 - 4.1.4. Supuestos de exclusión y exoneración. La indefinición o apertura del sistema de responsabilidad posibilita un régimen fragmentario en el espacio de la Unión Europea.
 - 4.1.5. Aspectos procesales y ámbito temporal de aplicación: plazo y legitimación para instar la acción reparadora.
 - 4.2. Funcionamiento operativo y contenido de la reparación.
5. A modo de conclusión.
6. Bibliografía básica sobre responsabilidad por daños al medio ambiente.

1. Introducción

El mundo de la responsabilidad por daños ambientales es especialmente complejo. La doctrina tanto española como extranjera que ha dedicado estudios a la institución en los supuestos de daños al medio ambiente ha señalado fundamentalmente los siguientes:

1. Estudio realizado en el marco del Proyecto de investigación SEJ 2004-01046/JURI, régimen jurídico de los recursos naturales del Ministerio de Educación y Ciencia.

1) El deficiente efecto preventivo de la institución de la responsabilidad que actúa una vez el daño ambiental se ha producido. La única virtualidad preventiva de la responsabilidad consiste en un peso coactivo, esto es, la amenaza que pesa sobre el autor del daño de poder verse en la obligación de repararlo, obligación que puede quedar diluida a través del fenómeno de la interposición del patrimonio entre el daño y el causante de éste en los que exista un seguro de responsabilidad civil.

2) La imposibilidad de reparación del daño causado, que en muchos casos tendrá la consideración de irreversible.

3) El carácter indirecto del mecanismo de la responsabilidad civil tradicional. En propiedad, la reparación de los daños se vuelca sobre el patrimonio del perjudicado, pues el objeto de la indemnización es siempre la esfera patrimonial dañada, por lo que, en la mayoría de los casos, el ambiente será el vehículo transmisor del daño (el agua o el aire que transmiten sustancias nocivas que dañan propiedades o personas).

4) La dificultad de determinación de los objetos causantes del daño en los casos de contaminación acumulativa o en cadena y sobre todo en los supuestos en los que existe un alto grado de multiplicidad en la fuente (el caso de la contaminación por los vehículos particulares).

5) La dificultad de prueba del nexo causal, y específicamente, en los supuestos en los que el daño se manifiesta de manera diferida en el tiempo.

6) La dejación o abandono en manos de particulares (los que han sufrido el daño) del ejercicio de la acción de responsabilidad cuando existen junto a los intereses privados intereses públicos y difusos.

Se discute incluso la propia virtualidad del instituto de la responsabilidad en el ámbito de los daños al medio ambiente.² Y se postulan estrategias alternativas a los sistemas de responsabilidad por daños al medio ambiente como el uso del Derecho tributario o penal (Cane,³ Klein⁴). Las críticas a los sistemas de responsabilidad parten de un análisis propio de la *public choice*. Estudian los costes transaccionales del *Superfund* pero suelen omitir sus beneficios. Por otro lado, un puro análisis económico del Derecho tiende a marginar valores como la justicia, el Estado de derecho, el imperio de la ley o la propia preservación del medio ambiente en el seno de un Estado ambiental. La eficiencia no es sólo económica sino social y axiológica. Probablemente, los sistemas de responsabilidad objetiva (*strict liability*) son sobre todo ineficientes para las cuentas de resultados de las grandes empresas.

La explicación de la responsabilidad por daños ambientales *strictu sensu* no es otra que el principio "quien contamina paga", y el artículo 45.3 de la CE ("Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos en los que la ley fije, se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la

2. BERGKAMP, HUNTON & WILLIAMS, "The Commission's White Paper on Environmental Liability: a Weak Case for an EC Strict Liability Regime", *European Environmental Law Review*, 2000, Part 1 y 2, págs. 105 y 141, respectivamente.

3. CANE, "Are environmental harms special?", *Journal of Environmental Law*, vol. 13, núm. 1, 2001, págs. 3-20; también puede verse como "Indemnización por daños medioambientales", *Anuario de Derecho Civil*, tomo LIII, fascículo III, julio-septiembre de 2000, págs. 825-848.

4. KLEIN, "Hazardous Waste Clean up and Intermediate Landowners: Reexamining the Liability-Based Approach", *Harvard Environmental Law Review*, vol. 21, núm. 2, 1997, págs. 337-386, especialmente págs. 380-385.

obligación de reparar el daño causado”). Negar la posibilidad de que la Administración pueda ser responsable por los daños ambientales autónomos, además de permitir la ablación del derecho de disfrute al medio ambiente de los ciudadanos, iría en contra del principio de responsabilidad y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Sería algo así como poner en manos de la Administración una patente de corso para la agresión a un bien jurídico colectivo.

Suelen alegarse como un obstáculo al establecimiento de la responsabilidad ambiental las dificultades de individualización de los agentes agresores en supuestos como la lluvia ácida, el tráfico urbano y los vertidos múltiples. Ésta es una de las objeciones más serias que pueden hacerse a la construcción de los daños ambientales como daños públicos. Sin embargo, estos problemas no están siempre presentes, pues en muchos supuestos los sujetos autores de los daños ambientales son plenamente identificables. Es un problema de prueba. Los daños causados por contaminación industrial en ríos, aguas continentales o marinas pueden ser identificables a través de programas de control del tipo *self-monitoring* existentes en el Derecho ambiental americano (en la *Clean Water Act* y en la *Clean Air Act*). Respecto al tráfico urbano u otro tipo de contaminaciones o agresiones ambientales en masa la respuesta a la objeción se hace más difícil (y es que no se puede poner mejor objeción que ésta). La objeción es de peso porque pone a prueba el sistema de resarcimiento de los daños ambientales autónomos. Si uno los provoca y no es responsable, entonces la teoría no funciona. O mejor dicho, no funciona en determinados casos. Esto no es tan grave como pudiera en principio parecer. Hace falta explicar por qué determinados daños ambientales no generan responsabilidad. Por qué no puedo demandar a mi vecino por los humos que legalmente emite, pero dañan mi derecho de disfrute al medio ambiente (si se admitiese esto ciertamente abriríamos la posibilidad de una guerra de demandas de contenido ambiental de todos contra todos). En estos supuestos no existe responsabilidad por varias razones. La primera es que los recursos naturales son por propia esencia consumibles. No admitir ello nos sitúa en posiciones ético-religioso-fanático-ecologistas que nadie puede aceptar, y desde luego, en ningún caso el ordenamiento jurídico de un país moderno. El medio ambiente es degradable. No toda degradación es antijurídica y genera responsabilidad. Así nuestro soporte vital “afecta al medio ambiente”. Todo acto de consumo genera “daños” en el medio ambiente, pero estos “daños” no generan responsabilidad porque no son antijurídicos. Se trata de actos de disposición o de consumo sobre recursos por naturaleza consumibles. Si el coche de mi vecino contamina más de lo permitido inundando la calle donde vivo de emisiones de humo y de ruido vulnerando lo dispuesto por la ley, entonces estoy en mi derecho de denunciarlo y de personarme como parte civil perjudicada pidiendo la reparación de la agresión antijurídica a mi derecho de disfrute sobre el medio ambiente. No todos los coches son como el del irresponsable de mi vecino. Permitir que le demande no es permitir la guerra de demandas ambientales de todos contra todos. Es simplemente permitir la posibilidad del restablecimiento de mi derecho de disfrute al medio ambiente garantizado por el artículo 45 de la CE.

¿Por qué se puede responder incluso si se obra al amparo de licencias o autorizaciones (STS de 30 de noviembre de 1990) o incluso de las normas? La razón es la

idea de abuso del Derecho.⁵ El artículo 7.2 del CC es terminante: “La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.” Por eso, al utilizar mi coche cumpliendo las normas no soy responsable. Por eso, como vamos a ver, los dueños de la Central de Soto de Ribera o los de la Central Térmica de Cercs sí lo fueron de los daños causados en el patrimonio de los particulares y debieron haberlo sido de los daños ambientales autónomos.

¿Por qué no son antijurídicos todos los daños ambientales? Pues por varias razones. La primera, la hemos expresado ya. El derecho al medio ambiente no es absoluto. La protección al medio ambiente tampoco. Históricamente, la sociedad determinará cuales serán los daños admisibles mediante ley. Es como si la sociedad cediese su derecho en un pacto ambiental determinando cuáles son los actos de disposición sobre los recursos naturales admisibles. El conocimiento científico y la posibilidad tecnológica tienen que ver con el nivel admitido en cada momento histórico. Dentro de veinte años, cuando existan coches eléctricos o catalizadores efectivos y baratos, el acto de disposición hoy permitido probablemente será antijurídico.

2. La responsabilidad civil por daños al medio ambiente

Una agresión ambiental suele producir dos tipos de daños de naturaleza bien distinta. Por un lado, se producen daños en los bienes privados o en las personas. Por otro, se producen daños al medio ambiente en sí mismo, al bien jurídico medio ambiente, estos son lo que podemos denominar daños públicos ambientales o daños ambientales *strictu sensu* o autónomos. Esta frontera que acaba de trazarse a veces se difumina. Los elementos integrantes del medio ambiente normalmente son bienes de dominio público (el agua, las costas, incluso la atmósfera). Pero también hay bienes ambientales de titularidad privada (como un bosque, o una propiedad en un espacio natural protegido). La primera clase de daños está regulada por el Código civil. La reparación de los daños ambientales autónomos o públicos, por el Código penal y la legislación administrativa ambiental.

En el Código civil español la responsabilidad extracontractual viene genéricamente contemplada en el artículo 1902, que dispone:

“El que por acción u omisión causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado.”

Asimismo, el artículo 1908 del CC en sus apartados 2 y 4 recoge específicamente dos supuestos de responsabilidad más directamente relacionados con el daño ambiental. Este marco normativo ha de completarse por los artículos 590 del

5. Sobre la idea de abuso del Derecho, véanse los estudios de MARTÍNEZ USEROS, *La doctrina del abuso del Derecho*, Ed. Reus, Madrid, 1947, y DIEZ-PICAZO, “Abuso del Derecho y fraude a la ley en el nuevo título preliminar del Código civil y el problema de sus recíprocas relaciones”, *Documentación Jurídica*, 1974, núm. 4, octubre-diciembre, págs. 1324-1344.

Código civil y el 7 del mismo Código, que recogen, respectivamente, las ideas de relaciones de vecindad y abuso del Derecho.⁶ Es posible encontrar precedentes remotos de la aplicación de los artículos 1902 y 1908 del Código civil en supuestos encuadrables dentro de los daños al medio ambiente. Sin embargo, el interés del análisis de estos antecedentes jurisprudenciales es menor, por la existencia de estudios sobre esas sentencias y de otro lado, y fundamentalmente, por la inflexión que se ha producido en la doctrina del Tribunal Supremo orientada a la mitigación del elemento culposo (aunque no a su desaparición).

Siguiendo en su exposición a De Ángel Yaguez,⁷ que señala como precursora de la tendencia objetivadora la sentencia de 26 de febrero de 1935, los rasgos actuales de responsabilidad civil pueden describirse así:

a) Se presume que el autor del daño ha incurrido en culpa, y a él corresponde desvirtuar esta presunción, mediante la prueba de haber obrado con la diligencia debida.

b) Cuando no se puede probar con exactitud la causa del daño es el agente el que debe probar su propia diligencia; en este sentido, la STS de 5 de abril de 1963 y 10 de octubre de 1975.

c) No basta con el cumplimiento de los reglamentos y demás disposiciones legales que obligan a la adopción de garantías para prevenir y evitar daños, pues si estas medidas no han ofrecido un resultado positivo –porque de hecho el daño se ha producido–, se revela su insuficiencia y que faltaba algo por prevenir, no hallándose completa la diligencia.

d) Una actuación lícita puede dar lugar a daños indemnizables cuando el agente no se asegura diligentemente del alcance y consecuencias de sus actos.

Una sentencia del Tribunal Supremo que recoge esta inflexión, pero referida al medio ambiente, es la de 30 de octubre de 1963. En ésta se contemplaban los daños ocasionados por una empresa que fabricaba superfosfatos de cal y abonos químicos en general. En el mismo sentido que la Sentencia de 25 de marzo de 1954 se pronuncia la Sentencia de 12 de diciembre de 1980, Aranzadi 1980 (la conocida sentencia de la central de Soto de Ribera), y la Sentencia de 3 de diciembre de 1987, Aranzadi 9176 antes citada, relativa a un supuesto de contaminación industrial por humos, vibraciones y ruidos provocados por la entidad Térmica del Besós". Y la STS de 16 de enero de 1989, Aranzadi 101, que examinaba una reclamación de daños frente a la empresa ENSIDESA, en la cual el Tribunal Supremo afirmó que:

"[...] el acatamiento y observancia de las normas administrativas no colocan al obligado al abrigo de la correspondiente acción civil de los perjudicados o lesionados, puesto que si aquéllas contemplan intereses públicos sociales, éstas resguardan el interés privado exigiendo, en todo caso, el resarcimiento del daño."⁸

6. Véanse por todos, ALONSO PÉREZ, "La tutela del Derecho civil frente a inmisiones molestas y nocivas", en *Estudios en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, tomo IV, "Derecho civil y Derecho público", Civitas, Madrid, 1996, págs. 4783-4806, y CABANILLAS SÁNCHEZ, "La responsabilidad civil por daños a personas o cosas a consecuencia de la alteración del medio ambiente y su aseguramiento", *Revista Española de Seguros*, núm. 55, julio-septiembre de 1988, págs. 7-62.

7. *La responsabilidad civil*, Deusto, 1988, pág. 61 y ss.

8. La sentencia más reciente que recoge esta tendencia objetivadora es la STS de 7 de abril de 1997, Aranzadi 2743, ponente Morales Morales, fundamento de derecho quinto, con ocasión de los daños provocados por una industria química.

La sentencia de 16 de enero de 1989 también afirma la competencia de los tribunales civiles para imponer medidas que eviten ulteriores daños, pese a haber obrado el causante observando y acatando las normas administrativas. Admitida la posibilidad de la existencia de la responsabilidad civil cuando actúa al amparo de una autorización o cumpliendo las disposiciones legales y reglamentarias, lo cual es patente en la jurisprudencia, no existen dificultades para afirmar la competencia de los tribunales para imponer medidas preventivas de ulteriores daños, pues es evidente que de no admitirse lo segundo quedaría vacía de contenido la pretensión de resarcimiento. Estaríamos consagrando una especie de canon, que permitiría al sujeto contaminador seguir causando el daño mientras indemnice. Cuando se efectúa al amparo de autorizaciones y normas administrativas y posteriormente se produce un daño, queda puesta de manifiesto la insuficiencia de dichas medidas, por lo que el daño producido no podrá considerarse lícito, consistiendo su ilicitud en la violación del genérico deber de no dañar a otro (*alterum non laedere*). Elementales criterios de justicia y de efectividad imponen en estos casos que la competencia de los tribunales civiles se extienda, no sólo a la reparación del daño ilícitamente causado, pese a contar con las preceptivas licencias y haber cumplido las normas administrativas, sino también a su cese, para lo cual será necesario, en la mayoría de los casos, la imposición de medidas correctoras. Mantener la posición contraria implicaría un doble ejercicio de la acción reparadora ante la jurisdicción civil y la Administración o la jurisdicción contencioso-administrativa, gravosa para el perjudicado y disfuncional.

La última evolución en la materia viene representada por la STS de 2 de febrero de 2001, Aranzadi 1003, ponente Martínez Calcerrada y Gómez. Creemos que este pronunciamiento tiene una fuerza revitalizadora de la institución importante. El fallo en casación eleva la cuantía indemnizatoria otorgada de un millón a siete millones pesetas. Lo importante es la razón para hacerlo (fundamentos de derecho cuarto y quinto). Para el Tribunal Supremo existe un deterioro ambiental continuado que afecta no sólo las producciones agrícolas y estado de las construcciones, sino también de forma notable la calidad de vida humana que debe ser indemnizado. Se atisba, pues, en esta última jurisprudencia, *un reforzamiento de la función de prevención general de la responsabilidad civil tradicional que permite de esta forma la "apropiación" del ambiente por los ciudadanos si quiera a efectos indemnizatorios cuando su deterioro incide en la calidad de vida.*

3. Delito ecológico, infracción administrativa, Administración y responsabilidad por daños ambientales

3.1. Delito ecológico, responsabilidad por daños ambientales y responsabilidad de la Administración *ex delicto*

No debe olvidarse que una agresión ambiental que merezca este nombre en nuestro sistema jurídico, lo normal es que constituya infracción penal o infracción administrativa. Los grandes daños ambientales normalmente van a ser la consecuencia de acciones u omisiones constitutivas del delito. Y esta particularidad absorbe, por el momento, el régimen de responsabilidad que el propio Código penal regula de modo especial.

La posible concurrencia sanción penal/resarcimiento de daños, o sanción administrativa/resarcimiento de daños, aparece plenamente justificada por la propia Constitución (el artículo 45.3 de la CE). Por otro lado, esta compatibilidad sanción/resarcimiento es plenamente normal en nuestro ordenamiento penal y fundamento desde los primeros tiempos de nuestro sistema jurídico (la obligación de reparar el daño causado como expresión del deber *non alterum laedere*).

Bajo el anterior Código penal, el Tribunal Supremo ha admitido estas pretensiones de responsabilidad civil ex delito ecológico. La STS de 30 de noviembre de 1990, Aranzadi 1990/9269, fundamento de derecho tercero, ha aceptado la responsabilidad civil dimanante de un delito ecológico que causa daños en el patrimonio forestal privado. Ello no plantea ningún problema. En idénticos términos se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección Segunda, de 20 de enero de 1998, ARP 1998/573, en su fundamento de derecho sexto.

Las posibilidades son más amplias que la mera reparación de bienes de titularidad pública (de dominio público o patrimoniales) o privada. Al margen de estos daños singularizados en el patrimonio, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido más lejos. Es precursora en este sentido la STS de 1 de abril de 1993, Aranzadi 9165 (Sala Segunda, ponente Soto Nieto).

La sentencia citada es de gran importancia: 1) admite expresamente la legitimación de determinadas personas jurídicas para instar la responsabilidad civil dimanante de delitos que atenten contra valores ambientales, y 2) acepta la indemnizabilidad del daño ambiental o ecológico. Es clara también en este sentido la STS de 1 de febrero de 1997, Aranzadi 1997/687, ponente Excmo. Sr. Ramón Montero Fernández-Cid, fundamento de derecho decimotercero.

En definitiva, deberá reclamarse la responsabilidad civil dimanante del delito consistente en la reparación del daño ambiental causado mediante la restitución de las cosas a su estado anterior, y si esto fuera imposible, la indemnización de los daños y perjuicios causados, la indemnización de la pérdida de uso temporal del medio ambiente degradado y la adopción de medidas tendentes a evitar futuros daños. Junto a esta responsabilidad por daño ambiental deberán reclamarse los daños directos en los bienes, los daños morales, y la pérdida de uso o valor en relación con el uso y disfrute. Nuestra recomendación es que en estas pretensiones de reparación ex responsabilidad civil dimanante del delito predominen las de carácter altruista: esto es, aquéllas dirigidas a la reparación de los daños ambientales *strictu sensu* (como los realizados sobre el dominio público hidráulico por unos vertidos). Si la reparación de dicho dominio fuera imposible, las indemnizaciones de daños y perjuicios debieran ser causalizadas hacia el incremento de las medidas preventivas (por ejemplo, en un supuesto de vertidos de estaciones depuradoras, aumento de los mecanismos de vigilancia y control humanos y materiales, etc.). Debe tenerse presente que nuestro sistema de legitimación impide o dificulta determinadas pretensiones. Éste es el caso de los daños materiales o morales a los vecinos para los que la jurisprudencia suele negar legitimación, por ejemplo, a los municipios. Estos obstáculos pueden ser vencidos mediante la constitución de una asociación de perjudicados y damnificados por la degradación, a la cual, como parte civil perjudicada, será difícil negar legitimación para reclamar, por ejemplo, los daños morales o en el patrimonio de los ciudadanos asociados dañados. Dichas

asociaciones podrán igualmente ejercer la reclamación de la responsabilidad de la Administración prevista en los artículos 139 y ss. de la LRJAP y PAC.

El Código penal además faculta en estos supuestos (artículos 325 y 326) tanto a la clausura temporal como a la clausura definitiva de la empresa como a la intervención de empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores. La clausura temporal puede acordarse por el juez instructor durante la tramitación de la causa (artículo 129.2 del CP). Estas medidas deberán ser solicitadas si decide ejercitar acciones penales. También deben recordarse las posibilidades contenidas en el artículo 339 del CP (medidas cautelares y encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico). Y el paradójico 340, que rebaja la pena a quien voluntariamente procede a reparar el daño. ¿Y quién es el presunto delincuente para reparar el daño? ¿No debiera ser determinado esto por técnicos al servicio de la Administración o de los tribunales de justicia? No será raro que al amparo de esta previsión se dañe más con la mejor intención. *No sería una mala idea someter la restauración del deterioro del medio ambiente a evaluación de impacto ambiental dejando a salvo supuestos de urgencia.* De esta forma, aunque se optara por un modelo judicial de determinación de la reparación de los daños (como el Anteproyecto de responsabilidad civil de actividades con incidencia ambiental), siempre intervendría la Administración supervisando la corrección técnica del proyecto de restauración.

Queda por dilucidar cuál es el plazo de prescripción de la acción por responsabilidad civil. Ante el silencio absoluto del nuevo Código penal debe acudir a la regulación precedente: el plazo de prescripción, cuando la responsabilidad por daño ambiental es dimanante de un delito, es de un año (argumento ex artículo 117 del anterior CP). Este plazo no se computa mientras esté en curso la causa penal. Sin embargo, según la jurisprudencia, si termina la causa penal con una sentencia condenatoria que no se pronuncie sobre la acción civil, al haberse afirmado la existencia del hecho delictivo, el plazo de prescripción es de quince años (artículo 1964 del CC). Si el proceso penal termina con pronunciamiento no condenatorio, el plazo es de un año. Eduardo Font Serra cita en este sentido las STS de 18 de junio de 1968, 11 de abril de 1973, 31 de marzo de 1981, 7 de enero de 1982 y 15 de noviembre de 1986.⁹

Una eventual condena de autoridades y funcionarios podría además fundarse bien en la comisión por omisión del artículo 325 del CP, bien en el tipo contemplado en el artículo 329 del CP “o los que con motivo de sus inspecciones hubieren silenciado la infracción de leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen [...]”.

El Código penal, en su artículo 329, que al establecer el tipo específico, como ha resaltado De la Cuesta Arzamendi, castiga silenciar con motivo de inspecciones la infracción de leyes o disposiciones normativas de carácter general pero no la omisión total de éstas o la no-revocación de autorizaciones sistemáticamente incumplidas.¹⁰ Obstáculo severo para la apreciación del tipo contenido en el artículo 329

9. *La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento procesal*, La Ley, Madrid, 1991, pág. 16.

10. “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente: Capítulo III, título XVI, libro II del nuevo Código penal de 1995”, *Actualidad Penal*, núm. 14, 6-12 de abril de 1998, pág. 303; o en el mismo sentido, MATEOS RODRÍGUEZ ARIAS, *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, Ed. Colex, Madrid 1998, pág. 67.

del CP es la exigencia de dolo –quedando al margen de responsabilidad penal los meramente imprudentes–.¹¹ Y obtener una condena por prevaricación es sumamente complicado. Si en Biescas, ésta no existe, por acudir a un reciente ejemplo, ¿cómo podrá hablarse de prevaricación en otros supuestos?

Pero ya comienzan a existir condenas por delito ecológico. Por ejemplo:

1) STS de 30 de septiembre de 2003, RJ 2004/6316, en la que se condena como autor de un delito de prevaricación medio-ambiental en concurso ideal con un delito contra el medio ambiente al alcalde de Xeresa (Valencia) que autoriza vertidos de escombros y otros productos sólidos en un marjal, zona considerada como humedal. No se condena a la Administración como responsable por no haber sido oída ni parte en el recurso de casación.

2) La STS de 29 de septiembre de 2001, RJ2001/8515 que afirma la posibilidad de comisión por omisión, y se condena al alcalde, concejal de Obras y Servicios y concejal de Obras Públicas, Urbanismo y Medio Ambiente que durante dos años, conociendo el deficiente funcionamiento de depuradora y el gravísimo deterioro medioambiental producido por los vertidos de aguas residuales de urbanización, incumplieron las obligaciones propias de sus cargos para impedirlo.

Los daños colectivos están excluidos de la regulación de la responsabilidad de la Administración contemplada por el artículo 106 de la CE y 139 y siguientes de la Ley 30/1992. Esta restricción, desde una interpretación superadora ex artículos 45 y 53.3 de la CE, debe imponer la admisibilidad de condenas por responsabilidad *ex delicto* subsidiaria de la Administración aun cuando no sea condenada autoridad o funcionario. En este sentido, superando las rigideces de la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, cabe citar la importante STSJ de Baleares de 8 de marzo de 2002, RJCA 2002/640, en su fundamento de derecho sexto.

3.2. Responsabilidad civil dimanante de infracciones ambientales

Nuestro ordenamiento permite la explicación del momento ablacional del derecho a disfrutar de un medio ambiente y su reparación. Creo que el legislador de forma casi inconsciente y dispersa (a diferencia de otros ordenamientos, como el italiano, ha sentando las bases para la construcción del daño ambiental como daño público al arrastrar categorías clásicas (la policía demanial)¹² al marco jurídico constitucional del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado (artículos 24-45 y artículo 53.3 de la CE). Ya Fernández Rodríguez, en una de las obras fundamenta-

11. Sobre la exigencia de dolo, PRATS CANUT, *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona 1996, pág. 891.

12. Sobre esta potestad de autotutela, pueden verse los estudios monográficos de E. RIVERO YSERN, "La responsabilidad civil frente a la Administración pública", RAP, núm. 73, enero-abril de 1974, págs. 9-34, y de FONT I LLOVET (una minuciosa indagación histórica de la institución en nuestro Derecho), "La protección del dominio público en la formación del Derecho administrativo español: Potestad sancionadora y resarcimiento de daños", RAP, núm. 123, septiembre-diciembre de 1990, págs. 7-81; GONZÁLEZ CANO, "La exigencia de responsabilidad por daños y perjuicios derivados de la infracción administrativa: Exclusividad jurisdiccional y autotutela de la Administración", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 85, enero-marzo de 1995, págs. 49-65; y CALVO DEL POZO, "Potestad sancionadora e indemnización de daños y perjuicios al dominio público", *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 40, octubre-noviembre-diciembre de 2000, págs. 265-326.

les y pioneras de los estudios del Derecho ambiental en nuestro país, *El medio ambiente urbano y las vecindades industriales*, propugnó, con una visión digna de todo elogio, el rescate de las técnicas de la policía demanial empleadas por el Reglamento de aterramiento e infección de aguas públicas, de 16 de noviembre de 1900.¹³ Siguiendo el mandato del artículo 45.3 de la CE, diversas normas ambientales (estatales y autonómicas) han procedido a desarrollar el régimen jurídico de los daños al medio ambiente (de forma directa y con independencia de los daños reflejos producidos como consecuencia de las agresiones al medio ambiente). Las líneas fundamentales de este régimen jurídico pueden sintetizarse del siguiente modo:

a) Con independencia de las sanciones, los infractores están obligados a reparar los daños y perjuicios (artículo 12 de la Ley 38/1972, de protección del medio ambiente atmosférico; artículo 118.1 de la Ley de aguas –Real decreto legislativo 1/2001, de 20 de julio–; artículo 95 de la Ley de costas; artículo 36, apartado 1, de la Ley 10/1998, de 21 abril, de residuos, y artículo 37 de la Ley 4/1989, de conservación). Obviamente el presupuesto de la responsabilidad es el dolo o culpa a su vez presupuesto de la infracción administrativa.

b) Esta responsabilidad comporta la obligación de reponer las cosas a su estado anterior (artículo 118.1 de la Ley de aguas; artículo 10 del Real decreto legislativo 1302/1986, sobre evaluación de impacto ambiental; artículo 36, apartado 1, de la Ley 10/1998, de 21 abril, de residuos; artículo 95 de la Ley de costas, y artículo 37.2 de la Ley 4/1989, de conservación). En el supuesto de que esta restitución o reparación sea imposible y cuando subsistan daños irreparables se deberán abonar las indemnizaciones que la Administración determine ejecutoriamente (artículo 100.1 de la Ley de costas). La responsabilidad es *solidaria*¹⁴ en los supuestos en que no sea posible determinar el grado de participación de las distintas personas que hubiesen intervenido en la realización de la infracción, sin perjuicio del derecho a repetir frente a los demás participantes, por parte de aquel o aquellos que hubieran hecho frente a las responsabilidades (artículo 37.3 de la Ley 4/1989, de conservación; artículo 325.2 del Reglamento de dominio público hidráulico, y artículo 130.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre). Fuera de este régimen se sitúa el artículo 179.3 del Reglamento de costas, que determina que “las obligaciones de restitución, reposición e indemnización serán exigibles en primer término al promotor de la actividad y *subsidiariamente* a los demás responsables”. Estas tendencias han sido recogidas por el Tribunal Supremo, que hoy afirma la solidaridad en la responsabilidad extracontractual generada por la comisión de un ilícito civil por una pluralidad de autores.¹⁵ Por todo ello, el artículo 179.3 del Reglamento de costas es simplemente absurdo.

c) Las indemnizaciones son determinadas *ejecutoriamente* por el órgano sancionador (artículo 118.1 de la Ley de aguas; artículo 10 del Real decreto legislativo 1302/1986, de evaluación de impacto ambiental; artículo 95 de la Ley de costas, e,

13. *El medio ambiente urbano y las vecindades industriales*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid 1973, pág. 79.

14. Sobre este tema el más reciente estudio y mejor es, sin duda, el del profesor JORDANO BAREA, “Las obligaciones solidarias”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo 45, fascículo III, julio-septiembre de 1992, págs. 847-874.

15. En este sentido, JORDANO BAREA cita, entre otras, las STS de 23 de diciembre de 1873, 2 de marzo de 1915, 8 de febrero de 1967, 20 de mayo de 1968, 20 de marzo de 1975, 10 de noviembre de 1981 y 14 de noviembre de 1984 (*op. cit.*, pág. 868).

implícitamente, el artículo 37.2 de la Ley 4/1989, de conservación).¹⁶ A veces esta potestad de determinación ejecutoria se ha desconectado de la potestad sancionadora. Éste era el caso de la evaluación de impacto ambiental hasta la Ley 6/2001, de 8 de mayo, de modificación del Real decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio, que como hemos visto ha introducido discriminatoriamente infracciones y sanciones sólo para los proyectos privados. También es el caso de la limpieza y recuperación de suelos contaminados del artículo 27 de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de residuos, que no presupone necesariamente la comisión de una infracción administrativa.¹⁷

En el marco de la policía demanial, E. Rivero Isern criticaba duramente esta potestad exorbitante.¹⁸ Hoy las cosas, a nuestro juicio, deben de valorarse de forma distinta. La materia, como hemos podido comprobar, se ha “legalizado”. En segundo lugar, en virtud de los principios constitucionales, el régimen jurídico de los daños ambientales excluye la posibilidad de doble sanción penal y administrativa. Y la posible concurrencia sanción penal/resarcimiento de daños, o sanción administrativa/resarcimiento de daños aparece plenamente justificada por la propia Constitución (artículo 45.3 de la CE). Por otro lado, esta compatibilidad sanción/resarcimiento es plenamente normal en nuestro ordenamiento penal y fundamento desde los primeros tiempos de nuestro sistema jurídico (la obligación de reparar el daño causado como expresión del deber de *non alterum laedere*). En cuanto a la posible “absorción de competencias judiciales”, hay que decir que ésta es inevitable, parcial e igualmente justificada. Es inevitable por el carácter revisor con carácter general de la jurisdicción contenciosa. Es parcial porque no genera un campo de soberanía absoluta en manos de la Administración. Y es que, tras la Constitución, esos campos han desaparecido (artículos 9, 103 y 106 de la CE). Las decisiones de determinación ejecutiva de los daños ambientales son controlables ante la jurisdicción contencioso-administrativa. El fin de la norma es claro (esto ya lo observó Rivero Isern).¹⁹ Se trata de agilizar el sistema, poniendo en este caso potestades exorbitantes (determinación ejecutiva, multas coercitivas, posibilidad de ejecución subsidiaria) al servicio de un bien jurídico constitucional y de un derecho fundamental. Ello es coherente y proporcional con el fin que se persigue, y además encaja en las funciones constitucionalmente encomendadas a la Administración (artículo 45.2, “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”). Por eso, esta “absorción” está plenamente justificada,²⁰ y no debe de extrañarnos que haya recibido la bendición del Tribunal Constitucional de acuerdo con el principio de eficacia, principio que respalda de modo general las potestades de autotutela.

16. Criticando el carácter ejecutivo de las resoluciones determinadoras de daños, por creer que dicho carácter debe estar anudado a la ejecutividad de la sanción de la que dimana, véase GONZÁLEZ CANO, *op. cit.*, págs. 64-65.

17. Esta novedosa regulación de hecho se aparta de la regulación ejecutoria de autotutela permitiendo convenios en la materia (cfr. artículo 28). Al respecto, pueden verse TROMANS & TURRAL-CLARKE, *Contaminated Land*, Sweet & Maxwell 1994, y STEICHEN, *Les sites contaminés et le droit*, LGDJ, París, 1996.

18. E. RIVERO YSERN, *op. cit.*, págs. 33 y 34.

19. *Op. cit.*, pág. 33.

20. Recientemente en este sentido, CALVO DEL POZO, en su brillante estudio *Potestad sancionadora e indemnización de daños y perjuicios al dominio público*, *op. cit.*, especialmente, págs. 304 y 326.

d) Esta responsabilidad puede ser exigida por vía de apremio (artículo 118.2 de la Ley de aguas (artículo 110.1).²¹ El acto de determinación es ejecutable mediante ejecución subsidiaria y la imposición de multas coercitivas. Éste es el régimen general de los artículos 93 a 101 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. Las leyes ambientales reiteran estas previsiones. También de modo general, el artículo 130.2 de la Ley 30/1992 dispone que “Las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados, *que podrán ser determinados por el órgano competente, debiendo en este caso comunicarse al infractor para su satisfacción en el plazo que al efecto se determine, y quedando de no hacerse así, expedita la vía judicial correspondiente*”. El precepto es salvable mediante la interpretación lógica como hacen Parada Vázquez²² y García Manzano,²³ o bien mediante la conocida *má-xima* ya utilizada por nosotros en esta obra, *Lex posterior generalis non derogat priori speciali*. Pero habría otros argumentos:

1) La reducción del artículo 130.2 al procedimiento sancionador. Bien, en cualquier caso, subsistirían las facultades de determinación ejecutoria al margen del procedimiento sancionador.

2) Del mismo modo, cuando el contenido de la sanción es la propia restitución como en materia de patrimonio histórico, habría de entenderse no afectada tal facultad. Lejos de estas sutilezas teóricas, el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora aprobado por el Real decreto 1398/1993, de 4 de agosto, en su artículo 22 ha venido a zanjar cualquier interpretación no deseable. En cualquier caso, la legislación ambiental autonómica posterior entiende subsistente la potestad de determinación ejecutoria de los daños (*vid. ad exemplum* artículo 118 de la Ley catalana 6/1993, de 15 de julio, reguladora de los residuos; artículo 30.4 de la Ley 5/1993, de actividades clasificadas, de 21 de octubre, de las Cortes de Castilla y León; artículo 32 de la Ley 8/1994, de 24 de junio, de evaluación de impacto ambiental y auditorías ambientales de Castilla y León, etc.). También la legislación básica estatal ha continuado con el modelo de determinación ejecutoria de daños en la Ley 10/1998, de 21 de abril, de residuos.²⁴

21. Negando la evidencia, GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA estima que “no parece que la ley esté en lo cierto cuando –refiriéndose a las indemnizaciones– habla de vía de apremio, si se refiere al apremio administrativo. Aquí puede darse el apremio, pero el apremio judicial ordinario” (*Comentarios a la Ley de aguas*, Publicaciones Abella, El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, Madrid 1985, pág. 223).

22. PARADA VÁZQUEZ ha criticado duramente este precepto. Y propone una interpretación que salva el resbalón del imprudente legislador (*Derecho administrativo*, parte general, quinta edición, Marcial Pons, Madrid 1993, pág. 494). Véase, también, CALVO DEL POZO, *Potestad sancionadora e indemnización de daños y perjuicios al dominio público*, *op. cit.*, págs. 304 y 326, quien cree que el precepto eleva a regla general lo que antes aparecía en normas sectoriales.

23. En su opinión, puede considerarse subsistente esta potestad entendiéndose referida la remisión a la vía judicial correspondiente para los supuestos en que el órgano competente para sancionar “no haya incorporado a la resolución sancionadora la determinación y exigibilidad al infractor de los daños y perjuicios por este ocasionados, pues tal determinación es una simple facultad” (*Comentario sistemático a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, Libros Jurídicos Carperi, Madrid, 1993, págs. 386-388).

24. *Cfr.* artículo 36 de la Ley 10/1998, de 21 de abril.

e) En el supuesto de que las infracciones sean constitutivas de delito o falta, la Administración debe pasar el tanto de culpa a la jurisdicción criminal y se ha de abstener de proseguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado. La sanción penal excluye la sanción administrativa. Si no estima la existencia de delito o falta, la Administración podrá continuar el procedimiento sancionador en base a los hechos que los tribunales hayan considerado probados (artículo 112 de la Ley de aguas; artículo 94.3 de la Ley de costas,²⁵ y artículo 40 de la Ley 4/1989, de conservación). En este supuesto, la jurisdicción competente para la determinación de los daños es la penal. Habrá de tenerse presente la superación de la doctrina sentada por la STC 177/1999, de 11 de octubre²⁶ (previa sanción administrativa impide posterior condena penal por vulneración del *ne bis in idem*) y por la reciente STC 2/2003, de 16 de enero, del Pleno (previa sanción no excluye ulterior condena, siempre que se descuente lo ya sancionado –el principio *non bis in idem* no prohíbe el doble “reproche aflictivo”, sino la reiteración sancionadora de los mismos hechos con el mismo fundamento padecida por el mismo sujeto). Creo que una sanción administrativa impuesta *ex ante* a la condena por delito ecológico es una sanción nula de pleno derecho, nulidad sobrevenida ex artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, y como tal debe dejarse sin efecto mediante la revisión de actos de gravamen. En casos graves es difícil que tal descoordinación se produzca entre orden penal y administrativo (ninguna Administración va imponer una sanción mientras se tramita un proceso por delito ecológico en un supuesto como el de Aznalcóllar), pero en casos modestos sí puede producirse dicha descoordinación, y la solución correcta no es la apuntada por la STC 177/1999, ni en la STC 2/2003, sino la que aquí sostenemos –obviamente acatando la infabilidad constitucional del Tribunal Constitucional.

f) El plazo de prescripción para exigir la obligación de reponer las cosas a su estado primitivo o reparar los daños causados al dominio público es de quince años (artículo 327 del Reglamento del dominio público hidráulico). Este plazo fijado reglamentariamente es de dudosa legalidad, pues la Ley de aguas guarda un silencio absoluto sobre el plazo de prescripción aplicable (y se fija contradiciendo el plazo general de un año establecido para la responsabilidad extracontractual por el artículo 1968.2 del CC).²⁷ La Ley de costas, con deficiente técnica, dispone en su artículo 92, párrafo segundo, que “no obstante se exigirá la restitución de las cosas y su reposición a su estado anterior, cualquiera que sea el tiempo transcurrido”. Si la responsabilidad por daños al medio ambiente es una responsabilidad extracontractual, a falta de determinación específica, tal como la establecida ilegalmente en el caso del derecho de aguas (la imprescriptibilidad de la Ley de costas es algo que parece contrario a la seguridad jurídica), debe de aplicarse el plazo de prescripción general para este instituto del artículo 1968.2 del CC (un año).²⁸ Tanto la Ley 4/1989,

25. Se adecua así la vieja técnica de la policía demanial, hoy daño público ambiental al ordenamiento constitucional.

26. Véase el brillante comentario de MARINA JALVO, “*Non bis in idem* y prevalencia del pronunciamiento de la jurisdicción penal. Delitos e infracciones administrativas contra el medio ambiente (comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999, de 11 de octubre)”, REDA, núm.108, octubre-diciembre de 2000, págs. 607-617.

27. GONZÁLEZ PÉREZ se inclina por el plazo de prescripción de un año señalado por el artículo 1968.2 del CC, salvo el supuesto en que la determinación de la indemnización se hiciese en el procedimiento sancionador, que en su opinión, sólo podría incoarse en tanto no hubiese prescrito la infracción administrativa (*Comentarios a la Ley de aguas, op. cit.*, pág. 1090).

de conservación, la Ley de residuos, el Real decreto legislativo 1302/1986, de evaluación de impacto ambiental y su reglamento, de 28 de junio, guardan un absoluto silencio sobre el plazo de prescripción aplicable.

El Tribunal Supremo ha admitido la independencia del plazo de prescripción para pedir la reparación de los daños al dominio público hidráulico del de prescripción las sanciones: esto es, se podría reclamar la reparación de los daños al dominio público hidráulico incluso en los supuestos de sanciones ya prescritas –por transcurso del plazo de prescripción de dos meses determinado en el artículo 327 del RDPH, debido al carácter independiente de la obligación de reparación ex artículo 110 de la LAG (STS de 26 de enero de 1996, Aranzadi 456, fundamentos de derecho cuarto y quinto); STS de 30 de abril de 1998, Aranzadi 3653, fundamentos de derecho segundo y cuarto). Planteamiento que igualmente se predica cuando no pueda considerarse una acción como culpable por existir una base para entender que la acción se ampara en licencia (STS de 10 de febrero de 1997, Aranzadi 2461 y Aranzadi 1219; STS de 27 de abril de 1998, Aranzadi 3645, fundamento de derecho tercero). Y es que, como sostiene González-Varas Ibáñez, la reparación es independiente de la infracción administrativa en cuanto a plazos de prescripción.²⁹ Igualmente, debe recordarse que la jurisprudencia ha llegado más lejos por lo que se refiere a las pretensiones de reparación con base en la imprescriptibilidad del dominio público. Aguado i Cudolà cita en este sentido las STS de 17 de mayo de 1990, Aranzadi 4388, y 24 de enero de 1991, Aranzadi 336.³⁰ No avala la negación de la doctrina anterior del Tribunal Supremo, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta), de 24 de julio de 2003, RJ 5467, dictada en casación en interés de ley. Lo que creo que dice es que no prescribe la acción a los dos meses, como sostenía el juzgado de lo contencioso, y que rige el artículo 327 del RDPH, que establece un plazo mayor. Pero no se está resolviendo si cabe exigir más allá de los quince años con fundamento en la imprescriptibilidad del dominio público (fundamento de derecho tercero).

3.3. Responsabilidad de la Administración con ocasión de los daños al medio ambiente

Aunque en última instancia el daño haya sido causado por particulares, puede existir responsabilidad de la Administración desde la consideración de la protección ambiental como función Administrativa.³¹ La cuestión es qué tipo de daños podrían reclamarse por esta vía prevista en los artículos 139 y ss. de la LRJAP y PAC. No parece que todas las pretensiones que hemos visto posibles como responsabilidad ex delito tuvieran cabida por esta vía. Así, López Menudo, como hemos visto, sobre la base del artículo 40.2 de la LRJAE de 1957 que exige la efectividad y la individuali-

28. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo niega la aplicabilidad del plazo de prescripción previsto por el Código civil [STS de 9 de junio de 1978 (Sala Tercera, Aranzadi 2866), ponente Roldán Martínez].

29. *La reparación de daños causados a la Administración*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1998, pág. 100. En contra de esta línea, véase CALVO DEL POZO, págs. 298-299.

30. *Prescripción y caducidad en el ejercicio de potestades administrativas*, Serie Administración Local, ¿Cómo se hace?, Editorial Marcial Pons, Madrid 1999, pág. 131.

31. Véase GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, *La reparación de daños causados a la Administración*, Cedecs Editorial, Barcelona 1998, págs. 241-242.

zación del daño (el actual artículo 139.2 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas), afirma la inidoneidad del instituto de la responsabilidad para reclamar los daños ambientales *strictu sensu*.³² O González Pérez restringe la posibilidad de reclamación a daños individualizados.³³

Este planteamiento antes señalado es genérico en materia de responsabilidad de la Administración cuando media la omisión de deberes de policía. Así, la omisión de la Administración de sus deberes de policía cuando han mediado denuncias reiteradas son también para el Tribunal Supremo causa bastante para afirmar la responsabilidad. Por ejemplo, cuando el aterramiento de un cauce produce el desbordamiento de un río (STS 24 de enero de 1992, Aranzadi 661, ponente Ruiz Sánchez, fundamentos de derecho segundo y tercero); o falta de medidas o vigilancia en un vertedero provoca el incendio de un pinar contiguo (STSJ de Castilla y León, Sala de Burgos, de 22 de mayo de 1997, RJCA 1997/2084). *A contrario sensu*, respalda esa línea jurisprudencial sobre responsabilidad en supuestos de omisión de deberes de vigilancia aquellas sentencias que descartan dicha responsabilidad cuando no existen denuncias anteriores (STS de 3 de mayo de 1995, Aranzadi 3598, Sala Tercera, Sección Sexta, ponente Mateos García, fundamento de derecho tercero): de haber mediado denuncias existiría responsabilidad. En general, la responsabilidad de la Administración es admitida cuando existe pasividad ante las denuncias o cuando no se adoptan las medidas adecuadas.³⁴

De hecho, existen precedentes en los que se admite la responsabilidad de la Administración con ocasión de vertidos (de una planta depuradora de aguas residuales, salmueras procedentes de una desalinizadora municipal y vertidos de residuos de granja) que dan lugar a daños singularizados en propiedades (STS 12 de febrero de 1996, Aranzadi 1063, Sala Tercera, Sección Sexta, ponente Sieira Miguez; o la STSJ de Valencia de 7 de marzo de 1997.³⁵ También existen precedentes de afirmación de la responsabilidad de la Administración por la pérdida de usos singularizados con ocasión del deterioro del dominio público hidráulico (STS de 11 de octubre de 1975). O como consecuencia de daños provocados por vertederos (STS de 9 de julio de 1984; 1 de diciembre de 1986, Aranzadi 8096, y 25 de mayo de 1988, Aranzadi 3962;³⁶ STS de 22 de junio de 1995, Aranzadi 4780; STS de 31 de marzo de 1998, Aranzadi 2904; 20 de octubre de 1998, Aranzadi 8842). Aunque no debe olvidarse que ninguna acción tiene garantizado su éxito *ex ante*. Sirva un solo botón de muestra: las STS de 7 de febrero de 1998, Aranzadi 1444, ponente Peces Morarte (Sala Tercera, Sección Sexta) y 6 de marzo de 1998, Aranzadi 2490, ponente Sieira Míguez (Sala Tercera, Sección Sexta) han descartado que exista responsabilidad de la Administración por la falta de vigilancia de vertidos respecto de los daños provocados por dichos vertidos a una cooperativa dedicada a la pesca de moluscos bivalvos.

32. *El derecho a la protección del medio ambiente, op. cit.*, pág. 198.

33. *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid 1996, págs. 157-161.

34. Véase GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid 1996, págs. 266-270, citando abundante jurisprudencia al efecto.

35. *Actualidad Administrativa*, núm. 8, 1997, citada por GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ *supra* –“Autorización por un ayuntamiento de una actividad y abstención de vigilancia de su adecuado nivel de ruidos y vibraciones”).

36. Véase nuestro estudio, “La responsabilidad de la Administración con ocasión de los daños al medio ambiente”, *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 119, julio-agosto-septiembre, págs. 108-114).

Afirmada la responsabilidad y su carácter solidario, el problema fundamental será determinar si dicha acción de responsabilidad está viva. La STS de 19 de septiembre de 1989, Aranzadi 6417, Sala Tercera, Sección Tercera, ponente Martínez Sanjuán, estima en plazo y no caducada una acción de responsabilidad en los supuestos de daños permanentes, persistentes, evolutivos, y no estáticos. Y este suele ser el caso de los daños que se producen como consecuencia de agresiones al medio ambiente, como, por ejemplo, los causados por un vertedero de residuos, supuesto que es considerado por la STS de 22 de junio de 1995, Aranzadi 4780, Sala Tercera, Sección Sexta, ponente Sieira Miguez, fundamento de derecho tercero. Según esta sentencia, que condensa la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia, en el caso de la contaminación provocada por un vertedero se trata de daños continuados en los que el resultado lesivo es permanente e inalterable en el tiempo, con un resultado lesivo que no puede ser evaluado de forma definitiva hasta que cesa el hecho causante de los mismos y cuyo plazo de prescripción no comienza a computarse hasta que no cesan los efectos lesivos, sin que ello impida al perjudicado plantear la acción de responsabilidad hasta que cesen los daños. Además, debe tenerse presente que la causa de afirmación de responsabilidad en estos casos no son propiamente, por ejemplo, unos vertidos continuos o discontinuos en el tiempo, sino la omisión continua de los poderes de policía y vigilancia, cuyo tratamiento jurídico exige la reducción a la unidad. El plazo de prescripción para un delito continuado contra el medio ambiente comienza desde la cesación de la actividad ilícita (STS 19 de enero de 2002, RJ 2002/1315).

El título de imputación es la omisión de los poderes de policía y vigilancia concretos continua, por ejemplo, respecto de unos vertidos previamente denunciados, sin solución de continuidad, que como dice la jurisprudencia citada se derivan de un hecho no estático sino evolutivo (ni la omisión de competencias ni los propios vertidos tienen este carácter; son daños duraderos y de tracto sucesivo) de los que la Administración competente tiene directo conocimiento.

En estos supuestos de daños continuados en los que el resultado lesivo es permanente e inalterable en el tiempo, las posibilidades de reacción no sólo se incrementan en cuanto al momento inicial de plazo de prescripción, sino también en cuanto al monto de la reclamación; pues el perjudicado podrá solicitar la indemnización por referencia a todos los daños producidos desde un principio, y no sólo por los irrogados en el último año. Así, lo sostiene Ernesto García-Trevijano Garnica con base en el Dictamen del Consejo de Estado de 14 de octubre de 1982, Exp. 44.436.³⁷

En definitiva, creemos que la jurisprudencia contenciosa sobre la responsabilidad de la Administración debe seguir la acertada posición de la jurisprudencia civil en cuanto a la imposición de ulteriores medidas tendentes a evitar futuros daños. La base legal para ello existe y es más amplia que la del Derecho privado. Un concepto de reparación aplicada en su justa dimensión así lo exige.

37. *Plazo para exigir la responsabilidad extracontractual de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid 1998, pág. 94. Sobre esta materia, véase también MESEGUER YEBRA, *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas: indemnización y plazo de prescripción*, Biblioteca básica de práctica procesal. Serie Administrativa, Bosch, Barcelona, 2000.

4. La responsabilidad por daños al medio ambiente como reto para el legislador. La responsabilidad por daños ambientales en el Derecho de la Unión Europea: análisis de la Directiva 2004/35, de 21 de abril, sobre responsabilidad medioambiental

En 2004, se ha cumplido uno de los retos históricos del Derecho ambiental de la Unión Europea. En el Derecho comunitario ha existido desde hace tiempo la intención de regular el régimen jurídico del daño ambiental que se ha enfrentado a múltiples obstáculos: la complejidad técnica de esta tarea; la oposición de los estados y de los sectores empresariales afectados por dicho régimen; incluso factores ideológicos como la primacía del principio de prevención en el Derecho ambiental.³⁸

Estas intenciones de regulación de los daños ambientales se plasmaron en la Propuesta de Directiva de 1 de septiembre de 1989 de la Comisión de las Comunidades Europeas.³⁹

El siguiente paso en esta evolución fue la Comunicación de la Comisión de la CEE al Consejo y al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social [(COM (93) 47 final, de 14 de mayo de 1993, denominado *como Libro verde sobre reparación del daño ecológico*].

Después del Libro verde se produjo el *Libro blanco sobre responsabilidad ambiental*, presentado por la Comisión.⁴⁰ El Libro blanco concluía que la opción más adecuada y preferible consistía en la adopción de una Directiva marco comunitaria que contemplara, por un lado, la responsabilidad objetiva por los daños ambientales derivados de actividades peligrosas reguladas por la legislación comunitaria (que cubriera, con circunstancias eximentes y atenuantes, tantos los daños tradicionales como los causados al medio ambiente) y que también regulara la responsabilidad por culpa en los casos de daños a la biodiversidad derivados de actividades no peligrosas. Como síntesis de las opciones regulatorias allí contenidas deben resaltarse las siguientes: 1) carácter no retroactivo –aplicación limitada a los daños futuros–; 2) cobertura de los daños al medio ambiente (lugares contaminados y daños a la biodiversidad) como los daños tradicionales (daños corporales y daños materiales); 3) ámbito de aplicación cerrado y vinculado al acervo comunitario de legislación medioambiental existente, y 4) dualidad de régimen: responsabilidad objetiva para actividades inherentemente peligrosas y responsabilidad por culpa cuando los daños se deriven de una actividad no peligrosa. El Libro blanco sobre responsabilidad ambiental no contemplaba la exclusión de los riesgos del desarrollo, pareciendo optar por un régimen de responsabilidad no degradable mediante supuestos de exención no tradicionales.⁴¹

Las expresadas dificultades de la tarea (el difícil consenso en tan delicada materia y las divergencias existentes en los ordenamientos jurídicos de los distintos países miembros) han hecho que dicha actuación normativa se retrase en el tiempo. Todo este proceso descrito ha culminado con la Directiva 2004/35 del Parlamento Europeo y del

38. Cfr. posición del Parlamento Europeo expresada en el Dictamen consultivo presentado el 17 de junio de 1982 sobre el proyecto del tercer programa.

39. DOCE de 4 de octubre de 1989. Esta propuesta de directiva también puede verse en *Actualidad Civil Legislación*, núm. 10, octubre de 1989, págs. 587-595.

40. Bruselas 9 de febrero de 2000, COM (2000) 66 final, ISSN 0257-9545, núm. de catálogo: KT-CO-00-66-ESC-C, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, L-2985, Luxemburgo.

41. Cfr. *Libro blanco sobre responsabilidad ambiental*, págs. 4, 10, 18 y 30.

Consejo, de 21 de abril, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales.⁴² En fin, estamos ante un procedimiento complejo prototípico en el que se ha dejado rastro de importantes conflictos de intereses entre el Parlamento y el Consejo, con un papel impulsor, “arbitral” y posibilista de la Comisión.⁴³ La sombra de los intereses de los grandes grupos empresariales y la permeabilidad de las instituciones ante los mismos se hace igualmente patente.⁴⁴

4.1. La regulación contenida en la Directiva 2004/35, de 21 de abril, sobre responsabilidad medioambiental, en relación con la prevención y reparación de daños ambientales.⁴⁵ Estructura y régimen jurídico de la responsabilidad por daños ambientales contenido en la Directiva 2004/35

4.1.1. Descripción general y plazo para su transposición: en caso de incumplimiento sus previsiones han de tener efecto directo

La Directiva 2004/35, de 21 de abril, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales, consta de veintiún artículos y seis importantes anexos (anexo I, carácter significativo de los daños a la biodiversidad; anexo II, criterios de reparación del daño ambiental; anexo III, ámbito de aplicación de la directiva que se extiende –*grosso modo*– al control integrado de la contaminación –Directiva 96/61–, gestión de residuos, vertidos a las aguas superficiales y subterráneas, sustancias peligrosas y organismos genéticamente modificados; anexo IV y anexo V, ámbitos excluidos que remiten a su regulación en convenios internacionales relativos a la contaminación marina, energía nuclear y transporte de mercancías peligrosas por carretera, ferrocarril y vías navegables, y anexo VI, contenido de los informes a presentar por los estados miembros a la Comisión a más tardar el 30 de abril de 2013). Como sucede a menudo, los considerandos que constituyen la exposición de la norma es el mejor resumen de la misma.

El plazo límite para realizar la transposición al derecho interno es el 30 de abril de 2007.⁴⁶ Habida cuenta del habitual incumplimiento de los plazos de transposición, conviene examinar si la Directiva 2004/35 podrá tener efecto directo horizontal en relaciones triangulares. Como es sabido, el TJCE ha afirmado en materia de EIA la posibilidad de dicho efecto.⁴⁷ En EIA, la Sentencia del Tribunal de Justicia

42. DOCE L núm. 14, de 30 de abril de 2004, págs. 56-75.

43. Describiendo la delicada búsqueda del consenso político sobre la base de posibilismo, las tensiones y las posiciones de los distintos actores véase la magistral exposición de FUCHS, *Pour une définition communautaire de la responsabilité environnementale*, L'Hartmann, París 2003, págs. 69-77 y 116.

44. Y así ha ocurrido con otros decisivos aspectos (cfr. CLARKE, “The Proposed EC Liability Directive: Half-Way Through Co-Decision”, *Review of European Community & International Environmental Law*, 2003, vol. 12, issue 3, págs. 267-268).

45. Ya existen numerosos estudios sobre la Directiva 2004/35, entre los que destacamos: el de LOZANO CUTANDA, “La responsabilidad por daños ambientales: La situación actual y el nuevo sistema de ‘responsabilidad de Derecho público’ que introduce la Directiva 2004/35/CE”, *Justicia Administrativa*, núm. 26, enero de 2005, págs. 5-34, y “Estudios sobre la Directiva 2004/35, de responsabilidad por daños ambientales y sin incidencia en el ordenamiento español”, Rda Monografía, Thomson-Aranzadi, Elcano, 2005.

46. Cfr. artículo 19 de la Directiva 2004/35.

47. Así, las STJCE de 11 de agosto de 1995, *Comisión c. Alemania*, Asunto 431/92; Asunto 435/1997, *World Wild Fund*, 16 de septiembre de 1999 y más recientemente Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 7 de enero de 2004 en el Asunto C-201/02 ha afirmado el efecto directo horizontal de la Directiva EIA.

(Sala Quinta) de 7 de enero de 2004 en el Asunto C-201/02 ha descartado la inexistencia de efecto directo, por ejemplo, por el hecho de que los trabajos de explotación minera deban paralizarse a la espera de los resultados de la evaluación, siendo ello consecuencia del retraso de dicho Estado en el cumplimiento de sus obligaciones. Nosotros creemos que en materia de responsabilidad civil por daños ambientales deben imponerse similares resultados. No entendemos aplicable la jurisprudencia del TJCE clásica: todos estos supuestos se refieren a ámbitos sancionadores y no de responsabilidad extracontractual.

A la vista del ámbito subjetivo de aplicación, la posibilidad de que administraciones públicas o sus personificaciones instrumentales causen daños es más que probable y en esos casos estamos hablando de un efecto directo vertical que no plantea problemas. No puede perderse de vista que la mayoría de los postulados contenidos en la Directiva 2004/35 son posibles ya en nuestro ordenamiento interno. De esta forma, la aplicación de la directiva tendría un efecto determinador, orientativo y de precisión más que un auténtico efecto ordenador *ex novo*, siendo por lo demás favorable al contaminador o destructor ambiental en cuanto delimitador o operador de concreción de su responsabilidad. Estimamos por estas razones de potencial efecto directo entre otros postulados de la directiva 2004/35:

–Anexo I, carácter significativo de los daños a la biodiversidad.

–Anexo II, criterios de reparación del daño ambiental.

–Los criterios amplios de legitimación en ella establecidos.

–La determinación de las medidas reparadoras.

Todas ellas deben ser normas aplicables expirado el plazo de transposición.

4.1.2. Ámbito “material” u objetivo de aplicación. Los daños resarcibles: el concepto de daños ambientales resarcibles en la directiva

No deja de resultar llamativo que los preceptos más complejos y con más enjundia de la Directiva 2004/35 tengan como finalidad la delimitación de su exclusión. La imagen visual es la persona rapada al cero –el recluta payaso de *La chaqueta metálica* de Stanley Kubrick–, siendo la regulación de la directiva un eficiente peluquero militar con exceso de celo. El ámbito material u objetivo de aplicación se encuentra inicialmente restringido. En primer lugar, la directiva limita su ámbito de aplicación.

1) Los daños a la biodiversidad protegida y/o declarada comunitaria:

Según el artículo 2.1.a) de la Directiva 2004/35: “A efectos de la presente directiva, se entenderá por: 1. ‘daño medioambiental’: a) *los daños a las especies y hábitats naturales protegidos*, es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de dichos hábitats o especies.” No obstante esa restricción a la biodiversidad declarada que ha sido objeto de amplias críticas es una restricción inicial, pues los estados, conforme al artículo 2.3.c), en caso de que así lo determinen, pueden incluir cualesquiera hábitats o especies no enumerados en dichos anexos que el Estado miembro designe para fines equivalentes a los establecidos en esas dos directivas.

2) Las aguas, es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en el estado ecológico, químico o cuantitativo, o en el potencial ecológico definidos en la Directiva 2000/60/CE, de las aguas en cuestión, con excepción de los efectos adversos a los que se aplica el apartado 7 del artículo 4 de dicha directiva.

3) Al suelo o el subsuelo, los daños al suelo, es decir, cualquier contaminación del suelo que suponga un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana debidos a la introducción directa o indirecta de sustancias, preparados, organismos o microorganismos en el suelo o el subsuelo.

De esta limitación es particularmente llamativa la ausencia de la atmósfera. Esta ausencia queda atenuada porque dicho bien ambiental es vehículo transmisor de contaminación y en la medida en que la misma acabe en un medio receptor dentro del ámbito de la directiva se operará esa inclusión.⁴⁸

Otro importante criterio delimitador exclusivo vía definición del ámbito material es el de los daños reflejos o daños tradicionales. Los daños en bienes y personas con ocasión de daños al medio ambiente quedan fuera del ámbito material de la directiva. Así lo determina el considerando 14 y el propio artículo 3.3 de la Directiva 2004/35: “Los daños si son definidos positivamente como 2. ‘daños’”, el cambio adverso mensurable de un recurso natural o el perjuicio mensurable a un servicio de recursos artículo 2.2 de la Directiva 2004/35. Es de destacar el enfoque preventivo, pues la directiva no se ocupa sólo de los daños sino, lo que es mas importante, “a cualquier amenaza inminente de tales daños”.⁴⁹ Pero los daños resarcibles también son definidos negativamente. Así, el 4.5 de la directiva establece: “La presente directiva sólo se aplicará a los daños medioambientales, o a la amenaza inminente de tales daños, causados por una contaminación de carácter difuso cuando sea posible establecer un vínculo causal entre los daños y las actividades de operadores concretos.” Es obvia la exclusión cuando este vínculo no pueda ser establecido.

4.1.3. Ámbito subjetivo de aplicación

La directiva tiene un ámbito subjetivo de aplicación en función de la actividad desarrollada. Viene determinado por el artículo 3.1 de la directiva en conjunción con el anexo III. Este ámbito se extiende *grosso modo* al control integrado de la contaminación –Directiva 96/61–, gestión de residuos, vertidos a las aguas superficiales y subterráneas, sustancias peligrosas y organismos genéticamente modificados. No obstante, esta limitación subjetiva encuentra una importante excepción, pues conforme al artículo 3.1.b) de la directiva también se extiende su régimen a los daños causados a las especies y hábitats naturales protegidos por actividades profesionales distintas de las enumeradas en el anexo III y a cualquier amenaza inminente de tales daños debido a alguna de esas actividades, siempre que haya habido culpa o negligencia por parte del operador. Ciertamente, no comprendemos por qué sólo se desborda el ámbito subjetivo en este supuesto y no en los daños a las aguas o al suelo. Tampoco comprendemos por qué se excluye en este caso la responsabilidad objetiva.

Pero nuevamente el ámbito subjetivo de aplicación es inicialmente restrictivo, pues de acuerdo con el artículo 16.1, “Relación con la legislación nacional”, podría ser superado. Creemos que hubiera sido más coherente incluir también en el ámbito subjetivo de aplicación a las actividades sometidas a EIA. Esto debe ser unos

48. Así, LOZANO CUTANDA, “La responsabilidad por daños ambientales: la situación actual y el nuevo sistema de ‘responsabilidad de Derecho público’ que introduce la Directiva 2004/35/CE”, *Justicia Administrativa*, núm. 26, enero de 2005, pág. 26.

49. Artículo 3.1.a) de la Directiva 2004/35.

de los pasos necesarios en la transposición o en la eventual reforma de la Directiva 2004/35. Y ello dejando claro que no nos gusta la creación de derechos estatutarios. Piénsese que se opera en un ámbito ya de por sí en exceso estatuario, como consecuencia de caducos convenios internacionales que consagran espacios de impunidad en materia de vertidos de hidrocarburos⁵⁰ o energía nuclear que la directiva expresamente recuerda que quedan fuera de su ámbito.

4.1.4. Supuestos de exclusión y exoneración. La indefinición o apertura del sistema de responsabilidad posibilita un régimen fragmentario en el espacio de la Unión Europea

El régimen de responsabilidad objetiva/subjetiva no es directamente proclamado a diferencia de las regulaciones existentes en el Derecho comparado. Por tanto, el régimen de responsabilidad ha de deducirse de la regulación de las exclusiones y de los supuestos de exoneración.

En primer lugar, excluye la directiva de su régimen los daños medioambientales y las amenazas inminentes de tales daños provocados por: *a)* un acto derivado de un conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección, y *b)* un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible. Estos son los supuestos de fuerza mayor (*vis maior*) o “Acts of Good”.⁵¹

Por otro lado, el apartado 5 del artículo 4 determina que “La directiva sólo se aplicará a los daños medioambientales, o a la amenaza inminente de tales daños, causados por una contaminación de carácter difuso cuando sea posible establecer un vínculo causal entre los daños y las actividades de operadores concretos”.

Por último, siguiendo el tabú tradicional (EIA, libertad de información en materia de medio ambiente) no se aplicará a las actividades cuyo principal propósito sea servir a la defensa nacional o a la seguridad internacional, ni a las actividades cuyo único propósito sea la protección contra los desastres naturales.

Resulta criticable la exención en materia de actividades destinadas a mitigar catástrofes. Creemos que ello es una cláusula de *sovereign immunity* extraña a nuestro Derecho e incompatible con nuestro sistema. Si la cláusula se interpreta como estado de necesidad, sí sería excluyente por no existir obligación de soportar. Obsérvese que la propia directiva excluye la responsabilidad en los supuestos de “órdenes o instrucciones subsiguientes a una emisión o incidente generados por las propias actividades del operador” (artículo 8.3 de la directiva), lo que sin matizaciones nos lleva a la inmunidad. ¿Y si las órdenes erróneas, infundadas, arbitrarias o infringiendo la *lex artis* fueron causantes directas del agravamiento de los daños como al parecer en el *Prestige*? La cláusula matriz no está redactada en términos restrictivos, y ello, además de ser un error, plantea problemas de constitucionalidad. En ordenamientos como en el de los Estados Unidos donde se reconoce, su aplicación ha sido problemática.⁵²

50. El daño ecológico puro no está bajo la cobertura del Convenio de Bruselas. Cfr. ROBIN, “La réparation des dommages causés par le naufrage de l’Erika”, RJE, 2003, núm. 1, págs. 41-41. El FIPOL ha sido descrito por LE GUEN como “un muro que protege a los contaminadores” (FUCHS, *Por une définition communautaire de la responsabilité environnementale*, L’Hartmattan, París 2003, pág. 42).

51. Artículo 4.1 de la Directiva 2004/35.

52. Para una información más amplia, véase nuestro libro *La reparación de los daños catastróficos*, Marcial Pons, Madrid 2000, págs. 60-66.

Pero de acuerdo con el artículo 8.3 de la directiva se excluyen dos supuestos de daños cuando:

a) Fueron causados por un tercero, habiéndose producido a pesar de existir medidas de seguridad adecuadas.

b) Se produjeron como consecuencia del cumplimiento de una orden o instrucción obligatoria cursada por una autoridad pública, salvo las órdenes o instrucciones subsiguientes a una emisión o incidente generados por las propias actividades del operador.

En tales casos, los estados miembros tomarán las medidas oportunas para permitir que el operador recupere los costes en que haya incurrido.

Ciertamente, en este caso estamos ante un supuesto de exoneración de responsabilidad tradicional y en principio no problemático. La intervención de un tercero (ahí se incluyen las órdenes de la Administración con la lógica responsabilidad de la misma) rompe el nexo causal, y por eso no hay responsabilidad. Quizá hubiera sido deseable matizar como ha hecho nuestra jurisprudencia nacional la posibilidad de concurrencia en la producción del daño pues la realidad siempre es rica en matices y el supuesto aquí previsto en la directiva no es la única hipótesis materializable.

El verdadero núcleo problemático lo encontramos en las previsiones del artículo 8, apartado 4, de la directiva, cuando permite excluir de la directiva los daños causados por actividades autorizadas y los denominados riesgos del desarrollo. El planteamiento, si bien dulcificado, es *pro* exclusión en aras de un sistema de responsabilidad subjetiva. Respecto de las actividades autorizadas, como hemos podido comprobar, el planteamiento es regresivo respecto de nuestro ordenamiento. La jurisprudencia ha afirmado que se ha de responder incluso si se obra al amparo de licencias u autorizaciones (STS de 30 de noviembre de 1990) o incluso de las normas. También en Francia se admite la responsabilidad en estos supuestos. Steichen valora el régimen de la directiva como reductor en relación con la legislación francesa, aunque conforme al artículo 174 del TCEE estima posible la adopción de un régimen mas riguroso. En otros ordenamientos, el cumplimiento de normas no es causa de exoneración incondicionada admitiéndose gradaciones de diferentes supuestos: en Gran Bretaña y Austria se ha admitido la responsabilidad en daños causados con licencia rechazándose la *Regulatory compliance Defence*.⁵³

La otra cláusula de exclusión posible son los riesgos del desarrollo.⁵⁴ La admisión de esta causa de exoneración, aun en segundo grado, choca con el propio ámbito de la propuesta de directiva, al menos en lo que se refiere a los organismos modifica-

53. WILDE, "Civil liability for environmental Damage: A comparative Analysis of Law and Policy in European and the United States", *Kluwer Law International*, 2002, págs. 223-224. El autor propone una sugestiva idea: condicionar la licencias a la obligación de mantener al día la información sobre las últimas evidencias científicas sobre los efectos de la actividad y de informar a la autoridad competente de cualquier nuevo dato significativo (pág. 226).

54. Para un análisis detallado de esta cuestión véase nuestro estudio "Riesgos del desarrollo como causa de exclusión en la Directiva del Parlamento y del Consejo sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales", *Actas del V Congreso Nacional de Derecho Ambiental*, monografía núm. 5 de la *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, Editorial Aranzadi, agosto de 2004, ISBN: 84-9767-463-4, págs. 27-51. Criticando también esta cláusula de exoneración, véase FUCHS, *Pour une définition communautaire de la responsabilité environnementale*, L'Harmattan, París, 2003, pág. 96.

dos genéticamente. La propuesta de directiva incluye, dentro de su ámbito de aplicación (anexo I), “Toda utilización confinada, incluida el transporte, de microorganismos modificados genéticamente, de acuerdo con la definición y el ámbito de aplicación de la Directiva 90/219/CEE del Consejo de 23 de abril de 1990, relativa a la utilización confinada de microorganismos modificados genéticamente”, y “toda liberación intencional en el medio ambiente o transporte de organismos modificados genéticamente de acuerdo con la definición y el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de marzo de 2001. Pero paralelamente configura los riesgos del desarrollo como causa exención de responsabilidad adoptable por los estados. Pues bien, respecto de la actividad de ingeniería genética, carece de lógica la afirmación de esta causa de exención de responsabilidad. Porque ¿cuáles son los daños ambientales que puede producir la ingeniería genética que no son riesgos del desarrollo? La paradoja total es que según el considerando 16 de la Directiva 2001/18 CE del Parlamento y del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente,⁵⁵ la Directiva 2005/35 estaba destinada a regular en el nivel europeo la responsabilidad por daños ambientales de los OGM.

No sólo es inadmisibles en términos éticos que los sujetos regulados que han clamado por la exoneración ganen en sus pretensiones frente a la colectividad de ciudadanos europeos. Creo que en el caso la solución adoptada es inconsistente e ilógica. El propio Libro blanco previamente había constatado la necesidad de un régimen divergente.⁵⁶

En definitiva, la directiva configura un régimen de responsabilidad por daños ambientales que permite a los estados la opción subjetivante del sistema frente a un sistema objetivo o de *strict liability*.⁵⁷ A veces la opción es directamente subjetivante, como hemos visto en daños a la biodiversidad por otras actividades distintas de las listadas en anexo [artículo 3.1.b) de la Directiva 2004/35]. En este primer intento de regulación se abren quizá demasiado las opciones a la ulterior regulación de los estados no sólo desde el punto de vista de los ámbitos objetivo y subjetivo (ámbito más allá de la biodiversidad europea declarada, ámbito subjetivo de actividades), sino en el propio sistema de responsabilidad. Y el broche de cierre es que no se establece la solidaridad en supuestos de concurrencia en la causación de daños,⁵⁸ salvo que así se prevea en la legislación nacional.

4.1.5. Aspectos procesales y ámbito temporal de aplicación: plazo y legitimación para instar la acción reparadora

La directiva establece un doble plazo de prescripción y caducidad. Por un lado, la autoridad competente podrá incoar procedimientos de recuperación de los costes contra el operador o, cuando proceda, contra un tercero que haya causado los daños o la amenaza inminente de daños, en relación con las medidas adoptadas en

55. DOCE número L, de 17 de abril de 2001.

56. Cfr. *Libro blanco sobre responsabilidad ambiental*, pág. 17.

57. Defendiendo esta para los daños ambientales, véase TASCHNER, “Environmental Liability and Product Liability in the EU: a Comparison”, *Review of European Community & International Environmental Law*, 2000, vol. 9, issue 2, pág. 164, especialmente.

58. Cfr. artículo 9 de la directiva.

virtud de la presente directiva, *dentro del plazo de cinco años* a contar desde la más tardía de las fechas siguientes: la fecha en que se haya llevado a término la aplicación de las medidas o la fecha en que se haya identificado al operador o al tercero responsable.⁵⁹ Éste funciona como plazo de prescripción y es criticable porque desconoce que los bienes ambientales son bienes de dominio público y que en tanto tales son imprescriptibles, habiendo anudado a ello en ocasiones la jurisprudencia, la imprescriptibilidad de la acción.

Nos parece que el plazo de prescripción fijado es exiguo.⁶⁰ Si bien quintuplica el vigente previsto en el artículo 1964 del CC.

El plazo de prescripción deroga plazos establecidos más ventajosos, o incluso, la ausencia de plazo con fundamento en la imprescriptibilidad de los bienes de dominio público tal como hemos examinado.

Pero existe un ámbito de aplicación temporal de la directiva. En este ámbito se establece la caducidad de la acción, pues la directiva no se aplicará a los daños, si han transcurrido más de treinta años desde que tuvo lugar la emisión, suceso o incidente que los produjo. Esta limitación parece fundarse en la seguridad jurídica, pero puede ser peligrosa como cláusula de inmunidad en daños diferidos, sobre todo en actividades nuevas. Con lo que el blindaje de los riesgos del desarrollo se garantiza en dos momentos.

Pero todavía queda una tercera exclusión temporal, pues la directiva no se aplicará a:

–Los daños causados por una emisión, suceso o incidente que se hayan producido antes de la fecha indicada en el apartado 1 del artículo 19; esto es, el 30 de abril de 2007.

–Los daños causados por una emisión, suceso o incidente que se hayan producido después del 30 de abril de 2007 (la fecha indicada en el apartado 1 del artículo 19), cuando éstos se deriven de una actividad específica realizada y concluida antes de dicha fecha.⁶¹ Así pues, la directiva opta por el establecimiento de un régimen *pro futuro* carente de retrospectividad. Es una cuestión discutible y no nueva pues las mismas observaciones que se han hecho respecto de suelos contaminados son válidas aquí. Se ha dicho que esa “retroactividad” vulneraría el artículo 9.3 de la CE cuando garantiza la “irretroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”. También existen referentes en esta materia en el Derecho comparado de opción por la “retroactividad”. Destacadamente, la CERCLA y su conocida *Section 107* establecen dicha retroactividad. En la jurisprudencia norteamericana, varios fallos descartan que la aplicación “retroactiva” de la CERCLA, estableciendo responsabilidad para conductas que ocurrieron antes de la aprobación de la CERCLA, viole el *Due Process*.⁶²

Es desde luego una cuestión discutible. Creo que la aplicación de la directiva hacia hechos previos a su entrada en vigor supone una falsa retroactividad o, todo

59. Artículo 10 de la Directiva 2004/35.

60. BERGKAMP sostiene que es inadecuado si se conocen ya los daños de forma cierta y que ese hecho debió ser tenido en cuenta (“The Proposed Environmental Liability Directive” (2002) 11, *European Environmental Law Review*, pág. 311).

61. Artículo 17 de la Directiva 2004/35.

62. Cfr. FINDLEY & FARBER, *Environmental Law*, West Publishing Co, Saint Paul, Minnesota, 1988, págs. 176-177.

lo mas “retrospectividad” o una retroactividad admisible o impropia. En nuestro ordenamiento existe un régimen de reparación de los daños ambientales, y éste es preexistente a la directiva,⁶³ de forma que su aplicación “retroactiva” no sería en grado máximo; estaríamos ante una aplicación de una norma a efectos nacidos bajo su vigencia, aunque nacen de una relación o situación jurídica constituida anteriormente (grado mínimo). Sería más una retroactividad de normas de procedimiento, lo cual no plantea especiales problemas, dado que la reparación de los daños ambientales no alcanza la naturaleza sancionadora.⁶⁴ O podríamos conectar el ámbito objetivo de la prohibición de retroactividad con la sección primera del capítulo II del título I (artículos 14 a 29 de la CE),⁶⁵ con lo que, estando sólo en juego la responsabilidad extracontractual –propiedad en el fondo–, no se verían obstáculos. Podríamos hablar de la aplicación de las situaciones jurídicas objetivas, de situaciones estatutarias que siguen la legislación que exista en cada momento (en este caso el estatuto de empresario contaminador).⁶⁶ Podría haberse afirmado la retroactividad en la directiva.

En cuanto a la legitimación, las previsiones no constituyen novedad en España, donde se reconoce una amplia legitimación en los contenciosos ambientales. Sin embargo, sí constituyen un importante avance en otros ordenamientos donde la legitimación es restringida –destacadamente los anglosajones.⁶⁷

Aunque el mismo precepto que comentamos establece que “Corresponderá a los estados miembros determinar lo que constituye ‘interés suficiente’ y ‘vulneración de un derecho’, determinando un mandato mínimo, pues se *considerará suficiente, a efectos de lo dispuesto en la letra b), el interés de las organizaciones no gubernamentales que trabajen en la protección del medio ambiente y que cumplan los requisitos establecidos por la legislación nacional. Y se considerará asimismo que dichas organizaciones tienen derechos que pueden ser vulnerados a efectos de lo dispuesto en la letra c)*”.

Esta legitimación se reitera en los eventuales recursos sobre la decisión de la autoridad competente sin perjuicio de las disposiciones de Derecho interno que regulen el acceso a la justicia y de las que exijan que se agote la vía administrativa antes de recurrir a la vía judicial.⁶⁸

En nuestro Derecho, al amparo del 7.3 de la LOPJ, se reconoce legitimación prácticamente a cualquier asociación. La jurisprudencia, todo lo más, siguiendo en esto a la jurisprudencia francesa coteja los fines de los estatutos con las pretensiones ejercidas.

63. La retroactividad en esta materia es una falacia pues siempre ha sido ilícito contaminar. Se trataría, como ha estimado la jurisprudencia italiana respecto a la Ley 349, de 8 de julio, de un *innesto* –injerto– sobre la normativa precedente (artículo 2043 y 2050 del CC) o un *ritrovamento* (PRATI, “Il danno ambientale nella prospettiva della culpa”, *Rivista Giuridica dell’Ambiente*, núm. 1, 1997, págs. 36-40; Pozzo, *Il danno ambientale, Rivista Giuridica dell’Ambiente*, núm. 5, 1999, págs. 745-756).

64. LÓPEZ MENUDO, “El principio de irretroactividad. Tres cuestiones claves”, *Documentación Administrativa*, núm. 263-264, “El principio de seguridad jurídica y sus manifestaciones”, mayo-diciembre de 2002, págs. 93 y 100-101.

65. LÓPEZ MENUDO, *El principio de irretroactividad en las normas jurídico/administrativas*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla 1982, págs. 223-224.

66. LÓPEZ MENUDO apunta esta doctrina como vía de escape a la retroactividad y pone como ejemplo la STC 8/1982, de 4 de marzo, examinado la prórroga forzosa de los contratos rústicos impuesta por la Ley (“El principio de irretroactividad: Tres cuestiones claves”, *op. cit.*, págs. 102-103).

67. *Cfr.* artículo 12 de la directiva.

68. Artículo 13 de la Directiva 2004/35.

4.2. Funcionamiento operativo y contenido de la reparación

Veamos de forma desglosada estos aspectos: 1) funcionamiento operativo, y 2) contenido de la reparación.

1. *Funcionamiento operativo.*

En primer término, cabe que las previsiones sobre reparación del daño ambiental tras un incidente se pongan en marcha de oficio con la intervención del contaminador, al que se le imponen importantes deberes. Así, la directiva prescribe que cuando se hayan producido daños medioambientales, el operador informará sin demora a la autoridad competente de todos los aspectos pertinentes de la situación y adoptará: a) todas las medidas posibles para, de forma inmediata, controlar, contener, eliminar o hacer frente de otra manera a los contaminantes de que se trate y a cualesquiera otros factores perjudiciales, con objeto de limitar o impedir mayores daños medioambientales y efectos adversos para la salud humana o mayores daños en los servicios, y b) las medidas reparadoras necesarias de conformidad con el artículo 7.⁶⁹ Estos deberes están descafeinados por la ausencia de un régimen sancionador penal/administrativo, que deberá ser introducido por los estados en el momento de la transposición. Y deberá ser especialmente duro.

La directiva configura un régimen de determinación administrativa de la reparación y de las eventuales administrativas. Creo que no existen obstáculos para que la autoridad competente sea un órgano judicial. O incluso un órgano administrativo a las órdenes de un órgano jurisdiccional, lo que en nuestro ordenamiento, en los supuestos más graves que constituyan delito ecológico, sería la solución más armónica o deseable. No creemos que en la opción pura administrativa existan problemas de absorción de competencias judiciales, dado que sobre las decisiones de la autoridad competente cabe recurso.⁷⁰

La directiva pone en manos de la autoridad competente las siguientes facultades o potestades. La autoridad competente podrá en cualquier momento:

a) Exigir al operador que facilite información adicional sobre cualquier daño que se haya producido.

b) Adoptar, exigir al operador que adopte, o dar instrucciones al operador respecto de todas las medidas posibles para, de forma inmediata, controlar, contener, eliminar o hacer frente de otra manera a los contaminantes de que se trate y a cualesquiera otros factores perjudiciales, con objeto de limitar o impedir mayores daños medioambientales y efectos adversos para la salud humana o mayores daños en los servicios.

c) Exigir al operador que adopte las medidas reparadoras necesarias.

d) Dar al operador instrucciones a las que deberá ajustarse sobre las medidas reparadoras necesarias que deberá adoptar.

e) O adoptar por sí misma las medidas reparadoras necesarias.

De esta forma, la autoridad competente exigirá que el operador adopte las medidas reparadoras. Si el operador incumple las obligaciones estipuladas en el aparta-

69. Artículo 6 de la Directiva 2004/35.

70. Artículo 13.1 de la Directiva 2004/35.

do 1 o en las letras b) o c) del apartado 2, no puede ser identificado o no está obligado a sufragar los costes en virtud de la presente directiva, la propia autoridad competente *podrá* adoptar dichas medidas reparadoras como último recurso. Obsérvese que la obligación de reparación en casos “huérfanos” por exoneración o desconocimiento del causante se configura como un poder ampliamente discrecional, no siendo exigible. Tan sólo procederá controlar esas decisiones con fundamento en el principio de igualdad, buena fe y confianza legítima.

En la directiva se establece así un régimen de determinación ejecutoria –así será en nuestro ordenamiento desde la presunción de legalidad, ejecutividad y ejecutoriada de los actos administrativos– de daños ambientales, pues corresponderá a la autoridad competente establecer qué operador ha causado el daño o la amenaza inminente del mismo, evaluar la importancia del daño y determinar qué medidas reparadoras han de adoptarse de acuerdo con el anexo II. A tal efecto, la autoridad competente puede exigir al operador correspondiente que efectúe su propia evaluación y que facilite todos los datos e información que se precisen.⁷¹ La directiva no ha optado por un seguro obligatorio, estipulando por el momento un régimen de buenas intenciones al respecto.⁷²

2. Contenido de la reparación.

Se encuentra establecido en el importante anexo II de la directiva. Si en la EIA el anexo II dio lugar a sendos conflictos con reflejo jurisprudencial, es fácil predecir que otro tanto va ocurrir con el anexo II de la Directiva 2004/35. Se distingue entre, por un lado, biodiversidad y agua, y, por otro, el suelo.

En biodiversidad y agua, el anexo II determina que la reparación del daño medioambiental se consigue restituyendo el medio ambiente a su estado básico mediante medidas reparadoras primarias, complementarias y compensatorias, entendiéndose por:

a) *Reparación primaria*, “toda medida reparadora que restituya o aproxime los recursos naturales y/o servicios dañados a su estado básico”; esto es, la clásica *restitutio in pristinum* o puesta de las cosas al estado anterior al momento de la agresión.

b) *Reparación complementaria*, “toda medida reparadora adoptada en relación con los recursos naturales y/o servicios para compensar el hecho de que la reparación primaria no haya dado lugar a la plena restitución de los recursos naturales y/o servicios dañados”. Estamos ante reparaciones compensatorias, aunque esta palabra ahora deba evitarse por la utilización de concepto compensatorio para las *interim losses*, como comprobaremos de inmediato. En realidad, para hacer efectivo este concepto *reparación complementaria*, bastaría la clásica indemnización de daños y perjuicios afectada a esas finalidades de reparación, e instituyendo un fondo para tal fin. Es positivo que esa afección de la indemnización está vinculada y establecida imperativamente por la directiva y, además, que se hace visible en la “proximidad de la reparación”, *si ello es posible*.

c) *Reparación compensatoria*, “toda acción adoptada para compensar las pérdidas provisionales de recursos naturales y/o servicios que tengan lugar desde la fecha en que se produjo el daño hasta el momento en que la reparación primaria haya surtido todo su efecto”; las *pérdidas provisionales*, las pérdidas derivadas del

71. Artículo 11.2 de la Directiva 2004/35.

72. Artículo 14 de la Directiva 2004/35.

hecho de que los recursos naturales y/o servicios dañados no puedan desempeñar sus funciones ecológicas o prestar servicios a otros recursos naturales o al público hasta que hayan surtido efecto las medidas primarias o complementarias. No consiste en una compensación financiera al público. Se rechazan así las *class action* para pretensiones que busquen la reparación de pérdidas económicas singularizadas con ocasión de daños ambientales. La reparación compensatoria se ha copiado del Derecho norteamericano. Allí, la *Superfund Amendments and Reauthorization Act* de 1986 y las enmiendas introducidas a la *Marine Protection, Research and Sanctuaries Act* de 1988, “completaron conceptualmente” la *natural resources damages doctrine* al incluir dentro de la reparación la pérdida de uso hasta que los recursos naturales son restaurados (*interim losses*).⁷³

Existen importantes reglas ulteriores:

1) Determina la directiva que “Si la reparación primaria no da lugar a la restitución del medio ambiente a su estado básico, se efectuará una reparación complementaria. Además, se efectuará una reparación compensatoria para compensar las pérdidas provisionales”. De esta forma, los sistemas de reparación son acumulativos si la reparación primaria no es completa.

2) La reparación de daños medioambientales consistentes en daños a las aguas o a las especies y hábitats naturales protegidos “supone asimismo eliminar todo riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana”.

3) Existe una mecánica de opción que está determinada por criterios economicistas –y esto es criticable– que introducen como posibilidad una suerte de “sinistro total ambiental” a imagen y semejanza de este fraudulento concepto manejado por las aseguradoras del automóvil.

Obsérvese que más allá del método de los mercados de bienes, recursos y servicios sustitutos no se expresan los criterios de valoración o modos de estimación de valoración que son el verdadero *quid* de la cuestión. Y esos existen y son manejados tanto doctrinalmente como jurisprudencialmente –Exoxn Valdez, *State of Ohio v. Department of Interior* 880 F. 2d432 (D.C Cir 1989)– (método de los precios hedónicos, métodos de coste de viajes, de valoración contingente o de mercado hipotético, etc.).⁷⁴ Hubiera sido deseable que se plasmaran expresamente.

En suelo se adoptarán las medidas necesarias para garantizar, como mínimo, que se eliminen, controlen, contengan o reduzcan los contaminantes, habida cuenta de su uso actual o su futuro uso planificado en el momento del daño, deje de suponer un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana.

5. A modo de conclusión

El primer problema que plantea la Directiva 2004/35 es que permite una diversidad de regulación en el espacio de la Unión Europea. Este aspecto, con finalidad con-

73. Vid. BREEN, “Citizen suits for natural resources damages: Closing a gap in Federal Environmental Law”, *Wake Forest Law Review*, vol. 24, núm. 4, 1989, págs. 864-867.

74. POZZO, *Danno ambientale e imputazione de la responsabilità*, Milano Giufre 1996, págs. 205-247; VIVANI, *Il danno ambientale. Profili di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 2000, págs. 167-185; WILDE, “Civil liability for environmental Damage: A comparative Analysis of Law and Policy in European and the United States”, *Kluwer Law International*, 2002, págs. 96-97;

traria (unificación a la baja ya fue argumentado en una enmienda en segunda lectura).⁷⁵ Este efecto mosaico resulta especialmente criticable en materia de daños ambientales, donde es fácilmente probable la producción de daños transfronterizos que con la directiva pueden tener distinta regulación en diferentes estados. Los agravios potenciales –estamos hablando de supuestos de exclusión de responsabilidad– son difícilmente justificables desde el prisma de la protección ambiental como valor en el sistema jurídico de la Unión, del principio de no-discriminación, e incluso del mercado único europeo.⁷⁶

En la regulación se registran importantes carencias. Se echa de menos una mayor concreción en la valoración de los daños ambientales. Se echa igualmente de menos la introducción de los daños punitivos en una materia donde la prevención general debe ser la regla. Esta omisión se salva por la posible consideración de los atentados al medio ambiente como delito ecológico o infracción administrativa y la compatibilidad de dicha consideración en los ordenamientos con la reparación. Así lo declara expresamente el artículo 45.3 de la Constitución española. Pero no hubiera estado de más una armonización en tal sentido construyendo un mínimo común uniforme sancionador ambiental en el Derecho europeo.

En un escenario de asociaciones débiles económica y organizativamente hablando, reconocerles legitimación es una previsión legal *ad pompam vel ostentationem*. Se echa de menos la institución de un actor europeo o nacional independiente y con medios (un fiscal ambiental, un defensor público ambiental). La inactividad en estos ámbitos y la propia actividad de las asociaciones ecologistas son muestras palpables de esta necesidad y denuncia de la inoperatividad de los mecanismos existentes.

Estamos ante un primer paso de la regulación de la responsabilidad por daños ambientales. Se ha puesto una primera piedra en una norma “horizontal” destinada a ser una de las líneas esenciales del Derecho ambiental de la Unión Europea.

Creo que un régimen jurídico ordenado de daños ambientales, construido sobre la base de la consideración de estos como lesiones del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, debe tener al menos estos ejes:

1) Legitimación universal mediante acción popular (para pretensiones altruistas);⁷⁷ o al menos un sistema de determinación o designación de sujetos legitimados como en Italia o Francia.⁷⁸

75. En la enmienda 16 pretendía añadir dos nuevas letras al apartado 3 del artículo 8 de la posición común. Sin embargo, el Parlamento Europeo rechazó en segunda lectura esta marcha atrás, pues la enmienda 16 no fue aceptada ni aprobada.

76. En este sentido, FARNSWORTH considera que la regulación de los riesgos del desarrollo del artículo 8.4 de la directiva es contraria al principio de subsidiariedad y al principio del *sic utere tuo* (“Subsidiarity - A Conventional Industry Defence. Is the Directive on Environmental Liability with Regard to Prevention and Remedying of Environmental Damage Justified under the Subsidiarity Principle?” (2004) 13, *European Environmental Law Review*, pág. 179).

77. La Ley brasileña de 24 de julio de 1985 en conexión con el artículo 14 de la Ley núm. 6983, de 31 de agosto, reconoce la acción popular para reclamar los daños ambientales *strictu sensu*. Véase LEME MACHADO, “La mise en oeuvre de l’action civile publique environnementale au Brésil”, RJE, núm. 1, 2000, pág. 68.

78. Igualmente parece deseable la introducción de acciones de clase, lo que como posición mínima podría articularse reconociendo legitimación a los municipios para reclamar los daños causados en los bienes y personas de su población.

2) Definición de las pretensiones posibles del sistema (*restitutio in pristinum*, métodos de valoración de los daños ambientales, indemnizaciones de daños y perjuicios cuando esto sea imposible, *interim losses*, pago de los estudios destinados a determinar la forma de restauración, medidas tendentes a evitar futuros daños, etcétera.

3) Determinación de cuáles son los daños ambientales y regulación de los daños consecuencia de las agresiones al medio ambiente con efecto en las personas y patrimonios.

4) Determinación de criterios de valoración en supuestos de daños irreparables y destino de dichas indemnizaciones (previo su ingreso en un fondo).

5) Papel de la Administración pública en el sistema, poderes de determinación ejecutoria, límites de los mismos, eventual intervención de los tribunales.

6) Coordinación del sistema en un ordenamiento jurídico unitario (poderes cautelares de reparación mientras esté en curso una acción penal; coordinación con el sistema de reparación de suelos contaminados, sometimiento de la restauración a evaluación de impacto ambiental salvo que lo impida la urgencia).

7) Constitución de fondo o sistema de fondos o administraciones de reparación con recursos propios (ya fundacionales, ya mediante un tributo ecológico, más las indemnizaciones antes aludidas) con personalidad jurídica y determinación de sus funciones y misiones.

8) Creación de un órgano jurisdiccional materialmente dotado con jurisdicción sobre todo el territorio nacional para los *major disasters*.

La responsabilidad por daño ambiental debe ser objetiva y solidaria. Los denominados riesgos del desarrollo como causa de exoneración (con sus distintas apariencias diabólicas) deben excluirse del sistema de responsabilidad por daño ambiental. Esta cláusula de exención de responsabilidad es altamente discutible. Y es que, como ha sostenido Esteve Pardo, la aceptación de la impunidad de los riesgos del progreso o del desarrollo, además de carecer en la sociedad tecnificada de justificación actual, convierten a la postre a las personas, a la sociedad y al medio ambiente en laboratorios experimentales.⁷⁹ O como dice Goldenberg, la afirmación de responsabilidad en estos supuestos alentaría la función preventiva, la investigación y la puesta al día de los conocimientos enfatizándose que no se trata de un caso fortuito ajeno a la actividad empresarial.⁸⁰

Dicho de otro modo, esta cláusula de exoneración no pondera adecuadamente los bienes jurídicos en conflicto. En teoría, la exoneración por los riesgos del desarrollo protege o pretende proteger la innovación que suponen los nuevos productos o técnicas. La obtención de una exoneración de responsabilidad puede ser vista como un incentivo a la innovación (*pero no como apunta Goldenberg a la innovación e investigación preventiva*). Frente a este valor se sitúa la sociedad en su conjunto y su protección frente a futuros daños. La cuestión es para qué se protege la innovación. En una sociedad avanzada como la nuestra esa protección de la

79. *Técnica, riesgo y Derecho (tratamiento de riesgo tecnológico en el Derecho ambiental)*, Ariel Derecho, Ed. Ariel, Barcelona, 1999, págs. 209-215, y "La protección de la ignorancia. Exclusión de la responsabilidad por riesgos desconocidos", RAP, núm. 161, mayo-agosto de 2003, págs. 81-82.

80. "Riesgos del desarrollo y daño ambiental", en VV.AA., *Responsabilidad por daños en el tercer milenio, homenaje al profesor doctor Atilio Anibal Alterini* (Alberto José Bueres & Aída Kemelmajer de Carlucci, dir.), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 344.

innovación no tendría como fin último la preservación de intereses superiores como la vida o la supervivencia de la colectividad, sino meramente el interés económico de determinadas sociedades. Estamos, como dice Esteve Pardo, en una sociedad en la que no existen ya peligros (riesgos naturales que amenacen nuestra supervivencia). El balance de intereses en conflicto es, pues, entre intereses privados (o en segunda línea intereses económicos de la sociedad que se beneficia económicamente de dicha actividad) e intereses en primera línea de la sociedad (interés a la reparación ambiental y prevención general derivada de esa posible obligación de reparación de los daños que se causen). Para nosotros no hay duda de la prevalencia de los intereses ambientales de la sociedad en su conjunto.

Estamos hablando de solución del problema en la escala nacional, y esta visión, cuando se trata de medio ambiente, es un planteamiento muy pobre. Los problemas ambientales son globales por naturaleza. Debe avanzarse hacia un sistema internacional que convierta en verdaderas normas jurídicas coercibles (esto es Derecho según Kelsen) el grupo normativo ambiental de acuerdo con las pautas expuestas. El día que esto sea una realidad habremos puesto la primera piedra del Estado ambiental de derecho a escala global.

6. Bibliografía básica sobre responsabilidad por daños al medio ambiente

ALGARRA PRATS, Esther, *La defensa jurídico-civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona*, McGraw-Hill, Madrid 1995.

ARBUES SALAZAR, Juan José y LABRADOR BERNARD, Jesús, *El seguro de responsabilidad civil por daños al medio ambiente: el pool español de riesgos ambientales*, Dykinson, Madrid 1998.

BERGKAMP, Lucas, "The Commission's White Paper on Environmental Liability: A Weak Case for an EC Strict Liability Regime", *European Environmental Law Review*, núm. 9, 2000, págs. 105-114.

–"The Proposed Environmental Liability Directive", (2002) 11, *European Environmental Law Review*, págs. 294-314.

BREEN, Barry, "Citizen suits for natural resources damages: Closing a gap in Federal Environmental Law", *Wake Forest Law Review*, vol. 24, núm. 4, 1989, págs. 851-880.

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, "La responsabilidad civil por daños a personas o cosas a consecuencia de la alteración del medio ambiente y su aseguramiento", *Revista Española de Seguros*, núm. 55, julio-septiembre de 1988, págs. 7-62.

–"La responsabilidad civil por daños ambientales según la jurisprudencia civil", *Revista de Derecho Ambiental*, núm. 6, julio-diciembre de 1990, págs. 83-101.

–*La responsabilidad civil por daños ambientales*, Aranzadi, Madrid, 1996.

CANE, Peter, "Are environmental harms special?", *Journal of Environmental Law*, vol. 13, núm. 1, 2001, págs. 3-20.

CLARKE, Chris, "The Proposed EC Liability Directive: Half-Way Through Co-Decision", *Review of European Community & International Environmental Law*, 2003, vol. 12, issue 3, págs. 254-268.

EVANGELIO LLORCA, Raquel, "El límite entre las inmisiones permitidas y las prohibidas: Criterios históricos de fijación", *Anuario de Derecho Civil*, tomo LIII, fascículo III, julio-septiembre de 2000, págs. 855-921.

ESTEVE PARDO, José, *Técnica, riesgo y Derecho (tratamiento de riesgo tecnológico en el Derecho ambiental)*, Ariel Derecho, Ed. Ariel, Barcelona, 1999.

–“La adaptación de las licencias a la mejor tecnología disponible”, *Revista de Administración Pública*, núm. 149, mayo-agosto de 1999, págs. 37-61.

–“La protección de la ignorancia. Exclusión de la responsabilidad por riesgos desconocidos”, *RAP*, núm. 161, mayo-agosto de 2003, págs. 53-82.

FARNSWORTH, Nick, “Subsidiarity, A Conventional Industry Defence. Is the Directive on Environmental Liability with Regard to Prevention and Remedying of Environmental Damage Justified under the Subsidiarity Principle?”, *European Environmental Law Review*, núm. 13, 2004, págs. 176-185.

FUCHS, Oliver, *Por une définition communautaire de la responsabilité environnementale*, L'Hartmattan, París, 2003.

GUÉGAN, Anne, “L'apport du principe de précaution au droit de la responsabilité civile”, *Revue Juridique de l'Environnement*, núm. 2, 2000, págs. 147-178.

HUTCHINSON, Tomas [et al.], *Daño ambiental*, rubinzal-culzoni editores, Buenos Aires, 1999.

GOMIS CATALÁ, Lucía, *Responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Aranzadi, Madrid 1998.

–“Sobre el anteproyecto de Ley de responsabilidad civil derivada de actividades con incidencia ambiental”, *Revista Derecho y Medio Ambiente*, vol. I, núm. 0, octubre-diciembre, 1999, págs. 65-102.

–“Estrategia comunitaria en materia de responsabilidad por daños al medio ambiente”, *Gestión Ambiental*, núm. 19, julio de 2000, págs. 1-13.

JORDANO FRAGA, Jesús, *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Ed. Bosch, Barcelona 1995.

–“Responsabilidad civil por daños al medio ambiente en Derecho público: Última jurisprudencia y algunas reflexiones de *lege data* y contra *lege ferenda*”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 107, julio-septiembre de 2000, págs. 351-371.

–“Riesgos del desarrollo como causa de exclusión en la Directiva del Parlamento y del Consejo sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales”, *Actas del V Congreso Nacional de Derecho Ambiental*, monografía núm. 5 de la *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, Editorial Aranzadi, agosto de 2004, ISBN: 84-9767-463-4, págs. 27-51.

–“Efecto directo ‘horizontal’ de determinadas directivas ambientales: La consagración jurisprudencial de la invocabilidad por particulares de las directivas en relaciones triangulares (comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 7 de enero de 2004 en el Asunto C-201/02)”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 124, 2004, págs. 645-659.

KLEIN, Andrew R., “Hazardous Waste Clean up and Intermediate Landowners: Reexamining the Liability-Based Approach”, *Harvard Environmental Law Review*, vol. 21, núm. 2, 1997, págs. 337-386.

LOZANO CUTANDA, Blanca, “La responsabilidad por daños ambientales: La situación actual y el nuevo sistema de ‘responsabilidad de Derecho público’ que introduce la Directiva 2004/35/CE”, *Justicia Administrativa*, núm. 26, enero de 2005, págs. 5-34.

MARTÍN REBOLLO, Luis, “Medio ambiente y responsabilidad de la Administración”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 2, octubre -diciembre de 1976.

MICCICHÉ, Rosanna, "Nuova direttiva europea in materia di responsabilità ambientale", *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, núm. 5, septiembre-octubre de 2003, págs. 917-922.

DE MIGUEL PERALES, Carlos, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Civitas, Madrid 1.^a ed., 1994, 2.^a ed., 1997.

MORENO TRUJILLO, Eulalia, *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, Bosch Editor, Barcelona 1991.

PALAO MORENO, Guillermo, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente (aspectos internacionales)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

PARRA LUCÁN, María Ángeles, *La protección del medio ambiente*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992.

POZZO, Barbara, *Danno ambientale e imputazione de la responsabilità*, Giufre, Milán, 1996.

–*Il danno ambientale*, Giufre, Milano, 1998.

–*La nuova responsabilita civile per danno al ambiente*, 2002.

–"Il danno ambientale", RGA, núm. 5, 1999, págs. 731-756.

–"Verso una responsabilità civile per danni all'ambiente in Europa: Il nuovo Libro Bianco della Commissione delle Comunità Europee", *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, 2000, págs. 623-664.

PRATI, Luca, "Il danno ambientale nella prospettiva della culpa", *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, núm. 1, 1997, págs. 35-51.

SERRANO PAREDES, Olga, *La responsabilidad civil objetiva por daños al ambiente. Normativa y criterios jurisprudenciales*, Fundación Mapfre-AEDHE, Madrid, 1995.

SOMMA, Alessandro, "Il risarcimento del danno ambientale nelle esperienze tedesca e nordamericana: Geschäftsführung ohne auftrag e public trust doctrine", *Rivista Giuridica dell'Ambiente* núm. 5, 1999, págs. 594-613.

SOSA WAGNER, Francisco, "Responsabilidad de la Administración en un supuesto de contaminación de aguas", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 12, enero-marzo de 1977.

STALLWORTHY, Mark, "Environmental liability and the impact of statutory authority", *Journal of Environmental Law*, vol. 15, núm. 1, 2003, págs. 2-25.

STEICHEN, Pascale, "Les sites contaminés et le droit", LGDJ, París, 1996.

–"La proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la responsabilité environnementale en vue de la prévention et de la réparation de dommages environnementaux", *Revue Juridique de l'Environnement*, núm. 2, junio de 2003, págs. 177-192.

VIVANI, Claudio, *Il danno ambientale profili di diritto publico*, Cedam, Padova, 2000.

VV.AA., *Environmental Damage in international and comparative Law: Problems of definition and Valuation*, Edited by M. Bowman and A. Boyle, Oxford University Press, 2002.

WILDE, Mark L., "The EC Commission's Paper on Environmental Liability: Issues and Implications", *Journal on Environmental Law*, vol. 13, núm. 1, 2001, págs. 21-37.

–"Estudios sobre la Directiva 2004/35, de responsabilidad por daños ambientales y su incidencia en el ordenamiento español", *RdA Monografía*, Thomson-Aranzadi, Elcano, 2005.

–*Civil liability for environmental Damage: A comparative Analysis of Law and Policy in European and the United States*, Kluwer Law International, 2002.

