

5. La responsabilidad objetiva por daños al medio ambiente

Alicia Esther Ortuño Rodríguez
*Magistrada especialista de la Sala de lo
Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior
de Justicia de Cataluña*

1. Introducción.
2. Concepto de medio ambiente.
3. El medio ambiente en el Derecho (positivo).
 - 3.1. Derecho estatal. 3.1.1. Etapa preconstitucional. 3.1.2. Constitución española de 1978.
 - 3.2. Derecho Comunitario. 3.2.1. Tratados constitutivos. 3.2.2. Derecho derivado. 3.2.2.1. Incorporación de España a la Comunidad Europea. 3.2.2.2. Principales reglamentos y directivas aprobadas en el ámbito de la responsabilidad medioambiental, con alusión a las normas –vigentes– de transposición a nuestro Derecho interno. 3.2.2.2.1. Intervención administrativa. Actuaciones. 3.2.2.2.2. Ámbitos concretos de protección. 3.2.3. Otros textos.
4. Diferentes sistemas de responsabilidad y su relación con el medio ambiente.
5. Responsabilidad medioambiental en la vía penal.
 - 5.1. Acción comunitaria europea.
 - 5.2. Responsabilidad medioambiental derivada de los ilícitos penales.
6. Responsabilidad civil por daños medioambientales.
 - 6.1. Responsabilidad extracontractual. Título de imputación.
 - 6.2. Acciones de cesación basadas en las relaciones de vecindad.
7. Derecho Administrativo y daños al medio ambiente.
 - 7.1. Reparación y Derecho Sancionador.
 - 7.2. Responsabilidad patrimonial de la Administración.
 - 7.3. Otros supuestos.
8. Hacia un régimen común. La Directiva 2004/35/CE y su transposición al ordenamiento jurídico español. La Ley 26/2007, de 30 de octubre.
 - 8.1. Aspectos en los que la Ley 26/2007, de 23 de octubre, implica una “mejora” o extensión de las previsiones contenidas en la Directiva comunitaria.
 - 8.2. Régimen común, no completo, de responsabilidad por daños ambientales.
9. Conclusiones.

1. Introducción

La existencia de todo ser vivo (humano, animal, vegetal, microorganismo) dista mucho de poder considerarse como autónoma e independiente.

La vida no sólo se encuentra inexorablemente vinculada a otras vidas, sino que depende de la presencia de un conjunto de elementos externos a su titular, los cuales deben encontrarse e interrelacionarse dentro de unas condiciones adecuadas para poder cumplir su elemental función de garantes de la sobrevivencia: aire que poder respirar, agua con la que poder beber y regar, tierra o suelo en el que poder habitar y cultivar, luz que ilumine, atmósfera que albergue un clima vital, entre otros.

Este conjunto de factores externos –a los cuales se pueden unir los de índole cultural– es comúnmente designado como “medio ambiente”, el cual constituye hoy en día una de las principales preocupaciones sociales, económicas y jurídicas de la sociedad mundial –como nos es de sobra conocido– y que, como puso de relieve el Tribunal Constitucional en sus sentencias 64/1982 y 195/1998, se configura como un concepto jurídico indeterminado de carácter interdisciplinario, una materia de alcance genérico, tanto en su objeto como en el tipo de protección, cuya trascendencia ha potenciado no sólo un papel protagonista en los medios de comunicación y en la opinión pública, sino también una prolija labor normativa –y de actuación administrativa– a todos los niveles: internacional, comunitario, nacional, autonómico y local.

Estas regulaciones que abordan la positivación del medio ambiente como sistema se caracterizan por su segmentación, bien desde el punto de vista de los sectores –elementos físicos y biológicos– que lo conforman (aire, agua, suelo, flora, fauna, hábitats), bien desde la óptica de las circunstancias que inciden sobre ellos positiva o negativamente (biodiversidad, cambio climático, organismos modificados genéticamente, industria, energía, residuos, sustancias peligrosas y agentes contaminantes).

Este fraccionamiento es debido a la gran complejidad técnica que reviste la positivación de ciertas actividades y conductas que no inciden en otra cosa que en la propia naturaleza, cuyas leyes escapan al Derecho positivo e incluso al raciocinio humano, a pesar de que –en la mayoría de ocasiones, desgraciadamente– la conducta humana interfiera en su decurso, complejidad que constituye un obstáculo para conseguir –como algún sector de la doctrina aboga– un Código Medioambiental que contemple la materia globalmente.

2. Concepto de medio ambiente

La regulación de la materia medioambiental en el Derecho positivo (en toda su amplitud) ha experimen-

tado una extraordinaria evolución desde que en la década de los años 60 se materializara la preocupación de la comunidad internacional y de la Comunidad Europea a través de diversos textos tanto normativos como no normativos, pudiendo destacar, entre otros muchos: Convenio de París sobre Responsabilidad Civil en Materia Nuclear (1960), Convenio sobre Responsabilidad Civil por Daños Debidos a la Contaminación por Hidrocarburos (Bruselas, 1969), Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Estocolmo, 1972), Directiva 1967/547/CEE, clasificación, sobre embalaje y etiquetado de las sustancias peligrosas y Primer Programa de Acción Ambiental CE (1973).

Sin embargo, ninguno de estos documentos incorpora una definición de “medio ambiente”, como tampoco lo hacen las primeras normas de nuestro Derecho interno que inciden en la regulación del mismo (Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, 1961; Ley de energía nuclear, 1964, y Ley de contaminación atmosférica, 1972).

Prescindiendo de otras muchas definiciones que pudieren hacerse acerca del medio ambiente como objeto del Derecho (entre ellas, la del profesor Martín Mateo, como “elementos naturales de titularidad común y de características dinámicas”), considero acertado acudir al análisis efectuado en la sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 102/1995, de 26 de junio, la cual resolvió varios recursos de inconstitucionalidad formulados contra la Ley 4/1989, de 27 de marzo, reguladora de la conservación de los espacios naturales y protección de la flora y fauna silvestres (y de diversos conflictos positivos de competencias planteados contra tres reales decretos dictados en su desarrollo, 1095/1989, 1118/1989 y 409/1990), la cual aborda en su fundamento jurídico 4 el concepto de “medio ambiente”, desde una perspectiva semántica y jurídico-comparada, contemplado como ámbito material de una competencia compartida entre el Estado y las comunidades autónomas.

Los principales puntos que podemos destacar de la citada sentencia, por lo que respecta a la definición y el contenido del medio ambiente, son los siguientes:

–Diferenciación de dos aspectos en la materia medioambiental: un elemento objetivo y estático (el medio ambiente propiamente dicho, como realidad global en peligro) y un elemento dinámico y funcional (su protección, conservación y mejora).

–Conexión del medio ambiente tanto con la calidad de vida (individual) como con la solidaridad colectiva (común o social), y ello a través de la configuración de un derecho de todos a disfrutarlo, un deber de conservación que también pesa sobre todos, más un mandato a los poderes públicos para su protección (artículo 45 de la CE).

–Necesidad de compatibilizar el medio ambiente con el desarrollo (cita STC 64/1982), concretamente con el denominado “desarrollo sostenible”, equilibrado y racional, que no olvida a las generaciones futuras, principio alumbrado por la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en el año 1987 en el llamado Informe Brundtland, con el título “Nuestro futuro común”, encargado por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Posteriormente, el mencionado postulado fue recogido en el punto 3 de la Declaración de Río de Janeiro del año 1992, concibiéndose como “el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer las suyas”.

–Finalmente, la sentencia aborda el concepto desde tres vertientes:

1) Desde un punto de vista semántico, el “medio ambiente” consiste en el conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas y sociales que rodean y condicionan (no determinan) a las personas, ofreciéndoles un conjunto de posibilidades para hacer su vida.

2) Desde una perspectiva analítica, éste comprende una serie de elementos o agentes geológicos, climáticos, químicos, biológicos y sociales que rodean a los seres vivos y actúan sobre ellos para bien o para mal, condicionando su existencia, su identidad, su desarrollo y más de una vez su extinción, desaparición o consunción. De un modo similar fue concebido por el Consejo de Europa en la Convención sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados al Medio Ambiente como consecuencia del ejercicio de actividades peligrosas, como “recursos naturales abióticos y bióticos, como el aire, el agua, el sol, la flora y fauna, y la interacción de estos mismos factores, y los bienes que componen la herencia cultural y los aspectos característicos del paisaje”.

3) Desde la vertiente jurídica, el medio ambiente se conforma como “la asociación de elementos cuyas relaciones mutuas determinan el ámbito y las condiciones de vida, reales o ideales de las personas y de las sociedades” (Primer Programa de las Comunidades Europeas en Materia de Medio Ambiente, Comunicación de la Comisión al Consejo, 26 de mayo de 1972).

A pesar de que considero acertado y completo el concepto de medio ambiente recogido en la mencionada sentencia, sin embargo, diez años más tarde, la importancia e influencia medioambiental como preocupación social, y correlativamente en el ámbito jurídico, ha crecido a pasos agigantados.

1. El RAMINP, con más de cuarenta años de vida, será aplicable sólo en las comunidades y ciudades autónomas que no tengan aprobada normativa en la materia de las denominadas “actividades clasificadas”, en virtud de la disposición derogatoria de la futura Ley de calidad del aire y protección de la atmósfera.

El medio ambiente no sólo se concibe, hoy en día, desde el punto de vista de la calidad de vida humana y desde la solidaridad social, sino que se ha expandido y se proyecta sobre la misma pervivencia de la existencia humana en el planeta.

Por ello, las políticas ambientales no deben sólo tratar de asegurar y perseguir un “desarrollo sostenible”, sino quizá empezar a tomar –y hacer tomar– conciencia de que la evolución debe tener como principal misión la “cura del planeta Tierra” y la conservación de las condiciones propias y óptimas de la naturaleza, ya que, notoriamente, sin ellos faltaría el soporte de todo progreso: la existencia.

Los factores extrínsecos que rodean a los seres vivos contribuyen a satisfacer sus necesidades, pero no debe olvidarse que también los “entes inertes” o elementos abióticos (el aire, el agua, el suelo) precisan de una serie de elementos para cumplir la función de sustento vital que le es propia, elementos los cuales, indirecta y trascendentemente, deben considerarse también como necesidad para el hombre. Sin Naturaleza viable no puede existir ningún progreso ni desarrollo, sostenible o no sostenible.

3. El medio ambiente en el Derecho (positivo)

3.1. Derecho estatal

3.1.1. Etapa preconstitucional

La expresión *medio ambiente* aparece por primera vez en el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas (RAMINP, Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre), el cual todavía está en vigor, si bien tiene señalado un corto período de vida, como veremos seguidamente.

La Ley 38/1972, de 22 de diciembre, incorpora ya en su título y en su articulado la palabra “ambiente” en solitario, en concreto, ambiente atmosférico.

El citado cuerpo legal, con más de treinta años de vigencia, junto al RAMINP,¹ quedarán derogados tras la entrada en vigor de la Ley de calidad del aire y protección de la atmósfera, cuyo proyecto fue presentado por el Gobierno el 24 de enero de 2007, y el cual ha sido aprobado –con enmiendas– por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión celebrada el 30 de octubre de 2007, estando pendiente de publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

La Ley 15/1975, de 2 de mayo, sobre espacios naturales protegidos, antecesora de la Ley 4/1989, de 27 de marzo,² no alude explícitamente al medio, al ambien-

2. La Ley 4/1989 está siendo objeto de revisión por el Proyecto de Ley del patrimonio natural y biodiversidad presentado por el Gobierno en junio de 2007, encontrándose en estos momentos (13 de noviembre de 2007) aprobado por el Senado tras el trámite parlamentario de aprobación de enmiendas.

te o al medio ambiente, pero proclama como finalidad suya “contribuir a la conservación de la naturaleza” (artículo 1.1 y 4).

Por otro lado, el urbanismo, como “perspectiva global e integradora de todo lo que se refiere a la relación del hombre con el medio en el que se desenvuelve, y que hace de la tierra, el suelo, su eje operativo” (Tomás Ramón Fernández), guarda desde siempre una relación muy estrecha con el medio ambiente, como ya puso de manifiesto la segunda Ley del suelo, sucesora de la promulgada en 1956 (Texto refundido, Real decreto 1346/1976, de 9 de abril), conexión acrecentada en la recientemente aprobada Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, en la que se contempla la preservación del medio ambiente como derecho y deber de los propietarios del suelo, así como una imposición en los instrumentos de ordenación y ejecución urbanística [artículos 4, 5, 10.c) y 15].

3.1.2. Constitución española de 1978

El texto constitucional incluye en su artículo 45, como “principio rector de la política social y económica”, primero, el derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona; segundo, el deber también de todos de conservarlo; tercero, el mandato, dirigido a los poderes públicos en general, de velar por la utilización racional de los recursos naturales, y al legislador, en particular, para que, en caso de contravención del uso legítimo, establezca sanciones penales y administrativas y la obligación de reparar el daño causado.

Por consiguiente, el derecho al medio ambiente no se configura como un derecho fundamental (STC 199/1996, de 3 de diciembre), si bien determinados aspectos relacionados con el mismo (como el ruido y la contaminación acústica) se han considerados vinculados con los derechos a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio.³

De acuerdo con el artículo 53.3 de la CE, estos denominados “derechos de tercera generación” o derechos sociales sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen. A pesar de todo, debe destacarse que ninguno de estos principios “es mera retórica” (STC de 11 de julio de 1987), ya que tienen una eficacia positiva, en la medida en que imponen al legislador el deber de promulgar las leyes necesarias para su consecución (STC 71/1982, de 30 de noviem-

bre, y STC 113/1989, de 22 de junio), pudiendo ser declaradas inconstitucionales las leyes que conduzcan a objetivos contrarios a estos principios (STC 83/1984, de 24 de julio).

En definitiva, la ya referida STC 102/1995 aseveró que “lo medioambiental se convierte en el ingrediente indispensable para sazonar las demás políticas sectoriales”, afirmación que, ante el alcance y trascendencia que ha adquirido la materia en nuestros tiempos, debiere, en ciertos supuestos, inspirar una interpretación jurisprudencial extensiva a favor de su interrelación e incluso integración del derecho al medio ambiente adecuado con determinados derechos fundamentales, concretamente el básico de la vida e integridad física y moral establecido en el artículo 15 de la Constitución.

Además de las diversas leyes y reglamentos dictados tras la norma fundamental en relación con la concreción y protección del medio ambiente, a las cuales haremos una somera referencia en los epígrafes siguientes, no cabe omitir la dimensión represiva que, por exigencia constitucional (artículo 45.3 de la CE), puede corresponder, bien a la potestad sancionadora de las administraciones públicas, regulada en diversas leyes sectoriales (*ad exemplum* Ley 1/1970, de 1 de abril, de caza; Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas; Ley 4/1989, de 27 de marzo, ya mencionada más arriba; Ley 21/1992, de 16 de julio, de industria; Ley 10/1998, de 21 de abril, de residuos; Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, y Real decreto legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de aguas), bien compete al *ius puniendi* del Estado, donde se refleja el máximo reproche social y, en consecuencia, la reacción es también más intensa.

En el Código Penal fueron tipificados, a partir de la reforma urgente y parcial de 25 de junio de 1983, los delitos contra el medio ambiente, en concreto en el artículo 347.bis, cuyas conductas delictivas básicas eran las “emisiones y vertidos”, tipos penales en la actualidad incorporados con mayor amplitud en el título XVI de la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.⁴

3.2. Derecho Comunitario

3.2.1. Tratados constitutivos

Por lo que al “Derecho primario” se refiere, hasta 1986 tan sólo había una remota referencia a la política ambiental comunitaria en el artículo 36 del Tratado

3. STC 16/2004, de 23 de febrero, conocida como Pub Belfast de Gijón, STEDH de 16 de noviembre de 2004, Moreno Gómez, STEDH de 12 de diciembre de 1994, López Ostra.

4. En especial, sus capítulos IV y V (“Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, “Delitos contra la flora, fauna y ani-

males domésticos”, respectivamente), artículos 325 y siguientes, y entre cuyos preceptos encontramos referencias a las medidas de reparación o restauración ambiental, bien como posibilidad de medidas complementarias en el artículo 339 del CP, bien como circunstancia atenuante específica en el artículo 340 del CP.

Constitutivo de la CEE (1957), en cuanto se refería a “la protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales”. A partir de la década de los setenta la Comunidad empezó a gestar una política ambiental, política basada, fundamentalmente, en la idea de los llamados “poderes implícitos” (artículos 100 y 235 del Tratado de Roma), según la cual cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios, el Consejo adoptará las disposiciones pertinentes.⁵

De acuerdo con esta previsión, la política ambiental de la Comunidad debía vincularse a la política económica y del mercado para poder legitimarse, lo cual suponía un cierto freno a la adopción de decisiones autónomas.

No es hasta el Acta Única, de 1986, cuando la política medioambiental adquiere cierta vida propia, incorporando en la parte tercera del Tratado CE un nuevo título, el VII, dedicado de forma íntegra al medio ambiente, autonomía que se logra definitivamente en las reformas llevadas a cabo en el Tratado de Maastricht, de 1992, del que trae causa el título XIX de la tercera parte del Tratado de Roma (actuales artículos 174 a 176), que plasman y definen títulos competenciales específicos para una política medioambiental más ambiciosa.

El Tratado de Ámsterdam (1997) introdujo en el artículo 6 del Tratado CE el principio de que las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad, especialmente a fin de fomentar un desarrollo sostenible, *sobre el sustento de que la adopción de un régimen comunitario de responsabilidad ambiental que cubra todas las actividades constitutivas de riesgo para el medio ambiente que son objeto de una normativa comunitaria (en el apartado 4.2.2 del mismo se ofrece una enumeración de las mismas) permitirá mejorar la integración de los aspectos ambientales en los distintos sectores afectados*, a través de la internalización de los costes ambientales.

El referido Tratado modificativo del Tratado de Roma, en cuanto alude a un “régimen comunitario

de responsabilidad ambiental”, se puede considerar como el punto de partida del marco establecido en la Directiva 2004/35/CE del Parlamento y el Consejo, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales,⁶ a la cual nos referiremos con mayor detenimiento con posterioridad.

3.2.2. Derecho derivado

En cuanto al “Derecho secundario o derivado” (integrado por reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes, artículo 249 del Tratado CE), se puede destacar que el Derecho Comunitario Medioambiental se sustenta, básicamente, en directivas, esto es, en normas de resultado, por las que se imponen a los estados miembros una serie de obligaciones a cumplir, reglas las cuales deben ser adaptadas por las normativas internas en un plazo determinado. Hasta el vencimiento de este término, la Directiva carece de eficacia imperativa; una vez vencido éste, la Directiva, en el supuesto de que las obligaciones señaladas tengan un contenido específico y concreto en sentido subjetivo y objetivo, goza de efecto directo –vertical– en las relaciones entre los particulares y los poderes públicos,⁷ generando derechos en aquéllos y correlativos deberes en éstos.

3.2.2.1. Incorporación de España a la Comunidad Europea

Como consecuencia de la adhesión de España a los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas, además de la asunción del Derecho Comunitario como Derecho propio (cuyas relaciones se rigen por los principios básicos de efecto directo y primacía), se inició un continuo camino normativo de transposición de las normativas comunitarias sobre medio ambiente.

Ya la Ley de aguas 29/1985, de 2 de agosto, previó que en el otorgamiento de concesiones y autorizaciones a su amparo se consideraría la posible incidencia ecológica desfavorable. A su vez, la producción, gestión, almacenamiento, tratamiento, recuperación y eliminación de residuos tóxicos y peligrosos, sólidos, pastosos, líquidos o gaseosos fueron objeto de la Ley 20/1986, de 14 de mayo, cuya regulación pretende garantizar la protección de la salud humana, la defensa del medio ambiente y la preservación de los recur-

5. Esta idea, que sigue presente en la versión actual del artículo 308 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, estuvo en la base del Primer Programa de Acción de la Comunidad en Materia de Medio Ambiente, que se remonta al año 1973.

6. DOCE 143, de 30 de abril de 2004, modificada en su anexo III por la Directiva 2006/21/CE, sobre la gestión de los residuos de las industrias extractivas, DOCE 192, 15 de marzo de 2006.

7. Respecto a las directivas, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea les ha reconocido efecto directo (sentencia de 6 de octubre de 1970, Franz Grad) porque “el efecto útil [...] se debi-

litaría si a los nacionales del Estado de que se trate se les privara de la posibilidad de invocarlo ante los órganos jurisdiccionales”. No obstante, el Tribunal de Justicia precisó que el efecto directo era de carácter exclusivamente vertical (sentencia de 26 de febrero de 1986, Marshall). Además sólo rige a partir de la expiración del plazo de transposición (sentencia de 5 de abril de 1979, Ratti). Por último, las directivas deben cumplir las condiciones impuestas en la sentencia Van Gend en Loos para que se les reconozca el efecto directo (sentencia de 4 de diciembre de 1974, Van Duyn).

tos naturales, exigiéndose la autorización de industrias o actividades relacionadas con esta materia.

A la evaluación del impacto ambiental se refirió el Real decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio, con carácter básico, con el fin de adaptar nuestro ordenamiento al Derecho de las Comunidades Europeas, en cuya senda le siguieron diversas leyes autonómicas.⁸

3.2.2.2. Principales reglamentos y directivas aprobadas en el ámbito de la responsabilidad medioambiental, con alusión a las normas –vigentes– de transposición a nuestro Derecho interno

3.2.2.2.1. Intervención administrativa. Actuaciones

–Directiva 85/337/CEE, del Consejo, de 27 de junio, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente (evaluación del impacto ambiental, EIA). Transpuesta por el ya citado Real decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación del impacto ambiental. Fue modificada por la Directiva 97/11/CE del Consejo, de 3 de marzo, transpuesta por el Real decreto ley 9/2000, de 6 de octubre, convalidado por la Ley 6/2001, de 8 de mayo.

–Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente (evaluación ambiental estratégica, EAE),⁹ transpuesta por la Ley 9/2006, de 28 de abril, la cual implicó la extensión de la técnica EIA a instrumentos de planificación y programación elaborados por las administraciones públicas.

–Directiva 96/61/CE del Consejo, de 24 de septiembre, relativa a la prevención y al control integrado de la contaminación (IPCC), transpuesta por la homónima Ley 16/2002, de 1 de julio (desarrollada por el Real decreto 509/2007, de 20 de abril).¹⁰

–Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero, sobre el acceso del público a la información ambiental, y la Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de

mayo, por la que se establecen medidas para la participación del público en determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente,¹¹ transpuesta por la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

–Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, cuyas normas han sido incorporadas –y ampliadas– mediante la reciente Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental.

3.2.2.2.2. Ámbitos concretos de protección

–Especies protegidas: Reglamento (CE) 338/97 del Consejo, de 9 de diciembre de 1996, relativo a la protección de especies de la fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio. Directiva 79/409/CEE del Consejo, relativa a la conservación de las aves silvestres. La transposición se operó a través de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, ya mencionada.

–Hábitats: Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo (Directiva “hábitat”), relativa a la conservación de los hábitat naturales y de la fauna y flora silvestres, incorporada por el Real decreto 1997/1995, de 7 de diciembre, que establece medidas para contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres.

–Agua: Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de las aguas. Directiva 2007/60/CE del Parlamento Europeo y Consejo, de 23 de octubre, relativa a la evaluación y gestión de los riesgos de inundación, cuyo plazo de transposición vence el 26 de noviembre de 2009.¹²

–Aire: Directiva 96/62/CE del Consejo, de 27 de septiembre, sobre evaluación y gestión de la calidad del

8. Ley valenciana 2/1989, de 3 de marzo, de impacto ambiental; Ley andaluza 7/1994, de 18 de mayo, de protección ambiental, y Ley catalana 3/1998, de 27 de febrero, de la intervención integral de la Administración ambiental, entre otras.

9. Su origen está en el Convenio de Espoo (Finlandia), de 25 de febrero de 1991, sobre la evaluación de impacto en el medio ambiente en un contexto transfronterizo.

10. La citada Directiva fue modificada por la 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, transpuesta por el Real decreto ley 5/2004, de 27 de agosto, posterior Ley 1/2005, de 9 de marzo.

11. Derivan de los compromisos asumidos en el Convenio de la Comisión Económica para Europa de Naciones Unidas sobre

Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Materia de Medio Ambiente, hecho en Aarhus el 25 de junio de 1998, conocido como Convenio de Aarhus. Parte del siguiente postulado: para que los ciudadanos puedan disfrutar del derecho a un medio ambiente saludable y cumplir el deber de respetarlo y protegerlo, deben tener acceso a la información medioambiental relevante, deben estar legitimados para participar en los procesos de toma de decisiones de carácter ambiental y deben tener acceso a la justicia cuando tales derechos les sean negados.

12. DOCE de 6 de noviembre de 2007. Se refiere a determinadas medidas para prevenir inundaciones pluviales, marítimas en la costa, relámpagos y urbanas.

aire ambiente, Directiva cuya última modificación la constituye el Reglamento (CE) 1882/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo.¹³

–Suelo: Existe una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de septiembre de 2006, por la que se establece un marco para la protección del suelo y se modifica la Directiva 2004/35/CE.¹⁴

–Ruido: Directiva 2002/49/CEE, de 29 de junio, transpuesta por la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del ruido.

–Residuos: Directiva 2006/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, sobre la gestión de los residuos de industrias extractivas y por la que se modifica la Directiva 2004/35/CE.¹⁵

–Accidentes graves ocasionados por sustancias peligrosas (Seveso II): Directiva 96/82/CE del Consejo, de 9 de diciembre, relativa al control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas. Transpuesta por el Real decreto 1254/1999, de 16 de julio, que tiene como objetivo la obtención de un alto nivel de protección para las personas, los bienes y el medio ambiente ante accidentes graves, mediante medidas orientadas tanto a su prevención como a la limitación de sus consecuencias y que, entre otras novedades, plantea la necesidad de tener en cuenta la ubicación de las instalaciones.

3.2.3. Otros textos

Por último, y al margen de otros trabajos institucionales (como los conocidos libros verdes¹⁶ y libros blancos) debe reseñarse la incidencia en la presente materia de los diferentes programas de acción de la Comunidad Europea en materia de medio ambiente (PAA, artículo 175.3 del TCE) aprobados por el Consejo desde 1973 con un objetivo central: la protección de la naturaleza, la lucha contra la contaminación del agua y del aire, los ruidos molestos, la problemática de los residuos y la protección contra las sustancias peligrosas y los productos químicos, lle-

gando la evolución de esta normativa hasta afectar en fechas recientes a la regulación de determinadas materias como la biotecnología.

En la actualidad, y hasta el 21 de julio de 2002, opera el sexto PAA, “Medio ambiente 2010: el futuro está en nuestras manos”,¹⁷ el cual cubre el período comprendido entre el 22 de julio de 2001 y el 21 de julio de 2012, en el que se señalan cuatro prioridades:

- Cambio climático.
- Naturaleza y biodiversidad.
- Medio ambiente, sanidad y calidad de vida.
- Recursos naturales y residuos.

4. Diferentes sistemas de responsabilidad y su relación con el medio ambiente

El medio ambiente ha adquirido, en la época actual, un papel protagonista en el escenario jurídico, como elemento de tutela por parte de las iniciativas normativas y del Derecho positivo, y ello sobre la concienciación de que sus adecuadas condiciones de conservación no sólo permiten al hombre ejercer su derecho a disfrutarlo, sino que el mantenimiento de estas óptimas condiciones, ante la continua degeneración que les ha sido ocasionada, hoy resultan trascendentales para el futuro de la vida humana.

La conservación medioambiental se encuentra ontológicamente vinculada, en primer término, con el establecimiento de una obligación preventiva de los daños ecológicos, a fin de que éstos no se produzcan; y, en el supuesto de devenir la consecuencia nociva, con la consagración de una obligación –hacer– de rehabilitación del recurso natural a fin de eliminar o reducir el menoscabo ocasionado, deber que sólo se debe traducir en una reparación por equivalente, o indemnización pecuniaria, cuando no sea posible la restauración *in natura*.

El problema que ha de resolverse es del sujeto a quien corresponde el cumplimiento de tales deberes de prevención y reparación, es decir, la cuestión de la responsabilidad.

13. El 25 de junio de 2007 se aprobó por el Consejo la Posición Común 13/2007, con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre calidad del aire ambiente y una atmósfera más limpia en Europa (DOCE de 6 de noviembre de 2007). Se debe tener en cuenta que el 31 de octubre de 2007 se ha aprobado el Proyecto de ley de calidad del aire y protección de la atmósfera, estando pendiente de publicación.

14. Su fundamento es que debe garantizarse al suelo el mismo nivel de protección que el otorgado por la ley a otros ámbitos del medio ambiente, como la atmósfera o las aguas, porque las funciones del suelo son cruciales para la supervivencia humana y de los ecosistemas.

15. DOCE de 11 de abril de 2006, señalando un plazo de transposición hasta el 1 de mayo de 2008. Existe así mismo una propuesta de

Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2006, relativa a los residuos.

16. El 29 de junio de 2007 la Comisión presentó al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones el *Libro verde de adaptación al cambio climático en Europa: opciones de actuación para la UE*.

17. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 24 de enero de 2001, sobre el sexto programa de acción de la Comunidad Europea en Materia de Medio Ambiente, “Medio ambiente 2010: el futuro está en nuestras manos”. Dentro del mismo se inserta el *Libro verde sobre el cambio climático* arriba referido.

Centrándonos en el ámbito de la Unión Europea, las políticas y actuaciones de los poderes públicos necesariamente deben integrar las exigencias concernientes a la protección del medio ambiente (artículo 6 del TCE), a fin de conseguir un desarrollo sostenible.

No olvidemos que tanto la promoción de un desarrollo sostenible, como también la consecución de un elevado nivel de protección y mejora del medio ambiente, se erigen como fines de la Comunidad Europea en el artículo 1 del TCE.

Los principales principios que rigen en esta materia (artículo 174.2 del TCE) son:

–Principios de prevención y cautela (también conocido como el de precaución).¹⁸

–Principio de reparación en la fuente.

–Principio de “quien contamina, paga”.¹⁹

La responsabilidad puede ser concebida como el título de imputación de las consecuencias de los hechos, actos y comportamientos a algo o a alguien.

Esta atribución o asunción de los efectos nocivos para el bien jurídico medioambiental, derivados de una conducta determinada (o varias concurrentes), puede producirse bien en el sector de las relaciones *inter privatos*, como consecuencia del ejercicio del *ius puniendi* del Estado, o bien en el seno del Derecho Administrativo (sancionador, responsabilidad patrimonial).

A su vez, los deterioros o menoscabos ambientales pueden circunscribirse en exclusiva a los recursos naturales afectados (daños ambientales autónomos), o bien pueden proyectarse sobre otros bienes y derechos particulares (daños tradicionales).

En la materia de daños ocasionados al medio ambiente, no existe una normativa uniforme –interna, comunitaria, internacional– que abarque los diferentes títulos y ámbitos en los que se le producen “detrimentos, deterioros o menoscabos” a los recursos naturales, sino que se ha caracterizado por su fraccionamiento en diferentes disciplinas jurídicas (penal, civil y administrativa), y, a su vez, también se producen otras muchas divisiones dentro de estas parcelas del Derecho (dependiendo de si la lesión deriva de una actividad doméstica, profesional o un suceso natural; del tipo de recurso natural al que afecta; si existe o no

autorización; si requiere o no la intervención de la culpa, entre otros muchos factores).

Esta dispersión normativa incrementa la dificultad reivindicativa y de obtención de las conductas de prevención o restauración, y consiguientemente, contribuye negativamente a la consecución del mantenimiento y reparación de los valores ambientales.

A los efectos del presente trabajo, podemos distinguir entre: primero, que se requiera la prueba de que la persona –física o jurídica; pública o privada– sobre la que recae este título de asunción de consecuencias haya actuado inobservando el deber de precaución o cuidado que le era exigible (responsabilidad por culpa, subjetiva, extracontractual o aquiliana);²⁰ segundo, supuestos en que el autor de la conducta responde por el mero hecho de que ésta ha producido efectos lesivos (responsabilidad objetiva o por el resultado).

En todo caso, los deterioros producidos en el medio ambiente deben ser reparados por el agente que ha realizado la actuación lesiva, en aras del principio “quien contamina, paga”, erigido como una especie de una “Ley del Talión” en defensa de la naturaleza.

5. Responsabilidad medioambiental en la vía penal

5.1. Acción comunitaria europea

Tradicionalmente, las políticas y acciones comunitarias en general, y medioambientales, en particular, se han dirigido a los poderes públicos de los estados miembros, básicamente a través del nutrido número de directivas existentes en la materia, a partir de las cuales podrían surgir consecuencias en el ámbito de las relaciones civiles o administrativas, pero sin incidir en la potestad punitiva de los estados.

Esta orientación comunitaria “penalmente omisiva” ha variado sustancialmente, como veremos a continuación, incentivada por el reforzamiento del “tercer pilar” (cooperación en los ámbitos de la justicia y asuntos de interior) llevado a cabo tras el Tratado de Ámsterdam y, sobre todo, después del Tratado de Niza de diciembre de 2000.

18. El recurso al principio de precaución –como estrategia en la gestión de los riesgos– presupone que se han identificado los efectos potencialmente peligrosos derivados de un fenómeno, un producto o un proceso, y que, a pesar de que la evaluación científica no permite determinar el riesgo con la certeza suficiente, se estima que éste es inaceptable. Sus límites son la proporcionalidad, no-discriminación, coherencia, análisis de las ventajas y los inconvenientes que se derivan de la acción o de la falta de acción, y estudio de la evolución científica (Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución, COM/2000/0001).

19. Principio incorporado mediante el Acta Única Europea en el año 1987, surgido en la Convención de Estocolmo (1972) como base analítica de los instrumentos económicos para regular la contaminación.

20. La responsabilidad por culpa es la generalmente admitida en el ámbito del Derecho Civil, procedente del Derecho Romano, *Lex Aquilia*, “*honeste vivere, neminem laedere, suum quique tribuere*”, recogida en el artículo 1902 del CC, si bien existen excepciones, como en los artículos 1905 y 1908.2 y 3 del CC, la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por daños ocasionados por productos defectuosos, y la Ley 2/1964, de 29 de abril, de energía nuclear.

1) El 11 de febrero de 2000, Dinamarca presentó una iniciativa para instaurar una cooperación policial y judicial destinada a luchar contra los delitos ambientales graves, la cual desembocó en la adopción de la Decisión 2003/80/JAI del Consejo.

2) La Decisión 2003/80 fue anulada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas mediante sentencia (Gran Sala) de 13 de septiembre de 2005, en el asunto C-176/03, Comisión de las Comunidades Europeas contra el Consejo de la Unión Europea.

El Tribunal anuló la Decisión impugnada, al considerar que ésta debió haberse aprobado en el ámbito del Tratado CE y no del Tratado UE, explicando que *la Comisión puede adoptar decisiones relacionadas con el Derecho penal de los estados miembros si la aplicación de sanciones penales constituye una medida imprescindible para combatir los atentados graves contra el medio ambiente.*

2) La Comisión, por su parte, adoptó el 13 de marzo de 2001 una propuesta de Directiva sobre la protección del medio ambiente a través del Derecho Penal, la cual fue informada por el Parlamento Europeo el 9 de abril de 2002.

3) Tras la sentencia del TJCE de 13 de septiembre de 2005, y con sustento en sus razonamientos, la Comisión retiró la propuesta de 2001 y adoptó una nueva, denominada Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de febrero de 2007, relativa a la protección del medio ambiente, mediante el Derecho Penal,²¹ que incorpora el contenido de los artículos 1 a 7 de la Decisión marco anulada.

El objeto de esta propuesta de Directiva es obligar a los estados miembros a imponer sanciones penales para algunos comportamientos que perjudican gravemente al ambiente, enunciándose una serie de conductas punibles con carácter de *numerus apertus*, considerando que este umbral mínimo de armonización permite aplicar mejor el Derecho medioambiental, de conformidad con el objetivo de protección del medio ambiente que establece el artículo 174 del Tratado CE.

En cuanto a las sanciones, se señala que deben ser eficaces, proporcionadas y disuasorias, incluyendo la prisión para los supuestos cometidos con agravantes, *así como posibilitando que los estados miembros pueden prever otros tipos de sanciones y medidas complementarias*, entre ellas, la obligación de rehabi-

litar el perjuicio causado y la obligación de adoptar medidas específicas para eliminar las consecuencias de conductas análogas a aquella en la que se basó la responsabilidad penal (artículos 6 y 7 de la Propuesta, referidos a autores personas físicas y jurídicas, respectivamente).

Las citadas medidas complementarias se encuentran previstas en el artículo 339 del CP (Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre), en cuya virtud “los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar la adopción, a cargo del autor del hecho, de medidas encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como adoptar cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este título”.

5.2. Responsabilidad medioambiental derivada de los ilícitos penales

Las infracciones penales descansan en la existencia de una conducta humana dolosa o culposa, por mor del principio de culpabilidad, que además sea típica, antijurídica y punible, estando desterrada y descartada cualquier posibilidad de responsabilidad objetiva o de resultado, manifestación del principio *versari in re illicita*, tal como se prevé en el artículo 5 del CP.

Los comportamientos penales, además de la lesión del bien jurídico protegido, pueden derivar consecuencias negativas patrimoniales, esto es, daños y perjuicios, originando, junto a una responsabilidad penal, una responsabilidad civil. El artículo 116 del CP dispone que “Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta, lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios”.

Derivado de lo expuesto en el primer párrafo, la responsabilidad civil derivada de la comisión de delitos y faltas contra el medio ambiente en general (tipificados, respectivamente, en los capítulos III y IV del título XVI del CP, y en el artículo 632 del CP)²² es una responsabilidad dolosa (artículos 325, 326, 328 a 330, 332 a 337 y 632 del CP) o culposa (artículo 331 del CP, imprudencia grave), ello referido al responsable criminal, sin perjuicio de los responsables civiles solidarios o subsidiarios que puedan concurrir (artículos 117 a 121 del CP), cuyo título no deriva de su relación con el comportamiento lesivo, sino de su relación con la persona que responde penalmente.²³

males domésticos o a cualesquiera otros en espectáculos no autorizados legalmente sin incurrir en los supuestos previstos en el artículo 337 serán castigados con la pena de multa de 20 a 60 días o trabajos en beneficio de la comunidad de 20 a 30 días.”

23. Especial interés reviste la responsabilidad subsidiaria de las administraciones públicas en el caso de delitos (y faltas, STS, Sala Segunda, de 26 de septiembre de 1997, “asunto de la colza”) cometidos por sus autoridades, agentes, contratados, y funciona-

21. COM (2007) 51 - 2007/0022/COD.

22. El citado precepto ha sido redactado por la Ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, y recoge como falta contra los intereses generales: “1. El que corte, tale, queme, arranque, recolecte alguna especie o subespecie de flora amenazada o de sus propágulos, sin grave perjuicio para el medio ambiente, será castigado con la pena de multa de 10 a 30 días o trabajos en beneficio de la comunidad de 10 a 20 días. 2. Los que maltrataren cruelmente a los ani-

La responsabilidad civil *ex delicto* consiste en la obligación genérica de reparar el daño ocasionado por su conducta, bien mediante la restitución de la cosa, la reparación –propriadamente dicha– del daño y/o la indemnización de los perjuicios materiales y morales (artículos 109 y 110 del CP). La reparación del daño “podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que el juez o tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa” (artículo 112 del CP), precepto que aparece conectado con las consecuencias accesorias de la pena, con el fin de la prevención de la continuidad delictiva, restauración y protección ambientales establecidas en el artículo 327 y 339 del CP, las cuales incluso se pueden adoptar como medidas cautelares.

En razón a lo expuesto, tanto la indemnización de los daños tradicionales causados a las personas y sus bienes (derivados del daño medioambiental propio o autónomo), como también la evitación de nuevos daños y la restauración ambiental pueden ser alcanzadas en el seno de un proceso penal, bien como obligación accesoria de la pena (339 del CP), bien por la vía de la responsabilidad civil directa, solidaria o subsidiaria (112, 116 y 117 a 121 del CP).

Dentro de las sentencias más recientes recaídas en procesos sobre delitos medioambientales en los que se abordan las medidas preventivas y restauradoras, así como el tema de la responsabilidad subsidiaria de los entes públicos, podemos, sin ánimo exhaustivo, destacar:

La STS, Sala Segunda, de 30 de septiembre de 2003, condena al alcalde del Ayuntamiento valenciano de Xeresa por un delito de prevaricación medioambiental en concurso ideal con un delito contra el medio ambiente por haber autorizado vertidos de escombros en La Marjal de La Safor, imponiéndole, en concepto de responsabilidad civil, la realización a su costa de las actuaciones necesarias para retirar los escombros, levantar el aterramiento y restituyendo el paraje natural a su estado anterior, sin contemplar la responsabilidad subsidiaria del Ayuntamiento por no haber sido parte.

La STS, Sala Segunda, de 6 de noviembre de 2006, confirma la SAP de Alicante de 31 de diciembre de 2003 que condenó al alcalde, así como al teniente de alcalde, del Ayuntamiento de Pego (quien a su vez

era el presidente de la Comunidad de Regantes), por un delito contra el medio ambiente, uno de atentado y uno de desobediencia, por haber causado incendios, realizado actuaciones no autorizadas en un paraje protegido, el Marjal de Pego-Oliva, lo cual causó graves daños en la fauna y flora silvestre, así como en el entorno natural. La desobediencia penal resultó del incumplimiento de las medidas cautelares preventivas impuestas por el órgano judicial instructor. Como condena civil, se les impuso a ambos acusados, por partes iguales y forma solidaria, la obligación de indemnizar a la Generalidad Valenciana en un millón doscientos mil veinticuatro euros con veintitún céntimos por los daños irreparables causados en citado humedal, señalando al Ayuntamiento y a la Comunidad de Regantes de las Tierras Arrozales de la Villa de Pego como responsables subsidiarios.²⁴

6. Responsabilidad civil por daños medioambientales

El Derecho Civil, en tanto que despliega sus efectos en el ámbito de las relaciones entre particulares (personas físicas y/o jurídicas), constituye el instrumento actualmente existente (incluso cuando se aplica en un proceso penal, como ya hemos referido) para la obtención de la reparación de los daños y perjuicios causados a éstos como consecuencia de menoscabos ambientales, es decir, la responsabilidad civil resulta ser la única vía para indemnizar los daños tradicionales.

Sin embargo, conviene destacar que tanto la Propuesta de Directiva de responsabilidad civil por daños causados por los residuos²⁵ (año 1990), el *Libro verde de responsabilidad por daños ecológicos* de 1993, y el Anteproyecto de Ley de responsabilidad civil derivada de actividades con incidencia ambiental, presentado por el Ministerio de Medio Ambiente en noviembre de 1999, contemplaban los daños ocasionados a los recursos naturales, incluyendo los producidos a los particulares, dentro de esta disciplina jurídica.

En la órbita civil, los daños ocasionados al medio ambiente son contemplados desde la perspectiva del particular afectado, es decir, en cuanto incide negativamente en su esfera de derechos e intereses, entre los que no se incluye el derecho de protección “abstracto” a disfrutar de un ambiente “sano y adecuado para el desarrollo de la persona” (STS, Sala Primera, de 14 de marzo de 2005), básicamente por un problema de legitimación al tratarse de un bien común.

rios públicos en el ejercicio de sus cargos y funciones, artículo 121 del CP.

24. Otras sentencias, a destacar de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 1318/2005, de 17 de noviembre; 940/2004, de 22 de julio; 1577/2003, de 24 de noviembre, sobre vertidos de aceites usa-

dos de motor en suelo, infiltrando un acuífero y produciendo también perjuicios a una empresa vecina.

25. Resolución del Consejo de 7 de mayo de 1990 sobre la política en materia de residuos (90/C122/02).

A partir de las reclamaciones de responsabilidad civil esgrimidas ante los tribunales civiles se puede obtener una reparación de los específicos detrimentos patrimoniales derivados de una conducta dañosa para los recursos naturales, pero no se puede obtener, en principio, la restauración del bien común ambiental, como sí se permitía en el malogrado Anteproyecto de Ley mencionado.

6.1. Responsabilidad extracontractual. Título de imputación

La responsabilidad civil extracontractual, en un principio y como regla general, se basa en la existencia de una conducta culpable que lesiona bienes, derechos o intereses de otra persona, la cual no está obligada a soportarlo.²⁶ Se trata de una responsabilidad subjetiva ligada a la negligencia, la cual está recogida en el artículo 1902 del CC.

Sin embargo, en daños medioambientales con incidencia privada, la jurisprudencia aplica parámetros de responsabilidad cuasiobjetivos. En el supuesto del ejercicio de actividades potencialmente peligrosas, contaminantes, se emplea la teoría del riesgo creado,²⁷ según la cual la diligencia exigida en el artículo 1902 del CC se extiende a todas las actuaciones que la prudencia imponga para prevenir el daño no tolerable, de acuerdo no sólo con las circunstancias de la persona, el tiempo y el lugar (artículo 1104 del CC), sino también el sector del tráfico o vida social donde despliega sus efectos, con una inversión de la carga de la prueba sobre el agente de la actividad.

En leyes sectoriales, como la Ley de energía nuclear, de 29 de abril de 1964, se establece una responsabilidad civil por daños nucleares *tipo objetivo*, para el explotador de una instalación nuclear o de cualquier otra instalación que produzca o trabaje con materiales radioactivos o que cuente con dispositivos que pueden producir radiaciones ionizantes, si bien limitando la cobertura del riesgo, exigiendo como garantía la suscripción de una póliza de seguro y un depósito, y recogiendo la responsabilidad subsidiaria del Estado.

26. STS, Sala Primera, de 17 de marzo de 1981, alude a la relación o juicio de antijuridicidad como uno de los requisitos para exigir la responsabilidad civil extracontractual.

27. STS, Sala Primera, de 17 de diciembre de 1986, 16 de enero de 1989, 24 de marzo de 1993 y 7 de abril de 1997, entre otras muchas. Se puede destacar la STS de 17 de marzo de 2004, en la que se analiza un supuesto de coexistencia de causas en la contaminación de un acuífero mediante un vertido de gasolina derivado de los daños ocasionados tras un atentado terrorista en Sant Vicenç dels Horts.

28. DOCE 199/42, de 31 de julio de 2007.

29. El Reglamento se aplica, en virtud del artículo 1, a las obligaciones extracontractuales de carácter civil y mercantil, siendo la regla general de solución del conflicto de leyes aplicables la del

En el ámbito del Derecho Comunitario, se debe destacar el reciente Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales ("Roma II"),²⁸ en cuyo considerando 25, aludiendo expresamente a las obligaciones extracontractuales derivadas de los daños medioambientales, refiere que "el artículo 174 del Tratado, que contempla un elevado nivel de protección, basado en los principios de cautela y acción preventiva, en el principio de corrección en la fuente misma y en el principio de quien contamina paga, justifica plenamente el recurso al principio de favorecer a la víctima. La cuestión de cuándo la persona que reclama el resarcimiento de los daños podrá elegir el Derecho aplicable debe determinarse de conformidad con la legislación del Estado miembro en que se somete el asunto al órgano jurisdiccional", directriz que se desarrolla en el artículo 7: "*Daño medioambiental*. La ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive de un daño medioambiental o de un daño sufrido por personas o bienes como consecuencia de dicho daño, será la ley determinada en virtud del artículo 4, apartado 1, a menos que la persona que reclama el resarcimiento de los daños elija basar sus pretensiones en la ley del país en el cual se produjo el hecho generador del daño."²⁹

6.2. Acciones de cesación basadas en las relaciones de vecindad

El Derecho Civil, por otro lado, cuenta con un instrumento complementario a la responsabilidad aquiliana, las acciones de cesación o negatorias de inmisiónes basadas en las relaciones de vecindad, las cuales encuentran cobertura en los artículos 590 y 1908 del CC, junto a alguna normativa autonómica.³⁰

Tratándose de actividades autorizadas, en las cuales se han cumplido las condiciones a las que fueron sometidas, *de nuevo se aplican criterios objetivadores*, en concreto, el principio general del derecho *alterum non laedere* en relación con la buena fe, normalidad

artículo 4.1 a la que se refiere el precepto referente a los daños ambientales: "Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión."

30. Debe aludirse a la derogada Ley del Parlamento de Cataluña 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, inmisiónes, servidumbres y relaciones de vecindad, derogada por la Ley catalana 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales.

del uso, tolerancia y la institución del abuso del derecho, en virtud del artículo 7 del CC,³¹ debiendo el autor del acto lesivo acreditar estas circunstancias.

Debemos destacar que en el ejercicio de estas acciones de cesación, el perjudicado no sólo puede interesar y obtener de los tribunales civiles una indemnización de los perjuicios ocasionados, sino también la adopción de medidas que impidan la continuidad de los daños o bien su nueva producción, las cuales, por vía indirecta, implican la posibilidad de conseguir una reparación ambiental en sede del ejercicio de acciones privadas.

7. Derecho Administrativo y daños al medio ambiente

La reparación de los daños ambientales, sin perjuicio de la vía penal, normalmente se suscita y se consigue en el ámbito de las relaciones jurídico-administrativas.

Dentro de esta esfera jurídica deben distinguir varios supuestos de actuación, activa y pasiva, de las administraciones públicas, a los efectos de obtener la restauración del bien común medioambiental:

–En un gran número de ocasiones, los sucesos que resultan ser lesivos para los recursos naturales guardan una estrecha –cuando no coincidente– relación con conductas previstas como infracciones administrativas en diferentes leyes sectoriales, originando la incoación de un expediente sancionador.

–En otros supuestos, el daño guarda una conexión causal con el funcionamiento normal/anormal de las administraciones públicas, insertándose en el concepto de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos, artículos 106.2 de la CE y 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LPAC).

–Por último, existen supuestos en que la reparación constituye el único objeto del procedimiento administrativo.

7.1. Reparación y Derecho Sancionador

Existen numerosas previsiones en nuestro ordenamiento jurídico acerca del deber o la obligación de reparar o restaurar el estado anterior de los recursos

naturales menoscabados a partir de una conducta que, *prima facie*, se estima constitutiva de un ilícito administrativo.³²

El punto de partida se encuentra en el artículo 130.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LPAC), en cuya virtud “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”.

Dicho precepto contempla tanto los daños ambientales autónomos como los daños tradicionales.

Respecto a la naturaleza de estas medidas reparadoras, debe abogarse por la independencia sustantiva de las sanciones administrativas,³³ y ello a pesar de que se relacionen e inserten en un expediente sancionador, por razones de “economía procedimental” legalmente consagradas.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia 252/2006, de 25 de julio, dictada en un recurso de amparo que estimó parcialmente por vulneración del principio de legalidad en materia sancionadora, al diferir al momento aplicativo de la potestad sancionadora la concreción de la clase de infracción a la que pertenece la conducta, anula las sentencias dictadas por la Sala de la Audiencia Nacional y el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo, en cuanto confirmaron la sanción impuesta a la entidad recurrente por el organismo Parques Nacionales, por la comisión de una infracción prevista en el artículo 38.12 de la Ley 4/1989, consistente en sondear sin permiso en una finca sita en el Parque Nacional Cabañeros, pero no extiende la anulación en cuanto el acto establece medidas reparadoras, al no participar éstas de naturaleza sancionadora.³⁴

En cuanto a la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, también es constante y reiterada

31. Desde la STS, Sala Primera, de 12 de diciembre de 1980, sobre la central termoeléctrica de Soto de Ribera.

32. Artículos 92, 95 y 100 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas; artículo 37 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres; artículo 37 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de industria; artículo 26 de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de residuos; artículo 113.5 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos; artículo 118 del Real decreto legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de aguas; artículo 38 de la Ley 9/2003, de 25 de abril, por la que se establece el régimen jurídico de la utiliza-

ción confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente; artículo 31 de la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del ruido, y artículo 36 de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrado de la contaminación.

33. Así se desprende del artículo 6 de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, como después veremos.

34. Se remite a las STC 100/2003, de 2 de julio; 210/2005, de 18 de julio; 98/2006, de 27 de marzo (sobre construcción de un invernadero en la zona de protección del Parque Nacional Cabo de Gata), y 187/2006, de 19 de junio.

en el sentido de afirmar esta diferenciación entre sanción y medida reparadora,³⁵ sobre todo en procedimientos prescritos (STS de 21 de febrero de 2000), nulos (STS de 29 de noviembre de 2001, 24 de junio de 2002 y 22 de abril de 1999) y caducados.

En tal sentido, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera, Sección Quinta), de 16 de noviembre de 2005, dictada en interés de ley en el ámbito de la Ley 4/1989, razona y explica en su último fundamento jurídico las diferencias existentes entre las sanciones administrativas y las medidas de reparación, reestablecimiento o rehabilitación (ambiental):

“a) De entrada, porque en tanto en cuanto la LCEN tipifique correctamente como constitutivas de infracción determinadas conductas, su autor o autores pueden, lógica y jurídicamente, ser considerados como infractores, ostentando así la posición o calidad jurídica a la que el artículo 37.2 de la LCEN liga los deberes de reparar e indemnizar.

“b) Porque la interpretación de ese artículo 37.2 de la LCEN no conduce, ni por su dicción literal, ni por su espíritu y finalidad, a entender que la imposición de tales deberes exija como presupuesto necesario la posibilidad cierta de imponer aquella sanción pecuniaria.

“c) Porque los repetidos deberes no constituyen una sanción en sentido estricto, complementaria o añadida a la sanción pecuniaria. Ésta sí es una consecuencia jurídica de naturaleza represiva, retributiva o de castigo; sí es una consecuencia jurídica de naturaleza sancionadora, en la que se ejercita y manifiesta el *ius puniendi* del Estado. La naturaleza jurídica de aquéllos es, en cambio, meramente reparadora del daño causado, encontrando en éste y no en la nota de la represión o castigo, ni en el ejercicio del *ius puniendi*, su causa o razón de ser. Esta distinción, esta separación conceptual y de naturaleza jurídica entre las sanciones en sentido estricto y los deberes de reparar el daño causado al medio ambiente, está ya explícita en el mismo artículo 45.3 de la Constitución; lo está también en el inciso inicial de aquel artículo 37.2 de la LCEN; y lo está, en fin, en la sentencia misma del Tribunal Constitucional número 100/2003 en la que se basó la sentencia impugnada, tal como resulta de la sola lectura de los párrafos tercero y cuarto de su fundamento jurídico segundo y de la de su fundamento jurídico quinto.

“d) Y, en fin, porque la pervivencia a cargo del infractor del deber de reparación del daño o perjuicio causado en supuestos en los que no cabe imponerle una sanción en sentido estricto, es la que como regla está presente en una consolidada jurisprudencia de este Tribunal Supremo, de la que son muestra las sentencias de 21 y 22 de febrero de 2000 y 24 de junio de 2002, dictadas, respectivamente, en los recursos de casación 1471/1995, 4226/1996) y 3875/1996. Aunque referentes a ámbitos materiales distintos del que ahora nos ocupa, la razón de decidir de dichas sentencias es perfectamente trasladable al supuesto enjuiciado.”

Con sustento en los anteriores razonamientos, establece en su fallo la siguiente doctrina legal:

“En general, y también cuando se ejercite la potestad sancionadora por una comunidad autónoma que no haya desarrollado normativamente el artículo 39.1 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres, la imposición de la sanción pecuniaria prevista en dicho artículo no es requisito ni presupuesto necesario para poder exigir al infractor los deberes de abonar los daños y perjuicios ocasionados y de restaurar el medio natural agredido que se prevén en el artículo 37.2 de dicha Ley.”

Partiendo de las consideraciones expuestas, la reparación del daño ambiental corresponde al sujeto infractor, entendido como autor de la conducta lesiva y con independencia de que el expediente culmine o no con la imposición de una sanción, así como sin tener en cuenta, en los supuestos de no recaer sanción, de si la conducta fue o no negligente.

El infractor-reparador puede ser tanto una persona –física o jurídica– pública y privada, ya que resulta incontrovertido que la potestad sancionadora se puede ejercer sobre administraciones públicas.³⁶

7.2. Responsabilidad patrimonial de la Administración

El Tribunal Supremo ha declarado de forma reiterada (entre otras, sentencias de 14 de mayo, 7 de noviembre de 1994, 11 de febrero de 1995), que *la responsabilidad patrimonial de la Administración se configura como una responsabilidad objetiva o por resultado*, en la cual resulta indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, de forma que cualquier conse-

35. Una reciente excepción la constituye la STS, Sala Tercera, Sección Quinta, de 5 de junio de 2007, que, casando la sentencia recurrida, anuló dos órdenes ministeriales por las que se impuso una sanción de multa y la obligación de retirada de tierras y firme depositados en cauce, zona de policía y servidumbre del Arroyo La Plata, a causa de no haberse notificado la propuesta de resolución, anulando no sólo la sanción, sino también la medida de reestablecimiento.

36. Los supuestos más frecuentes suelen ser los expedientes sancionadores abiertos por confederaciones hidrográficas a ayuntamientos. Sin embargo, la Ley 26/2007, de 23 de octubre, en su artículo 35 excluye a las administraciones públicas del régimen de infracciones y sanciones que recoge en el capítulo V.

cuencia dañosa derivada del funcionamiento de los servicios públicos ha de ser en principio indemnizada, porque, como dice en reiteradas resoluciones el alto tribunal, “de otro modo se produciría un sacrificio individual en favor de una actividad de interés público que debe ser soportada por la comunidad”.

La restauración de daños ambientales en sede de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración encuentra la dificultad, además de la prueba del nexo causal, en la necesaria existencia de un perjuicio patrimonial que ha de ser real, evaluable económicamente, efectivo e *individualizado* en relación con una persona o grupo de personas.

Como quiera que el medio ambiente es de titularidad común, sólo podrá obtenerse su reparación si, a su vez, éste coincide con un bien privativo del reclamante.

Como sentencias recientes dictadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, ambas de la Sección Sexta, podemos destacar la de 18 de abril de 2007, que declara la responsabilidad de la Junta de Andalucía en relación con los daños producidos en fincas particulares por aves procedentes del Coto de Doñana, considerando probada la deficiente gestión en el cuidado y alimentación de las aves, máxime cuando son conocidos los problemas de sequía en determinadas épocas, omisión administrativa que llevó a los animales a fincas vecinas en busca de alimento. La sentencia de 22 de diciembre de 2004 analiza un supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado (Ministerio de Defensa), por el incendio ocasionado en la Sierra de Teleno (León) tras unas prácticas de tiro, con daños en la flora y fauna.

7.3. Otros supuestos

–El título V de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de residuos, artículos 27 y 28, recoge un procedimiento administrativo autónomo –del sancionador– y específico para la declaración de suelos contaminados, con la imposición de medidas de limpieza y reparación, normativa desarrollada por el Real decreto 9/2005, de 14 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados.³⁷

–El artículo 10.1 del Real decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio (EIA), dispone que:

37. Se trata de un sistema que sigue el ejemplo norteamericano de la *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* (CERCLA), de 1980 (modificada posteriormente), también conocida como *Superfund Act*.

38. Propuesta de Directiva de 1 de septiembre de 1989 presentada por la Comisión sobre la responsabilidad civil a consecuencia de

“1. Cuando la ejecución de los proyectos a que se refiere el artículo anterior produjera una alteración de la realidad física, su titular deberá proceder a la restitución de la misma en la forma que disponga la Administración. A tal efecto, ésta podrá imponer multas coercitivas sucesivas de hasta 300,51 euros (50.000 pesetas) cada una, sin perjuicio de la posible ejecución subsidiaria por la propia Administración, a cargo de aquél.

“2. En cualquier caso el titular del proyecto deberá indemnizar los daños y perjuicios ocasionados. La valoración de los mismos se hará por la Administración, previa tasación contradictoria cuando el titular del proyecto no prestara su conformidad a aquélla.”

8. Hacia un régimen común. La Directiva 2004/35/CE y su transposición al ordenamiento jurídico español. La Ley 26/2007, de 30 de octubre

Las instituciones comunitarias, desde el año 1989,³⁸ se percataron de la necesaria consecución paulatina de un régimen común de responsabilidad medioambiental, si bien no fue erigido como objetivo hasta el año 1997, mediante el Tratado de Ámsterdam.

Los primeros trabajos realizados con dicho fin se originaron en el año 1993, mediante el denominado *Libro verde sobre reparación del daño ecológico*,³⁹ que ofrecía diversas alternativas, tras cuya consulta la Comisión presentó el *Libro blanco sobre responsabilidad ambiental*,⁴⁰ en el que se señalaba como opción más adecuada la aprobación de una directiva marco que contemplara, por un lado, la responsabilidad objetiva por daños ambientales (alcanzando también a los daños producidos a las personas o sus bienes) ocasionados por actividades peligrosas reguladas en la normativa comunitaria, y por el otro, que regulara la responsabilidad subjetiva o por culpa de los daños causados a la biodiversidad por actividades no peligrosas.

Estos escritos preparatorios elaborados en el seno de la Comisión culminaron con la aprobación de la citada Directiva 2004/35/CE, la cual, de acuerdo con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, estableció “un marco común para la prevención y la reparación de los daños medioambientales a un coste razonable para la sociedad” (considerando 3).

Las “normas mínimas comunes” contenidas en la Directiva se han insertado, con algunas modificacio-

los daños y perjuicios causados al medio ambiente ocasionados por residuos (DOCE de 4 de octubre de 1989).

39. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, de 14 de mayo de 1993.

40. Bruselas, 9 de febrero de 2000.

nes, dentro del ordenamiento jurídico interno a través de la Ley 26/2007, de 23 de octubre,⁴¹ la cual ha entrado en vigor el 25 de octubre siguiente, si bien sus efectos –salvo en las garantías financieras y sanciones– se retrotraen a la fecha límite de transposición de la Directiva, es decir, el 30 de abril de 2007 (disposición final sexta).

El citado cuerpo legal supone un cualificado avance de la aplicación y virtualidad de los principios de prevención y de “quien contamina paga”, inspiradores de la normativa internacional y comunitaria relativa al medio ambiente, y recogidos en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Por ello algunos autores consideran que el postulado debería denominarse ahora “quien contamina, paga y repara”.

La Ley 26/2007, como reza su preámbulo, incorpora al ordenamiento interno, con el carácter de ley básica, un régimen administrativo de responsabilidad ambiental de carácter objetivo (sin necesidad de prueba de actuación culposa) e ilimitado (comprendido de todos los costes).

La mencionada Ley (en lo sucesivo, LRM) ha supuesto un paso importante y cualificado en el Derecho Medioambiental, en cuanto ha dado lugar a la positivación de un elenco de potestades y un sistema de exigencia por parte de la Administración, el cual se dirige no sólo a quien contamina (o a quien la Ley considera que contamina, ante las exenciones que contempla, como veremos), sino también, y sobre todo, a quien amenaza inminentemente con contaminar,⁴² potestades que se canalizan a través de un procedimiento administrativo (capítulo VI), cuyo resultado es una decisión de actuar y/o abonar íntegramente los costes de la reparación, evitación de mayores daños o prevención de los todavía no producidos, y ello con carácter ejecutorio y ejecutivo, como expresión de la autotutela declarativa y ejecutiva que corresponde, como prerrogativa, a los entes públicos.

La adopción de medidas de prevención y evitación se impone a *todos los operadores, ex lege*, una vez producido el daño o la amenaza inminente (artículo 17 de la LRM), sin necesidad de actuación administra-

tiva que origine la obligación del contaminador en este sentido,⁴³ a diferencia de las medidas de reparación, las cuales no se imponen a todos los agentes –como veremos–, ya que respecto de éstas el operador sólo puede adoptar por sí mismo las medidas provisionales, sino que deben someter a la aprobación de la autoridad competente una propuesta de medidas reparadoras de los daños (artículo 20 de la LRM).

8.1. Aspectos en los que la Ley 26/2007, de 23 de octubre, implica una “mejora” o extensión de las previsiones contenidas en la Directiva comunitaria

Podemos destacar:

1. Entre las “especies y hábitats naturales protegidos” (artículo 2.3 de la Directiva), el artículo 2.4 y 2.5 de la LRM incluye no sólo los comprendidos en las normas sobre la materia mencionadas en la Directiva, sino también a cualesquiera otros protegidos por la legislación comunitaria, estatal o autonómica, así como por los tratados internacionales en que España sea parte, siempre que, en cuanto a la flora y fauna se refiere, “se hallen en estado silvestre en el territorio español, tanto con carácter permanente como estacional”, excluyendo a las “especies exóticas invasoras”.

2. Los “daños al suelo” no sólo se refieren a la contaminación de la que pueda derivarse efectos adversos para la salud humana [artículo 2.1.c) de la Directiva], sino que el artículo 2.1.d) de la Ley extiende tales efectos nocivos al medio ambiente.

3. Los *operadores* no sólo pueden ser las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas que desempeñen o controlen una actividad económica o profesional (artículo 2.6 de la Directiva), tenga o no fines lucrativos, sino también quienes *tengan un poder económico determinante sobre su funcionamiento técnico* (artículo 2.10 de la LRM).⁴⁴

4. En cuanto al régimen de responsabilidad objetiva *por daños y las amenazas inminentes de daños* al medio ambiente (artículo 3 de la Directiva), no sólo se extiende a las actividades “potencialmente peligrosas” previstas en el anexo III⁴⁵ de la Directiva y de

41. Ley básica dictada al amparo del artículo 149.1.23 de la CE, que incluye entre las competencias exclusivas del Estado la “legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las comunidades autónomas de establecer normas adicionales de protección. La legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias”, correspondiendo a las comunidades autónomas, en el supuesto de previsión estatutaria, dictar la normativa de desarrollo y la gestión de la protección medioambiental, artículo 148.1-9 de la CE. Se expresa en el artículo 7 y la disposición adicional primera de la Ley 26/2007.

42. Entendida como *probabilidad suficiente de que se produzcan daños medioambientales en un futuro próximo* (artículo 2.13 de la Ley).

43. Sin perjuicio de la obligación del operador de informar a la autoridad competente y someterse a sus instrucciones, artículos 9 y 17.4 de la LRM.

44. El concepto de operador, sin embargo, contiene una limitación respecto de las administraciones públicas, como veremos posteriormente.

45. Las cuales coinciden, sustancialmente, con las señaladas en la Ley 16/2002, de 16 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación.

la Ley, sino también a cualesquiera otras actuaciones distintas, ciñéndose en cuanto a éstas a las medidas de prevención y de evitación.

La responsabilidad objetiva de reparar sólo opera para las actividades enumeradas en el anexo III, requiriendo la presencia de culpa en las restantes (artículo 3.1 y 3.2 de la LRM), con la excepción de que no se hubieren adoptado previamente las medidas de evitación o las preventivas, como recoge el artículo 19.2 *in fine*.

5. La responsabilidad subjetiva, en el supuesto de daños y amenazas inminentes de producirlos, engloba a todos los recursos naturales incluidos en el ámbito de la ley, no sólo a las especies de flora y fauna silvestres y a sus hábitats, como en el artículo 3.1.b) de la Directiva.

6. En cuanto al acceso de los interesados para solicitar información e instar ante la Administración competente (autonómica, artículo 7 de la LRM) la iniciación de un expediente por responsabilidad medioambiental (capítulo VI de la LRM), no sólo se ciñe a los daños, sino también a las amenazas inminentes (artículo 41 de la LRM en relación con el artículo 12.5 de la Directiva).⁴⁶

7. La disposición transitoria única matiza la irretroactividad recogida en el artículo 17 de la Directiva, ya que se pueden exigir medidas de prevención y de evitación de nuevos daños, a pesar de que la emisión, suceso, incidente o actividad específica se hubieren producido, realizado y concluido antes del 30 de abril de 2007.

8. La responsabilidad objetiva de los operadores de las actividades del anexo III viene reforzada con dos presunciones *iuris tantum*, recogidas en los artículos 3.1 y 9.1 de la Ley, acerca de la existencia de nexo causal entre el daño o amenaza y su empresa.

8.2. Régimen común, no completo, de responsabilidad por daños ambientales

Sin embargo, a pesar de este marco común, no puede ni mucho menos considerarse completo, ya que ni la Directiva –y, consecuentemente, tampoco la Ley– abarcan todos y cada uno de los aspectos que pueden derivarse de los menoscabos al medio ambiente.

Ciñéndonos al texto legal, podemos observar las siguientes omisiones y limitaciones:

1. Elementos del medio ambiente: sólo se aplican a los daños y amenazas de daños ocasionados a las

especies –excepto las exóticas invasoras– y hábitats naturales protegidos, a las aguas integradas en el dominio público hidráulico (Real decreto legislativo 1/2001, de 20 de julio), a la ribera del mar y de las rías (comprendiendo el dominio público marítimo-terrestre y las playas, artículo 3.1 de la Ley 22/1988, de 28 de julio), y al suelo.

–No se contemplan los daños al aire, los cuales se engloban en la Ley 38/1972, de 22 de diciembre, hasta que se publique el ya aprobado Proyecto de Ley sobre calidad del aire y protección de la atmósfera, en el que se establece un régimen de prevención y reparación basado en el principio de corresponsabilidad (entre ciudadanos, sociedades y poderes públicos), consagrado desde la Declaración de Estocolmo (1972).⁴⁷

–Respecto de la ribera del mar y de las rías, el artículo 2.8 de la LRM remite al artículo 3.1 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas, que incluye la zona marítimo-terrestre y las playas, quedando, por ende, fuera de su ámbito los daños y amenazas de daños producidos en las aguas interiores y mar territorial.

2. A pesar de que la Directiva, en su artículo 3, dejó abierta la puerta a extender sus efectos, en el ámbito de las legislaciones nacionales, a los daños tradicionales derivados de daños y amenazas de daños medioambientales,⁴⁸ se ha excluido dicha posibilidad expresamente en el artículo 5 de la Ley, remitiéndose a la normativa que resulte de aplicación, esto es, como hemos visto más arriba, a la penal, civil (responsabilidad aquiliana e inmisiones) y administrativa (básicamente, en la esfera de la responsabilidad patrimonial), con las dificultades que comporta la dispersión normativa y jurisdiccional.

3. Respecto al concepto de operador, sobre el que recae la responsabilidad (artículo 9 de la LRM), si bien la Ley incluye a las personas jurídico-públicas, el artículo 2.10 *in fine* de la Ley recoge la siguiente matización respecto de las mismas: “Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 14.1.b), no quedan incluidos en este concepto los órganos de contratación de las administraciones públicas cuando ejerzan las prerrogativas que les reconoce la legislación sobre contratación pública en relación con los contratos administrativos o de otra naturaleza que hayan suscrito con cualquier clase de contratista, que será quien tenga la condición de operador a los efectos de lo establecido en esta Ley.”

Atendiendo a que los daños y amenazas de daños al medio ambiente pueden producirse en el seno de

46. Ello responde a los principios incorporados a Ley 27/2006, de 18 de julio, que regula los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (transpone las directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE).

47. La razón de este proceder, considero, puede estar debida al origen difuso y continuado en el tiempo de la contaminación atmosférica, quedando excluido en el artículo 4.5 de la Directiva y 3.3 de la Ley.

48. Como recogía el *Libro blanco* en el año 2000.

la ejecución de un contrato suscrito por la Administración (entendida ésta en el concepto extenso recogido en el artículo 1.2 del vigente Texto refundido de la Ley de contratos de 16 de junio del año 2000, habiendo quedado, si puede, ampliado en el artículo 3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre), resulta objetable esta exclusión de responsabilidad, ya que no cabe duda de que los poderes públicos deberían ostentar un especial papel de garante de la producción de estos menoscabos ambientales en el seno de la contratación administrativa en general, y ello sin perjuicio de la responsabilidad que le corresponda asumir al contratista, sobre todo cuando no existe una orden o instrucción obligatoria [artículo 14.1.b)], sino una dejación de ejercicio de competencias de control.

Siguiendo esta tónica favorable de la Ley hacia la Administración, la cual por acción, y sobre todo, por omisión o comisión por omisión, puede contaminar o amenazar con hacerlo, en el artículo 9.4 de la LRM se incluye una nueva norma sorprendente: "4. La Administración pública que hubiera adjudicado un contrato o autorizado una actividad cuyo desarrollo diese lugar a daños medioambientales, o a la amenaza de los mismos, colaborará con la autoridad competente, sin que se derive responsabilidad medioambiental de la Administración pública por las actuaciones del operador, salvo en el supuesto previsto en el artículo 14.1.b)."

Y para finalizar este asombro, para qué decir de la disposición adicional décima, referente a la "Responsabilidad medioambiental de las obras públicas", en cuya virtud, "De conformidad con lo previsto en el artículo 2.1 de esta ley y en la disposición adicional cuarta del Real decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental, en las obras públicas de interés general la autoridad competente no podrá exigir la adopción de las medidas previstas en esta Ley, ni ejecutarlas subsidiariamente, cuando se haya seguido el procedimiento establecido para la evaluación de su impacto de acuerdo con la información existente, y se haya cumplido con las prescripciones establecidas en la declaración de impacto ambiental. La normativa autonómica aplicable en la materia determinará la aplicación de lo dispuesto en el apartado anterior a la declaración de impacto ambiental o figura equivalente de las obras públicas cuya titularidad corresponda a las comunidades autónomas".

Se trata de un supuesto de exención de la responsabilidad, no sólo del pago, privilegiado para el *macrosector* de las obras públicas, que extiende la exoneración de asunción de costes prevista en el artículo 14.2.a) de la LRM, la cual abordaremos seguidamente.

4. En el artículo 9 se describen las diferentes obligaciones que ostenta el responsable, entre las cuales, además de las concernientes a deberes de información y colaboración con la Administración competente, se incluyen:

a) Adoptar y ejecutar medidas de prevención y evitación, en todo caso, cualquier operador. Se trata de una responsabilidad objetiva, en virtud del artículo 3.1 y 3.2 de la LRM.

Sin embargo, esta obligación "de actuar" no se extiende a la de sufragar su coste en los supuestos del artículo 14.1 de la LRM, los cuales podemos englobarlos bajo la denominación "hechos de un tercero":

"a) La actuación de un tercero ajeno al ámbito de la organización de la actividad de que se trate e independiente de ella, a pesar de existir medidas de seguridad adecuadas.

"b) El cumplimiento de una orden o instrucción obligatoria dictada por una autoridad pública competente, incluyendo las órdenes dadas en ejecución de un contrato a que se refiere la legislación de contratos de las administraciones públicas.

"Se exceptúan los supuestos en los que la orden o la instrucción se hayan dictado para hacer frente a una emisión o a un incidente previamente generado por la propia actividad del operador.

"La aprobación de proyectos por las administraciones públicas, cuando así lo exija la normativa aplicable, no tendrá la consideración de orden o instrucción, a los efectos de lo previsto en este apartado. En particular, los proyectos aprobados por la administración contratante no podrán considerarse como orden o instrucción obligatoria a los efectos de este apartado respecto de daños medioambientales no previstos expresamente en la declaración de impacto ambiental o instrumento equivalente.

"Cuando los daños medioambientales sean consecuencia de vicios en un proyecto elaborado por la Administración en un contrato de obras o de suministro de fabricación, el operador no vendrá obligado a sufragar el coste de las medidas que se adopten."

Ante la concurrencia *exclusiva* de cualquiera de estas actuaciones ajenas a la actividad del operador, que rompen el nexo causal, quien ha adoptado y ejecutado las medidas puede repetir contra el tercero (vía civil) o frente a la Administración que expidió la orden o instrucción (vía administrativa, responsabilidad patrimonial), en virtud del artículo 15.1 de la LRM.

Parece que estas excepciones, además de referirse a la relación de causalidad, excluyen también toda posibilidad de concurrencia de conducta culpable del operador.

Por ende, la Ley no cumple aquí, de forma directa, con el principio "quien contamina, paga", ya que

difiere la asunción de los costes a un proceso judicial y/o administrativo posterior.

b) Adoptar y ejecutar medidas de reparación, en su caso, ya que, como hemos referido, la reparación corresponde a las actividades del anexo III y, cuando medie dolo o culpa, a las restantes.

Asimismo, en los supuestos de responsabilidad objetiva previstos en el artículo 3.1 (anexo III) se exonera de la obligación de asunción de los importes que genera dicha labor restauradora, no sólo en los dos casos del artículo 14.1 de la LRM, sino también, siempre que no exista dolo o culpa, en los supuestos recogidos en el artículo 14.2 de la LRM, esto es, transformándose en una especie de “responsabilidad subjetiva en el pago”:⁴⁹

“a) Que la emisión o el hecho que sea causa directa del daño medioambiental constituya el objeto expreso y específico de una autorización administrativa otorgada de conformidad con la normativa aplicable a las actividades enumeradas en el anexo III.

“Adicionalmente, será necesario que el operador se haya ajustado estrictamente en el desarrollo de la actividad a las determinaciones o condiciones establecidas al efecto en la referida autorización y a la normativa que le sea aplicable en el momento de producirse la emisión o el hecho causante del daño medioambiental.”

Constituye una circunstancia exonerativa del pago que puede convertirse en un auténtico “cajón de sastre” para que los operadores que desarrollen actividades “peligrosas” incluidas en el anexo III puedan eludir la obligación de asumir los costes, ante la amplitud interpretativa a que tal precepto puede dar lugar.

“b) Que el operador pruebe que el daño medioambiental fue causado por una actividad, una emisión, o la utilización de un producto que, en el momento de realizarse o utilizarse, no eran considerados como potencialmente perjudiciales para el medio ambiente con arreglo al estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en aquel momento.”

Se trata de los “riesgos de la técnica”, de acuerdo con el artículo 141.1 de la LPAC, cuya inclusión es discutida por algún sector de la doctrina.⁵⁰

5. El artículo 6 de la LRM proclama la compatibilidad entre el régimen de responsabilidad previsto en ella con las sanciones penales y administrativas que pudieren derivarse.

En cuanto a la exigibilidad de las medidas de prevención, evitación y reparación en el curso de un proceso penal o un expediente administrativo sancionador, se limita sólo a los supuestos generales de responsabilidad objetiva (actividades del anexo III para todo tipo de medidas; medidas de prevención y de evitación para las restantes actividades).

En otro caso, en tanto el expediente administrativo o el proceso penal está en marcha, sólo son exigibles las medidas de reparación a operadores de las actividades “potencialmente no contaminantes” cuando en el respectivo procedimiento se haya determinado el dolo, la culpa o la negligencia del operador.

Diversas dudas plantea este precepto: ¿Quién adoptará las medidas provisionales y de reparación? ¿Se requiere para su exigibilidad la firmeza de la resolución administrativa o la condena penal?

6. El artículo 11 de la LRM determina la mancomunación en el caso de concurrencia de varios responsables,⁵¹ con las dificultades que, con toda seguridad, se darán en la práctica a la hora de apreciar el grado de participación de cada uno de ellos, máxime teniendo en cuenta las dificultades técnicas que conlleva la apreciación de los daños a los recursos naturales.

7. Las administraciones públicas quedan excluidas del régimen de infracciones y sanciones establecido en el capítulo V de la Ley, cuando la potestad sancionadora puede ser ejercitable, y de hecho se ejercita, entre los entes públicos, como hemos referido en epígrafes anteriores.

8. En la disposición adicional séptima se exonera a la Administración General del Estado y a sus organismos públicos de las garantías financieras reguladas en el capítulo IV de la Ley. Las comunidades autónomas tienen abierta la posibilidad de autoexcluirse o no de éstas.

9. Conclusiones

A pesar de este paso en firme que ha supuesto la transposición de la Directiva 35/2004/CE, sin embargo considero que la Ley 26/2007 no ha agotado todas las posibilidades que permitía la norma comunitaria a fin de obtener una norma integral e integradora de todos los detrimentos, deterioros y menoscabos que pueden derivarse de las actividades contaminantes, y ello sin dejar de lado la situación de ventaja a la que

49. En virtud del artículo 15.2 de la LRM, en los supuestos del artículo 14.2, los costes se pueden recuperar en los términos que determine la normativa autonómica, sin perjuicio del Fondo Estatal de Reparación de Daños Medioambientales previsto en el artículo 34 de la LRM, dotado con recursos procedentes de los Presupuestos Generales del Estado.

50. J. ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y derecho*, Ariel, Barcelona, 1999.

51. A diferencia del sistema de responsabilidad solidaria previsto en el borrador del Anteproyecto de ley de responsabilidad medioambiental.

parece dejar al agente contaminante cuando se trata de un ente, órgano u organismo público.

No se incluyen los actos nocivos al medio ambiente derivados de comportamientos privados, sino que se requiere una “actividad económica o profesional”, al mismo tiempo que no se aplica a los daños, e incluso amenazas, que los particulares pueden sufrir en sus bienes y derechos y que se deriven de riesgos o males a los recursos naturales. El Derecho Administrativo Sancionador, en el primer caso, y el Derecho sobre responsabilidad extracontractual (civil o administrativo), en el segundo, parecen ser los únicos cauces para conseguir entonces la reparación ambiental y patrimonial, respectivamente, sin que opere una garantía para su satisfacción, como un seguro obligatorio.

La responsabilidad objetiva e ilimitada queda desdibujada a través de las exenciones de pago que la Ley contempla en su artículo 14.2, resultando objetable que no se haya establecido un régimen de responsabilidad solidaria ante la concurrencia de responsables, e incluso un régimen de responsabilidad subsidiaria, cuando no directa, por parte de la Administración autorizante o contratante.

Parece que la Ley sustenta toda la carga de la responsabilidad en el operador privado, sujetándolo a la asunción de ciertas garantías financieras (seguro, aval, fondo de reserva social *ad hoc*, artículo 24, con un fondo de compensación previsto en el 33), de las que se ha excluido al Estado de forma expresa. Para evitar la realización de actuaciones nocivas para el, ya delicado de salud, medio ambiente, no es suficiente con que alguien asuma el coste de los riesgos que recaen sobre el mismo, sino que se precisa que el pagador sea realmente quien ha perjudicado, por acción y/u omisión, a la naturaleza, como bien común que nos pertenece a todos y sin el cual no somos nada ni nadie, y ello a fin de que tenga virtualidad práctica la acción preventiva.

En resumen, “quien contamina, a veces paga”.

Bibliografía

AGUILERA LULL, Ariadna; AZAGRA MALO, Albert. “Transposición de la Directiva 2004/35/CE, de 21 de abril, sobre responsabilidad medioambiental en Alemania y en España”, *Indret*, Barcelona, julio de 2007.

GARCÍA LÓPEZ, Tania. “El principio de reparación del daño ambiental en el derecho internacional público y en la Unión Europea”, *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, 3, marzo de 2007.

–“Incidencia medioambiental y Derecho sancionador”, Consejo General del Poder Judicial, VIII-2006.

–“Responsabilidad civil medioambiental”, *Estudios de Derecho Judicial*, 80 (año 2005), Consejo General del Poder Judicial.

–“Reparto competencial en materia de medioambiente. Control medioambiental de la Administración pública”, *Estudios de Derecho Judicial*, 56 (año 2004), Consejo General del Poder Judicial.

–“La protección jurisdiccional del medioambiente”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 12 (año 2001), Consejo General del Poder Judicial.

–“Protección administrativa del medioambiente”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 28 (año 1994), Consejo General del Poder Judicial.

JORDANO FRAGA, Jesús *et al.* *Estudios sobre la Directiva 2004/35/CE, de responsabilidad por daños ambientales, y su incidencia en el ordenamiento español* (monografía), Thomson-Aranzadi, 2005.

–“Los derechos de última generación”, *Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Año judicial 2006-2007*, Tribunal Supremo, Madrid, 2007.

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*, 26, enero de 2005, p. 5 a 33.

MARTÍ MARTÍ, Joaquín, “Conceptos indemnizables por la contaminación acústica, lumínica, telúrica, olorigena, pulvígena, visual y paisajística”, *La Ley*, 6802, 18 de octubre de 2007.

–“El Derecho Europeo Medioambiental: Estado actual de la transposición del Derecho Comunitario al ordenamiento jurídico”, *Estudios de Derecho Judicial*, 67-2004, Consejo General del Poder Judicial.

SÁNCHEZ SOMOLINOS, Jorge. “Responsabilidad ambiental. Una directiva compleja de complicada aplicación”, *Otrosí*, 72, 2006.

SART LAMIGA, Francisco Javier. “El concepto de responsabilidad compartida y el principio de subsidiariedad en el derecho ambiental”, *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI*, tomo III, Tirant lo Blanch, 2000.

SERRANO GÓMEZ, Eduardo. “La protección medioambiental: Especial consideración de la responsabilidad civil por daños al medioambiente”, *Actualidad Civil*, 2001-1, p. 273-301.

–“Medioambiente urbano”, *Estudios de Derecho Judicial*, 82, Consejo General del Poder Judicial-Junta de Andalucía, 2006. ■