

ALGUNOS PLANTEAMIENTOS Y REFLEXIONES PRÁCTICAS EN RELACIÓN AL EFECTO DIRECTO DE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS EN MEDIO AMBIENTE Y LA POSIBILIDAD DE APLICAR LAS MISMAS CON EL OBJETO DE COMPLETAR NORMAS PENALES EN BLANCO

Antonio Vercher Noguera*

Resumen: En el presente trabajo se plantean, en esencia, dos problemas de interés. El primero sería la procedencia o no de la aplicación del conocido como efecto directo de las directivas comunitarias, de manera que ello permitiera aplicar la normativa comunitaria en lugar de la nacional, cuando la misma no fuera acorde con la normativa comunitaria ambiental si no se ha transpuesto o se ha hecho incorrectamente. El segundo sería, partiendo de lo dicho, plantear la posibilidad de aplicar directamente la norma comunitaria ambiental, en este caso directivas, para completar las normas penales en blanco, cuando la norma nacional sea contraria a la directiva. Es, pues, sobre estos dos aspectos sobre los que se extiende el presente trabajo, atendiendo a la jurisprudencia comunitaria más reciente, así como a las novedades que en materia penal ha incorporado recientemente el Derecho comunitario ambiental.

Abstract: The objective of this article is twofold: First of all, to analyse the application of the European Union Directives, when they are in contradiction with the legislation of the Member States, which it is something possible through the principle known as “direct effect” of the European

* Doutor em Direito pela Universidade de Cambridge (Inglaterra) e Mestre em Direito (LLM) pela Universidade de Harvard (USA). Professor em diversos Mestrados em Direito Ambiental e Comunitário. Habitual colaborador do Grupo de Estados contra a Corrupção do Conselho da Europa (GRECO). Membro da *carrera fiscal* (Ministério Público), atualmente é *Fiscal de Sala* no Tribunal Supremo espanhol, desempenhando tarefas como Coordenador da *Fiscalía* do Meio Ambiente e do Urbanismo.

Union directives, even when they are environmental directives. Secondly, the article also examines the possible use of environmental directives, following the procedure mentioned above, to complete criminal law legislation for the protection of the environment in Spain. This analysis takes into consideration the most recent decision of the European Union Court of Justice as well as the directives on the use of criminal law for the protection of the environment in Europe.

I Introducción

En primer lugar es importante insistir en el objetivo eminentemente práctico de este trabajo, al margen de los inevitables planteamientos teóricos, que son casi consustanciales a cualquier tema jurídico, casi sin distinción. De hecho, se pretende, sobre todo, proporcionar indicaciones a los operadores jurídicos en aquellos casos en los que se susciten planteamientos conflictivos en relación al Derecho comunitario, y en los supuestos expresados en el título de este trabajo, de manera que puedan disponer de elementos referenciales que les permitan adoptar las decisiones adecuadas al respecto.

Es relativamente frecuente en nuestro país la promulgación o elaboración de normas que están en discordancia, o incluso en contradicción, con el Derecho comunitario, tanto en sus principios como en su contenido concreto. Ello es quizás más frecuente todavía cuando se trata de Derecho ambiental comunitario. Ya en el año 1991, la doctrina ponía de manifiesto que la sensibilidad de la Administración española en temas de medio ambiente dejaba bastante que desear.¹ Posiblemente ello ha sido así debido a que durante largos años la política ambiental española estaba planteada al servicio de una política desarrollista, de manera que no causara el más mínimo trastorno a la firmemente buscada industrialización acelerada del país.² Sin necesidad de ir más lejos, y para demostrar que esa tendencia continúa, al menos en parte, baste con subrayar que se han observado importantes problemas de conflictos normativos en la línea expuesta por parte de algunas Secciones de Medio Ambiente de las Fiscalías españolas,³ especialmente en temas de caza y de aguas, en relación con los cuales sus representantes y especialistas tienen que adoptar decisiones con cierta frecuencia.

En otras ocasiones de lo que se trata no es de resolver un conflicto, sino que lo que se plantea es la posibilidad de utilizar directamente la normativa

¹ Vide, en esa línea, MARTÍNEZ NIETO, D. J.: El Papel de la Administración Española en la Protección del Medio Ambiente. En: Actualidad Administrativa. Nº 40. 28 de octubre – 3 de noviembre de 1991. Párr. 503.

² MARTÍNEZ NIETO, D. J.: Op. cit. Párr. 503.

³ Vide las diferentes Memorias de la Fiscalía Coordinadora de Medio Ambiente y Urbanismo, desde su creación en el año 2006.

comunitaria para completar una norma penal en blanco cuando no hay norma en nuestro país, por ausencia de transposición o por transposición incorrecta de la norma comunitaria.

Se van a analizar en el presente trabajo, por lo tanto, dos supuestos distintos pero que tienen el mismo común denominador que es la aplicación de directivas comunitarias en la práctica y a supuestos concretos. Dicho lo dicho, de lo que se trata, en relación con los mismos, es de proporcionar una serie de pautas que puedan ser de utilidad para los operadores jurídicos, de manera que estén en condiciones de actuar adecuadamente en el contexto jerárquico-normativo introducido por el Derecho comunitario – y que existe desde la incorporación de España a la Unión Europea en el año 1986 –, en aquellos casos en los que se planteen problemas del tipo de los acabados de mencionar. Y no es que no existan soluciones en relación a los mismos, el problema reside, sin embargo, en el hecho de que la propia dinámica evolutiva del Derecho comunitario obliga, con frecuencia, a revisar conceptos, planteamientos y opciones, puesto que se acaban proporcionando soluciones que cambian y evolucionan con el tiempo.

II El actual marco normativo comunitario

Cuando se constituyó el sistema jurídico comunitario, se decidió que el esquema normativo de la hoy conocida como Unión Europea (UE) no debía interferir en los ordenamientos jurídicos nacionales más de lo necesario. Es por ello por lo que, tal como pone de manifiesto Borchardt,

[...] la totalidad del sistema normativo y de acción jurídica de la UE obedece al principio de que en aquellos casos en que es necesaria una normativa común, incluso detallada, para todos los Estados miembros, el acto de la Unión debe sustituir a la norma nacional, pero que en aquellos casos en que no existe dicha necesidad, debe tenerse debidamente en cuenta los ordenamientos vigentes de los Estados miembros.⁴

Lo cual es absolutamente cierto pero no hay que olvidar, sin embargo, el proceso evolutivo que ha dado lugar a la clara preeminencia del Derecho de la Unión frente al Derecho de los Estados miembros, tal como se ha venido indicando por el Tribunal europeo, hoy conocido como Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁵ después del Tratado de Lisboa.⁶ Así se ha venido poniendo de manifiesto a través de la jurisprudencia, especialmente a partir de la sentencia

⁴ BORCHARDT, K. D.: El ABC del Derecho de la Unión Europea. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. 2011. p. 93.

⁵ Anteriormente era conocido como Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

⁶ El Tratado de Lisboa entró en vigor el 1 de diciembre de 2009 y mediante el mismo se fusionaron la Unión Europea y la Comunidad Europea, formando una sola Unión Europea.

Costa/ENEL.⁷ Téngase en cuenta que el Derecho de la Unión – anteriormente conocido como Derecho comunitario, por lo que seguiremos usando ambos términos –, no es Derecho internacional. El Derecho internacional acaba convirtiéndose en Derecho nacional, a través del acto de incorporación del mismo.⁸ El Derecho comunitario, sin embargo, no acaba integrándose en los ordenamientos jurídicos nacionales. El Derecho de la Unión viene establecido con arreglo a las competencias de los Tratados a los que se someten los Estados miembros, y tiene primacía, según lo dicho, sobre los Derechos nacionales que se oponen al mismo. De hecho, no sólo prima incluso sobre el Derecho nacional anterior, sino que desarrolla también un efecto de bloqueo respecto al Derecho establecido posteriormente.

Partiendo de esa base, y refiriéndonos a su sistema normativo de Derecho derivado,⁹ tal como viene perfilado después del Tratado de Lisboa, se puede hablar de actos o disposiciones jurídicas normativas comunitarias que van de una mayor a una menor incidencia en la legislación de los Estados miembros.

En línea con lo acabado de señalar, los instrumentos que permiten una mayor intervención de la Unión Europea en los ordenamientos jurídicos nacionales son los reglamentos, cuyos destinatarios son todos los Estados miembros, así como todas las personas físicas y jurídicas de los mismos. Entre sus efectos destacan que son directamente aplicables y obligatorios, en todos sus elementos, sin necesidad de una normativa especial de aplicación de carácter nacional del Estado.

En segundo lugar están las directivas, las cuales pretenden eliminar las contradicciones entre las disposiciones normativas de los Estados miembros o suprimir sus diferencias, de manera que entre todos ellos se impongan los mismos mínimos materiales. Por ello la directiva solamente es obligatoria respecto a los objetivos que persigue o se propone, teniendo libertad los Estados miembros respecto a la elección de la forma y los medios para alcanzar los objetivos trazados en la Unión en el marco del ordenamiento jurídico nacional. Todo lo cual supone que la directiva debe de transponerse en la normativa nacional, siendo el Estado miembro libre de elegir la forma de la norma o acto interno que estime más apropiado para garantizar el “*efecto útil*” de las directivas. En consecuencia, esa transposición debe realizarse en la forma de

⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1964.

⁸ Según establece el artículo 96.1 de la Constitución Española, “*Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno*”.

⁹ Frente al Derecho derivado, el Derecho primario está integrado por los Tratados de la Unión y los Principios Generales de Derecho. Todo ello sin olvidar la otra fuente de Derecho de la Unión que son los Acuerdos de Derecho Internacional de la Unión Europea.

una disposición normativa lo suficientemente obligatoria que no pueda ser modificada “a discreción” por la Administración nacional.¹⁰ Las directivas pueden ir dirigidas a todos o a algunos Estados miembros.

Cabría hablar, en tercer lugar, de las decisiones, a través de las cuales las instituciones de la Unión pueden exigir a un Estado miembro o a un ciudadano de la Unión que realice o se abstenga de realizar una acción, otorgarle derechos o imponerle obligaciones. La decisión tiene validez individual, es de carácter vinculante, contrariamente a las directivas que sólo son vinculantes respecto al objetivo perseguido, y, por último, obliga directamente a sus destinatarios.

Finalmente las recomendaciones y dictámenes, que permiten a las instituciones de la Unión expresarse de forma no vinculante ante los Estados miembros y, en algunos casos también, ante los ciudadanos de la Unión, sin imponer con ello obligaciones legales a sus destinatarios.

III El efecto directo de las directivas

Podríamos definir el efecto directo de las directivas como una manera eficaz de conseguir la obtención directa e inmediata del resultado buscado por uno de estos actos jurídicos normativos en aquellos supuestos en los que existe reticencia o retraso por el Estado miembro a la hora de transponer el mismo en el Derecho nacional o cuando no se haya efectuado la transposición correctamente.¹¹

El efecto directo del Derecho europeo fue consagrado por el Tribunal de Justicia en la sentencia “*Van Gend en Loos*”,¹² en la que el Tribunal declara que el Derecho comunitario no sólo genera obligaciones para los Estados miembros, sino también derechos para los particulares. En consecuencia, los particulares pueden alegar esos derechos e invocar directamente normas europeas ante jurisdicciones nacionales y europeas. La existencia del efecto directo era lógica, pues, en palabras del Juez Lecourt, antiguo Presidente del Tribunal, las alternativas para el ciudadano de a pie eran las siguientes

¹⁰ Ello supone, y así lo viene poniendo de manifiesto el Tribunal de Justicia, que esa transposición no puede realizarse por medio de instrucciones verbales o por medio de circulares que pueden ser modificadas a voluntad por la Administración. Una correcta transposición de la directiva requiere disposiciones precisas, claras y transparentes, para que los particulares puedan conocer sus derechos y sus obligaciones.

¹¹ VERCHER NOGUERA, A.: Aplicación de las directivas comunitarias sobre medio ambiente. Jurisprudencia y notas. Madrid: Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Número 64. 1992. p. 43.

¹² Sentencia de 5 de febrero de 1963.

[...] o bien la Comunidad es para el mismo una fascinante pero remota abstracción, cuyas normas deben ser aplicadas exclusiva y discrecionalmente por los Gobiernos, o bien la Comunidad es para el ciudadano una auténtica realidad y, en consecuencia, una fuente de derechos para el mismo.¹³

El efecto directo tiene dos posibilidades u opciones que serían el “*efecto directo vertical*” y el “*efecto directo horizontal*”. El primero, es decir el vertical, tiene lugar en las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, lo que implica que los ciudadanos pueden reclamar el efecto de una norma europea frente al Estado. A su vez, el segundo, u horizontal, tiene aplicación en las relaciones entre particulares, lo que permite a un particular reclamar la norma comunitaria ante otro. A su vez, el Tribunal viene permitiendo lo que se define como “*efecto directo completo*”, que supone la admisión tanto del efecto directo vertical como horizontal, o “*incompleto*” que se limita al efecto directo vertical.

La jurisprudencia comunitaria ha puesto de relieve que sólo producen efecto directo las directivas no transpuestas por el Estado miembro en el plazo previsto para la transposición en la propia directiva,¹⁴ cuando sus disposiciones sean claras, precisas e incondicionales y sin margen de apreciación para el legislador nacional, pero, en todo caso, cuando se invocan dichas disposiciones comunitarias por un particular frente al Estado incumplidor, es decir lo que se conoce como efecto directo vertical.

A su vez, esa misma jurisprudencia, especialmente a tenor del caso “*Marshall*”,¹⁵ no ha admitido tradicionalmente el efecto horizontal, es decir que las directivas no transpuestas puedan ser invocadas por las partes en un litigio interno entre particulares. Ese planteamiento es del todo punto lógico, dado que el principio de seguridad jurídica se opone a que las directivas puedan crear obligaciones a cargo de los particulares, dado que sería como responsabilizarles de las omisiones de los Estados miembros. Es por ello por lo que en el caso “*Marshall*” el Tribunal puso de manifiesto, en su momento, que las disposiciones de una directiva solamente pueden crear derechos.

Sin embargo, tal como señala Borchardt, el Tribunal de Justicia ha empezado a relativizar su rechazo al efecto directo de las directivas en las relaciones de Derecho privado, cuando su no transposición incide negativamente en el respeto al Derecho comunitario.¹⁶ En esa línea cabe citar el relativamente

¹³ LECOURT, R.: L'Europe des Juges. Bruselas. 1976. p. 248.

¹⁴ Sentencia de 20 de septiembre de 1990, entre otras muchas.

¹⁵ Sentencia de 26 de febrero de 1986.

¹⁶ Por ejemplo, una empresa que quiere forzar a otra empresa de la competencia a cumplir el Derecho nacional, cuando, a su vez, éste incumple una Directiva. Vide BORCHARDT, K. D.: Op. Cit. p. 98-99.

reciente caso “*Küçükdeveci*”,¹⁷ en el que se planteaba una cuestión prejudicial sobre si el cálculo del período de notificación de un despido excluyendo los años de trabajo acumulados antes de la edad de 25 años se ajustaba al Derecho comunitario. La norma alemana establecía esa posibilidad, como forma de proteger a los trabajadores de más edad. En el caso en cuestión el TJUE respondía a la cuestión prejudicial formulada por un Tribunal alemán, en la que éste, tras exponer que en Alemania los jueces no puede inaplicar por sí solos una ley alemana por colisionar con la Constitución, siendo preceptiva la intervención del Tribunal Constitucional, se preguntaba si podía en cambio inaplicar una ley alemana, por contradecir el Derecho comunitario, sin antes promover una cuestión prejudicial al TJUE. Éste le respondió, como era de esperar, que no es preceptiva la cuestión prejudicial, aunque se vaya a inaplicar una ley, tratándose de tribunales nacionales que no conocen en última instancia.¹⁸ El TJUE determinó, además, que la norma alemana era una norma discriminatoria contra un sector de los trabajadores, que vulneraba el Derecho comunitario (directiva 2000/78), instruyendo a los Jueces alemanes para que no aplicaran la citada norma.¹⁹ Es más, el TJEU instruyó a los Jueces poniendo de manifiesto que en este caso la discrepancia normativa era de tal entidad que debían de resolver directamente en pro del Derecho comunitario, sin necesidad de acudir al Tribunal Constitucional de su país.²⁰

La importancia de la decisión judicial reside en el hecho de que la Directiva 2000/78 sólo se refiere al principio de no discriminación de una manera incidental, lo que en la práctica podría interpretarse como un supuesto de efecto directo horizontal, según manifiesta la doctrina.²¹ En cualquier caso, cierto sector de la doctrina insiste en la necesidad de que se produzca un reconocimiento claro y abierto del efecto directo horizontal por el Tribunal, porque con ello “[...] ofrecería una protección cierta y consistente a los individuos en el sistema legal europeo”.²²

Es interesante traer a colación, en esa misma línea, la reciente sentencia del caso *Amia SpA*, resultado de una cuestión prejudicial interpuesta por

¹⁷ Sentencia de 19 de enero de 2010.

¹⁸ FERRERES COMELLA, V.: El problema del «doble vicio» en que pueden incurrir las leyes nacionales: infracción de la Constitución e infracción del Derecho de la Unión Europea. A propósito del caso *Melki*. En: *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* / 28-2011. p. 58.

¹⁹ Vide los comentarios de FONTANELLI, F.: Some reflections on the choices of the European Court of Justice in the *Küçükdeveci* preliminary ruling. En: *Perspectives of Federalism*. v. 2, sigue 2, 2010. p. 17.

²⁰ Apartado 54 de la sentencia.

²¹ FONTANELLI, F.: Op. cit. p. 21.

²² KRZEMINSKI, V.: *The Küçükdeveci Judgment*. Master Thesis: LLMEuropean Law. Supervisor: Mr. Armin Cuyvers. Universidad de Leiden. Holanda. 21 July 2010. p. 48.

un Tribunal italiano sobre la procedencia o no de aplicar unas disposiciones nacionales, relativas a los costes de explotación de un vertedero, por ser contrarias a las Directivas 1999/31 y 2000/35. El Tribunal Europeo, después de precisar que incumbe al Tribunal italiano efectuar un proceso interpretativo para ver la forma de resolver el litigio entre la norma italiana y la comunitaria, añade que “[...] *si no es posible tal interpretación, el órgano jurisdiccional nacional debe inaplicar, en el litigio principal, cualquier disposición nacional contraria a los artículos 10 de la Directiva 1999/31 y el 1 a 3 de la Directiva 2000/35*”.²³

Todo lo cual es enormemente interesante porque de esta manera se refuerza cada vez más el rol del particular a la hora de exigir el cumplimiento de la norma comunitaria, ante la falta de actuación, o actuación improcedente, del Estado miembro, asumiendo la norma comunitaria, en este caso la directiva, una perspectiva claramente más amplia.

Por lo demás, no debe sorprender ese planteamiento en el que se deja al Juez nacional tan amplio margen de maniobra. Piénsese que es al Juez nacional a quien, en principio, se la atribuye la función de determinar “*in situ*” la existencia o no del efecto directo. Se ha señalado que el Juez nacional se erige, sin lugar a dudas, como un Juez comunitario y que los Tribunales nacionales constituyen el foro ordinario donde tienen lugar los litigios y se desenvuelven las acciones referentes al Derecho comunitario.

IV Aspectos prácticos y reflexiones a tomar en consideración en relación a las directivas y su efecto directo

La incidencia de las directivas en el Derecho comunitario ambiental es de extraordinaria importancia. De hecho, cuando se saca a colación este tipo de Derecho, el concepto “*directiva*” aparece casi de inmediato, como si en el Derecho comunitario no hubiese más que directivas. Ello tiene su razón de ser a tenor del antiguo artículo 100 del Tratado,²⁴ que excluía el uso de los reglamentos. Esa es la causa por la que los raros reglamentos en un inicio existentes en medio ambiente correspondían a menudo al ejercicio por parte de la Unión Europea de sus competencias en materia exterior, es decir, correspondían

²³ Sentencia de 24 de mayo de 2012.

²⁴ El artículo 100 era, junto al artículo 235, los instrumentos más procedentes para una de las bases para la expansión de competencias comunitarias más allá del tenor literal del Tratado. Pues bien, en su momento el artículo 100 TCEE permitía al Consejo adoptar por unanimidad, y a propuesta de la Comisión, directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidieran directamente en el establecimiento o funcionamiento del Mercado Común.

a menudo a un compromiso por parte de la Unión adquirido por convenciones internacionales²⁵ o a medidas relativas a comercio exterior.²⁶ Cuando más tarde entró el vigor el Acta Única nada impedía ya a la Unión el legislar por vía reglamentaria.

La literatura actualmente existente en relación al efecto directo de las directivas es impresionante y no se trata, aquí y ahora, de sintetizar los aspectos jurisprudenciales y doctrinales que se han producido al respecto, ni siquiera los más elementales, habida cuenta precisamente la multitud de aportaciones que se han efectuado en la materia. De lo que sí se trata es de exponer algunos breves comentarios y reflexiones que permitan afrontar con cierta base los problemas que se suscitan cuando se producen irregularidades en temas ambientales. De hecho, desde el desempeño del cometido profesional de cualquier operador jurídico que lidie con esta materia, se puede observar que con que las citadas irregularidades aun no oponiéndose al Derecho nacional o incluso estando amparadas por el Derecho nacional, se vulnera el Derecho comunitario.

Primer aspecto a destacar, a la hora de exponer esos breves comentarios y reflexiones, sería el que, tal como se ha puesto de relieve, la tendencia más apreciable respecto al efecto directo de las Directivas es de expansión y no de retroceso, especialmente cuando se trata de efecto directo vertical.

Segundo aspecto: La jurisprudencia no ha admitido tradicionalmente el efecto directo horizontal, es decir que las directivas no transpuestas puedan ser invocadas por las partes en un litigio interno entre particulares. El Tribunal de Justicia, sin embargo, ha empezado a relativizar su rechazo previo al efecto directo de las directivas en las relaciones de Derecho privado, cuando su no transposición incide negativamente en el respeto al Derecho comunitario

Tercer aspecto: Según se ha puesto de manifiesto por la doctrina, durante el tiempo que transcurre desde su aprobación por las instituciones comunitarias hasta la entrada en vigor de la norma de transposición adoptada por el Estado miembro, existe ya una cierta obligación de respeto al contenido de la Directiva. Tal como se ha señalado:

[...] si bien en aras a la seguridad jurídica, no se puede obligar a ningún Juez a que tome en consideración tales disposiciones, entendemos que existe lo que podríamos denominar una obligación moral de carácter cuasi-jurídico, de ir adoptando los criterios utilizados al emitir sus fallos a la nueva situación creada por la existencia de las Directivas.²⁷

²⁵ KISS, A.: *Droit International de l'Environnement*. París: Pedone. 1989.

²⁶ Por ejemplo el Reglamento CITES, siendo su más reciente redacción el Reglamento (CE) n° 1808/2001, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) 338/97 del Consejo relativo a la protección de especies de fauna y flora silvestre mediante el control de su comercio.

²⁷ MERINO GABEIRAS, C.: *El Efecto Directo Vertical de las Directivas Comunitarias*. En. *INJEF.com – Derecho - El Ciudadano de la Unión Europea*. p. 2.

En esa línea, la doctrina ha venido también a señalar que

[...] las Directivas poseen, frente a los Estados miembros, cierto efecto de bloqueo, incluso antes de que transcurra su plazo de transposición. Con vistas a la obligación que impone una Directiva de que se cumplan unos objetivos y en aplicación del principio básico de lealtad a la Unión (artículo 4 del TUE) los Estados miembros deberán abstenerse, antes de la expiración del plazo de transposición, de todas las medidas que puedan perjudicar gravemente la consecución de tales objetivos.²⁸

Cuarto aspecto: Las Directivas comunitarias ambientales no regulan relaciones de Derecho privado, sino público. Ahora bien, el hecho de que el efecto directo de la disposición de una Directiva de medio ambiente a favor de un particular pueda suponer imperativamente el perjuicio de otro particular, no debe ser motivo de confusión ni debe llevar a considerar que estamos ante relaciones privadas. Es decir, estaríamos ante las conocidas como Directivas de doble efecto, con frecuencia vinculadas al Derecho de la contratación pública o del medio ambiente, y en relación a las mismas sería perfectamente válida la aplicación del efecto directo vertical.

Quinto aspecto: La doctrina, siguiendo a la jurisprudencia, ha efectuado una serie de aportaciones determinando qué Directivas, por su contenido, pueden tener efecto directo y cuáles no. Por ejemplo, se niega el efecto directo a las Directivas cuando ordenan la elaboración de planes y programas, puesto que el contenido de los planes y programas depende del Estado en cuestión o cuando las Directivas permiten mandatos vinculados al poder discrecional de los Estados miembros o de las instituciones comunitarias.²⁹ Por el contrario, tal como viene señalando Krämer, sí tienen efecto directo cuando:

- 1) Fijan valores límites o máximos para los vertidos admisibles, objetivos de calidad o concentraciones máximas de sustancias en medios receptores u otras sustancias o productos.
- 2) Prohíben determinadas actividades o la utilización de determinados productos, por ejemplo cuando establecen la prohibición de utilizar o liberar en el entorno determinadas sustancias.
- 3) Cuando establecen obligaciones de consulta o información a personas afectadas o a la población en general.³⁰

²⁸ BORCHARDT, K. D.: Op. Cit. p. 99.

²⁹ JORDANO FRAGA, J.: Efecto directo horizontal de determinadas Directivas ambientales: la consagración jurisprudencial de la invocabilidad por particulares de las Directivas en relaciones triangulares (Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Qunita) de 7 de enero de 2004 en el Asunto C-201/02). En: Medio Ambiente y Derecho. Revista Electrónica de Derecho Ambiental. Número 11. Diciembre 2004. p. 3-4.

³⁰ KRÄMER, L.: Sobre el Efecto Directo de las Directivas Comunitarias. En: Revista de Derecho Ambiental. Número 7. Enero-junio 1991. p. 12 et seq.

Sexto aspecto: Los jueces pueden aplicar directamente las directivas. De hecho, el efecto directo vertical de las Directivas puede ser invocado directamente por los particulares ante los Tribunales ordinarios.³¹ Cabe señalar, incluso, que el efecto directo de una Directiva puede ser apreciado de oficio por un Juez o Tribunal nacional.³² En esa línea, es interesante insistir, de manera especial, en la anteriormente citada sentencia del caso *Amia SpA*.

V Las directivas comunitarias y las normas penales en blanco

Este sería el segundo supuesto al que se ha hecho referencia en la Introducción del presente trabajo y tiene que ver con la incidencia del Derecho comunitario en el Derecho penal de los Estados miembros a través de las directivas.

Pues bien, si admitimos la posibilidad de aplicar directamente las directivas comunitarias, en aquellos casos en los que no se hayan transpuesto en la normativa nacional de forma adecuada o en el tiempo procedente, según se ha puesto de relieve con anterioridad, la siguiente pregunta sería si esas mismas directivas, llegado el caso y ante el tal tipo de situaciones, pueden ser utilizadas para completar una norma penal en blanco, en lugar de hacer uso de la norma nacional.

Tal como se ha puesto también de manifiesto, el Derecho comunitario constituye un sistema legal que, valiéndose de una constante cesión de soberanía por parte de los Estados miembros que integran la Unión, ha ido evolucionando hacia el objetivo de una mayor integración de los citados Estados. Esa cesión de soberanía ha afectado a ámbitos tan diversos de los ordenamientos nacionales como la propiedad intelectual, el control sobre compra y posesión de armas o los estudios de impacto ambiental. Sin embargo la Unión Europea se ha caracterizado también por ser una institución que ha vivido tradicionalmente de espaldas del Derecho penal, precisamente porque el Derecho penal ha venido siendo una parte de la soberanía inalienable de los Estados miembros. En consecuencia el Derecho penal ha sido siempre una materia sobre la que ha existido toda suerte de obstáculos en aquellos momentos en los que se ha planteado su cesión.

³¹ Sentencia de 5 de abril de 1979.

³² Sentencia de 11 de julio de 1991.

Esta perspectiva ha venido expresándose por el TJUE en los últimos años, si nos atenemos al contenido de las resoluciones judiciales dictadas por el mismo en la materia.³³ De hecho, en el caso más reciente “Galloti e.a.”³⁴ el Tribunal siguió adoptando una actitud de extrema cautela ante todo cuanto signifique Derecho penal, al señalar que

Por una parte hay que indicar que la directiva 91/156 no impone a los Estados miembros ninguna obligación precisa por lo que respecta al régimen de control y de sanciones. No obstante, de ello no puede deducirse que las disposiciones nacionales que sancionen penalmente las infracciones de las obligaciones impuestas por la legislación de adaptación del Derecho interno a la directiva sean incompatibles con esa última. Efectivamente, Los Estados miembros tienen la obligación de elegir, en el marco de libertad que les reconoce el párrafo tercero del artículo 189 del Tratado, las formas y los medios más adecuados para garantizar el efecto útil de las directivas.

Esa situación, sin embargo, no ha estado carente de dificultades. Como ya se ha indicado, raro es el ámbito de la vida cotidiana en los Estados miembros en los que, de una forma u otra, no se haya elaborado normativa comunitaria. Precisamente por ello es inevitable que las disposiciones o resoluciones de los órganos e instituciones de la Unión acaben incidiendo, de una forma u otra, en el Derecho penal, incluso con efectos tanto penalizadores como despenalizadores. Sin embargo, igual que en relación al efecto directo horizontal, el caso “*Marshall*” puso de relieve que una directiva no puede, por sí misma, partiendo de lo dicho en el párrafo precedente, crear obligaciones a cargo de un particular, la jurisprudencia también ha venido poniendo de relieve que no pueden servir para agravar la responsabilidad penal de quienes infringen sus disposiciones.

Como es sabido, las normas penales en blanco, tal como ha señalado el Tribunal Supremo, son aquellas cuyo supuesto de hecho debe ser completado por otra norma producida por una fuente jurídica legítima. Como es sabido también, hay cierta reconocida tendencia a hacer uso de la técnica de las normas penales en blanco para completar la ley penal. Es una forma, según a reconocido cierto sector de la doctrina, de evitar reformas constantes del Código Penal, dado que el legislador deja en manos de otras esferas competentes, en razón de la materia, la determinación del ámbito concreto de su incidencia, remitiendo a normativas extrapenales de complemento que

³³ Es esa línea, la sentencia del Tribunal Europeo de 13 de septiembre de 2005, señalaba, en relación a la ausencia de competencias en Derecho penal por parte de las instituciones europeas, que “... *no sólo no existe a este respecto ninguna atribución expresa de competencia, sino que habida cuenta de la importancia considerable del Derecho penal para la soberanía de los Estados miembros, no puede admitirse que tal competencia hubiera sido transferida implícitamente a la Comunidad cuando se otorgaron competencias materiales específicas, como las que se ejercen de acuerdo al artículo 175 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea*”.

³⁴ Sentencia de 12 de septiembre de 1997.

integran y precisan el supuesto de hecho de la ley penal.³⁵ Por lo demás, las normas penales en blanco han servido para evitar una “*expansión*” indeseada del contenido de los Códigos penales.

Pues bien, hay que partir de la base, tal como ya se ha subrayado en esta exposición, de que los Estados miembros tienen la obligación de transponer las directivas en Derecho nacional, y de que si no se ha transpuesto en el plazo procedente, o si se ha hecho de forma indebida, el efecto directo de las directivas puede servir para deshacer el entuerto. Si ello es así, cabría pues plantearse si ese efecto directo tendría efectividad para completar una norma penal en blanco en aquellos supuestos en los que la norma penal necesita ser completada, por ejemplo, por una norma administrativa, pero sin embargo esa norma administrativa no existe todavía o su contenido es improcedente porque tiene su origen en una directiva que no ha sido transpuesta o lo ha sido de manera incorrecta.

De entrada esta cuestión ha sido tradicionalmente resuelta por el Tribunal Europeo de manera negativa a través de la jurisprudencia abierta con los casos “*Pretore di Saló*”³⁶ y “*kolpinghuis*”,³⁷ entre otros. En esta jurisprudencia, el Tribunal ha venido señalando que las directivas no transpuestas no pueden, por sí mismas, determinar o agravar la responsabilidad penal de persona alguna. En consecuencia, y siguiendo esa corriente jurisprudencial, si se trata de una directiva a través de la cual se restringe la esfera de la libertad del individuo, no puede ser utilizada para completar una norma penal en blanco.

Esa misma perspectiva es expresada en el caso “*Luciano Arcaro*”³⁸ en el que el Tribunal insistía en que

[...] la posibilidad de invocar ante un órgano jurisdiccional nacional la disposición incondicional y suficientemente precisa de una directiva a la que se ha adaptado el Derecho interno sólo existe a favor de los particulares y respecto a todo Estado miembro destinatario. De ello resulta que una directiva no puede crear, por sí sola, obligaciones a cargo de un particular y que una disposición de una directiva no puede invocarse como tal contra dicho particular.

De acuerdo con esa jurisprudencia, el Tribunal declaró, además, que una directiva no puede producir el efecto, por sí misma y con independencia de una ley interna de un Estado miembro adoptada para su aplicación, de determinar o agravar la responsabilidad penal de quienes infringen sus disposiciones.

³⁵ SILVA SÁNCHEZ, J. M.: Legislación Penal Socio-Económica y retroactividad de disposiciones favorables en el caso de las leyes penales en blanco. En: Revista Jurídica de Cataluña. 1994, nº 1. p. 91.

³⁶ Sentencia de 11 de junio de 1987.

³⁷ Sentencia de 8 de octubre de 1987.

³⁸ Sentencia de 26 de septiembre de 1996.

El planteamiento que subyace tras esa postura jurisprudencial, y que ha seguido aplicándose tiempo después,³⁹ es el de que el principio de la aplicación retroactiva de la pena más leve forma parte de las tradiciones constituciones de los Estados miembros. Pero lo que verdaderamente se colige detrás de esta actitud, que ha sido previsible y, hasta cierto punto, comprensible ha sido el temor casi reverencial del supremo órgano judicial europeo a irrumpir en la esfera de la soberanía de los Estados miembros a través de esa significativa, a la vez que intocable, parcela de su sistema normativo que es el Derecho penal.⁴⁰

Paradójicamente, esa actitud de no intromisión tradicionalmente enarbolado por el Tribunal Europeo sería totalmente legítima, desde el punto de vista de la técnica jurídico-legal española, siempre y cuando se cumplieran los requisitos en su momento precisados por el Tribunal Constitucional para completar validamente las leyes penales en blanco. A tal efecto hay que poner de manifiesto que los requisitos que los requisitos en cuestión serían: que exista un reenvío normativo expreso y justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, comprenda el núcleo esencial de la prohibición y, finalmente, que satisfaga la exigencia de certeza, debiéndose dar suficiente concreción para que la conducta delictiva quede suficientemente precisada.⁴¹ Además, el Tribunal Supremo ha venido a precisar, ampliando lo dicho, que la labor de complementación de la norma penal en blanco corresponde en esencia a la autoridad judicial y no necesariamente a la acusación pública o privada.⁴²

Lo cierto es, sin embargo, que, a pesar de lo dicho sobre la relación Derecho penal-Derecho comunitario, lo que sí hemos visto en los últimos años ha sido un aumento cada vez mayor de la incidencia de cuestiones de Derecho penal en el ámbito del Derecho comunitario. De hecho, la ampliación de competencias que el Tratado de Maastrich confirió en su momento a la Unión Europea y, en consonancia con ello, el mayor nivel de cooperación en

³⁹ Sentencia de 3 de mayo de 2005.

⁴⁰ VERCHER NOGUERA, A.: Directivas Comunitarias y Normas Penales en Blanco. En: Actualidad Jurídica Aranzadi. Año V. nº 275. 26 de diciembre de 1995. p. 2.

⁴¹ Sentencias 127/90, de 5 de julio y 62/94, de 2 de febrero.

⁴² Así, en la sentencia de 13 de marzo de 2000, la Sala II del Tribunal Supremo mantiene lo siguiente: *“Es cierto que la contravención de las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente constituyen el elemento normativo del tipo penal y que, en cualquier caso, resulta deseable la concreción por parte de la acusación de la norma vulnerada, pero, a los efectos de la integración del hecho en el tipo delictivo lo que se requiere es la constatación de la existencia de la disposición protectora del medio ambiente vulnerada por la conducta del acusado, y esa función corresponde al juzgador como encargado de la aplicación del derecho, según ha quedado dicho, en la aplicación de los principios da mihi factum, dabo tibi ius y iura novit curia”*.

temas judiciales y policiales, que ya permitía el Título VI del Tratado hacía prever un cambio de actitud por parte del Tribunal de Justicia al respecto, que ciertamente acabó teniendo lugar.⁴³

En cualquier caso, hay un antes y un después en relación al Derecho penal comunitario, especialmente en lo que al medio ambiente se refiere, que es el Sexto Programa de Acción Ambiental, iniciado el 22 de julio de 2002, y con una duración de diez años. En el citado Programa se puso de manifiesto por parte de la Unión Europea el que *“Es preciso combatir enérgicamente el delito ecológico que es el incumplimiento intencionado o por negligencia grave del Derecho comunitario de medio ambiente y sus posibles medidas de aplicación en el Derecho nacional, en particular si es organizado. La Comisión va a organizar una estrategia de dos vías con objeto de establecer sanciones penales a nivel nacional en casos de desobediencia deliberada al Derecho comunitario, con arreglo al primer pilar comunitario, y aproximar las legislaciones de los Estados miembros de lucha contra el delito ecológico organizado, cooperación judicial incluida, con arreglo al tercer pilar comunitario”*.⁴⁴ De todas las formas lo dicho no era del todo novedoso, dado que se trataba de un tema, tal como ya se ha adelantado, sobre el que ya se venía trabajando por parte de las instituciones comunitarias.

Lo que pasó después puede sintetizarse en las dos iniciativas adoptadas para llevar a cabo la propuesta del Sexto Programa de Acción Ambiental, es decir la decisión marco elaborada por Dinamarca en marzo de 2000 y el proyecto de directiva presentado por la Comisión Europea, como Guardiana del Tratado, ambas para la protección penal del medio ambiente como común denominador, pero con una base legal distinta,⁴⁵ tal como se puede fácilmente colegir. De entre estos dos proyectos el Consejo Europeo acabó inclinándose por la decisión marco propuesta por Dinamarca, como era previsible, y, como era también previsible, la Comisión, apoyada por el Parlamento, acabó llevando el tema ante el TJUE con el propósito de conseguir que se aceptara su tesis. El Tribunal le dio la razón a la Comisión y al parlamento.⁴⁶ El Tribunal,

⁴³ Para un análisis más detallado de ese proceso evolutivo, vide VERCHER NOGUERA, A.: Avanzando hacia un Derecho Penal Comunitario. En: Derecho Europeo Medioambiental: La Protección del Medio Ambiente en la Unión Europea. Aspectos Críticos. Director: Antonio Vercher Noguera. Madrid: C.G.P.J. Estudios de Derecho Judicial. Nº 134-2007. p. 45 et seq.

⁴⁴ Véase el artículo 1.3 de la Decisión 1600/2002/CEE.

⁴⁵ La base legal de la propuesta danesa residía en los artículos 29, 31 (e) y 34 (2) (b) del Tratado de la Unión Europea, relativa a la cooperación judicial en temas penales y encuadrada, en consecuencia, dentro del conocido como Tercer Pilar y en el contexto de la cooperación internacional. Por su parte la propuesta de la Comisión se centraba en el artículo 175 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, relativo a la competencia comunitaria en asuntos ambientales; perteneciendo, por el contrario, esa base legal al Primer Pilar.

⁴⁶ Sentencia de 13 de septiembre de 2005.

tras reconocer que la protección del medio ambiente es uno de los objetivos comunitarios primordiales, mantuvo que cuando fuera esencial recurrir a medidas penales efectivas, proporcionadas y disuasorias, el legislador comunitario podrá prescribirlas para garantizar el completo cumplimiento de las normas comunitarias en materia ambiental. A fin de cuentas, según su sentencia, este proceso no es sino un supuesto de armonización de normas de los Estados miembros,⁴⁷ que podrá realizarse, lógicamente, a través de directivas, que es lo que proponía la Comisión.

Pues bien, consecuencia directa de esta nueva perspectiva fue la elaboración de dos directivas con un claro contenido penal. Se trata de la directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de 19 de noviembre de 2008 relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal, así como la directiva 2009/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de octubre de 2009, por la que se modifica la Directiva 2005/35/CE, relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones en la misma previstas. Como es sabido, la reforma del Código Penal español de 22 de julio de 2010 ha servido precisamente, entre otros objetivos, para efectuar la transposición de ambas directivas comunitarias en la parte del Código Penal relativo a la protección del medio ambiente.

El primer efecto de estas dos nuevas disposiciones es que el máximo órgano judicial europeo ya no puede argumentar problemas relacionados con la soberanía de los Estados miembros en materia penal, tal como se ha venido haciendo durante largo tiempo. Más bien todo lo contrario, dado que el artículo 83 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece, en sus primer párrafo, que

El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, normas mínimas relativas a la definición de infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivadas del carácter de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes". A su vez, el apartado segundo del párrafo primero de la norma citada indica que "Estos ámbitos delictivos son los siguientes: terrorismo, trata de seres humanos y explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada.

⁴⁷ Según el apartado 52 de la sentencia de 13 de septiembre de 2005, "*En efecto, de esas disposiciones no puede deducirse que en el marco de la aplicación de la política ambiental, deba excluirse toda armonización penal, por más que sea tan limitada como la que resulta de la decisión marco, incluso cuando tal armonización sea necesaria para garantizar la efectividad del Derecho comparado*".

Es cierto que el delito contra el medio ambiente no viene expresamente citado, pero sí la delincuencia organizada y recuérdese, en ese sentido, que el Sexto Programa de Acción Ambiental se refería a la aproximación de “*las legislaciones de los Estados miembros de lucha contra el delito ecológico organizado*”. Con lo cual cabría comprender la delincuencia ambiental en el contexto legislativo acabado de referir.

Por otra parte, si se procede al examen del Anexo A de la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de 19 de noviembre de 2008 relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal, se podrá fácilmente observar que el mismo incorpora lo que denomina “*Lista de la legislación comunitaria adoptada en virtud del Tratado CE cuya infracción constituye conducta ilícita de conformidad con el artículo 2, letra a), inciso i), de la presente directiva*”. A su vez, el artículo 2, letra a), inciso i) de la directiva, que regula las definiciones, establece que “*...se entenderá por ilícito la infracción...de la legislación adoptada de conformidad con el Tratado CE y citada en el Anexo A...*”. El mismo proceso se sigue en relación con el Anexo II, que remite a los efectos de definir qué es infracción a artículo 2, letra a), inciso ii).

Pues bien, volviendo de nuevo a los Anexos A y B, los mismos incorporan sendas listas que comprende prácticamente la totalidad de las directivas comunitarias en medio ambiente (Anexo A), así como las directivas referentes al uso y utilización de la energía atómica (Anexo B). Recordemos que se trata de normas comunitarias cuya infracción, según la directiva, constituye conducta ilícita. Una terminología similar es la que se viene utilizando en las normas penales en blanco en general, y en particular en Derecho penal ambiental desde el anterior artículo 347 bis del Código Penal, que fue la primera disposición reguladora del delito contra el medio ambiente en España y que exigía que para que hubiera conducta delictiva ambiental, además de realizar la acción descrita en el Código (emisiones o vertidos), la misma debía llevarse a cabo “*...en contravención de las leyes o reglamentos protectores del medio ambiente*”.

VI Reflexión final sobre las directivas comunitarias y las normas penales en blanco

Huelga poner de manifiesto que con estas últimas novedades es difícil imaginar que el TJUE pueda volver por los mismos vericuetos por los que discurría en su andadura anterior. De hecho, no se aprecia obstáculo alguno en virtud del cual una norma penal del banco no pueda ser completada con una

directiva comunitaria ambiental, incluso si la misma no ha sido transpuesta. De hecho, los dos Anexos citados se refieren a la posibilidad de infringir una directiva como tal, y al margen de cualquier transposición, añadiendo además que esa infracción podrá constituir una conducta ilícita.

