



MEDIO AMBIENTE & DERECHO

REVISTA ELECTRÓNICA DE DERECHO AMBIENTAL - ISSN 1576-3196

REVISTA ELECTRÓNICA DE DERECHO AMBIENTAL, NÚMERO 21, JUNIO 2010



ESTUDIOS

DERECHO Y MEDIOAMBIENTE

M^a Ángeles Cuadrado Ruiz
Profesora Titular de Derecho penal
Universidad de Granada

SUMARIO: **I.** Introducción. **II.** Protección jurídico ambiental. **1.** Marco internacional de la protección ambiental. **2.** Marco europeo de la protección ambiental. **A)** Consejo de Europa. **B)** Unión Europea. **3.** El medioambiente en la Constitución española de 1978. **A)** Análisis del art. 45 CE. **B)** Medio ambiente: ¿derecho fundamental o principio rector? **4.** El medioambiente en el Código penal español. **III.** Conclusiones.

RESUMEN

El medio ambiente se convirtió en una cuestión de importancia internacional, cuando se celebró en Estocolmo la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano que culminó con la Declaración de Estocolmo sobre el Ambiente Humano, de 1972. En ella se dispone que los Estados han de responsabilizarse de que las actividades que se realicen dentro de sus fronteras, jurisdicción y control no causen daño a las personas, al entorno natural ni al medioambiente de otros Estados. Desde entonces la actividad legislativa tanto en el ámbito internacional como europeo no ha cesado. La Constitución española de 1978 estipula que “todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo”, que se establecerán sanciones penales o, en su caso administrativas para la violación de tales derechos, e impone la obligación de reparar el daño causado. El Código penal de 1995, en cumplimiento del mandato constitucional, estableció el Título XVI: *De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente.*

ABSTRACT

Environment became a question of international relevance, when the United Nations Conference on the Human Environment met in Stockholm in 1972 and made the Stockholm Declaration on Human Environment. This declaration establishes that States have to take responsibility that activities developed within their borders, jurisdiction and control do not cause damage to the people, to the natural surroundings nor to the environment of other States. Since then legislative activity at international or European level has thrived. The 1978 Spanish Constitution establishes that "all human

beings have the right to an environment adequate for the development of the person, as well as the obligation to preserve it", that penal or, if applicable, administrative sanctions will be ruled to counter the violation of such rights, and that they have the obligation to restore the damage they caused. In fulfilment of the constitutional mandate, the 1995 penal Code established Title XVI: *Crimes related to land use planning and protection of the historical heritage and the environment*.

I. INTRODUCCIÓN

Hablar del paisaje o del medioambiente, hoy en día, es un tema de actualidad y de preocupación en el ámbito mundial. Los problemas que tiene España en estos aspectos no difieren mucho de los países de su entorno, de los países occidentales desarrollados. No en vano esta inquietud aparece en sociedades que han alcanzado un umbral mínimo de desarrollo económico, que han conseguido notables ventajas en cuanto a la calidad de vida y son, principalmente, los estados democráticos los que tienen planteado como reto histórico la necesidad de dar respuesta efectiva a los trastornos ambientales[1], que ahora hay que corregir. El hombre ha contaminado siempre. No hay que olvidar que la tensión hombre/ naturaleza ha sido una constante en las diversas etapas de la evolución cultural. La agresión hacia su medio ambiental es tan vieja como la propia humanidad, lo que ocurre es que las actuales tecnologías han contribuido, de forma considerable, a acelerar esta tendencia[2]. Se podría afirmar que este temor colectivo por el equilibrio de las condiciones medioambientales constituye un rasgo definitorio de nuestra época[3]. Es más, la dimensión actual que han adquirido los daños al medioambiente está íntimamente relacionada con nuestro modo de vida y, precisamente por ello, el desequilibrio medioambiental aparece como la consecuencia de la "civilización industrial"[4].

El crecimiento económico asociado a la industria y al comercio supone, al mismo tiempo, un aumento de emisiones contaminantes (SO₂) a la atmósfera por parte de las fábricas; el aumento de vehículos contribuye, asimismo, a la acumulación de CO₂, principal responsable del cambio climático (a no ser que se adopten drásticas medidas para limitar las emisiones). Se destruye la capa de ozono. Igualmente, los residuos de todo tipo se multiplican. La tierra y el mar se están convirtiendo en grandes basureros atómicos y nucleares. Todo ello empobrece nuestra calidad de vida, se producen enfermedades (cada día son más las personas que padecen asma y alergias o cáncer de piel, por poner algunos ejemplos), desaparecen especies animales, de biodiversidad...

En definitiva, hoy en día, estamos presenciando la incapacidad de la propia naturaleza para generarse a sí misma debido, en gran parte, a las repercusiones de la moderna tecnología y al consumismo en el que vivimos inmersos. Ello dificulta esta relación necesaria del hombre con su medio natural: la disponibilidad de agua potable, del aire, de alimentos no contaminados, de silencio[5],... es cada vez menor y los desechos industriales se están amontonando en la tierra, en el aire y en el mar. Es decir, estamos viviendo "el arrasamiento de este planeta que se perpetra a diario ante nuestros ojos, en torno a nuestros oídos, dentro de nuestra nariz y durante nuestro sueño"[6]. Ciertamente, la cuestión medioambiental ha dado, en los últimos tiempos un giro fundamental: De tratarse de meros problemas locales (piénsese en el envenenamiento del agua potable que abastece a una población, por ejemplo), la degradación ambiental ha llegado a convertirse en un peligro en el ámbito universal[7]. No es de extrañar, por consiguiente, que como reacción ante este peligro del planeta la sociedad en su conjunto se haya organizado para dirigir sus esfuerzos en este campo. La preservación del medioambiente se ha convertido en una prioridad de nuestro tiempo, materia vital para el desarrollo de los pueblos y de las personas. Constituye un marco esencial para la actividad económica, política, social y cultural, que conforma la infraestructura fundamental para la existencia y progreso ético de una comunidad con valores

[8].

II. PROTECCIÓN JURÍDICO AMBIENTAL

1. MARCO INTERNACIONAL DE LA PROTECCIÓN AMBIENTAL

El medio ambiente se convirtió en una cuestión de importancia internacional en 1972, cuando se celebró en Estocolmo la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano. El primer antecedente legislativo en esta materia se encuentra, precisamente, en la Declaración de Estocolmo sobre el Ambiente Humano, de 1972, en la que se dispone que los Estados deben responsabilizarse de que las actividades que se realicen dentro de sus fronteras, jurisdicción y control no causen daño a las personas, al entorno natural ni al medioambiente de otros Estados[9]. En los años subsiguientes aunque se avanzó tímidamente respecto de cuestiones científicas y técnicas, se siguió soslayando la cuestión del medio ambiente en el plano político y se fueron agravando, entre otros problemas ambientales, el agotamiento del ozono, el calentamiento de la Tierra y la degradación de los bosques. Las Naciones Unidas establecieron una Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en 1983, cuyo trabajo culminó con el Informe Brundtland, a raíz de la cual la Asamblea General de las Naciones Unidas convocó la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CNUMAD). La Conferencia, conocida como Cumbre para la Tierra, se celebró en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992. Y se puede decir que fue un hito decisivo en las negociaciones internacionales sobre las cuestiones del medio ambiente y el desarrollo. Se llegó a la conclusión de que para satisfacer "las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias", la protección del medio ambiente y el crecimiento económico habrían de abordarse como una sola cuestión. A partir de entonces, la protección del medio ambiente se ha convertido en una cuestión de supervivencia para todos. Los objetivos fundamentales de la Cumbre eran lograr un equilibrio justo entre las necesidades económicas, sociales y ambientales de las generaciones presentes y de las generaciones futuras y sentar las bases para una asociación mundial entre los países desarrollados y los países en desarrollo, así como entre los gobiernos y los sectores de la sociedad civil, sobre la base de la comprensión de las necesidades y los intereses comunes[10].

En Río, 172 gobiernos, incluidos 108 Jefes de Estado y de Gobierno, aprobaron tres grandes acuerdos que habrían de regir la labor futura: *el Programa 21: un plan de acción mundial para promover el desarrollo sostenible[11]; *la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo: un conjunto de principios en los que se definían los derechos civiles y obligaciones de los Estados[12], y *una Declaración de principios relativos a los bosques: una serie de directrices para la ordenación más sostenible de los bosques en el mundo[13].

Se abrieron a la firma además dos instrumentos con fuerza jurídica obligatoria: la Convención Marco sobre el Cambio Climático y el Convenio sobre la Diversidad Biológica. Al mismo tiempo se iniciaron negociaciones con miras a una Convención de lucha contra la desertificación, que quedó abierta a la firma en octubre de 1994 y entró en vigor en diciembre de 1996. En realidad, la Cumbre de Río supuso la toma de conciencia universal de los problemas relacionados con el medioambiente. Y desde entonces el desarrollo legislativo en esta materia no ha cesado. Fruto de este esfuerzo es el El Protocolo de Kyoto sobre el cambio climático.[14] Este instrumento se encuentra dentro del marco de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), suscrita en 1992 dentro de lo que, como ya se ha visto, se conoció como la Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro. El Protocolo vino a dar fuerza vinculante a lo que en ese entonces no se pudo hacer. Tiene por objeto reducir las emisiones de seis gases provocadores de calentamiento global: (dióxido de carbono (CO₂), metano (CH₄) y óxido

nitroso (N₂O), además de tres gases industriales fluorados: hidrofluorocarbonos (HFC), perfluorocarbonos (PFC) y hexafluoruro de azufre (SF₆)), en un porcentaje aproximado de un 5,2%, dentro del periodo que va desde el año 2008 al 2012, en comparación a las emisiones al año 1990. Por ejemplo, si la contaminación de estos gases en el año 1990 alcanzaba el 100%, al término del año 2012 deberá ser del 95% [15]. Además del cumplimiento que estos países hicieron en cuanto a la emisión de gases de efecto invernadero se promovió también la generación de un desarrollo sostenible, de tal forma que se utilicen también energías no convencionales y así disminuya el calentamiento global, que tanto afecta al mundo estos días.

Diez años después de la Cumbre de Río, la Cumbre de Johannesburgo, celebrada a finales de agosto y comienzos de septiembre de 2002, tuvo como meta reforzar los compromisos de hacía una década y acordar una agenda global que incluyera acciones concretas en el ámbito nacional e internacional, así como establecer mecanismos para medir el cumplimiento de medidas en el campo del desarrollo sostenible. Esta vez el debate tenía como componente adicional la globalización, y las demandas para abordar con mayor énfasis problemas sociales, como los de pobreza, salud y educación. Sin embargo, los acuerdos alcanzados se redujeron a una Declaración Política y a un Plan de Acción, llenas de buenas intenciones y sin objetivos para promover las energías renovables. Los documentos aprobados no contuvieron compromisos concretos, ni nuevos fondos, por lo que muchos analistas y participantes consideraron la Cumbre de Johannesburgo como un gran fracaso. El hecho más positivo fue el anuncio de la ratificación del Protocolo de Kyoto por varios países, aislando aún más a Estados Unidos, gran ausente en Johannesburgo.

No obstante, la actividad de Naciones Unidas en torno al medioambiente ha continuado sus esfuerzos y se han sucedido los encuentros internacionales. La XIª Conferencia de las partes de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático y primera conferencia de los miembros del Protocolo de Kyoto concluía el 10 de diciembre de 2005 con la aprobación del Plan de Acción de Montreal. Se alcanzaba así un éxito calificado de "histórico" por los representantes de casi todos los países y por las organizaciones ecologistas, ya que el acuerdo, adoptado sin oposición de EE UU, abría el proceso hacia futuros compromisos para afrontar el cambio climático a partir de 2012, cuando concluye el plazo del Protocolo de Kyoto. Montreal gestó lo que ya se denomina Kyoto II, aclaró las reglas del juego de los denominados Mecanismos de Desarrollo Limpio (MDL), y estableció medidas para garantizar que una parte de los MDL se realizarán en países en desarrollo.

Del 6 al 17 de noviembre de 2006 tuvo lugar en Nairobi la XIIª Conferencia sobre el cambio climático, que a la vez es la segunda conferencia de los países firmantes del protocolo de Kyoto. Asistieron 180 países y concluyó con la aprobación de una nueva revisión del Protocolo de Kyoto en el 2008 para reducir la emisión de gases contaminantes. Las medidas fijadas en el actual Protocolo terminan en 2012, y en Nairobi hubo consenso para evitar un vacío temporal entre el primer periodo de compromisos y el segundo, que se fijará en el tratado que sustituya a Kyoto. La Conferencia también aprobó que el "Mecanismo de Desarrollo Limpio" (MDL), que entonces sólo tenía 9 de 400 proyectos en África, fuera más equitativo geográficamente. Además de toda esta actividad de Naciones Unidas, cabe destacar la del Centro para la Prevención Internacional del Delito que es el encargado de facilitar a los Estados Miembros de las Naciones Unidas servicios consultivos y asistencia técnica para el establecimiento de un mecanismo adecuado de aplicación del Derecho penal tendente a proteger el medio ambiente. El Centro ha llamado la atención sobre la resolución 1996/10 del Consejo Económico y Social, de 23 de julio de 1996, por la que el Consejo decidió que la cuestión de la función del Derecho penal en la protección del medio ambiente debía seguir siendo una de las cuestiones prioritarias que la Comisión examinaría en futuros periodos de sesiones. En la misma resolución el Consejo reconoció la importancia de aumentar la cooperación internacional en la esfera de la aplicación de las disposiciones penales

nacionales e internacionales relativas al medio ambiente. El Consejo Económico y Social pidió al Secretario General que consultara a los Estados miembros para determinar si era posible establecer un dispositivo adecuado de aplicación de Derecho penal con miras a proteger el medio ambiente, instaurar y mantener una cooperación estrecha con los Estados miembros y los demás organismos que trabajan en la protección del medio ambiente, en especial, en la esfera de la cooperación y la asistencia técnica, y continuar reuniendo información sobre las disposiciones penales de las legislaciones nacionales relativas al medio ambiente y sobre las iniciativas regionales o multinacionales. El informe sobre el sexto período de sesiones de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal (E/1997/30 - E/CN.15/1997/21) indica que la Comisión subrayó la función esencial del Derecho penal en la protección del medio ambiente con inclusión de esferas como el tráfico ilícito de los desechos peligrosos y las sustancias nucleares (párrs. 79 y 80). Durante el período de sesiones representantes de los Estados miembros subrayaron que el Centro para la Prevención Internacional del Delito, antes División de Prevención del Delito y Justicia Penal, debería favorecer la cooperación en los ámbitos nacional, regional e internacional para luchar eficazmente contra los delitos ecológicos (párr. 81).

Junto a esta actividad de Naciones Unidas en materia ambiental, que indiscutiblemente continuará, hay que enumerar también las disposiciones que contienen la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, los Pactos Internacionales de Derechos civiles y políticos, y de Derechos económicos, sociales y culturales a los que habría que añadir la innumerable lista de Convenios y Tratados internacionales relativos al medioambiente.

2. MARCO EUROPEO DE LA PROTECCIÓN AMBIENTAL

A) Consejo de Europa

El punto de arranque de la política de protección penal medioambiental en el ámbito europeo es la Resolución del Consejo de Europa 28/1977, sobre la Contribución del Derecho penal a la protección del Medio Ambiente, en la que se recomienda a los Estados miembros la criminalización de las actividades contaminantes dolosas o imprudentes así como el uso de sanciones penales cuando se produzcan agresiones al medio ambiente, ya sean las clásicas (penas privativas de libertad y multas) u otras específicas, entre las que se enumeran la obligación de reparar o restaurar el daño causado, la clausura de establecimientos contaminantes, la inhabilitación de los responsables, la aplicación del importe de las multas a regenerar los daños ambientales, etc. Asimismo se recomienda la revisión del proceso penal para adaptarlo a las particularidades del Derecho Ambiental^[16], potenciándose la creación de Fiscalías, Tribunales Especiales y de unidades especializadas de Policía Judicial.

La Constitución española, como se verá más adelante, aprobada un año más tarde, en 1978, así como la portuguesa de 1976, recogen estas recomendaciones con carácter pionero.

Una segunda Resolución del Consejo de Europa, la 1/1990, relativa a la protección del Medio Ambiente a través del Derecho penal actualizó las recomendaciones de la anterior, estableciéndose la necesidad de elaborar un listado de tipos penales en los que se asegurase la protección adecuada al medio ambiente y a sus elementos integrantes (agua, aire, suelo, flora y fauna, así como a las personas); la regulación de las infracciones penales a través de tipos de peligro (abstracto, concreto o potencial); la delimitación en materia ambiental entre delitos (Derecho penal) e infracciones administrativas (Derecho administrativo) sobre la base de la gravedad y al riesgo de los comportamientos y, por último, en lo relativo a la persecución se recomienda que sea posible no sólo en los países donde se ha cometido el hecho sino también que se pueda perseguir en los países en donde se hubiesen producido daños,

resultado o consecuencias, sin perjuicio de la aplicación del principio *ne bis in ídem*[\[17\]](#).

Dos tratados internacionales se han concluido bajo la égida del Consejo de Europa: *la Convención sobre responsabilidad civil por daños resultantes y actividades peligrosas para el medio ambiente*[\[18\]](#), pero quizás, donde con mayor claridad se vean reflejadas las propuestas de las anteriores resoluciones sea en el *Convenio del Consejo de Europa, de 4 de noviembre de 1998, sobre la protección del medioambiente, a través del Derecho penal*.

Tras la celebración de la 17 Conferencia de Ministros europeos de Justicia, en Estambul, en 1991, el Comité de Ministros del Consejo de Europa impulsó la creación de lo que inicialmente se denominó “Grupo de especialistas sobre la protección del medio ambiente a través del Derecho penal” y que, posteriormente, se transformó en un Comité de expertos tradicional. Dicho Comité trabajó –de octubre de 1991 a diciembre de 1995- en el proyecto que fue aprobado por el Comité de Ministros en junio / septiembre de 1996. Para ello, en esos cuatro años se crearon diez grupos de trabajo y tuvieron lugar siete reuniones plenarias. El objetivo era plantear abiertamente el recurso al Derecho penal[\[19\]](#), establecer unas directrices comunes para luchar contra los atentados al medioambiente, y más particularmente: a) Elaborar una lista de infracciones con la finalidad de proteger penalmente los valores ambientales: el agua, la tierra, el aire, la flora y la fauna u otros componentes del medioambiente, así como a la persona humana; b) La creación de tipos de peligro (concreto, abstracto o potencial) independiente del daño efectivo; c) Definir la relación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo en materia ambiental; d) Tomar en consideración, de cara a la persecución o a la sanción, las actuaciones del delincuente para evitar el peligro o el daño resultante de la infracción; e) La posibilidad de aplicar los Convenios europeos en el ámbito penal a las cuestiones de criminalidad ambiental, cooperación internacional, competencia jurisdiccional, conflictos de competencia, lugar de la comisión de la infracción, así como a otras cuestiones pertinentes relativas al Derecho penal internacional, que conciernen al medioambiente.

El objetivo del Convenio era conseguir una mejor protección del medioambiente, utilizando para ello el recurso, como *ultima ratio*, del Derecho penal[\[20\]](#). Se pretende la protección de los recursos naturales: agua, suelo y aire así como de la flora y la fauna. Junto a estos bienes jurídicos colectivos, se contempla, asimismo, la protección de la vida y la salud de las personas así como la de su entorno cultural[\[21\]](#). Pues bien, el Convenio busca la manera de armonizar las legislaciones nacionales en el ámbito específico de las infracciones contra el medioambiente, en el sentido amplio, ya que los Estados se obligan a introducir o modificar sus legislaciones penales en vigor, a fin de hacerlas compatibles con el Convenio[\[22\]](#). Consta de diecisiete artículos agrupados en cuatro Secciones: Definiciones, medidas que han de ser tomadas en el ámbito nacional, en el ámbito internacional y Disposiciones finales.

En la primera Sección, art. 1 se establecen dos definiciones. En concreto, el término “agua” se interpreta como en la mayoría de los tratados internacionales relativos a la protección del medioambiente incluyendo las aguas naturales, tanto superficiales como subterráneas, los lagos, ríos incluyendo la desembocadura, mares, océanos, pero excluyendo el agua de las piscinas, el agua mineral o de los sistemas de riego.

En la Sección segunda, arts. 2 a 11 se contiene el cuerpo del Convenio. Los Estados se obligan a establecer: como delitos dolosos y castigados con la pena privativa de libertad, al menos como sanción alternativa (art. 2), los atentados contra los recursos naturales agua, suelo y aire, pero también incluyendo la protección de las personas y del patrimonio cultural, así como de la flora y la fauna. En la descripción de los tipos penales se deberán incluir todos los tipos de contaminación, ya sea introducción de una cantidad de sustancia, vertidos, emisiones o radiaciones ionizantes al aire, al suelo o a las aguas.

Se contempla la protección de todos los recursos naturales al mismo nivel, con independencia de que en tiempos anteriores la contaminación de las aguas fuese la dominante (parágrafo 1a)[23].

Como veremos más adelante, este esquema se trasladó a nuestro Código penal tras la Reforma de 1995, por el que se va a introducir el Título XVI, en el que se contienen estos atentados.

Asimismo, un otro tipo de delito doloso que deberían recoger las legislaciones nacionales sería aquel en el que la contaminación “ocasiona una daño sustancial o un deterioro importante a monumentos protegidos, u otros objetos protegidos, propiedades, animales o plantas” (parágrafo 1b), mientras que en el parágrafo 1/c se establece la manipulación de desechos peligrosos con la obligación de criminalización en los casos de grave riesgo para las personas o el medioambiente, con independencia de que los Estados Miembros puedan ir más allá en la penalización, si la conducta se ha realizado de manera reprochable. En el apartado 1/d se recogen las conductas peligrosas llevadas a cabo en una central nuclear o en instalaciones químicas donde se procesan sustancias peligrosas. Más específicamente, el apartado 1e se refiere no sólo a material nuclear, sino también a sustancias radioactivas que pudieran ocasionar graves daños a los animales y las plantas. Y, finalmente, el apartado segundo de este artículo señala la ampliación de la responsabilidad penal a los partícipes en delitos dolosos.

El ámbito de aplicación del art. 2 se extiende en el art. 3 a las conductas realizadas por imprudencia, lo que permite a los Estados el restringir incluso a los casos de imprudencia grave. El art. 4 delimita el ámbito del Convenio señalando una amplia lista de comportamientos ilegales a sancionar por infracciones penales o administrativas en materia ambiental. Y ello, porque determinados Estados miembros consideran determinados elementos demasiados graves y habría que incluirlos en la legislación penal. Las distintas categorías de infracciones que se contiene en este art. 4 protegerían intereses legales como la preservación de un cierto nivel de calidad ambiental, así como el interés de control por parte de las autoridades administrativas[24].

En el art. 5 se establece la jurisdicción, en base, principalmente, al principio de territorialidad. Pero en donde hay que tener en cuenta los problemas de contaminación transfronteriza. En muchos países el principio de territorialidad se aplica, de acuerdo con lo que es conocido en la doctrina como principio de ubicuidad, al lugar en donde se ha cometido todo o parte del delito o donde se manifiestan sus efectos. Lo que significa que allá donde se comete un elemento constitutivo del delito o se producen sus efectos se considera como lugar de perpetración del delito. El apartado 1/b de este artículo introduce el principio del pabellón, que desde el punto de vista ambiental es muy importante, porque aunque en el Alta mar y en el espacio aéreo sobre el mismo no cabe jurisdicción territorial de ningún Estado, la contaminación abordó podría afectar seriamente, tanto al Estado al que pertenece el buque o para el que opera, así como a otros Estados cuyos intereses ambientales podrían verse afectados”[25].

Se obliga explícitamente a las Partes contratantes a establecer sanciones penales, lo que implica que, al menos la pena privativa de libertad así como las sanciones pecuniarias se establecerán como posibles sanciones para los atentados contra el medio ambiente. Por supuesto que otras sanciones o medidas podrán establecerse atendiendo a la seriedad de la infracción (art. 6), pero sin llegar a configurar un listado de sanciones aplicables, que el Convenio deja a la elección de las normativas nacionales. Asimismo, el comiso se regula en el art. 7, dedicándose el 8 a la reparación del daño, que deja como posibilidad a la discrecionalidad de las Partes y el art. 9 a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya que se constata que la mayoría de los atentados contra el medio ambiente se realizan por personas jurídicas de distinta índole[26].

Las relaciones entre las distintas autoridades se contemplan en el art. 10, estableciéndose la obligación de cooperación e información. Por su parte el art. 11 regula el derecho de los grupos, fundaciones y asociaciones, ONGs a participar en los procedimientos relativos a cuestiones ambientales. Y ello porque la ley penal, en cuestiones de esta naturaleza, protege intereses colectivos. No obstante, al establecerse este derecho de manera facultativa para los Estados, éstos pueden limitar el número de asociaciones u ONGs que sean parte o incluso el derecho a participar en el procedimiento. Nada se dice, expresamente, en cuanto a la responsabilidad de los funcionarios en materia ambiental, que sin embargo, bien pudiera deducirse de las reglas generales de autoría y participación, para castigar a estos sujetos como cooperador necesario o inductor de un delito contra el medio ambiente, como ha señalado GÓMEZ RIVERO[27].

La Sección tercera, en su art. 12 establece las medidas de cooperación en el ámbito internacional. Y en las Disposiciones finales se recogen la firma[28] y entrada en vigor, la aplicación territorial, la relación con otros Tratados y acuerdos, así como las posibles reservas que puedan hacerse. El artículo trece invita a Estados no partes del Consejo de Europa a firmar el Convenio (por ejemplo Canadá, que participó activamente a través de su representante en el Comité de expertos), y en el catorce se invita a cualquier Estado no parte a acceder al Convenio, buscando de esta forma la adhesión del mayor número de países.

El Convenio fue abierto a la firma el 4 de noviembre de 1998. Para su entrada en vigor necesita tres ratificaciones y actualmente lo han firmado trece países[29] (España no lo ha firmado), de los cuales tan sólo lo ha ratificado Estonia. Como Tratado internacional, una vez ratificado entraría en vigor, convirtiéndose en Derecho interno en virtud del art. 96 de nuestra Constitución[30]. Ni qué decir tiene la importancia de la entrada en vigor de este Convenio, que obligaría a muchos países a adaptar sus legislaciones en materia penal, lo que de alguna manera armonizaría no sólo los modelos de tipificación penal, sino también los de las sanciones. Asimismo supondría la responsabilidad penal de las personas jurídicas en materia ambiental.

No obstante, el doble juego aflora una vez más: si la preocupación por el medio ambiente está presente en la agenda política de los Estados, la falta de diligencia para comprometerse jurídicamente en la conservación, de los cada vez más escasos recursos naturales no ha hecho posible la entrada en vigor de este Convenio internacional. Pues bien, ante la trascendencia económica de las espectaculares agresiones al medio ambiente y las dificultades para poner en práctica sanciones efectivas[31], la Unión Europea ha incorporado a sus políticas como uno de sus objetivos, la protección del medioambiente, a través del Derecho penal[32].

B) LA Unión Europea

Mención especial merece el Derecho de la Unión Europea y los principios que lo informan en relación con su proyección ambiental. La mayoría de sus disposiciones son de aplicación directa (Tratados, Convenios, Reglamentos[33], y en parte, Directivas[34]) y su aplicación es preferente respecto de la de los ordenamientos internos de cada país[35].

Si bien es cierto que en la década de los setenta y con el Derecho vigente entonces, los órganos comunitarios carecían de competencia para crear un "Derecho penal de ámbito comunitario", esto es, uniforme para todos los Estados miembros, con un Código penal común[36] y con unos tribunales y con unos funcionarios de prisiones comunes[37], no es menos cierto que ya entonces cabía afirmar que los órganos comunitarios gozaban de un "ius puniendi" negativo y positivo en el ámbito de los Estados

miembros[38]. Todos reconocen a la Comunidad, al cobijo del principio de cooperación leal, recogido en el artículo 10 CE la posibilidad de constreñir a los Estados miembros a reprimir las conductas que lo vulneren, para garantizar la efectividad de su ordenamiento jurídico, lo que permite al legislador comunitario adoptar medidas en relación con el Derecho penal de los Estados miembros que garanticen la aplicación por las autoridades nacionales de “sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias”, para combatir los atentados más graves contra el medioambiente, y que, en mi opinión, no son otras que las que incumben al Derecho penal.

Si por un lado el Derecho comunitario reduce el campo de la actuación de lo penal, pues en las materias comunitarias el legislador nacional ya no es "libre" para elegir las conductas que desea incriminar[39] - aunque la elección de la clase de intervención (penal, administrativa...) sigue perteneciendo a cada Estado[40]-; también, aunque con menos intensidad, da lugar a la creación de nuevas normas en las legislaciones penales de los Estados miembros[41] mediante dos técnicas: la de asimilación[42] y la de armonización[43]. Precisamente, el Informe del CGPJ de 27 de octubre de 2006, comienza diciendo que es preciso incorporar varios instrumentos normativos comunitarios (Decisiones marcos y Convenios), que junto con otros “instrumentos jurídicos europeos se han convertido en la primera fuente de decisiones político criminales[44] de nuestro país”, ya que como es sabido, “tanto la Directivas como las Decisiones Marco son vinculantes para los Estados miembros en lo relativo a los resultados que deben alcanzarse, pero dejan a las instancias nacionales la decisión sobre la forma y los medios para alcanzarlos. Consecuentemente en materia penal, cada estado delinea su propia política criminal para llegar a la meta que le marcan las disposiciones comunitarias”[45]

Si bien es cierto que el entorno natural y su preservación no infundieron gran preocupación a los redactores de los Tratados, y que la primera legislación “medioambiental” de la Comunidad Europea se hizo sobre productos químicos peligrosos, detergentes y automóviles, con el fin de proteger a los consumidores; no fue, sin embargo, hasta el año 1972 en la Conferencia de París, cuando los Jefes de Estado y de Gobierno europeos deciden impulsar el tema del medio ambiente. Hay que recordar que ese mismo año, en Estocolmo, y auspiciada por Naciones Unidas se aprueba el primer antecedente legislativo en esta materia: la Declaración de Estocolmo sobre el Ambiente Humano.

La declaración final de París dice así: “¼la expansión económica no es un fin en sí mismo¼se dará particular atención a los valores intangibles y a la protección del medio ambiente¼”

Esta declaración se inspiró en los arts. 100 y 235 del Tratado de Roma[46]. El Tribunal de Justicia recogió el testigo y fundamentó las normas sobre esta materia en el citado artículo 100[47], declarando que la protección del medio ambiente debe considerarse como «uno de los objetivos esenciales de la Comunidad»[48], idea que se repitió años más tarde, una vez aprobada el Acta Única Europea[49]. De esta manera, el Tribunal Europeo también ha influido -positiva e indirectamente- desarrollando una jurisprudencia en cuanto al contenido preventivo y represivo de las sanciones penales y sobre la idoneidad de las mismas, tanto desde el principio de proporcionalidad (gravedad) como con relación al principio de utilidad y ha declarado también el carácter vinculante de los principios penales básicos para los órganos de la Unión Europea.

Bien es cierto que no es hasta la modificación del Tratado de Roma de 1957, por el Acta Única cuando se produce la introducción en el propio Tratado (Art. 25) del Título VII relativo al medioambiente, incorporándose los Art. 130R, 130S y 130T que dan rango constitucional a los objetivos y a los principios medioambientales de la Unión Europea[50]. Dicha Acta agregó al Tratado CE una parte específica –el Título VII (actualmente título XIX)–, comprensiva de los artículos 130 R y 130 S (actualmente artículos 174 CE y 175 CE, tras su modificación) y del 130 T (actualmente artículo 176

CE), a los que se suma el artículo 100 A, apartado 3 (actualmente artículo 95 CE, apartado 3, tras su modificación), que fuerza a la Comisión a que las propuestas previstas en el apartado 1 aspiren a «un nivel de protección elevado» del medioambiente.

La aprobación del Acta Única Europea en el mes de febrero de 1986 y su entrada en vigor el 1 de julio de 1987, supuso, por tanto, que la política ambiental fuese reconocida como uno de los objetivos principales de la U.E., hasta el punto, que se ha proclamado que ha de ser un componente esencial en las demás políticas de la Comunidad, o lo que es lo mismo: se antepone, en primer término, la protección del medio ambiente ante cualquier agresión de la política económica, agrícola, ganadera etc.¹⁴ Por lo tanto, la integración de la política ambiental dentro del resto de políticas comunitarias es fundamental ya que es la única que se impone al resto de las políticas como una exigencia.

Los objetivos del Acta Única son: 1- Conservar, proteger y mejorar la calidad del medio ambiente; 2- Contribuir a la protección de la salud de las personas; 3- Garantizar una utilización prudente y racional de los recursos naturales.

Se pretende, de esta manera, por un lado, uniformar el Derecho de los Estados miembros, así como racionalizar la utilización de los recursos naturales comunitarios, y por otro, que los Estados asuman las repercusiones medioambientales contaminantes.

El nuevo panorama situó la tutela ambiental en el corazón de la actividad comunitaria, inspirándola e informándola, convirtiéndose, con la firma del Tratado de Maastricht, en 1992, en un fin de la Comunidad y donde se establecen, por primera vez sanciones para los Estados que incumplan el Derecho comunitario^[51]. Desde entonces es tradicional referirse a la Unión Europea como un templo griego que se apoya en tres pilares. El primer pilar, de carácter comunitario o de integración está formado por los Tratados constitutivos, el segundo y el tercer pilar de carácter intergubernamental comprenden, el segundo pilar, “la Política Exterior y de Seguridad Común” y el tercer pilar la “Cooperación policial y judicial en materia penal”, respectivamente^[52].

Hoy en día, el logro de un alto grado de conservación y de mejora del entorno natural, así como el auge de la calidad de vida se confirman como metas comunitarias (artículo 2 CE), requiriéndose una actuación específica [artículo 3 CE, apartado 1, letra l)]. Es más, «las exigencias de su protección se integran en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad a las que se refiere el artículo 3, en particular con el propósito de fomentar un desarrollo sostenible» (artículo 6 CE). Esta inquietud también se hace patente en otros preceptos del Tratado: el artículo 95 CE, ya mencionado, o el artículo 161 CE, que asume la creación de un Fondo de Cohesión para facilitar «una contribución financiera en los sectores del medio ambiente».

Por otra parte, el Tratado de Ámsterdam fija como uno de sus objetivos la creación de un Espacio de libertad, seguridad y justicia. La cumbre de Tampere, celebrada los días 15 y 16 de octubre de 1999, establece, sobre todo, las directrices futuras: un auténtico espacio europeo de justicia, que incluya, entre otras cuestiones, un mejor acceso a la Justicia, el reconocimiento mutuo de sentencias, y una lucha común contra la delincuencia organizada. La Conclusión 48 de Tampere indica, en un primer momento, dirigir los esfuerzos con el objeto de obtener definiciones, tipos y sanciones en materia que se consideran especialmente importantes, pero también se plantea la discusión sobre una potestad normativa comunitaria en materia penal, a través del procedimiento de la codecisión. Este primer paso que sugiere la Conclusión 48 implica una extensión del campo de bienes jurídicos de interés para el Derecho penal europeo como puedan ser: el tráfico de drogas, la trata de seres humanos y explotación de mujeres, la explotación sexual de niños, u otros sectores de la criminalidad que se determinen en el

futuro, entre los que cabría mencionar la delincuencia contra el medio ambiente[53]. Si Maastricht supuso la formalización de una cooperación en asuntos de justicia, el Tratado de Amsterdam dio un gran paso hacia la integración de los intereses comunes, dejando de ser un ámbito de decisión inter-gubernamental para pasar a constituir un ámbito más de las políticas de la Unión. Con el Proyecto de Constitución Europea, actualmente reconducido al Tratado de Lisboa, se suprime el sistema de pilares y, por lo tanto, no hay diferencia jurídica e institucional en la adopción de las normas comunitarias. De esta forma las normas supranacionales que conforman el Espacio de seguridad, libertad y justicia son idénticas, y también lo es su proceso de aprobación. Las leyes europeas, equivalentes a los actuales reglamentos (art. I-33.1 segundo) y las leyes marco, equivalentes a las actuales directivas (art. I-33.2 tercero) se adoptarán por el mismo procedimiento: la codecisión entre el Consejo de Ministros y el Parlamento europeo (art. III-396)[54]. De esta forma, se reconoce a la Unión potestad legislativa para, a través de una ley-marco europea establecer “normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones” (art. III-271CEu). Es decir, se le reconoce competencia legislativa en materia penal a los órganos de la UE en determinados ámbitos de la delincuencia. Se genera, así, la posibilidad de establecer una auténtica política criminal europea, merced al poder de iniciativa de la Comisión ; « y, en fin, se acaba con el enojoso problema de tener que decidir en cada momento si un determinado acto legislativo cae en los dominios de uno u otro pilar, o con la necesidad de tener que diseccionar artificialmente una materia ante la existencia de dos bases jurídicas diversas » . En mi opinión, el Derecho penal medioambiental sería uno de los ámbitos que permitiría esa aproximación “imprescindible” de la normativa de los Estados miembros, para garantizar una ejecución eficaz, en base al art. III-271.2CeU.

Se refuerzan así las posibilidades de protección del medioambiente, y sitúa el principio del desarrollo sostenible y la mejora de la calidad del medioambiente en el corazón del proyecto europeo: si hay algún aspecto en el que la futura Constitución europea suponga un impacto importante en el sistema del Derecho, es, a mi entender, la introducción de un catálogo de Derechos fundamentales y, concretamente, por lo que se refiere al Derecho ambiental, en su art. II-37, dentro de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión se establece expresamente la protección del medioambiente: “Las políticas de la Unión integrarán y garantizarán con arreglo al principio de desarrollo sostenible un alto nivel de protección del medioambiente y la mejora de su calidad”. Asimismo, según el artículo II-97, que trae causa del artículo 2 CE, se dice que «en las políticas de la Unión se integrarán y garantizarán, conforme al principio de desarrollo sostenible, un nivel elevado de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad. Por lo tanto, se consagra como derecho fundamental la obligación de integrar la dimensión medioambiental en todas las políticas europeas.

Como se puede observar, en treinta años el panorama ha cambiado, y no cabe duda, pues, de que, hoy en día el «medio ambiente» constituye una competencia de la Unión Europea, erigiéndose también en un bien jurídico cuya defensa inspira las demás políticas, actividad que puede calificarse, además, de designio esencial del sistema comunitario[55]. Puede constatarse cómo con esta normativa, los intereses comunitarios –el medioambiente, entre ellos- se convertirían, de esta manera, en intereses que la ley, y que en concreto la ley penal también ha de proteger, es decir, en bienes jurídicos. En virtud del principio de primacía de la normativa comunitaria y del principio de efecto directo podemos decir que, en cierta forma, el Derecho comunitario se constituye en fuente del Derecho penal nacional en el caso en el que se lesionaran esos intereses medioambientales comunitarios, y es más, si la norma nacional entra en contradicción con el Derecho comunitario determinará la inaplicación del Derecho interno. Para reconstruir el contexto de tal armonización[56] es necesario, en primer lugar, esbozar sintéticamente las líneas fundamentales de los ordenamientos europeos en este contexto. Con esta tendencia a nivel europeo, una actuación ambiental que sea perfectamente lícita en el Derecho comunitario no puede

constituir un tipo delictivo en un Estado miembro[57].

3. EL MEDIOAMBIENTE EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Una protección del medio ambiente expresa en el plano constitucional puede encontrarse en los textos constitucionales de Grecia, Portugal, Suiza, Italia, Holanda, Polonia, Hungría y España, así como en los textos: brasileño, indio, turco y chino[58], entre otros.

En la estela del mensaje de la Conferencia de Naciones Unidas, celebrada en Estocolmo en 1972, la preservación del medio ambiente fue constitucionalizada, como ya se apuntó, primero en la Constitución portuguesa de 1976 y luego, en 1978, en nuestra propia Constitución, convirtiéndonos así en pioneros de esta idea, que sin duda constituye o debe constituir un pilar básico de la civilización actual.

En el Preámbulo de nuestra Carta Magna se expresa la "voluntad de asegurar a todos una digna calidad de vida". Ya se han pronunciado los «máximos intérpretes» de la Constitución, en importantes países, reconociendo el valor jurídico de los Preámbulos, que anticipa las ideas que han de configurar el sistema. De esta forma, la promoción de la calidad de vida se recoge, asimismo, en el art. 2 de nuestro texto fundamental. Y dentro del Título I, *De los derechos y deberes fundamentales*, en el Capítulo Tercero, *De los principios rectores de la política social y económica*, el art. 45 de nuestra Constitución establece que:

- 1. Todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.*
- 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.*
- 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la Ley fije, se establecerán sanciones penales o, en su caso administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.*

Con expresa previsión de sanciones, penales o administrativas y, con la obligación de reparación del daño en el art. 45. 3 CE. Este planteamiento constitucional guía de manera directa la política medioambiental: ha de ser un planteamiento global y no sectorial; dinámico y dirigido hacia la calidad de vida y el libre desarrollo de la personalidad; rechazándose políticas conservacionistas estáticas, puesto que se impone restaurar el medio ambiente y se reconoce la íntima relación del hombre con su hábitat ambiental.

A). Análisis del art. 45 CE.

Tras este bosquejo general, parece conveniente profundizar en cada uno de los apartados del art. 45 CE.

- 1. Todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.*

En el primer apartado de este precepto nuestra Constitución maneja un concepto de medioambiente que

podría calificarse de amplio: incluye el llamado ambiente natural integrado por la biosfera, el agua, el aire y el suelo y los ecosistemas producto de la integración de los seres vivos y el medio. También se incluirían en el concepto constitucional de medio ambiente aquellas condiciones básicas necesarias para el desarrollo de la vida en general, y de la vida humana en particular. Estas condiciones han de suponer la mejora de la calidad de vida correspondiente al desarrollo económico y cultural presentes[59]. Ello llevaría a incluir también dentro del concepto de medio ambiente otros ambientes no naturales, en tanto en cuanto son debidos a la creación humana para satisfacer sus necesidades vitales. En este sentido GIANNINI[60] ha configurado, desde una perspectiva global, como los tres grandes aspectos jurídicos del ambiente, incluyendo[61]: la utilización del suelo y la reglamentación urbanística, la conservación del paisaje y del patrimonio histórico[62] y la defensa del suelo, del aire y del agua. Estos aspectos están relacionados entre sí de manera recíproca y conforman ese concepto amplio de medio ambiente que se diseña en la Constitución. Sin embargo, ello no ha de impedir el tratamiento diferenciado por el legislador que, por ejemplo, se refiere expresamente en el art. 46 CE a la conservación del patrimonio histórico o en el art. 47 CE al derecho a una vivienda digna y a la utilización del suelo.

El segundo apartado del art. 45 dispone que:

2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

En este inciso, poco claro en su redacción, se mezclan los medios de tutela ambientales con los fines de dicha tutela. A pesar de las deficiencias pueden destacarse cuatro ideas básicas:

a) Utilización racional de todos los recursos

En esta idea se encuentra implícita el que los recursos naturales son escasos y limitados. Si hasta hace no mucho se pensaba y se vivía como si la naturaleza fuese una fuente inagotable, en los últimos tiempos ello ha supuesto un cambio de mentalidad. Por tanto, este mandato constitucional llevaría a la introducción de técnicas de planificación y planeamiento territorial, así como a garantizar una mejor gestión de los distintos recursos.

b) Protección y mejora de la calidad de vida.

El concepto de calidad de vida es un concepto ambiguo, sin embargo, expresa de entrada la necesidad de armonizar la protección medioambiental con el desarrollo económico. Es lo que ha venido a denominarse desarrollo sostenido: hacer compatibles el progreso económico y técnico con la protección del medio ambiente, para cuya consecución se deben establecer los cauces de participación y coordinación de los distintos sectores implicados. Se produce de manera insostenida, por ejemplo, cuando los agentes económicos, empresas y consumidores, no soportan los costes sociales asociados al uso de los recursos naturales. La solución sólo será efectiva si se aplican medidas encaminadas a internalizar los costes de la contaminación, mediante impuestos o regulaciones[63].

c) Equilibrio ecológico: defensa y restauración del medio ambiente.

Esta doble función de defensa y reparación del medio ambiente, exige por un lado, la preservación de los recursos naturales del país, así como la salvaguarda y prudente gestión del patrimonio constituido por la flora y la fauna salvaje y su hábitat[64]. Asimismo, los recursos no renovables deberían ser explotados de manera racional para que no peligrase su agotamiento y las ventajas de su explotación

revirtieran en el bien común, en todos los ciudadanos.

Parece que el art. 45 de la CE asume el hecho de que nuestro país se enfrenta a un medio ambiente degradado, que debe ser defendido y restaurado en aras de un deseable equilibrio ecológico. Y es más, en los casos en los que no sea posible volver a la situación anterior al momento contaminante, los poderes públicos deberán llevar a cabo técnicas compensatorias y de resarcimiento a las víctimas como consecuencia de los daños producidos. En estos supuestos estaríamos en la frontera con las sanciones que se contemplan en el apartado siguiente y en concreto con "la obligación de reparar el daño causado[65]."

d) Principio de solidaridad colectiva

El principio de solidaridad colectiva que nuestra Constitución consagra supone un instrumento idóneo para llevar a cabo una política ambiental. Y es que la contaminación de un río puede afectar a varias Comunidades Autónomas, o los residuos de zonas industriales ribereñas al mar pueden perjudicar a las costas de otras Comunidades, por ejemplo[66]. Puesto que es evidente una situación de desigualdad respecto de unas Comunidades Autónomas frente a otras, la última nota definitiva de este segundo apartado se refiere a la solidaridad entre todas ellas. Lejos de ensanchar el foso que separa a las Comunidades Autónomas ricas de las pobres, la Constitución española de 1978 pretende que el nuevo modelo autonómico sirva para configurar un sistema más justo y equilibrado planteándose, así, el establecimiento de un sistema de compensaciones, punto de equilibrio entre los diversos intereses en juego y sin el cual no será posible la gestión de los diferentes recursos.

Asimismo, otro aspecto esencial de la solidaridad colectiva es el relativo al deslinde de competencias en materia ambiental entre el Estado y las distintas Autonomías. La Constitución atribuye la titularidad de las competencias ambientales a los poderes públicos, en general, por lo que será, teóricamente, a través de los arts. 148.1.9. y 149.1.23 CE como se realice el reparto de competencias que las CCAA han asumido en sus respectivos Estatutos de Autonomía[67].

Y para finalizar con el análisis del art. 45 se dispone en párrafo 3º que:

3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la Ley fije, se establecerán sanciones penales o, en su caso administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.

En el tercer apartado del art. 45, el legislador constitucional incluyó la previsión de sanciones penales y administrativas en materia ambiental. Sin embargo, el art. 45.3 suscita algunos problemas interpretativos. Por ejemplo, el legislador al prever mandatos de política sancionadora para los que violen lo dispuesto en el art. 45.2, remite a los términos que la Ley fije. Y la pregunta que aún hoy día se plantea es ¿cuál es esa Ley a que se refiere el precepto constitucional?, ¿la propia Ley penal?, ¿las leyes sectoriales que describen ilícitos administrativos?

A mi juicio, la Ley a la que se refiere el art. 45.3 podría ser una Ley General del Medio Ambiente, todavía inexistente en España. A este paso, la declaración constitucional puede quedarse en una simple postura testimonial si no se desarrollan los medios legales ordinarios para hacer cumplir el mandato del art. 45. Se ha reiterado la falta de esta Ley, y ello aunque las leyes sectoriales existentes en materia de atmósfera, aguas, residuos sólidos, energía nuclear, espacios naturales...etc, han ido modificándose y readaptándose. Pero sin la existencia previa de una Ley general coordinadora de los aspectos ambientales básicos, el desarrollo legislativo en materia sancionadora, es, a mi juicio totalmente

criticable, posibilitándose así, una situación legal confusa[68]. En realidad, una Ley general sobre protección de medio ambiente no tiene por qué ser una regulación pormenorizada en todos los detalles de la materia ambiental, sino que contuviese los aspectos básicos: el sistema normativo de principios jurídicos en la materia[69], la configuración de los instrumentos, así como las técnicas jurídicas de intervención pública y la reforma organizativa administrativa al servicio de la tutela y ordenación del medio ambiente[70]. No obstante, PÉREZ MORENO[71] sostiene que precisamente en esta materia los aspectos objeto de regulación son tan variados que hacen necesaria tanto una ley general como las leyes sectoriales.

A la vista de la Reforma penal del 83, pareció entonces y aún todavía hoy, que el legislador había invertido el orden lógico en cuanto a prioridades legislativas, al provocar la sensación de que la Reforma penal del 83, que introdujo en el Código el delito en materia medioambiental, no se avenía al carácter de "*ultima ratio*" del Derecho penal. Carácter que ha de ser preservado aquí como en cualquier otro ámbito de actuación, sino más, pues las complejidades técnicas, económicas y sociales, requieren la intervención mucho más incisiva y decidida de las Administraciones públicas en favor del medio ambiente, y no de los que lo ponen en peligro. Un cambio de estrategia[72], más que el aumento teórico y simbólico parece ser lo requerido.

En cuanto a la referencia que se contiene en el apartado 3º del art. 45 del texto constitucional respecto a la reparación del daño[73], entiendo supone la búsqueda de otras modalidades sancionatorias que, inevitablemente, debe llevar aparejada -si pretende ser eficaz- al establecimiento de un mecanismo procesal idóneo, que pueda asegurar al mismo tiempo, las garantías procesales del causante del daño y la rapidez y efectividad de la reparación.

Si al hablar de reparación del daño tradicionalmente se ha asociado este concepto a la responsabilidad civil[74], aunque para otros la instrumentalización de este principio en el orden jurídico administrativo podía jugar un importante papel[75] -sobre todo en los casos en los que la tutela queda confiada a la acción represiva de la propia Administración[76]- ha sido quizás en el ámbito penal en donde más sorpresivamente ha irrumpido este mandato constitucional, estableciéndose en las disposiciones comunes del Título XVI del Código penal la restauración y reparación del daño causado.

En definitiva y para concluir este somero análisis del art. 45 CE se puede decir que fue saludado de forma dispar por la doctrina. Un amplio sector doctrinal[77] valoró positivamente la inclusión de mandatos de política penal en el texto constitucional, aunque fuese, en esos momentos, tan sólo para reforzar la función simbólica que hasta entonces desempeñaba el Derecho penal[78] en ese ámbito, así como para consolidar una conciencia colectiva en torno a la necesidad de proteger bienes jurídicos colectivos[79], reconducibles a la idea de "intereses difusos".

En cualquier caso, entiendo que la inclusión de este tipo de mandatos en la Constitución es coherente con un concepto de bien jurídico constitucionalmente orientado[80].

B). Medio ambiente: ¿derecho fundamental o principio rector?

Pero, ¿existe un verdadero derecho constitucional al ambiente?[81]

El art. 45 CE se sitúa, en efecto, fuera de la Sección primera del Capítulo segundo de la CE, relativa a "Derechos fundamentales y libertades públicas". El derecho al ambiente queda, pues, al margen del art. 53.2 de la CE, y su violación, en principio, no podrá ser alegada directamente como objeto del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 161.1 b CE). Sin embargo, creo que el derecho al medio

ambiente podría ser susceptible de lo que se ha denominado -una protección refleja- a través del recurso de amparo dirigido a la tutela de otros derechos[82].

La Constitución Española de 1978 (CE) a la vista de la Constitución griega de 1975 y de la portuguesa de 1976 contempla, sin embargo, al medio ambiente como un principio rector. El art. 45 se ubica, precisamente, en el Capítulo III del Título I de la CE, es decir, entre los "Principios rectores de la política social y económica", que en virtud del art. 53.3 CE *informarán la legislación, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos*.

El medio ambiente, como principio rector posee, de esta manera, una fuerza normativa mediata -*informará la legislación*- que habrá de concretarse a través de la legislación ordinaria. Es decir, cuando el art. 53.3 de la CE concreta que los principios de la política económica y social sólo podrán ser alegados de acuerdo con lo dispuesto, en su caso, por las normas que los desarrollan, se está indicando la necesidad de que una Ley otorgue cobertura a las pretensiones relativas al medio ambiente, con el fin de que los tribunales no suplanten al poder legislativo en las tareas que le son propias. Esto es, se exige la intervención del legislador ordinario. Por ello, en el art. 45 se contempla la previsión de sanciones penales y administrativas.

Asimismo, el derecho al medio ambiente *informará la práctica judicial*, es decir, podrá ser alegado ante los tribunales y, por tanto, habrá de ser tenido en cuenta por el Tribunal Constitucional y por el resto de los tribunales, pues constituye un criterio interpretativo de todo el ordenamiento jurídico, no ya sólo de las restantes normas constitucionales, sino de todas las Leyes[83].

Paralelamente a lo anterior, la concreción del deber de conservación del medio ambiente *informará también la actuación de los poderes públicos*. Uno de los signos de identidad del Estado social consiste en la asunción de obligaciones y prestaciones por parte de los poderes públicos. Desde esta perspectiva, los principios rectores de la política social económica se constituyen en la piedra angular que faculta a los ciudadanos a exigir del Estado responsabilidades en caso de incumplimiento[84].

4. EL MEDIOAMBIENTE EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

En el tercer apartado del art. 45, el legislador constitucional incluyó, como se ha visto, la previsión de sanciones penales[85] y administrativas en materia ambiental. El Código penal apenas brindaba protección suficiente a los valores encarnados en el art. 45 de la Constitución. El mandato de política penal del art. 45.3 supuso la creación de un delito contra el medio ambiente, mediante la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio, incluyendo la protección al "medio ambiente" en el anterior art. 347 bis, junto a los delitos contra la salud pública. En él se estableció, inicialmente, la tutela del medio ambiente a partir de una interpretación amplia del mandato constitucional.

No es, sin embargo, hasta el Código penal de 1995 cuando se establece una tutela acorde con aquel mandato, creándose *ex novo* en el Libro II del Cp, el Título XVI: *De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente* y concretamente en el Capítulo Tercero: *De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, arts. 325 a 331, donde se contiene el que se ha venido a denominar delito de contaminación ambiental[86],

Art. 325.1:

"Será castigado con las penas de prisión de seis meses a cuatro años y multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años el que, contraviniendo las Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, la aguas terrestres, marítimas o subterráneas, con incidencia, incluso, en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Si el riesgo de grave perjuicio fuera para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior".

También, en el Capítulo Quinto: *Disposiciones comunes*, arts. 338 a 340 de ese mismo Título XVI, en el art. 340 se establece la reparación del daño desde la perspectiva penal, recogiendo de esta forma las prescripciones de los convenios internacionales y de nuestra propia constitución en el art. 45.3:

"Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Título hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado, los jueces y tribunales le impondrán la pena inferior en grado a las respectivamente previstas".

Se consagra así, en mi opinión, en el ámbito penal, una tercera vía de consecuencias jurídicas del delito –la reparación^[87] –, junto a las clásicas –penas y medidas de seguridad– en materia ambiental en sentido amplio, que pueda asegurar al mismo tiempo las garantías procesales del causante del daño y la rapidez y efectividad de la reparación.

III. CONCLUSIONES

Podría afirmarse, teniendo en cuenta la literalidad de las palabras que se recogen en el art. 45 de nuestra Constitución, que el derecho al medio ambiente es más que un principio rector. La consideración del derecho a un medio ambiente adecuado a la luz de las Declaraciones de Estocolmo y Río, constituye un verdadero derecho del hombre. Y por otro lado, la "posición jurídica garantizada" del medio ambiente y "la facultad de poder exigir del Estado una acción u omisión correspondientes a esta posición" conducen a considerar el medio ambiente como un derecho subjetivo susceptible de tutela efectiva (art. 24). Además, el medioambiente en el ámbito de la Unión Europea ha pasado de ser un objetivo esencial de sus políticas para introducirse en la Carta de Derechos europeos que contiene el Tratado por el que se constituye una Constitución para Europa, ahora Tratado de Lisboa. Por ello, una vez entrado en vigor, la interpretación del art. 45 de la Constitución española tendría que acoger al medioambiente, como lo que verdaderamente es, un verdadero derecho fundamental.

Asimismo, la protección del medio ambiente a través del Derecho penal, esto es, mediante la amenaza de las sanciones más graves de nuestro ordenamiento jurídico, supone una mejor protección de los recursos naturales: agua, suelo y aire así como de la flora y la fauna, junto a la protección de la vida y la salud de las personas, así como de su entorno cultural y territorial, del que sin duda, el medio ambiente forma parte.

NOTAS

[1] DOBOIS-MAURI, J., “Sociétés industrielles: risques naturels et responsabilité humaine” en *Cahiers français* n° 306: Enjeux et politiques de l’environnement, 2002, pg. 73 y ss.; JORDANO FRAGA, J., *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Barcelona, 1995, pg. 534.

[2] CUADRADO RUIZ, M. A., “Is the protection of the environment a precondition for the survival of Man?”, en *HOPE '87 Newsletter*, vol 5/92/93. Special Edition, Viena, pg. 11; la misma, “Consideraciones en torno al delito ecológico”, en *Rev. International de Langues Juridiques et de Droit comparé*, Fac. Droit, Univ. Montpellier, n°1, 2002, pg. 44 y ss.

[3] ESER, A., “Delito ecológico”, en *RDP*, n° 100, pg. 600.

[4] KUHLEN, L., “Umweltstrafrecht -auf der Suche nach einer neuen Dogmatik”, en *ZStW 105* (1993), pg. 697 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, E., *La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente*, en *Estudios Penales V* (1980-81), pg. 199.

[5] Teresa de Calcuta (1910-1997), fundadora de las Hermanas Misioneras de la Caridad, *No Greater Love (No hay amor más grande)*:

“El silencio hace cambiar nuestra visión de las cosas. Tenemos necesidad del silencio para llegar a “tocar” las almas de los demás. Lo esencial no es lo que nosotros decimos, sino lo que Dios dice, lo que nos dice, lo que dice a través de nosotros. En un silencio tal, él nos escuchará; en un silencio tal, hablará a nuestra alma, y escucharemos su voz.(...) Hacer silencio dentro de nosotros mismos no es cosa fácil, pero es un esfuerzo indispensable. Tan sólo en el silencio encontraremos una nueva fuerza y la verdadera unidad. La fuerza de Dios llegará a ser la nuestra para poder cumplir cualquier cosa tal como se debe(...)”

[6] PÉREZ LUÑO, *Nuevas tecnologías, sociedad y derecho*, Fundesco, Madrid, 1987, pg. 35-36; MASUDA, Y., *La sociedad informatizada como sociedad postindustrial*, trad. de J. Ollero y F. Ortiz Chaparro, Fundesco & Tecnos, Madrid, 1984, pg. 172.

[7] En la Cumbre de la Tierra, celebrada en Río de Janeiro en 1992 se planteó que la liberalización comercial y la protección del medio ambiente debían concebirse preferentemente como políticas que se apoyasen mutuamente en el marco de acuerdos medioambientales multilaterales más que en la adopción de medidas unilaterales por parte de cada Estado.

[8] HOF H., “Umweltrecht und Umweltethik – Wegweiser zu nachhaltigem Umweltverhalten”, en *Festschrift für Lampe zum 70. Geburtstag*, 2003, pr, 339 y ss., 366 y ss.

[9] Cfr. BUYUNG-SUN CHO, “¿El surgimiento de un Derecho penal internacional del medioambiente?”, en *Revista Penal*, n° 8, 2001, pg. 3 y ss.

[10] División de Desarrollo Sostenible. Departamento de Coordinación de Políticas y de Desarrollo Sostenible. Naciones Unidas. Febrero, 1997.

[11] En el Programa 21, que contiene más de 2.500 recomendaciones prácticas, se abordan los problemas urgentes de hoy en día. El Programa 21 tenía por objeto preparar al mundo para los retos del siglo XXI e incluye propuestas concretas en cuestiones sociales y económicas, como la lucha contra la pobreza, la evolución de las modalidades de producción y de consumo, la dinámica demográfica, la conservación y ordenación de nuestros recursos naturales, la protección de la atmósfera, los océanos y la

diversidad biológica, la prevención de la deforestación y el fomento de la agricultura sostenible.

[12] En la Declaración de Río se definen los derechos y las obligaciones de los Estados respecto de principios básicos sobre el medio ambiente y el desarrollo. Incluye las siguientes ideas: la incertidumbre en el ámbito científico no ha de demorar la adopción de medidas de protección del medio ambiente; los Estados tienen el "derecho soberano de aprovechar sus propios recursos" pero no han de causar daños al medio ambiente de otros Estados; la eliminación de la pobreza y la reducción de las disparidades en los niveles de vida en todo el mundo son indispensables para el desarrollo sostenible, y la plena participación de la mujer es imprescindible para lograr el desarrollo sostenible.

[13] La Declaración de los principios para la ordenación sostenible de los bosques, que no tiene fuerza jurídica obligatoria, constituyó el "primer consenso mundial" sobre la cuestión. En la Declaración se dispone, fundamentalmente, que todos los países, en especial los países desarrollados, deberían esforzarse por reverdecer la Tierra mediante la reforestación y la conservación forestal; que los Estados tienen derecho a desarrollar sus bosques conforme a sus necesidades socioeconómicas, y que deben aportarse a los países en desarrollo recursos financieros destinados concretamente a establecer programas de conservación forestal con miras a promover una política económica y social de sustitución.

[14] El 11 de diciembre de 1997 los países industrializados se comprometieron, en la ciudad de Kyoto, a ejecutar un conjunto de medidas para reducir los gases de efecto invernadero. Se estableció que el compromiso sería de obligatorio cumplimiento cuando lo ratificasen los países industrializados responsables de, al menos, un 55% de las emisiones de CO₂. El acuerdo entró en vigor el 16 de febrero de 2005, después de la ratificación por parte de Rusia el 18 de noviembre de 2004 y tras conseguir que la UE pague la reconversión industrial, así como la modernización de sus instalaciones, en especial las petroleras. Por su parte, el gobierno de Estados Unidos firmó el acuerdo pero no lo ha ratificado (ni Bill Clinton, ni George W. Bush), por lo que su adhesión solo es simbólica, no es vinculante. El Gobierno de Bush se retiró del protocolo en 2001, no porque no compartiese su idea de fondo de reducir las emisiones, sino porque considera que la aplicación del Protocolo es ineficiente e injusta al involucrar sólo a los países industrializados y excluir de las restricciones a algunos de los mayores emisores de gases en vías de desarrollo (China e India en particular), lo cual considera que perjudicaría gravemente la economía estadounidense. No obstante, Estados Unidos apoya la reducción voluntaria de las emisiones y ha adoptado algunas medidas para mitigar el cambio climático y promover la aplicación de nuevas tecnologías ambientales a través de la EPA (la agencia estadounidense de protección medioambiental).

[15] Es preciso señalar que esto no significa que cada país deba reducir sus emisiones de gases regulados en un 5,2%, sino que este es un porcentaje a nivel global y, por el contrario, cada país obligado por Kyoto tiene sus propios porcentajes de emisión, que debe disminuir.

[16] Al respecto vid. PÉREZ DE GREGORIO, J. J., *El proceso penal medioambiental*, Madrid 1999; el mismo, "Consejo de Europa y protección del medio ambiente", *La Ley* 1991 .

[17] VOGEL, J., "Internationales und europäisches ne bis in idem", en *Festschrift für Schroeder*, 2006, pg. 877 y ss.

[18] Abierto a la firma el 21 de junio de 1993, tan sólo ha sido firmado por nueve países: Chipre, Finlandia, Grecia, Islandia, Italia, Liechtenstein, Luxemburgo, Holanda y Portugal, sin ninguna ratificación. Necesita tres ratificaciones para su entrada en vigor.

[19] KNAUT, S., *Die Europäisierung des Umweltstrafrechts*, 2005, pg. 243 y ss.

[20] Según VOGEL, J., “La responsabilidad penal por el producto en Alemania: Situación actual y perspectivas de futuro”, en *Revista Penal* n° 8, julio, 2001, pg. 102-103 “nunca se ha reconocido y tampoco debe hacerse un principio según el cual las leyes penales deban interpretarse estricta y restrictivamente en virtud, únicamente del principio de *ultima ratio* del Derecho penal, pues es sobre todo tarea del legislador decidir si debe poner en juego o no dicho principio. Además debe objetarse que cuando se retira la protección del Derecho penal se restringe la protección de las víctimas”, lo que, en mi opinión, también es aplicable a la protección que el Derecho penal brinda al medio ambiente.

[21] KNAUT, S., *Die Europäisierung des Umweltstrafrechts*, 2005, pg. 248.

[22] Rapport explicatif sur la Convention sur la protection de l’environnement par le droit pénal (STE 172).

[23] KNAUT, S., *Die Europäisierung des Umweltstrafrechts*, 2005, pg. 253 y ss.

[24] KNAUT, S., *Die Europäisierung des Umweltstrafrechts*, 2005, pg. 256.

[25] KNAUT, S., *Die Europäisierung des Umweltstrafrechts*, 2005, pg. 262-263.

[26] KNAUT, S., *Die Europäisierung des Umweltstrafrechts*, 2005, pg. 259 y ss.

[27] Cfr. GÓMEZ RIVERO, C., “Algunos aspectos de la responsabilidad de los funcionarios en materia ambiental”, en *La Ley*, 10 de julio de 1996 (4076); y también la misma, *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medioambiente y ordenación del territorio*, Valencia 2000.

[28] La firma de un Tratado no vincula a un Estado, pero indica que está considerando la ratificación. Sólo el posterior acto de ratificación es el que lleva al Estado a obligarse por el Tratado. Una vez en vigor, el Tratado sólo es obligatorio para los Estados que lo hayan ratificado. Vid. al respecto BUYUNG-SUN CHO, “¿El surgimiento de un Derecho penal internacional del medioambiente?”, *RP*, n° 8, 2001, pg. 7 y ss.

[29] Austria, Bélgica, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Islandia, Italia, Luxemburgo, Rumania, Suiza y Ucrania.

[30] Artículo 96 Constitución española:

1. *Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.*

2. *Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94.*

[31] Vid. CUADRADO RUIZ, M. A., “Las consecuencias jurídicas en los delitos contra el medioambiente”, en MARTOS NÚÑEZ (coord.), *Derecho penal ambiental*, Madrid, 2006, pg. 219 y ss.

[32] VERCHER NOGUERA, “Evolución y jurisprudencia del delito contra el medioambiente”, en *Rev. Jurídica de Castilla y León*, nº1, sep. 2003, pg. 229.

[33] Así el art. 189 del Tratado de Roma de 1957.

[34] Aunque las Directivas no son, como los Reglamentos, de aplicación directa y necesitan de su transposición al Derecho interno de cada Estado miembro, lo cierto es que la Jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo tiende, cada vez, con mayor frecuencia a favorecer la aplicación directa de las Directivas, y a que puedan ser invocadas, al igual que los Reglamentos, ante los Tribunales de Justicia y las Instituciones nacionales en los supuestos de falta de transposición o transposición incorrecta o desviada.

[35] Art. 189 Tratado de Roma y Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de marzo de 1978.

[36] QUINTERO OLIVARES, G., “La unificación de la Justicia penal en Europa” en *Revista penal*, nº 3, 1999, pg. 54 y ss., 56 y ss.: “muchas son las razones que se alzan en contra de la pretensión de alcanzar un Código penal único, pretensión que por otra parte, no ha sido defendida por nadie”. Más favorable se muestra a un catálogo de bienes jurídicos europeos sobre los que construir normas incriminadoras comunes o incluso la formulación de un Código penal *modelo o tipo*, pg. 60. En esta línea se encontraría la propuesta dirigida por Tiedemann. Vid al respecto, ARROYO/ TIEDEMANN/ NIETO, *Eurodelitos, El Derecho penal económico en la Unión europea*, México 2006.

[37] 8º Rapport général sur l'activité des Communautés européennes, mayo 1974, pg. 87: El Derecho penal "es un asunto que no entra en cuanto tal en la esfera de competencia de la Comunidad, sino que queda bajo la jurisdicción de cada Estado miembro". No obstante, después de más tres décadas, la preocupación jurídica penal en el seno de la Unión Europea es una realidad y los esfuerzos por concretar un *Corpus iuris* o un núcleo de Eurodelitos entre los que se encontrarían los atentados al medio ambiente siguen avanzando.

[38] VERVAELE, J., “La Communauté économique européenne face à la fraude communautaire. Vers un "espace pénal communautaire"?", en *Rev. de Science criminelle et de Droit Pénal Comparé*, nº 1, 1990, pg. 37. Traducción de A. Asua al español en *CPC*, nº 43, 1991, pg. 119-138.

[39] KÜHL, C., “Der Beitrag der Strafrechtswissenschaft zur Europäisierung des Strafrechts”, in *Festschrift für Alfred Söller*, München, 2000, pg. 613 y ss.; TIEDEMANN, K., “EG und EU als Rechtsquellen des Strafrechts”, en *Festschrift für C. Roxin*, 2001, pg. 1401 y ss.; CUERDA RIEZU, A., “¿Ostentan ius puniendi las Comunidades Europeas?”. En *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts (Madrid-Symposium)*, 1994, pg. 367 y ss, en lo que se refiere a las incriminaciones penales caben dos posibilidades: que el Derecho comunitario sea incompatible con la propia razón de ser del delito, por lo que el Tribunal nacional está obligado a no aplicar la norma penal de su Estado; o que la normativa comunitaria implique la modificación de los elementos del delito, por ejemplo, en los casos de leyes penales en blanco que se vean completadas por el ordenamiento de las Comunidades.

[40] Tribunal Europeo de Justicia, fallo de 2 de febrero de 1977, Amsterdam Bulb BV versus Produktschap voor Siergerwassen, Jurisprudence de la Cour, 1977, I, 150. La sentencia de 11 de noviembre de 1981, Casati (203/80, Rec. p. 2595), indicó que, en principio, la legislación penal es

competencia de los Estados miembros (apartado 27), VOGEL, J.: «Stand und Tendenzen der Harmonisierung des materiellen Strafrechts in der Europäischen Union», en *Strafrecht und Kriminalität in Europa*, 2003, pg. 232, y DANNECKER, G.: *Strafrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, en *Juristenzeitung*, 1996, pg. 869, sostienen que la doctrina se muestra unánime al respecto.

[41] Aunque el Derecho comunitario no puede, por sí mismo, establecer sanciones penales, sí puede suscitar la intervención punitiva de los Estados miembros cuando se infrinjan disposiciones comunitarias. Según el art. 5 del Tratado de la CEE, los Estados miembros tienen la obligación de aplicar sus instrumentos legales en defensa de la normativa comunitaria. Vid. VERVAELE, J., *La Communauté économique européenne face à la fraude communautaire...*, op. cit., pg. 37; BIGAY, J.: “Droit communautaire et droit pénal”, en *Revue trimestrielle du droit européen*, 1972, nº 4, pg. 734, subrayaba que el Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE (actualmente artículos 81 CE y 82 CE), declaraba *expressis verbis* que las sanciones que contemplaba no revestían carácter de pena.

[42] En el supuesto de la asimilación, significa que el legislador nacional debe proteger los intereses y bienes comunitarios de la misma manera que la infracción correspondiente del Derecho penal nacional. Es decir, se debería castigar la corrupción de un cargo internacional de la misma manera que se castiga la corrupción de un cargo nacional. Ello representa una forma correcta de coordinar la coexistencia de dos ordenamientos distintos: puesto que la Unión Europea no puede crear normas penales en el ámbito comunitario, la protección de intereses comunitarios se relega al Derecho penal de cada Estado. Sin embargo, los inconvenientes de una desigualdad en los tipos penales de los diferentes países miembros, o la posibilidad de afectar al principio de legalidad y en concreto al de reserva de ley en materia penal cuando sean, por ejemplo, los Reglamentos y no los Tratados constitutivos de las Comunidades los que prevean la asimilación hacen que sea la armonización la técnica que esté alcanzando más auge en la creación positiva de normas penales.

[43] El sistema de armonización consiste en que una norma comunitaria obliga a los Estados miembros a legislar penalmente sobre una materia comunitaria, es decir, se les impone a los legisladores una "obligatio puniendi". Surge así la necesidad de que se promulguen nuevas normas penales en las legislaciones de los Estados miembros dirigidas a la defensa de los intereses comunitarios. Se crearían así unos estándares mínimos comunitarios, pero en donde el legislador nacional puede prescribir normas más severas. La armonización, por tanto, deja a los parlamentos nacionales más libertad que una estricta unificación. Vid. más ampliamente VOGEL, J., “Stand und Tendenzen der Harmonisierung des materiellen Strafrechts in der Europäischen Union”, en *Strafrecht und Kriminalität in Europa*, t. 2003, pg. 30 y ss.

[44] Vid. al respecto, TIEDEMANN, K., “EG und EU als Rechtsquellen des Strafrechts”, en *Festschrift für C. Roxin*, 2001, pg. 1401 y ss.

[45] Informe de 27 de octubre del CGPJ, sobre el Anteproyecto de Reforma de Ley Orgánica del Código penal, pg. 5-6, ya caducado, por no aprobarse antes de la finalización de la legislatura en 2008.

[46] Art.100: Trata sobre la armonización de las leyes en todos los Estados miembros. Art. 235: Posibilita a la Comunidad el emprender acciones no previstas en el Tratado, siempre que esa acción se considere necesaria para llevar a cabo objetivos de la Comunidad Europea.

[47] La sentencia de 18 de marzo de 1980, Comisión/Italia (91/79, Rec. p. 1099), apartado 8, dice claramente que no puede excluirse que las normas medioambientales se encuadren en el artículo 100 del

Tratado, dado que las previsiones de esa naturaleza son susceptibles de gravar a las empresas a las que se aplican y, a falta de una armonización entre las regulaciones nacionales, la competencia se vería sensiblemente falseada.

[48] Así en la Sentencia de 7 de febrero de 1985 (240/83, Rec. p. 531), apartado 13.

[49] Vid. la sentencia Comisión/Dinamarca, Sentencia de 20 de septiembre de 1988 (302/86, Rec. pg. 4607), apartado 8.

[50] El art. 130R establece que la política ambiental tendrá por objetivos: a) La conservación, protección y mejora de la calidad del Medio Ambiente; b) La protección de la salud de las personas; c) La utilización racional de los recursos naturales. El desarrollo de este artículo ha permitido a la Unión Europea completar las Directivas relativas a la protección del Medio Ambiente, de los recursos naturales y de la calidad de vida.

[51] WILKINSON, D., “Maastricht and the environment: the implications for the EC’s environment policy of the Treaty of the European Union”, 4 *Journal of Environmental Law* 221, 1992.

[52] BLANCO CORDERO, I., “El Derecho penal y el primer pilar de la Unión Europea”, en *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, n° 06-05, 2004.

[53] Así como la criminalidad organizada, el terrorismo, las drogas o la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Vid. TIEDEMANN, K., “Gegenwart und Zukunft des Europäischen Strafrechts”, en *ZStW* (116) 2004, pg. 956-957. ALBRECHT, H.-J., „Organisierte Umweltkriminalität – Kozepte, Ausmaß und Strukturen“, en *Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, 2005, pg. 1273 y ss., 1290 y ss. se refiere a la criminalidad ambiental como una forma de criminalidad organizada, lo que daría paso al medioambiente como bien jurídico a proteger por la Unión Europea, desde el ámbito penal. Y en relación con el medioambiente como caso práctico para la armonización de sanciones vid. BAYLE, M., „Criminalité environnementale“, en DELMAS MARTY y otros, *L’harmonisation des sanctions pénales*, en *Europe*, Paris, 2003, pg. 343-353.

[54] NIETO MARTÍN, A., “Fundamentos constitucionales del sistema europeo de Derecho penal”, en *Revista General de Derecho penal IUSTEL*, n° 3 mayo 2005, pg. 53 y ss., pg. 60 .

[55] Conclusiones del Abogado General, Sr. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER, presentadas el 26 de mayo de 2005, en el Asunto C-176/03, Comisión de las Comunidades Europeas contra Consejo de la Unión Europea.

[56] Vid. en este sentido, VOGEL, J., „Stand und Tendenzen der Harmonisierung des materiellen Strafrechts in der Europäischen Union“, en *Strafrecht und Kriminalität in Europa*, t, 2003, pg. 35 y ss., DELMAS MARTY, M., “A favor de unos principios orientadores de legislación penal”, en *ADPCP*, Tomo XLIII, fasc. III, sep-dic 1990, pgs. 961 y ss. Y específicamente, la misma, “Harmonisation des sanctions et valeurs communes: la recherche d’indicateurs de gravité et d’efficacité”, en *L’harmonisation des sanctions pénales en Europe*; Paris, 2003, pg. 583 y ss.

[57] Cfr. GRASSO, G., *Comunità europea e diritto penale. I rapporti tra l’ordinamento comunitario e i sistemi penali degli stati membri*, Milano, 1989; el mismo, *La formazione de un diritto penale dell’Unione Europea*, en *Prospettive di un Diritto penale europeo*, Milano, 1998, pg. 10 y ss.; CUADRADO RUIZ, M. A., “La posición de garante”, en *Revista de Derecho penal y criminología*, n° 6, julio 2000.

[58] Vid. ampliamente HEINE, G., « Elaboration of norms and the protection of the environment », en *Défense sociale, protection de l'environnement et droits fondamentaux*. Actes du XII Congrès international de défense sociale. París, 8-12 oct. 1991, pg. 117. Milán 1993.

[59] RODRIGUEZ RAMOS, “Protección penal del ambiente”, en *Comentarios a la legislación penal* Tomo I, pgs. 259-279, Madrid, 1982.

[60] GIANNINI, M. S., “Difesa dell'ambiente e del patrimonio naturale e culturale”, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Año 21, fasc. 3, Milano.

[61] Y que en mi opinión han servido de esquema para configurar los cuatro primeros capítulos del Tít. XVI del Código penal: Delitos relativos a la ordenación del territorio, Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico; Delitos relativos a la protección del medio ambiente y Delitos relativos a la flora y la fauna.

[62] El patrimonio histórico se integra, efectivamente, en el concepto de medio ambiente, como ya se recogía en el Convenio del Consejo de Europa. Aunque también hay que decir que de la confrontación del desarrollo legislativo de los arts. 45 y 46 CE con la legislación de impacto ambiental se deduce que del concepto de medio ambiente se excluye el patrimonio histórico artístico mobiliario. Vid. al respecto JORDANO FRAGA, “La protección del derecho a un medio ambiente adecuado”, pg. 101 y ss. Sin embargo esta restricción parece que no ha sido tenida en cuenta por el legislador, ya que en el art. 323 Cp se elevan a objeto de protección penal los bienes de valor histórico, artístico, científico o cultural, sin distinguir a priori si se trata de bienes muebles o inmuebles. Vid. al respecto, CUADRADO RUIZ, “Patrimonio y Delito”, en *Actas del Congreso internacional de Patrimonio y Expresión Gráfica*. Granada 20 y 21 noviembre 2008.

[63] BORRELL FONTELLES, J., “Medio ambiente y comercio mundial”, en *El País*, 21 abril 1994, pg. 56: "es evidente que la búsqueda de una mayor competitividad generará resistencias a la internalización de los costes medioambientales para evitar su impacto en el precio final de los productos que se oferten en los mercados". (...) No es, pues, una invención de un proteccionismo vergonzante denunciar el riesgo de un dumping medioambiental, es decir, la posibilidad de competir deslealmente mediante precios que no reflejan los costes reales de producción si las normas de protección del medioambiente que implican esos costes son muy distintas en los países que compiten en el mercado ambiental".

[64] Por ejemplo, el Acuerdo entre España y la URSS sobre la colaboración en materia de medio ambiente regula la incidencia en el medio ambiente de las actividades de producción, la prevención de la contaminación atmosférica, la protección de las aguas continentales, y de mares y océanos, de los sistemas ecológicos y de las especies de flora y fauna en peligro, la gestión de los espacios naturales especialmente protegidos y el tratamiento de residuos y su reciclaje.

[65] Vid. *Infra* nota 87.

[66] PRATS CANUT, en QUINTERO OLIVARES y OTROS, *Comentarios al Nuevo Código penal*, pg. 1508.

[67] CASABÓ RUIZ, “La capacidad normativa de las Comunidades Autónomas en la protección penal del medio ambiente”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, t. V., Santiago de Compostela 1980-1981.

[68] En este sentido también PRATS CANUT, en QUINTERO OLIVARES y OTROS, *Comentarios al*

Nuevo Código penal, pg. 1508-1509.

[69] Según JORDANO FRAGA, "la adopción de una Ley general serviría, en última instancia, como una poderosa herramienta para la instauración definitiva de la preservación, restauración y mejora del medio ambiente como principio informador del ordenamiento jurídico", en *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, pg. 163.

[70] En este sentido, ESCRIBANO COLLADO/LÓPEZ GONZÁLEZ, "El medio ambiente como función administrativa", en *REDA*, nº 26, 1980, pg. 385.

[71] PÉREZ MORENO, "Ley general y/o leyes sectoriales para la protección del medioambiente", en *DA*, nº 190, 1981, pág. 44.

[72] PRATS CANUT, en QUINTERO OLIVARES y OTROS, *Comentarios al Nuevo Código penal*, pg. 1510 aboga por la consecución del Pacto Nacional por el ambiente.

[73] Vid infra n. 87.

[74] Cfr. SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil del empresario por deterioro del medio ambiente*, Barcelona, 1994..

[75] Así PRATS CANUT, "La protección penal del medio ambiente", Comunicación cit. Colegio de Abogados de Barcelona, 18-23 febrero 1991.

[76] La Ley sobre residuos de 1998 establece la obligación de reparar el daño al que lo ha originado.

[77] sí MARTOS NUÑEZ, MUÑOZ CONDE, RODRIGUEZ RAMOS, DE LA CUESTA ARZEMENDI, FERNANDEZ RODRIGUEZ, PERIS RIERA, MARTÍN MATEO, PRATS CANUT, MENA ALVAREZ.

[78] HASSEMER, W., "Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz", en *NStZ* 1989, pág. 553, 556; en contra KUHLEN, L., "Umweltstrafrecht -auf der Suche nach einer neuen Dogmatik", en *ZStW* 105 (1993), pg. 697 y ss., quien niega que el medio ambiente verdaderamente tenga un carácter simbólico.

[79] MARTOS NUÑEZ, J.A., *Derecho Penal Económico*, Madrid 1987, pg. 51.

[80] TIEDEMANN, K., *Lecciones de Derecho penal económico*, Barcelona, 1993, pg. 124 y ss., 130; PEDRAZZI, C., "EL bien jurídico en los delitos económicos", en *La reforma penal: delitos socioeconómicos*, Madrid, 1985, pg. 281, para quien "la noción del bien jurídico tiende, además, un puente entre la Ley penal y la Constitución, en cuyos preceptos el catálogo de bienes penalmente protegidos encuentra su legitimación última".

[81] Al respecto, VELASCO CABALLERO, "El medio ambiente en la Constitución: ¿Derecho público subjetivo y/o principio rector?", en *Rev. Andaluza de Administración Pública*, nº 19, 1994, pgs. 77-114.

[82] Así JORDANO FRAGA, J., *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Barcelona, 1995, 541-542; el mismo, "El derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado: elementos para su articulación expansiva", en *Rev. Persona y Derecho*, 6, 1996, para quien el medio ambiente es un verdadero derecho fundamental.

[83] Así STC 19/1982 de 5 de mayo FJ 1º; STS de 2 de febrero de 1987, sala 4ª y STS de 11 de julio de 1987.

[84] Cfr. CUADRADO RUIZ, M. A., “¿Protege el derecho penal a los consumidores?”; *AP*, nº 18, 1999; “La protección penal del consumidor en el Estado social y democrático de Derecho” en *Rev. International de langues juridiques et de Droit comparé*, n. 2, Montpellier, 2003.

[85] Vid. supra n. 31.

[86] Vid. supra n. 2.

[87] Para un análisis del art. 340 Cp, vid. supra n. 31, pg. 225 y ss.