

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

presentadas el 26 de mayo de 2005¹

I. Introducción

1. La Comisión, por el cauce del artículo 35 UE, apartado 6, impugna la Decisión marco 2003/80/JAI del Consejo, de 27 de enero de 2003, relativa a la protección del medio ambiente a través del derecho penal (en lo sucesivo, «Decisión marco»).² En su opinión, la base jurídica elegida resulta equivocada, debiendo afrontarse dicho empeño normativo en el seno del Tratado CE y no, como se ha hecho, al amparo del título VI del Tratado UE.

2. Detrás de este escueto planteamiento asoma una cuestión de profundo calado, que atañe a las atribuciones de la Comunidad, pues, asumido que la tutela del entorno natural en la Unión Europea requiere una acción concertada mediante la criminalización de las infracciones más graves,³ hay que dilucidar si la aprobación de las imprescindibles normas coordinadoras se enmarca en el

tercer pilar, incumbiendo al Consejo, en virtud del artículo 34 UE, apartado 1, letra b), en relación con el artículo 31 UE, apartado 1, letra e), o en el primero, por constituir una tarea comunitaria, a tenor del artículo 175 CE.⁴

3. Las posiciones expresadas en las distintas memorias y en la vista oral aparecen nítidamente delimitadas, no sólo en cuanto a la pretensión en cada caso ejercitada, sino también en la argumentación empleada. La Comisión, el Parlamento Europeo, así como el Consejo Económico y Social, se alinean en la segunda de las tesis mencionadas, mientras que el Consejo y los once Estados miembros que lo siguen⁵ defienden la primera.

4. La elección de una u otra posición acarrea importantes consecuencias. Si se opta por la

1 — Lengua original: español.

2 — DO L 29, p. 55.

3 — Igual convencimiento existe en el ámbito más amplio del Consejo de Europa, que el 4 de noviembre de 1998 adoptó un convenio con igual designio y el mismo nombre que la Decisión marco (*Série des traités européens* — n° 172).

4 — La doctrina se ha ocupado de este litigio. Así, Comte, F.: «Droit pénal de l'environnement et compétence communautaire», en *Revue du droit de l'Union européenne*, n° 4 (2002), pp. 775 a 799, y Blanco Cordero, I.: «El derecho penal y el primer pilar de la Unión Europea», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 06-05 (2004).

5 — Los Países Bajos mantienen, sin embargo, una postura matizada (véase la nota 73, *in fine*).

alternativa «unionista», la fuerza armonizadora es inferior, ya que, aparte de la carencia de efecto directo de las decisiones marco, la renuencia a su trasposición no puede removerse a través de una acción por incumplimiento, como la prevista en el artículo 226 CE, sin que, además, la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia, conforme al artículo 35 UE, revista carácter obligatorio, pues necesita aceptarse por los Estados miembros. Estas consideraciones explican el interés de la Comisión por situar la competencia en el primer pilar.

5. Antes de emprender el análisis del recurso conviene exponer el panorama normativo y las vicisitudes del procedimiento tramitado en el Tribunal de Justicia.

II. El marco jurídico

A. *El derecho comunitario*

1. El Tratado constitutivo de la Comunidad Europea

6. Una de las metas de la Comunidad radica en alcanzar un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente (artículo 2 CE), desplegando una acción sectorial adecuada [artículo 3 CE, apartado 1,

letra l)] e integrando las exigencias de la tutela del entorno natural en la definición y en la realización de las otras políticas comunitarias, con el fin de fomentar un desarrollo sostenible (artículo 6 CE).

7. El artículo 174 CE señala los objetivos de la actividad medioambiental (apartados 1 y 2), así como los criterios que se han de retener para su elaboración (apartado 3), indicando el artículo 175 CE los cauces para la adopción de las providencias pertinentes (apartados 1 a 3), cuya financiación y ejecución incumben a los Estados (apartado 4), quienes, en cualquier caso, a tenor del artículo 176 CE, quedan autorizados para acordar medidas más intensas, siempre que no se opongan al Tratado.

8. Por consiguiente, hay una responsabilidad compartida en la materia,⁶ preconizada por el artículo 174 CE, apartado 4, que deja abierta la puerta para la cooperación, conjunta o separada, con los terceros países y con las organizaciones internacionales.

9. En lo que a la Comunidad se refiere, la competencia se ejerce, por regla general, a través del procedimiento de «codecisión»

6 — El sistema jurídico español reproduce un esquema semejante, en el que el Estado aprueba la legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de la facultad de las Comunidades Autónomas para dictar normas adicionales de protección, correspondiéndoles la gestión en la materia (artículos 149.1.23ª y 148.1.9ª de la Constitución de 1978).

diseñado en el artículo 251 CE, aunque, tratándose de los temas a los que alude el apartado 2 del artículo 175 CE,⁷ puede intervenir el Consejo en solitario, a instancias de la Comisión y previa consulta del Parlamento Europeo, del Comité Económico y Social y del Comité de las Regiones.

conductas,⁹ cometidas dolosamente o por negligencia, al menos, grave, y el 4 encomienda a los Estados miembros el castigo de la autoría, de la participación y de la provocación con «sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias», incluidas las privativas de libertad. También contempla, tanto para las personas físicas como para las jurídicas, otro tipo de correcciones, entre las que figuran las multas, el despojo de derechos y el sometimiento a intervención judicial.

2. La propuesta de Directiva sobre la protección penal del medio ambiente⁸

B. *El derecho de la Unión Europea*

10. Al amparo del apartado 1 del artículo 175 CE, la Comisión impulsó, de acuerdo con el citado artículo 251 CE, una propuesta de Directiva para asegurar una aplicación más firme del derecho comunitario relativo a la defensa del medio ambiente, definiéndose en la Comunidad un conjunto mínimo de delitos (artículo 1).

1. El Tratado de la Unión Europea

12. La Unión, que encarna una nueva etapa en el proceso creador de un vínculo cada vez más estrecho entre los pueblos de Europa, se funda en las Comunidades, completadas con las políticas y con las formas de cooperación diseñadas en el propio Tratado UE (artículo 1). Se distinguen, así, tres pilares:

11. El artículo 3 del texto presentado impone la tipificación penal de determinadas

— El primero, llamado «comunitario».

7 — El precepto contempla las disposiciones fiscales, las que afectan a la ordenación del territorio y al urbanismo, las relativas a la gestión de los recursos hidráulicos y aquellas otras que inciden sobre la elección por los Estados miembros de la estructura general de su abastecimiento energético y entre las diferentes fuentes de energía.

8 — Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección del medio ambiente por el derecho penal, introducida por la Comisión el 15 de marzo de 2001 (DO C 180 E, p. 238).

9 — El precepto se refiere a los vertidos, los atentados contra las especies protegidas de la fauna y de la flora, el deterioro significativo de los hábitats tutelados, el comercio no autorizado de componentes que agotan la capa de ozono y la actividad ilegal de fábricas en las que se llevan a cabo manipulaciones peligrosas o en las que se almacenan o utilizan sustancias o preparaciones de esa índole.

- El segundo comprende la política exterior y de seguridad común (título V).
- El tercero atañe a la cooperación policial y judicial en materia penal (título VI).

13. Este último persigue ofrecer a los ciudadanos, *sin perjuicio de las competencias de la Comunidad*, un alto grado de protección en un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, mediante una acción común de los Estados miembros en los ámbitos expresados, para prevenir y luchar contra la delincuencia, a través de una aproximación, cuando proceda, de las normas penales nacionales, de conformidad con la letra e) del artículo 31 (artículo 29).

14. La colaboración jurisdiccional abarca la adopción progresiva de medidas para fijar normas mínimas sobre los elementos constitutivos de los delitos y sobre las penas, en relación con la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas [artículo 31, apartado 1, letra e)].

15. A tal fin, una de las herramientas previstas es la decisión marco, que favorece la aproximación de las disposiciones legales y

reglamentarias nacionales. De igual modo que las directivas en el primer pilar, obliga en cuanto al resultado, dejando a las autoridades internas la elección de la forma y de los medios, pero, en cambio, nunca tiene efecto directo [artículo 34, apartado 2, letra b)].

16. Las atribuciones del tercer pilar pueden transferirse a la Comunidad, para que las ejerza en el marco del título IV del Tratado CE, sobre visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas (artículo 42).

17. El contenido del Tratado UE no afecta a los Tratados fundacionales de la Comunidad Europea ni a los subsiguientes que los hayan modificado o completado (apartado 47).

2. La Decisión marco

18. Invocando los artículos 29 UE, 31 UE, letra e), y 34 UE, apartado 2, letra b), el Consejo, con el propósito de dar una respuesta contundente y concertada a los atentados contra el medio ambiente (considerandos segundo y tercero), aprobó la Decisión marco que la Comisión impugna.

19. Los artículos 2 y 3 de la Decisión marco exigen a los Estados miembros tipificar como infracciones penales la comisión dolosa o por imprudencia de determinadas conductas,¹⁰ mientras que el artículo 4 extiende la represión a la participación y a la provocación.

20. Por su parte, el artículo 5, apartado 1, propugna penas «efectivas, proporcionadas y disuasorias», entre las que han de figurar, al menos en los casos graves, las privativas de libertad que puedan dar lugar a la extradición, sin perjuicio de que, como indica el

apartado 2, se acompañen de otras sanciones y medidas.¹¹

21. El artículo 6 regula la responsabilidad, por acción o por omisión, de las personas jurídicas,¹² y el 7, los castigos que cabe imponerles.¹³

22. Los preceptos expuestos muestran que la Decisión marco es prácticamente un trasunto de la propuesta de Directiva, tal y como se reconoce en su considerando

10 — El artículo 2 prescribe que «cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para tipificar como infracciones penales, en su derecho interno: a) el vertido, la emisión o la introducción de una cantidad de sustancias o de radiaciones ionizantes en la atmósfera, el suelo o las aguas, que causen la muerte o lesiones graves a las personas; b) el vertido, la emisión o la introducción ilícitas de sustancias o de radiaciones ionizantes en la atmósfera, el suelo o las aguas, que causen o puedan causar su deterioro duradero o importante, la muerte o lesiones graves a las personas, o daños sustanciales a monumentos u otros objetos protegidos, a bienes, a animales o a plantas; c) la eliminación, el tratamiento, el almacenamiento, el transporte, la exportación o la importación ilícitos de residuos, incluidos los peligrosos, que causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a las personas, o daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas o a animales o plantas; d) la explotación ilícita de instalaciones en donde se realice una actividad peligrosa y que, fuera de dichas instalaciones, cause o pueda causar la muerte o lesiones graves a las personas, o daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas o a animales o plantas; e) la fabricación, el tratamiento, el almacenamiento, la utilización, el transporte, la exportación o la importación de materiales nucleares u otras sustancias radiactivas peligrosas que causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a las personas, o daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas o a animales o plantas; f) la posesión, apropiación, daño o matanza ilícitos o el comercio de especies protegidas de la fauna y la flora silvestres o de partes de las mismas, al menos cuando estén amenazadas de peligro de extinción como se define en la legislación nacional; g) el comercio ilícito de sustancias que agotan la capa de ozono [...]».

11 — Este apartado cita, a título de ejemplo, la prohibición a una persona física de desempeñar una actividad que requiera la autorización o la aprobación oficial, así como la de crear, gestionar o dirigir una empresa o fundación, «cuando los hechos que originen la condena demuestren un riesgo evidente de que dicha persona pueda volver a cometer el mismo tipo de actividad delictiva».

12 — En su apartado 1, confía a cada Estado miembro la adopción de «las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan considerarse responsables por las conductas indicadas en los artículos 2 y 3, cometidas en su provecho por cualquier persona, actuando a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, que ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica basado en: a) un poder de representación de dicha persona jurídica, o b) una autoridad para adoptar decisiones en nombre de dicha persona jurídica, o c) una autoridad para ejercer el control en el seno de dicha persona jurídica, así como por complicidad o instigación en la comisión de las conductas indicadas en el artículo 2». El apartado 2 añade que, «además de los casos previstos en el apartado 1, cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que una persona jurídica pueda ser considerada responsable cuando la falta de vigilancia o de control por parte de una de las personas a las que se refiere el apartado 1 haya hecho posible que una persona sometida a la autoridad de la persona jurídica de que se trate cometa las infracciones indicadas en los artículos 2 y 3 en provecho de dicha persona jurídica».

13 — «Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que a la persona jurídica considerada responsable en virtud de lo dispuesto en el artículo 6 le sean impuestas sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán multas de carácter penal o administrativo, y podrán incluir otras sanciones tales como: a) exclusión del disfrute de beneficios o ayudas públicas; b) prohibición temporal o permanente del desempeño de actividades mercantiles; c) vigilancia judicial; d) disolución judicial; e) obligación de adoptar medidas específicas para evitar las consecuencias de la conducta en la que se basa la responsabilidad penal.»

quinto, explicándose en el séptimo que el Consejo la estudió, pero no la aprobó, porque superaba las competencias otorgadas por el Tratado CE a la Comunidad.¹⁴

23. El artículo 8 se refiere a la competencia jurisdiccional por razón del territorio, mientras que el 9 concierne a la extradición y al enjuiciamiento si un Estado miembro no entrega a sus nacionales.

III. El procedimiento ante el Tribunal de Justicia

24. Además de la Comisión y del Consejo, se han incorporado a este proceso en calidad de intervinientes, habiendo formulado también observaciones escritas, el Parlamento Europeo, el Consejo Económico y Social, Alemania, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, los Países Bajos, Portugal, el Reino Unido y Suecia.

25. En la vista, que tuvo lugar el 5 de abril de 2005, comparecieron, para expresar oral-

14 — De estas explicaciones del preámbulo de la norma y de algunas afirmaciones vertidas en la vista se colige que la propuesta de Directiva no llegó a buen puerto, porque hubo disensiones entre los Estados miembros, sin que se alcanzara una posición unánime.

mente sus alegaciones, los representantes de las partes recurrente y recurrida, así como los agentes de los coadyuvantes, excepto los del Gobierno heleno y del Consejo Económico y Social.

IV. Análisis del recurso

A. La delimitación del debate

26. La controversia se centra en los artículos 1 a 7 de la Decisión marco, quedando al margen los artículos 8 a 12. No se discute la competencia del Consejo de la Unión para adoptarlos,¹⁵ sino su deber de

15 — No obstante, esta competencia no aparece tan evidente en el Tratado UE, ya que el artículo 29, al permitir a la Unión aproximar los derechos penales de los Estados miembros, se remite a la letra e) del artículo 31, que alude a las reglas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas. El Consejo ha aprobado varias decisiones marco en las que coordina el castigo de determinadas conductas. En el ámbito de la delincuencia económica, pueden citarse la Decisión marco 2000/383/JAI, de 29 de mayo de 2000, sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro (DO L 140, p. 1), modificada por la Decisión marco 2001/888/JAI, de 6 de diciembre de 2001 (DO L 329, p. 3); la Decisión marco 2001/413/JAI, de 28 de mayo de 2001, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo (DO L 149, p. 1); y la Decisión marco 2001/500/JAI, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, el seguimiento y el embargo, la incautación y el decomiso de los instrumentos y de los productos del delito (DO L 182, p. 1). La lucha penal frente al terrorismo integra el objeto de la Decisión marco 2002/475/JAI, de 13 de junio de 2002 (DO L 164, p. 3), y la trata de seres humanos, el de la Decisión marco 2002/629/JAI, de 19 de julio de 2002 (DO L 203, p. 1). Por su parte, la protección de las víctimas en los casos de inmigración ilegal se aborda en la Decisión marco 2002/946/JAI, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el entorno penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares (DO L 328, p. 1). La Decisión marco 2003/568/JAI, de 22 de julio de 2003, armoniza las legislaciones nacionales para perseguir penalmente la corrupción en el sector privado (DO L 192, p. 54). Finalmente, la defensa penal frente a los ataques contra los sistemas de información se regula en la Decisión marco 2005/222/JAI, de 24 de febrero de 2005 (DO L 69, p. 67).

abstenerse en virtud de la primacía del derecho comunitario, proclamada en el artículo 47 UE,¹⁶ pues la Comunidad se encontraría habilitada por el Tratado de Roma para imponer a los Estados miembros una respuesta penal frente a ciertos atentados contra el medio ambiente.

27. El debate se desplaza, por tanto, del tercer al primer pilar, para analizar si hay algún título jurídico que permita a la Comunidad intervenir en la materia, neutralizando las competencias de la Unión. En este punto también hay consenso sobre la inexistencia en el derecho comunitario de un poder general, expreso o implícito, para sancionar penalmente.¹⁷

28. Por otro lado, todos reconocen a la Comunidad, al cobijo del principio de cooperación leal, recogido en el artículo 10 CE, para garantizar la efectividad de su ordenamiento jurídico, la posibilidad de constreñir a los Estados miembros a reprimir las conductas que lo vulneren. Las partes y sus coadyuvantes polemizan, sin embargo, sobre si dicho poder la habilita para obligarlos a tipificar hechos delictivos.

29. La solución requiere un examen riguroso de las sentencias que atribuyen a las Instituciones comunitarias capacidad normativa en el derecho correccional.

B. La jurisprudencia acerca de la potestad sancionadora de la Comunidad

16 — Téngase en cuenta que el artículo 29 UE define el objetivo de la Unión, «sin perjuicio de las competencias de la Comunidad Europea», de modo que, si surge algún conflicto, prevalecen estas últimas. Benzo Sáinz, F.: «El título VI del Tratado UE: instrumentos, instancias decisorias e instituciones comunitarias en el tercer pilar», en *El tercer pilar de la Unión Europea. La cooperación en asuntos de justicia e interior*, Ministerio del Interior, Madrid, 1997, p. 24, defiende que, a la luz de este precepto, las vías de acción del mencionado título VI no son las únicas posibles para el logro de los fines que se persiguen, debiendo utilizarse exclusivamente cuando no se obtengan por los cauces tradicionales del derecho comunitario.

17 — La sentencia de 11 de noviembre de 1981, Casati (203/80, Rec. p. 2595), indicó que, en principio, la legislación criminal es atribución 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, p. 232, y Dannecker, G.: «Strafrecht in der Europäischen Gemeinschaft», en *Juristenzeitung*, 1996, p. 869, sostienen que la doctrina se muestra unánime en este particular. En 1972, Bigay, J.: «Droit communautaire et droit pénal», en *Revue trimestrielle du droit européen*, 1972, n.º 4, p. 734, subrayaba que el Reglamento n.º 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.

30. La sentencia Amsterdam Bulb¹⁸ advirtió que, en ausencia de una previsión expresa en el ordenamiento jurídico comunitario para castigar su incumplimiento por los particulares, las legislaciones nacionales pueden disponer las sanciones que estimen apropiadas (apartado 33).¹⁹ Este aserto se funda en el deber de los Estados de asegurar, a tenor del artículo 5 del Tratado CE (actualmente artículo 10 CE), el respeto de sus compromisos europeos (apartado 32).

18 — Esta sentencia se dictó el 2 de febrero de 1977, en el asunto 50/76, siendo publicada en la Recopilación, p. 137.

19 — Se trataba de una regulación neerlandesa que penaba las infracciones a la reglamentación comunitaria sobre precios mínimos en la exportación de determinados bulbos.

31. El abogado general Capotorti en las conclusiones de ese asunto arroja luz sobre la razón del anterior pronunciamiento. En el punto 4, después de recordar que, conforme a la jurisprudencia, los países miembros se han de abstener de tomar medidas que modifiquen un reglamento comunitario, incluso si lo hacen para preservar su aplicación, explica que el pronóstico de una pena no altera su alcance, porque toda norma represiva accesoria de una regla principal de conducta se basa en la hipótesis de un comportamiento que la contradiga y, por consiguiente, la presupone con el contenido que le es propio. Más adelante añade que la distinta protección que, por esta vía, se ofrece deriva de las diferencias existentes entre los regímenes nacionales, a los que el artículo 5 del Tratado apela para respaldar la efectividad del derecho comunitario. Como colofón, señala que el único límite a la introducción de correctivos por los Estados miembros se encuentra en la hipótesis de que las normas comunitarias los consideren.

32. Sobre tres ideas bascula, pues, la sentencia *Ámsterdam Bulb*: 1) corresponde al derecho comunitario el diseño sancionatorio que proteja su eficacia; 2) en su ausencia, los Estados miembros despliegan los medios de esa naturaleza que estimen procedentes; 3) quedando a su elección las modalidades que entiendan más apropiadas, aunque las divergencias sean inherentes al sistema.

33. La primera idea descansa en la conjetura de que la sanción comunitaria se impone con la fuerza propia del instrumento jurídico empleado, ya reglamento, ya directiva. Pero, como la Comunidad carece de competencias penales, ha de ceñirse a organizar castigos de naturaleza civil y administrativa. Así se infiere de las palabras del abogado general Capotorti cuando termina el aludido punto de sus conclusiones, aduciendo que el hecho de que un Estado miembro sume preceptos criminales a la reglamentación comunitaria, con la intención de afianzar su respeto, no vulnera los principios informadores del derecho de la Comunidad, siempre que, me parece oportuno agregar, se salven las cautelas que presiden el ejercicio de toda potestad punitiva y, en particular, la regla *ne bis in idem*.²⁰

34. En el asunto *Comisión/Grecia*, conocido con el nombre de «Maíz griego»,²¹ el

20 — Sobre la operatividad de este derecho cuando se corrige una misma conducta desde ordenamientos jurídicos distintos, véanse las conclusiones que dicté en los asuntos C-213/00 P, *Italcementi/Comisión*, C-217/00 P, *Buzzi Unicem/Comisión* y C-219/00 P, *Cementir/Comisión*, en los que se pronunció sentencia el 7 de enero de 2004, aún no publicada en la Recopilación. Y, en particular, en el ámbito del tercer pilar y del acuerdo Schengen, las que presenté en los asuntos acumulados C-187/01 y C-385/01, *Gözütok y Brügge*, cuya sentencia se pronunció el 11 de febrero de 2003 (Rec. p. I-1345).

21 — Según la sentencia de 21 de septiembre de 1989 (68/88, Rec. p. 2965), el mencionado Estado miembro incumplió sus cometidos, entre otras razones, por no incoar procedimientos penales o disciplinarios contra las personas que participaron en la realización y en el encubrimiento de algunas operaciones, que permitieron eludir el pago de las exacciones reguladoras agrarias adeudadas respecto a ciertas partidas de maíz importadas de un tercer país en mayo de 1986.

Tribunal de Justicia retomó la fórmula del apartado 32 de la sentencia Amsterdam Bulb, sin citarla (apartado 23), añadiendo dos requisitos para la legitimidad de las medidas disciplinarias nacionales en defensa del orden comunitario: 1) que las infracciones se sancionen en condiciones de fondo y de procedimiento análogas a las de las contravenciones al derecho interno de índole e importancia similares; y 2) que confieran un carácter efectivo, proporcionado y disuasorio al castigo (apartado 24). En las conclusiones de ese asunto, el abogado general Tesauro había adelantado que el artículo 5 del Tratado comporta para los Estados miembros el deber de punir adecuadamente a los autores de las violaciones del derecho comunitario, de forma que su vigor no se debilite (punto 12, segundo párrafo).²²

35. Así pues, los Estados miembros tienen el camino abierto para acabar con los comportamientos contrarios al ordenamiento jurídico de la Comunidad, tanto si este último guarda silencio sobre el particular, como si encierra previsiones expresas; la regulación nacional supone un *plus* de protección, pero, como ya se había anunciado en el apartado 17

de la sentencia Drexel,²³ el derecho comunitario marca ciertos límites, reclamando que la represión se equipare a la empleada frente a las infracciones domésticas (principio de asimilación o de equivalencia) y, además, sea eficaz.

36. El auto de 13 de julio de 1990, Zwartveld y otros,²⁴ recaído en un incidente de asistencia judicial promovido por el Rechter-commissaris del Arrondissementsrechtbank de Groningen, atribuyó a la sentencia «Maíz griego» una afirmación que no aparece en su letra, pero que flota en su espíritu y en el del pronunciamiento Amsterdam Bulb: los Estados pueden y deben garantizar el respeto del Tratado, recurriendo, cuando proceda, a las sanciones penales (apartado 17).

37. El recorrido parece cerrarse con la sentencia de 8 de julio de 1999, Nunes y de Matos,²⁵ en la que se afrontó una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Círculo de Porto, con objeto de averiguar si un país miembro está facultado para incriminar unas conductas contrarias a los intereses patrimoniales de la Comunidad, cuando la normativa europea sólo les otorga un reproche civil. El Tribunal de Justicia

22 — La doctrina de esta sentencia se reproduce en la de 10 de julio de 1990, Hansen (C-326/88, Rec. p. I-2911), apartado 17, resolviendo una cuestión prejudicial suscitada en un proceso penal seguido en Dinamarca contra un empresario por infracción del Reglamento (CEE) n.º 543/69 del Consejo, de 25 de marzo de 1969, relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los transportes por carretera (DO L 77, p. 49; EE 07/01, p. 116). La sentencia decidió que ni dicho Reglamento ni los principios generales del derecho comunitario suponen un obstáculo para la aplicación de las normas nacionales que retribuyen a un empleador, cuyo conductor ha vulnerado la duración máxima diaria y el régimen de descanso, siempre que el castigo sea análogo al fijado para la infracción del régimen interno y resulte proporcionado a la gravedad de la contravención (parte dispositiva).

23 — Sentencia de 25 de febrero de 1988 (C-299/86, Rec. p. 1213).

24 — Asunto C-2/88 Imm, Rec. p. I-3365.

25 — Asunto C-186/98, Rec. p. I-4883.

declaró que las intervenciones auspiciadas por el artículo 10 CE incluyen las reacciones de índole penal, precisando que:

- si el derecho comunitario no incorpora medidas para asegurar el cumplimiento de sus normas, los Estados quedan obligados a preverlas; si las incorpora, los Estados miembros asumen un papel complementario orientado a reforzar la protección de esas normas;
- la elección de la clase de sanción compete a las autoridades nacionales, aunque ha de ser comparable a la de las vulneraciones del derecho interno de naturaleza e importancia similares, además de revelarse práctica, adecuada y desalentadora.

38. En resumen, no le falta razón al Consejo ni a quienes lo apoyan cuando alegan que la jurisprudencia no reconoce, de manera explícita, ninguna potestad comunitaria para exhortar a los Estados miembros a tipificar las conductas que obstaculicen la realización de los objetivos marcados en los Tratados.

39. Al mismo puerto se llega si se surcan las aguas del derecho comunitario derivado.

C. *El derecho derivado*

40. El artículo 1, apartado 2, del Reglamento (CEE) n° 2241/87 del Consejo, de 23 de julio de 1987, por el que se establecen ciertas medidas de vigilancia respecto a las actividades pesqueras,²⁶ así como el artículo 31, apartado 1, del Reglamento (CEE) n° 2847/93 del Consejo, de 12 de octubre de 1993, por el que se instauro un régimen de control aplicable a la política pesquera común,²⁷ que reemplaza al anterior, dejan a los Estados miembros libertad para elegir la sanción a las infracciones de las normas que disciplinan dicha política. Esta interpretación se confirma, en lo que se refiere al primero de los mencionados Reglamentos, en la sentencia de 1 de febrero de 2001, Comisión/Francia,²⁸ donde se analizó si las acciones, unas administrativas y otras penales, acordadas en la normativa interna, se ajustaban a los compromisos comunitarios en materia de conservación y control de los recursos piscícolas.

41. Por su parte, la Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales,²⁹ después de señalar que dicho fenómeno se ha de combatir principalmente desde el derecho penal (considerando cuarto), sólo requiere a los Estados miembros salvaguardar la plena aplicación de su contenido, decretando sanciones para los casos de

26 — DO L 207, p. 1.

27 — DO L 261, p. 1.

28 — Asunto C-333/99, Rec. p. I-1025.

29 — DO L 166, p. 77.

infracción (artículo 14), sin perjuicio de las regulaciones más estrictas para evitar tales conductas (artículo 15).

delimitación cuando se la proyecta sobre realidades concretas, singularmente si se tiene en el horizonte la finalidad a la que sirve.

42. La Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares,³⁰ les pide castigar, con «sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias», la autoría, la complicidad, la provocación y la tentativa de determinados comportamientos (artículos 1 a 3), matizándose en la Decisión marco 2002/946/JAI,³¹ el carácter penal de esa persecución.

45. La fórmula empleada por el Tribunal de Justicia no es casual, porque, refiriéndose a la efectividad, a la proporcionalidad y al carácter disuasorio de la corrección, alude a los requisitos básicos para que la norma comunitaria alcance, no obstante su vulneración, una aplicación sin fisuras. Además, a la vista de que toda condena se orienta hacia un doble objetivo de prevención general y especial, retribuyendo al responsable con el instrumento jurídico adecuado y conminando a la colectividad con un castigo de la misma especie si se incurre en un comportamiento igualmente reprochable, el catálogo de posibles sanciones se antoja muy amplio.

43. En ocasiones la corrección penal se hace imprescindible por ser la única que reúne las condiciones esbozadas en la sentencia «Maíz griego» de resultar «efectiva, proporcionada y disuasoria».

46. En algunos casos, basta con la restitución de la situación anterior a la contravención. Pero esta consecuencia, que carece de naturaleza represiva en sentido estricto y a la que suele denominarse «sanción civil», necesita a menudo, para lograr aquellos objetivos preventivos, el complemento de castigos *stricto sensu*, cuya intensidad ha de variar en función de la relevancia del bien jurídico atacado y del rechazo social a la conducta infractora.

D. El concepto jurídico indeterminado «sanción efectiva, proporcionada y disuasoria»

44. Esta noción, considerada en abstracto, muestra unos perfiles indefinidos, pero, como todas las de su clase, permite su

47. Según la magnitud de la respuesta, se distingue entre sanciones penales —las de mayor grado— y administrativas. Unas y otras

30 — DO L 328, p. 17.

31 — Citada en la nota 15.

constituyen manifestaciones del *ius puniendi* del Estado y obedecen a los mismos principios ontológicos;³² sin embargo, el menor rigor de las segundas relaja las garantías que deben rodear su imposición, sin perjuicio de que, como anuncié en las conclusiones del caso Comisión/Grecia,³³ en ambos supuestos se han de observar principios similares.³⁴

reconocidos por el ordenamiento comunitario,³⁵ aunque dejando a salvo que esa regla general ceda en los casos notorios,³⁶ en los que, por su evidencia, la Comunidad está legitimada para llevar a cabo la apreciación.

48. Parece evidente que, al hilo de lo insinuado por el Consejo y algunos de sus coadyuvantes, no existe nadie mejor situado para apreciar la virtualidad, la adecuación y la capacidad de una reacción represiva que los poderes nacionales de producción normativa. Así lo he defendido cuando se ha tratado de juzgar, a la luz del principio de efectividad, la suficiencia de determinados plazos procesales nacionales para el ejercicio de acciones en defensa de los derechos

49. No cabe olvidar que la protección del orden comunitario incumbe a sus Instituciones, aunque nada les impide instar a los Estados miembros a reprimir las acciones que lo vulneren. Únicamente en la medida en la que, por falta de los elementos de juicio imprescindibles, no pueda facilitarse la respuesta más conveniente, se atribuye la labor a los legisladores nacionales. A *sensu contrario*, si la determinación del castigo «efectivo, proporcionado y disuasorio» es notoria, ninguna razón sustantiva empece realizar la elección a quien dispone de la competencia material.³⁷

32 — La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de España niega, desde antiguo, toda diferencia metafísica entre ambas categorías. En este sentido puede consultarse la sentencia de 9 de febrero de 1972, pronunciada en un momento en el que el sistema jurídico español carecía de muchos de los resortes propios del Estado de derecho y que empleó esa equiparación para sujetar la imposición de las sanciones administrativas a gran parte de las cautelas exigidas en el castigo penal. García de Enterría, E., y Fernández, T.R.: *Curso de derecho administrativo*, vol. II, 7ª ed., Madrid, 2000, p. 163, informan de que las primeras experimentaron una inusitada extensión durante la dictadura del general Primo de Rivera, la II República y el franquismo, que las utilizaron como medio ordinario de lucha contra la oposición política.

33 — Asunto C-387/97, cuya sentencia se pronunció el 4 de julio de 2000 (Rec. p. I-5047).

34 — El Tribunal Constitucional español entiende que las formas que se predicán del proceso penal son operativas en el procedimiento administrativo sancionador, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del derecho a un juicio justo [sentencias 18/1981 (BOE nº 143, de 16 de junio de 1981) y 181/1990 (BOE nº 289, de 3 de diciembre de 1990)], sin perjuicio de la pertinente adaptación a su naturaleza peculiar [sentencias 2/1987 (BOE nº 35, de 10 de febrero de 1987); 29/1989 (BOE nº 50, de 28 de febrero de 1989); 181/1990, ya citada; 3/1999 (BOE nº 48, de 25 de febrero de 1999) y 276/2000 (BOE nº 299, de 14 de diciembre de 2000)].

35 — Véanse mis conclusiones en los asuntos en los que recayeron las sentencias de 24 de septiembre de 2002, Grundig Italiana (C-255/00, Rec. p. I-8003), puntos 27 a 29, y de 17 de junio de 2004, Recheio (C-30/02, aún no publicada en la Recopilación), puntos 23 a 35.

36 — Puntos 27 de las conclusiones Grundig Italiana y 29 de las conclusiones Recheio.

37 — El titular de esta competencia ha de reunir, en principio, la de carácter instrumental. La representante del Gobierno finlandés ha insistido en la vista en que el derecho criminal no es una herramienta, teniendo sustantividad propia, pero este planteamiento no deja de traslucir un mero nominalismo, ya que, como toda norma represiva, la penal se encuentra al servicio de un fin que la trasciende y al que sirve. La sentencia de 27 de octubre de 1992, Alemania/Comisión (C-240/90, Rec. p. I-5383), apoyándose en otras precedentes, faculta a la Comunidad, en el ámbito de sus atribuciones (en el caso se trataba de la política agrícola común), para definir las sanciones aplicables por las autoridades nacionales a los operadores económicos culpables de fraude (apartados 11 a 13).

50. En otras palabras, no se vislumbra ningún inconveniente para comprender que la represión adecuada para, por ejemplo, los atentados a la vida o la corrupción de menores ha de revestir carácter penal, por lo que, si los bienes jurídicos tutelados en esas infracciones constituyeran uno de los objetivos de la Comunidad, nadie discutiría la capacidad de sus instancias normativas para exigir a los Estados miembros la persecución por el cauce criminal.

51. El siguiente paso radica, pues, en indagar si la tutela del medio ambiente, cuya titularidad comunitaria, a la vista de lo expuesto en los anteriores puntos 6 a 9, no ofrece duda, requiere un abrigo penal. En este análisis se ha de insertar su proceso de «comunitarización».

E. La tutela medioambiental en la Comunidad

52. En las conclusiones leídas el 30 de noviembre de 2004, en el caso Deponiezweckverband Eiterköpfe, en el que se ha pronunciado sentencia el 14 de abril de 2005 (C-6/03, aún no publicada en la Recopilación) he adelantado que, si bien el entorno natural y su preservación no infundieron gran preocupación a los redactores de los Tratados, no hubo que esperar mucho tiempo para que, en el año 1972, la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno, que tuvo lugar en París, decidiese

instaurar una política propia en el sector,³⁸ sugiriendo emplear la cobertura ofrecida por los artículos 100 y 235 del Tratado CE³⁹ (actualmente artículos 94 CE y 308 CE).

53. El Tribunal de Justicia recogió el testigo y fundó las normas sobre esta materia en el citado artículo 100,⁴⁰ declarando, en la sentencia ADBHU,⁴¹ que la protección del medio ambiente debe considerarse como «uno de los objetivos esenciales de la Comunidad» (apartado 13), idea que se repitió años más tarde, una vez aprobada el Acta Única Europea,⁴² en la sentencia Comisión/Dinamarca (apartado 8).⁴³

38 — Este inicial vacío normativo provocó serias dudas en la búsqueda de una base jurídica para el derecho comunitario ambiental, que en la doctrina española ha descrito Bravo-Ferrer Delgado, M.: «La determinación de la base jurídica en el derecho comunitario del medio ambiente», en *Gaceta Jurídica*, números B-92 y B-93, marzo y abril de 1994, pp. 13 a 20 y 5 a 13, respectivamente. También se ha ocupado de la cuestión Gérardin, D.: «Les compétences respectives de la Communauté et des États membres dans le domaine de l'environnement: base juridique, subsidiarité et proportionnalité», en *Le droit communautaire de l'environnement. Mise en œuvre et perspectives*, París 1998, pp. 33 a 55.

39 — El artículo 100 se manifestaba como el cauce para la armonización de las normas que afectan directamente al establecimiento o al funcionamiento del mercado común y el artículo 235, más amplio, amparaba la adopción de las medidas adecuadas para alcanzar los objetivos comunitarios que no aparecen expresamente en el Tratado.

40 — Según la sentencia de 18 de marzo de 1980, Comisión/Italia (91/79, Rec. p. 1099), apartado 8, 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 falscada.

41 — Sentencia de 7 de febrero de 1985 (240/83, Rec. p. 531).

42 — DO 1987, L 169, p. 1.

43 — Sentencia de 20 de septiembre de 1988 (302/86, Rec. p. 4607).

54. Dicha Acta agregó al Tratado CE una parte específica —el título VII (actualmente título XIX)—,⁴⁴ 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 medio físico.

55. El nuevo panorama situó la tutela de este último en el corazón de la actividad comunitaria, inspirándola e informándola, según recordó la sentencia Comisión/Consejo (apartados 22 y 24),⁴⁵ convirtiéndose, con la firma del Tratado UE en Maastricht, en un fin de la Comunidad.

56. 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 en tanto 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».

57. La preservación de este último ha ofrecido un cauce para que alcancen reconocimiento normativo principios que, como el de precaución y el de acción preventiva (artículo 174 CE, apartado 2, párrafo primero), informan amplias parcelas del derecho comunitario donde la naturaleza, la vida y la integridad de las personas cobran una dimensión universal por la globalización de las amenazas inherentes al progreso tecnológico e industrial.⁴⁶

58. El Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa⁴⁷ mantiene el mismo enfoque. Según el artículo II-97, que trae causa del artículo 2 CE, «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»; el artículo III-119 reitera el contenido del

44 — El título VII se incorporó a la tercera parte del Tratado por el artículo 25 del Acta Única Europea y el artículo 100 A por el artículo 18. Con el Tratado UE (artículo G, punto 28) se transformó en el título XVI.

45 — Sentencia de 11 de junio de 1991 (C-300/89, Rec. p. I-2867).

46 — Sobre el principio de precaución pueden consultarse González-Vaqué, L.: «La definición del contenido y ámbito de aplicación del principio de precaución en el derecho comunitario», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea*, nº 221, septiembre octubre de 2002, pp. 4 a 20. También, mi trabajo *El desarrollo comunitario del principio de precaución*, en prensa.

47 — DO 2004, C-310, p. 1.

artículo 6 CE. Por su parte, los preceptos III-233 y III-234 reproducen sustancialmente los artículos 174 CE a 176 CE.

59. No cabe duda, pues, de que, como he indicado en el punto 51 de estas conclusiones, el «medio ambiente» constituye una competencia de la Comunidad, erigiéndose también en un bien jurídico cuya defensa inspira las demás políticas, actividad tuitiva que puede calificarse, además, de designio esencial del sistema comunitario.

60. La preocupación medioambiental no es exclusiva de Europa, habiendo adquirido dimensión universal.

F. La globalización de la «política ambiental»

61. Numerosos pactos y acuerdos internacionales buscan respuestas para hacer frente al constante deterioro de los ecosistemas y de la vida en el planeta.

62. Sirva como ejemplo el proceso seguido en el seno de las Naciones Unidas⁴⁸ desde la Conferencia celebrada en Estocolmo del 5 al 16 de junio de 1972, jalonado de hitos relevantes. Dicha reunión se convirtió en un gran acontecimiento, al llamar la atención del mundo sobre la gravedad de la situación medioambiental en una Declaración sobre el Medio Humano, en la que se fijan veintiséis principios para la preservación de los recursos naturales.

63. La Carta Mundial de la Naturaleza de 1982⁴⁹ profundizó en la línea marcada, aumentando el compromiso en el contenido de las pautas de actuación y en su incorporación a los ordenamientos jurídicos nacionales.

64. La Declaración de Río, adoptada por los Gobiernos participantes en la Cumbre de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo, que tuvo lugar en dicha ciudad brasileña en junio de 1992, supuso un impulso decisivo. La importancia del marco en el que surge y el amplio consenso logrado para su aprobación le otorgan una especial significación, en cuanto acuerdo universal fruto de la conciencia común, asentada en la necesidad de conservar el planeta para las generaciones futuras.

48 — En este foro, el punto de partida se coloca en la Declaración Universal de Derechos Humanos [proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948], en cuanto declara el derecho a un nivel de vida que asegure la salud y el bienestar (artículo 25, apartado 1). Con mayor calado, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [aprobado por la mencionada Asamblea General en resolución 2002 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, que entró en vigor el 3 de enero de 1976], se refiere a la necesidad de mejorar el medio ambiente como uno de los requisitos para el adecuado desarrollo de la persona (artículo 12, apartado 2, letra b)).

49 — Esta Carta se acordó en resolución 37/7, de 28 de octubre de 1982.

65. La Convención-marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 1992 y el Protocolo de Kioto de 1997, que la desarrolla para reducir la emisión de gases con efecto invernadero,⁵⁰ simbolizan otros dos eslabones importantes en esa cadena imparable, en la que también se engarza el Protocolo sobre la Biodiversidad, firmado en Montreal el 28 de enero de 2000, en la Conferencia de las partes signatarias del Convenio sobre la Diversidad Biológica, resultante igualmente de la Cumbre de Río.

G. El derecho a un medio ambiente adecuado y la responsabilidad pública en su preservación

66. Los conceptos «desarrollo sostenible» y «calidad de vida» empleados en el Tratado CE aparecen íntimamente ligados al de «medio ambiente», aludiendo a una dimensión subjetiva que no puede preterirse cuando se habla de protegerlo y de mejorarlo. En el soporte geofísico que representa el entorno natural, la calidad de vida se afianza como un derecho de los ciudadanos surgido de diversos factores, unos materiales (el uso racional de los recursos y el desarrollo

sostenible) y otros más intelectuales (el progreso y el avance cultural). Se trata de alcanzar una vida digna cualitativamente, una vez superado el límite cuantitativo suficiente para subsistir.⁵¹

67. Así se atisba un derecho a gozar del debido medio ambiente, no tanto del individuo en cuanto tal, sino como miembro de la colectividad, en la que comparte intereses comunes de índole social.⁵² Algunas constituciones de los Estados miembros de la Comunidad en la época en la que se aprobó la Decisión marco recurrida lo reconocen.⁵³ Así, el artículo 20a de la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania⁵⁴ dispone que «el Estado protegerá también,

50 — La Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad y por la que se modifica la Directiva 96/61/CE del Consejo (DO L 275, p. 32), traspone el Protocolo de Kioto en la Comunidad.

51 — De Mendizábal Allende, R.: «Pasado, presente y futuro de la jurisdicción contencioso-administrativa», en *Actualidad Administrativa*, nº 19, 1994, p. 289. Loperena Rota, D.: «Los derechos al medio ambiente adecuado y a su protección», en *Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, nº 3, noviembre de 1999, señala que el medio ambiente apropiado no es fruto del desarrollo social, sino un *præius* de su existencia, conformando un derecho vinculado a la vida humana, sin el que no hay hombre ni sociedad ni derecho.

52 — El reflejo procesal de este fenómeno se manifiesta en la atribución de legitimación a los titulares de «intereses difusos», esto es, de valores de amplia extensión que se refieren a grupos poco precisos en su composición, generalmente anónimos e indeterminados, aunque, con dificultades, determinables. Este cauce, que se ha revelado útil para la tutela jurisdiccional de los consumidores y de los usuarios, en el derecho anglosajón se articula a través de las llamadas *class actions*, que ofrecen una respuesta a las situaciones en las que hay muchos afectados, de manera que, mediante su ejercicio, se pueden hacer valer individualmente y sin apoderamiento formal expreso los afanes compartidos, con trascendencia para todos.

53 — Velasco Caballero, F.: «Protección del medio ambiente en el constitucionalismo europeo», en *Noticias de la Unión Europea*, nº 190, noviembre de 2000, pp. 183 a 190.

54 — *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, aprobada el 23 de mayo de 1949 en la ciudad renana de Bonn por el Consejo Parlamentario (*Parlamentarischer Rat*).

asumiendo la responsabilidad ante las generaciones venideras,⁵⁵ las condiciones naturales de vida en el marco del orden constitucional». En España, entre los principios rectores de la política social y económica, el artículo 45 de la Constitución⁵⁶ proclama el derecho de todos «a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona». ⁵⁷ Con palabras semejantes se expresa el artículo 66, apartado 1, de la Constitución de la República Portuguesa.⁵⁸ En Suecia, el artículo 18, párrafo tercero, del capítulo II de la Ley de 24 de noviembre de 1994,⁵⁹ por la que se reforma el Instrumento de Gobierno, reitera el derecho de acceder a la naturaleza.

dad común en el cuidado de la naturaleza y de la diversidad, así como en el del medio ambiente (artículo 20), al tiempo que las Constituciones griega (artículo 24, apartado 1),⁶¹ neerlandesa (artículo 21)⁶² y portuguesa [artículo 9, letra e)] comprometen a las autoridades en su preservación. En Italia, la obligación de la República de salvaguardar el paisaje, contemplada en el artículo 9, apartado 2, de la Constitución,⁶³ se ha extendido a la custodia del ambiente y del territorio.⁶⁴

68. Este derecho se complementa con los correlativos deberes de las instancias públicas. Ya se han visto los términos de la Ley Fundamental de Bonn. El apartado 2 del artículo 45 de la Constitución española exige a los poderes públicos velar por el empleo racional de los recursos naturales, «con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida, defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva». En la misma línea, la Constitución de Finlandia⁶⁰ alude a la responsabili-

69. La dimensión subjetiva de esta preocupación medioambiental se acoge de forma implícita en la Unión Europea, cuya Carta de los Derechos Fundamentales, de 7 de diciembre de 2000,⁶⁵ después de declarar en el preámbulo que la Unión se funda en los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, inserta en el capítulo dedicado a esta última, junto a los derechos sociales, una norma explicando que sus políticas integran y garantizan, con arreglo al principio de desarrollo sostenible, un alto nivel de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad (artículo 37). Esta previsión,

55 — El subrayado es mío.

56 — Ratificada por referéndum el 6 de diciembre de 1978 (BOE nº 311-1, de 29 de diciembre de 1978).

57 — El Tribunal Constitucional español ha subrayado que este precepto recoge la preocupación ecológica surgida en las últimas décadas en amplios sectores de opinión, plasmada también en numerosos documentos internacionales [sentencia 64/1982, de 4 de noviembre (BOE nº 296, de 22 de octubre de 1982)].

58 — Aprobada por la Asamblea Constituyente, reunida en sesión plenaria, el 2 de abril de 1976.

59 — *Lag om ändring i regeringsformen*, publicada en la *Svensks Författningssamling* (colección legislativa) el 16 de diciembre de 1994.

60 — Esta norma fundamental, que reemplazó a la de 1919, entró en vigor el 1 de marzo de 2000 (Suomen perustuslaki 731/1999).

61 — Constitución de Grecia, votada por la V Cámara de Revisión Constitucional el 9 de junio de 1975.

62 — Ley Fundamental del Reino de los Países Bajos, texto revisado de 19 de enero de 1983 (*Staatsblad* nº 15 a 51).

63 — Constitución de la República Italiana, de 27 de diciembre de 1947.

64 — Merusi, F.: *Comentario della Costituzione*, Roma/Bolonia, 1975, p. 445, y Cavallo, B.: «Profili amministrativi della tutela dell'ambiente: il bene ambientale tra tutela del paesaggio e gestione del territorio», en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2 (1990), p. 412.

65 — DO C 364, p. 1.

como ya he reflejado, forma parte del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa (artículo II-97).

sentencia de 19 de febrero de 1998, asunto Guerra y otros contra Italia,⁶⁹ juzgó que la falta de información oficial sobre la oportuna actitud ciudadana ante las emisiones contaminantes de una industria cercana atenta al referido derecho fundamental (apartado 60).

70. No quisiera acabar este apartado sin subrayar que, al margen de la concepción con la que se revista el derecho a gozar de un medio natural apropiado,⁶⁶ se vislumbra fácilmente su conexión con el contenido de algunos derechos fundamentales. Bastan dos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para corroborar esta idea. La sentencia de 9 de diciembre de 1994, asunto López Ostra contra España,⁶⁷ estimó evidente que atentados graves contra el medio ambiente pueden afectar al bienestar de una persona, impidiéndole el disfrute de su domicilio, lesionando su vida privada y familiar (apartado 51).⁶⁸ La

H. *La reacción penal frente a los atentados graves contra el medio ambiente*

66 — Jordano Fraga, J.: *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1995, analiza las distintas posiciones doctrinales sobre su caracterización (pp. 453 a 499). En la clasificación realizada por Vasak, K.: *Le droit international de droits de l'homme*, 1972, se integraría entre los derechos humanos de solidaridad o de la tercera generación.

67 — Asunto 41/1993/436/515, serie A, 303-C, p. 55. La sentencia de 16 de noviembre de 2004, asunto Moreno Gómez contra España (demanda n° 4143/02), se manifiesta en términos semejantes.

68 — Huelin, J.: «Intimidación personal y familiar, domicilio y medio ambiente», en *Perfiles del derecho constitucional a la vida privada y familiar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1996, pp. 257 a 273, entiende que esta apodictica afirmación de los nueve jueces que, en la ocasión, componían el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene gran calado; significa que, a la vista del supuesto de hecho, la pasividad de los poderes públicos para evitar situaciones en las que una, varias o muchas personas sufren en sus domicilios malos olores, emanaciones de humos y ruidos repetitivos, procedentes de una planta depuradora de aguas y otros residuos que, sin perjudicar gravemente a su salud, deterioran su calidad de vida, es susceptible de vulnerar el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Dicha aseveración del Tribunal de Estrasburgo se anunció en la sentencia de 21 de febrero de 1990, caso Powell y Rainer contra el Reino Unido (asunto 3/1989/163/219, serie A, 172), en la que se sostuvo que el ruido procedente de los aviones de un aeropuerto, en la medida en que disminuye la calidad de la vida y el disfrute del hogar, obliga a tener en cuenta el artículo 8 del Convenio (apartado 40).

71. El panorama descrito ilustra claramente la trascendencia adquirida en los últimos decenios por la llamada «conciencia ecológica». No consta con certeza el alcance real ni el potencial de las alteraciones inducidas por la actividad humana en los ecosistemas, pero se intuye su capacidad para deteriorar o imposibilitar la vida en la Tierra. El hecho de que el hombre y sus ataques a la naturaleza pongan en peligro su perdurabilidad como especie ha resaltado la urgencia de propiciar pautas de comportamiento y de aplicar una «ética ambiental», cuyo objetivo reside en la armónica integración del hombre en el medio en el que se desenvuelve.

69 — Asunto 116/1996/735/932, Rec. 1998-I.

72. Los Estados se sirven de los códigos penales como última *ratio* para defenderse de los ataques a los valores en los que se sustenta la convivencia, habiendo recurrido en los últimos tiempos a criminalizar algunos comportamientos que degradan el entorno natural.⁷⁰ Si se pretende lograr un alto nivel de protección y mejorar la calidad de la vida (artículo 2 CE), parece lógico pensar que el derecho comunitario, a través de las competencias encomendadas a las Instituciones para realizar dichos fines, ha de valerse de la sanción penal en algunos casos como única respuesta «efectiva, proporcionada y disuasoria».

73. En la doctrina ha surgido un cierto consenso sobre la consideración de los ecosistemas como bienes jurídicos de especial relevancia, cuyo amparo se revela esencial para la propia existencia del ser humano, por lo que su conservación y su mantenimiento justifican plenamente la intervención del derecho penal con una garantía específica.⁷¹

70 — El artículo 45, apartado 3, de la Constitución española prevé la persecución penal de los atentados contra el medio ambiente. Apoyándose en este precepto, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha negado que en su defensa el derecho penal desempeñe un papel accesorio y secundario con respecto al derecho administrativo (sentencia de 29 de septiembre de 2001, recurso de casación 604/2000).

71 — De la Mata Barranco, N.: «Derecho comunitario y derecho estatal en la tutela penal del ambiente», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 02-04 (2000). También puede consultarse De la Cuesta Aguado, P.M.: «¿Intervención penal para la protección del medio ambiente?» en *Revista penal on line* (www.geocities.com/icapda/ambiente.htm).

74. Las reacciones administrativas con frecuencia bastan, pero no aseguran una tutela conveniente en todos los casos de daños graves. La pena entraña, en cambio, una presión adicional susceptible de incitar en buen número de ocasiones al respeto de los requisitos y a la proliferación de las prohibiciones legales en el ejercicio de actividades de intensa peligrosidad para el medio. La entrada de la ecología en los códigos persigue además, junto a una elevación de los efectos de la prevención general, remover la conciencia del público sobre la «lesividad» social de los ataques a la naturaleza, reafirmando la aceptación de los bienes jurídicos ambientales autónomos con el mismo rango que los clásicos valores amparados por el derecho penal.⁷² No cabe olvidar la dimensión ética del castigo criminal: cuando se reprende una conducta penalmente, se la reputa acreedora del reproche más intenso por transgredir los fundamentos del sistema jurídico.

75. Atendiendo, pues, a la esencia de la jurisprudencia que otorga a la Comunidad una potestad sancionadora, con capacidad de armonización de las normativas nacionales, al proceso constante de asunción de competencias comunitarias en la tutela del entorno físico⁷³ y a la importancia o a la fragilidad de

72 — De la Mata Barranco, N., en la *op. cit.*, realiza unas atinadas reflexiones sobre el particular. Por su parte, Schmalenberg, F.: *Ein europäisches Umweltstrafrecht: Anforderungen und Umsetzungsprobleme unter Berücksichtigung des Richtlinienvorschlages KOM (2001) 139 endg.*, Berlin 2004, p. 32, relata que la persecución administrativa no alcanza en este ámbito el mismo efecto que la penal.

73 — La lectura del anexo de la propuesta de Directiva sobre la protección penal del medio ambiente revela la amplitud de las competencias comunitarias en la materia.

los valores medioambientales, hay razones suficientes para reconocer a la Comunidad la facultad de exigir a los Estados miembros una respuesta penal frente a determinados comportamientos nocivos para el planeta.⁷⁴

76. El Consejo y quienes lo sostienen en este proceso rechazan tal planteamiento, aduciendo que menoscaba la soberanía de los Estados. Su queja me parece infundada. De entrada, conviene recordar que, como

avanzó la sentencia Van Gend & Loos,⁷⁵ la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico, a favor del cual los países miembros han limitado sus poderes, de modo que la tesis «soberanista» no añade nada nuevo al debate, ni siquiera en el dominio penal. Buena prueba es que el derecho comunitario ha despenalizado numerosas acciones tipificadas en los códigos nacionales, sin que esta «intrusión» haya alarmado a nadie.⁷⁶ Podría añadir aquí una larga lista de supuestos, que están en la mente de todos, en los que, no sólo en el medio penal, el derecho comunitario ha restringido las competencias legislativas estatales: el derecho fiscal y el derecho procesal son dos buenas muestras al respecto.

74 — El 25 de octubre de 1979, en un coloquio sobre las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho penal, celebrado en la Universidad de Parma, Hartley, T.C. no dudó de la capacidad del primero para imponer a los Estados miembros la obligación de aprobar normas penales de incriminación («L'impact du droit communautaire sur le procès pénal», en *Droit communautaire et droit pénal*, Griuflré editor, Milán 1981, pp. 33, 47 y 48). Un buen ejemplo se ofrece en el artículo 30 del Estatuto CE del Tribunal de Justicia, conforme al que la violación del juramento de los peritos y testigos en los procesos judiciales comunitarios ha de tipificarse como delito. Dannecker, G.: *Evolución del derecho penal y sancionador comunitario*, Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 58, resalta la opinión de algunos autores, para quienes el hecho de que la Comunidad Europea carezca de competencias penales no implica su incapacidad para impartir órdenes a fin de que determinadas conductas se castiguen con sanciones de ese carácter. Stortini, L.: «L'environnement: des éléments de droit pénal dans la législation européenne», en *Les nouveaux droits de l'homme en Europe*, 1999, pp. 269 a 268, defiende que, para alcanzar una protección supranacional real del medio ambiente, los Estados han de quedar obligados a abrazar un modelo común. En una perspectiva más amplia, Grasso, G.: *Comunidades Europeas y derecho penal. Las relaciones entre el ordenamiento comunitario y los sistemas penales de los Estados miembros*, coedición de la Universidad de Castilla-La Mancha y de la OPOCE, 1993, pp. 198 y ss., entiende que los países miembros pueden verse abocados por el derecho comunitario a seguir la opción penal. Biancarelli, J.: «Le droit communautaire et le droit pénal», en *Les lundis du droit communautaire*, 21 de junio de 1993, asume que la Comunidad ha de incitar a los Estados a incriminar algunas actuaciones que contradicen sus valores fundamentales. En la teoría, el Gobierno de los Países Bajos mantiene este planteamiento, indicando en el punto 15 de su memoria que la Comunidad puede requerirlos para penar ciertas conductas, siempre que sea imprescindible para la defensa de las disposiciones materiales del Tratado CE, pero en realidad se alinea con el Consejo, porque, en su opinión, en política medioambiental, la amenaza criminal no parece necesaria (punto 16).

77. Esta controversia saca a escena otro tema, que afecta no tanto a los Estados como a los ciudadanos: su derecho a que los

75 — Sentencia de 5 de febrero de 1963 (26/62, Rec. p. 1).

76 — En el coloquio citado en la nota 74, Olmi, G. expuso que el derecho comunitario puede exigir la abrogación de las normas nacionales de incriminación («La sanction des infractions au droit communautaire», en *Droit communautaire et droit pénal*, Griuflré editor, Milán 1981, p. 167). La sentencia de 23 de febrero de 1995, Bordessa y otros (asuntos acumulados C-358/93 y C-416/93, Rec. p. I-361), expulsó de los códigos penales la exportación de monedas, billetes de banco y cheques sin autorización previa. Recuérdese que la sentencia Casati, ya citada, después de reconocer que la legislación penal y las leyes de enjuiciamiento criminal correspondían a los Estados miembros, precisó que no cabía abusar de esas normas para poner en entredicho los objetivos del Tratado (apartado 27), de modo que, como indicaron las sentencias de 16 de febrero de 1978, Schonenberg (88/77, Rec. p. 473), apartado 16, y de 16 de diciembre de 1981, T'ymen, (269/80, Rec. p. 3079), apartado 16, una condena infligida en virtud de un acto legislativo interno contrario al derecho de la Comunidad resultaría, a su vez, incompatible con el propio derecho europeo. A fin de cuentas, tal y como declaró la sentencia de 2 de febrero de 1989, Cowan (186/87, Rec. p. 195), apartado 19, dicho ordenamiento jurídico impone límites a las competencias nacionales, cuyas disposiciones, incluso penales, no pueden restringir las libertades fundamentales del Tratado. Zuleeg, M.: «Der Beitrag des Strafrechts zur europäischen Integration», en *Juristenzeitung*, 1992, p. 762, se apoya en este último pronunciamiento para rechazar la idea de que la materia penal es «exclusiva» de la soberanía estatal.

tipos penales se determinen por los representantes democráticamente elegidos, lo que se traduce en términos jurídicos en el principio de legalidad penal, con su doble dimensión material, de predeterminación normativa de las conductas, y formal, expresada a través de una reserva absoluta en favor del titular del poder legislativo. Con la postura que auspicio la regla *nullum crimen sine lege* permanece incólume, pues la armonización comunitaria requiere la intervención de los parlamentos nacionales para la definitiva incorporación de las previsiones exteriores a su orden jurídico.⁷⁷

78. Tampoco se resiente esa postura cuando los artículos 135 CE y 280 CE, en los sectores de la actividad aduanera y la lucha contra el fraude a los intereses comunitarios, en los que la colaboración estatal debe ser más estrecha e intensa, dejan a salvo «la vigencia de la legislación penal» y «la administración [...] de justicia», expresiones ambas que no aluden al poder de crear normas, sino al de aplicarlas, extremo no cuestionado en este recurso y referido a una competencia que, sin lugar a dudas, corresponde a los jueces titulares de la jurisdicción criminal.

77 — Para Grasso, G., *op. cit.*, p. 218, si las asambleas nacionales rechazaran la normativa comunitaria, provocarían los correspondientes procedimientos de incumplimiento, pero no la sustitución de los preceptos internos disconformes por los comunitarios. Eisele, J.: «Einflussnahme auf nationales Strafrecht durch Richtlinienggebung der Europäischen Gemeinschaft», en *Juristenzeitung* 2001, p. 1160, opina que las normas penales, surgidas de la trasposición de una directiva, se aprobarían siguiendo los cauces soberanamente señalados por cada Estado miembro, por lo que quedarían suficientemente legitimadas desde el punto de vista democrático.

79. Cabría alegar que, al haberse articulado la colaboración penal en el tercer pilar, cualquier actuación en dicho campo, incluso las de la Comunidad, debe encuadrarse en el título VI del Tratado UE, pero a ese silogismo le falta la premisa mayor.

80. El artículo 29 UE diseña una acción coordinada para prevenir y luchar contra la delincuencia a través de tres cauces. Los dos primeros se orquestan en la cooperación policial y judicial, mientras que el último aspira a la aproximación normativa, «de conformidad con lo dispuesto en la letra e) del artículo 31», que se refiere a la adopción progresiva de medidas mínimas relativas «a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas». No hay, por tanto, ya lo he anunciado,⁷⁸ una «competencia universal» de la Unión Europea para armonizar, mediante las decisiones marco a las que alude el artículo 34, apartado 2, letra b), los derechos criminales de los Estados miembros, sino una atribución limitada a determinadas figuras delictivas de alcance transnacional.

81. El tercer pilar pergeña una asistencia operativa de los servicios policiales y judiciales, para combatir de manera más efectiva la delincuencia, mas la aproximación normativa, que trasciende la idea de colaboración e implica un paso de mayor profundidad hacia

78 — Véase la nota 15.

la integración, queda reducida a aquellos elementos que, por su «internacionalización», merecen una respuesta uniforme.

82. Del mismo modo que la Comunidad carece de una competencia general en materia penal, adolece también de una «capacidad natural» del tercer pilar, que, como una fuerza gravitatoria, atraiga todas las cuestiones de esa índole que se susciten en la Unión. El desenlace de la trama ha de ir por otros derroteros en la línea insinuada por la jurisprudencia al construir la potestad sancionadora en defensa del ordenamiento jurídico comunitario.

83. Una vez rechazados los obstáculos esgrimidos por el Consejo y los Estados miembros, el discurso argumental ha de proseguir. Dejando de lado las razones que aconsejan una réplica coordinada, pues las ventajas de una armonización⁷⁹ no se discuten,⁸⁰ procede precisar su alcance. La meta, como se ha visto, radica en facilitar una reacción sancionadora «eficaz, proporcionada y disuasoria» frente a las contravenciones graves de la política comunitaria medioambiental; la represión penal reúne tales notas, por lo que la Comunidad, para garantizar su actividad en este sector, puede constreñir a los Estados

miembros a que así lo hagan, pero, en mi opinión, no se encuentra habilitada para ir más allá. Esta afirmación se sustenta, por un lado, en los fundamentos de la jurisprudencia que reconoce esa atribución y, por otro, en el carácter de sus competencias sobre el medio ambiente.

I. La efectividad del derecho comunitario sólo exige que la persecución sea penal

84. La potestad sancionadora civil, administrativa o penal ha de calificarse de competencia instrumental,⁸¹ al servicio de la efectividad del derecho comunitario.⁸² Si la integridad de este sistema jurídico demanda una vertiente correccional, los Estados miembros deben articular los mecanismos ineludibles a tal fin, cuya naturaleza ha de decidir la Comunidad, siempre que se halle en condiciones de analizar su utilidad para el propósito perseguido, pues en otro caso la tarea incumbe a los poderes normativos nacionales. En relación con el medio

79 — Grasso, G., las expone en la *op. cit.*, p. 223 y 224. Appel, I., *Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft zur Überwachung und sanktionsrechtlichen Ausgestaltung des Lebensmittelstrafrechts und Verwaltungsanktionen in der Europäischen Union*, Trier 1994, p. 165, considera que sólo una penalización uniforme engendra la confianza imprescindible para continuar el proceso de integración europea.

80 — Tanto el Consejo de la Unión como la Comisión apoyan la pertinencia de una respuesta penal compaginada.

81 — En la doctrina alemana se considera que la capacidad para aprobar una directiva de derecho penal medioambiental es «un anexo» del artículo 175 CE. Así, Schmalemborg, F., *op. cit.*, p. 29; Vogel, J.: *op. cit.* en la nota 17, pp. 37 y 47; Appel, I., *op. cit.*, pp. 175 y 178; y Zeder, F.: «Auf dem Weg zu einem Strafrecht der EU?», *Juridikum*, 2001, p. 51. Véase la nota 37.

82 — Zulleger, M., *op. cit.*, p. 762, propugna que los Estados miembros orienten sus ordenamientos hacia la integración, que se vería afectada si se sustrajeran, sin más, del campo de aplicación del derecho comunitario materias tan importantes como el derecho penal.

ambiente, parece claro que la respuesta frente a las conductas que lo lesionan seriamente ha de ser la penal, pero, en el entorno punitivo, la elección del castigo para reprimirlas y para conferir virtualidad al derecho comunitario atañe a los Estados miembros.

85. Una vez que la armonización comunitaria ha introducido tipos uniformes, los ordenamientos nacionales han de sancionar esas conductas prohibidas, indicando los concretos medios represivos vinculados a la infracción, para así restaurar la realidad física y el orden jurídico alterados. En este empeño, nadie aparece mejor emplazado que el legislador nacional, quien, conociendo de primera mano las singularidades jurídicas y sociológicas de su sistema de convivencia, ha de optar, en el marco previamente delimitado por la Comunidad, por la reacción más atinada para la subsistencia del derecho comunitario.⁸³

86. El derecho penal ofrece la única solución «efectiva, proporcionada y disuasoria» frente a las conductas que, como las descritas en el artículo 2 de la Decisión marco, perturban gravemente el entorno, pero, una vez encuadrados en el marco criminal, la precisión de la amonestación sólo puede hacerse en el ordenamiento jurídico nacional, que cuenta con los parámetros imprescindibles para la tarea, puesto que la Comunidad carece, en el

momento actual, de los elementos de juicio necesarios para apreciar el mejor modo de defender los valores medioambientales en cada Estado miembro, basculando entre una privación de libertad, otra restricción de derechos o una carga pecuniaria.

87. Este esquema asigna a la Comunidad la facultad de definir con exactitud el bien jurídico protegido y la índole del reproche, asumiendo los Estados miembros la elaboración de la norma sancionadora,⁸⁴ bien individualmente, bien de forma coordinada a través de la cooperación intergubernamental regulada en el tercer pilar del Tratado UE.

J. La naturaleza de las competencias comunitarias relativas al medio ambiente

88. Las atribuciones en esta materia las comparte la Comunidad con los Estados

83 — Grasso, G., *op. cit.*, p. 219, aconseja una reglamentación dotada de cierta flexibilidad, definiendo los actos reprochables y la tipología de las infracciones y de las sanciones, pero sin llegar a una rigurosa cuantificación.

84 — En la doctrina sigue este planteamiento Jacqué, J.P.: «La question de la base juridique dans le cadre de la Justice et des affaires intérieures», en *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, Institut d'études européennes, Bruselas 2002, pp. 255 y 256. Eisele J., *op. cit.*, p. 1162, cree que el legislador comunitario debe fijar un estándar mínimo al definir la conducta punible, mientras que el legislador nacional ha de señalar el castigo. Grasso, G., *op. cit.*, p. 218, comprende que los órganos de la Comunidad tengan capacidad para procurar una armonización de las disposiciones de carácter penal o para instar la introducción de tipos uniformes, siempre que sea necesario, cuando los Tratados asignen a los citados órganos poderes específicos para la consecución de los fines de la Comunidad. Por otra parte, el derecho comunitario se ha de traducir en el ordenamiento de cada Estado miembro, acogiendo las previsiones incriminadoras supranacionales y estableciendo su castigo en el marco previamente definido. También, Comte, F., *op. cit.*, p. 781.

miembros,⁸⁵ consintiéndose que las legislaciones nacionales sean más rigurosas.

89. El artículo 176 CE, como ya se ha indicado, legitima a los Estados miembros para mantener o decretar reglas de mayor protección, siempre y cuando resulten compatibles con el Tratado y se notifiquen a la Comisión. Por otro lado, el artículo 95 CE les faculta para conservar (apartado 4) o aprobar (apartado 5) disposiciones propias, pese a la existencia de imperativos de armonización, cuando se justifiquen por el cuidado del entorno, comunicándolo a dicha Institución. Finalmente, el artículo 174 CE, apartado 2, párrafo segundo, prevé «una cláusula de salvaguardia que autorice a los Estados miembros a adoptar, por motivos medioambientales, no económicos, medidas provisionales», sometidas a control.

90. En las conclusiones del asunto *Deponezweckverband Eiterköpfe*, ya citadas, he apuntado que los Estados están, pues, llamados a desempeñar un papel importante, dando lugar a la coexistencia de normas

85 — Esta naturaleza, que se deduce de la regulación vigente, se otorga de forma expresa en el artículo 1-14, apartado 2, letra e), del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, de modo que, a tenor de su artículo 1-12, apartado 2, «cuando la Constitución atribuya a la Unión una competencia compartida con los Estados miembros en un ámbito determinado, la Unión y los Estados miembros podrán legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en dicho ámbito. Los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya o haya decidido dejar de ejercerla».

europas con otras de carácter interno, que maticen la legislación comunitaria o la excepcionen para otorgar un *plus* de protección, de manera que parece absolutamente coherente el que, señalado el umbral mínimo por la Comunidad (la respuesta penal a las infracciones), los ordenamientos nacionales la singularicen, la precisen y le infundan el vigor imprescindible para que sirva al objetivo marcado.

K. Los artículos 1 a 7 de la Decisión marco como competencia comunitaria

91. Las anteriores consideraciones aconsejan emitir un juicio sobre los artículos 1 a 7 de la Decisión marco, analizando si su contenido cae en la órbita del derecho comunitario, porque, en tal caso, al aprobarse por el Consejo de la Unión al amparo de los artículos 29 UE, 31 UE, letra e), y 34 UE, apartado 2, letra b), infringen el artículo 47 UE, incurriendo en causa de nulidad.

92. Los artículos 2 y 3 exigen castigar penalmente la realización dolosa y culposa, al menos por imprudencia grave, de siete clases de infracciones perjudiciales para el medio ambiente, caracterizadas en virtud de su relevancia, bien por su capacidad de causar la muerte o lesiones graves a las personas o daños sustanciales a elementos del entorno natural y cultural, bien por

afectar a especies protegidas o a la capa de ozono. Después de lo expuesto, queda claro que la competencia para acordar la mencionada clase de sanción a conductas de esa índole incumbe a la Comunidad. Algo semejante se predica del artículo 4, en cuanto pide la tipificación de las formas de participación distintas de la autoría, así como la provocación a delinquir. Unas y otras previsiones pertenecen al «mínimo armonizador comunitario», porque, delimitando el ámbito subjetivo de la responsabilidad penal, inciden sobre su naturaleza.

93. El artículo 5, apartado 1, al exigir que los comportamientos descritos en los artículos 2 y 3 se repriman con penas efectivas, proporcionadas y disuasorias, se hace acreedor a la misma opinión que los anteriores, ya que, por lo razonado, en estos casos la elección del modelo sancionador –penal, administrativo o civil– corresponde a la Comunidad.

94. No obstante, excede los contornos propios del primer pilar la previsión, incluida en el propio artículo 5, apartado 1, de que las conductas más graves se repriman con privación de libertad, dando lugar a la extradición, pues, dentro del ámbito criminal, pertenece al dominio estatal la elección de la sanción pertinente. Por igual orden de ideas, la consideración de penalidades acce-

sorias que hace el artículo 5, apartado 2, no merece reproche alguno.

95. El artículo 6 regula la responsabilidad, por acción u omisión, de las personas jurídicas en las conductas definidas en los artículos 2 a 4, mientras que el artículo 7 instrumenta su castigo con «sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias», sin detallar su carácter; ambas determinaciones adolecen de la misma tacha que los artículos 2 a 4 y 5, apartado 1. La precisión de perseguir no sólo a las personas físicas, sino también a las jurídicas, concierne al diseño del modelo básico de respuesta frente a las infracciones contra el medio ambiente, que es tarea comunitaria. No obstante, el artículo 7, al enumerar cinco castigos concretos, queda fuera del campo cubierto por el derecho comunitario.

96. Finalmente, el artículo 1 se limita a definir tres conceptos que se emplean en los artículos 2 y 6.

97. Opino, pues, que en la medida en la que la elección de la respuesta penal frente a los atentados graves contra el medio ambiente compete a la Comunidad, el Consejo de la Unión no tiene atribuciones para aprobar los artículos 1 a 4; 5, apartado 1 –salvo la referencia a las penas privativas de libertad y a la extradición–; 6 y 7, primer párrafo, de la

Decisión marco. En consecuencia, el recurso de la Comisión se encuentra fundado, debiendo acogerse y anularse dichos preceptos.

Consejo de la Unión Europea al pago de las costas del proceso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 69, apartado, 2, del Reglamento de Procedimiento.

V. Las costas

98. La estimación del recurso interpuesto por la Comisión conlleva la condena del

99. Los Estados miembros, el Parlamento Europeo y el Consejo Económico y Social, que han intervenido como coadyuvantes, soportarán las suyas propias, a tenor de lo dispuesto en el apartado 3 del mismo precepto.

VI. Conclusión

100. En virtud de las consideraciones precedentes sugiero al Tribunal de Justicia que:

- 1) Estime el recurso de anulación interpuesto por la Comisión de las Comunidades Europeas contra la Decisión marco 2003/80/JAI del Consejo, de 27 de enero de 2003, relativa a la protección del medio ambiente a través del derecho penal, anulándola con el alcance que se infiere del anterior punto 97.
- 2) Condene al Consejo de la Unión Europea al pago de las costas de este proceso, y declare que los coadyuvantes deben hacer frente a las suyas propias.