

JOSE R. CASABO RUIZ

Catedrático de Derecho Penal y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia.

La capacidad normativa de las comunidades autónomas en la protección penal del medio ambiente

Una de las preocupaciones importantes de la sociedad actual es el medio ambiente. La defensa del entorno biológico en el que nacen y se conservan los seres vivos es una constante en la mayor parte de los países, particularmente de los desarrollados. Una vez satisfechas las necesidades perentorias para la subsistencia, la mirada se vuelve hacia la calidad de vida, hacia el bienestar social entendido como un conjunto. Por otra parte, no puede desconocerse su característica de lucha contra la industrialización ciega que contamina el aire, las aguas y destruye los paisajes.

Evidentemente, la lucha en favor de la mejora del medio ambiente aparece relacionada con la salud humana, pero no se trata únicamente de esta perspectiva, sino que se extiende a los demás seres vivos y aún al propio paisaje; en definitiva se busca proteger el disfrute de todos los dones de la naturaleza.

No puede ocultarse que tras muchos ecologistas se encuentra una imagen nueva del mundo y del hombre partidaria de la vuelta a la naturaleza como única vía para conseguir la completa felicidad humana.

El fenómeno de la vuelta a la naturaleza ya ha aparecido varias veces a lo largo de la historia, generalmente como reacción frente al mecanismo y a la aglomeración urbana, pero en estos momentos ad-

quiere singular relevancia debido, precisamente, a los males y peligros que ha traído consigo la vertiginosa, a la par que desordenada, industrialización de las últimas décadas y a la agobiante concentración de las personas en urbes inmensas.

A todo lo anterior habría que añadir el hecho de que precisamente por la presión social existente en sus países, las empresas multinacionales trasladan las industrias más peligrosas o contaminantes a aquellos otros en que por su menor desarrollo económico, resultan más complacientes y apenas si tienen normas protectoras al respecto.

En el último caso se encuentra España, ya que no aparece el delito ecológico en el Código actual, lo que no puede sorprender desde el momento en que su estructura básica procede de 1848. Es más, no es aventurado afirmar que la idea de sociedad de que parte coincide con la de entonces, a la que se le han añadido retazos tomados del presente. La economía que se contempla es fundamentalmente agrícola y mercantil. Basta echar una ojeada a las faltas contra la propiedad para comprobar el gran número de supuestos dedicados a los ataques a la propiedad agrícola; así el artículo 592 detalla minuciosamente la gravedad de la sanción según la clase de ganado —vacuno, caballar, cabrío, etc.— que hubiere producido el daño en la heredad. Desde esta perspectiva no puede extrañar que el Código hable aun del precio “natural” de las cosas —Art. 574, 1º —; también la imagen de la vivienda poco tiene que ver con la que actualmente tienen la mayor parte de los españoles y que curiosamente vendría a ser la propugnada por las corrientes ecologistas; pues el art. 508 considera dependencia de casa habitada “sus patios, corrales, bodegas, graneros, pajares, cocheras, cuadras...”; a mayor abunda-

miento precisa que “no están comprendidas en el párrafo anterior las huertas o demás terrenos destinados al cultivo o a la producción, aunque estén cercados, contiguos al edificio y en comunicación interior con el mismo”.

Evidentemente la sociedad española del presente no guarda relación con la imagen que trasluce el Código penal, pues aun cuando no pueda calificársele de totalmente industrial, sin embargo gira en estos momentos más en torno a la industria y al comercio que a la agricultura. De otro lado, ya es inmensa la población que vive no en el campo, sino en las aglomeraciones ciudadanas.

También, por desgracia, son frecuentes los ríos totalmente contaminados, las ciudades con ambientes irrespirables y la degradación de la naturaleza en ciertas zonas, todo ello como consecuencia de la industrialización apresurada y poco respetuosa con la salvaguarda del entorno natural.

Ante esta realidad resulta lógico que la propia Constitución se ocupe, por primera vez en la historia constitucional española, de la protección del medio ambiente como bien fundamental. La importancia que se otorga es tal, que el propio Preámbulo manifiesta:

“La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de:

.....
Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida”.

De acuerdo con este postulado, y dentro del Capítulo dedicado a “los principios rectores de la política social y económica”, su art. 45 establece:

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

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

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

Como consecuencia del mandato constitucional, tal y como señala su exposición de motivos, el proyecto de ley orgánica del Código penal dedica varios artículos a los delitos ecológicos, concretamente el 323, 324 y 325. No es éste el momento ni la ocasión para el estudio de los problemas que plantea la redacción del proyecto de Código Penal (1), sino que únicamente se van a suscitar algunas cuestiones relacionadas con las fuentes normativas para la protección penal del medio ambiente, más en concreto la referida a la posible competencia de las comunidades autónomas.

Entre las competencias exclusivas del Estado, especifica el artículo 149 de la Constitución la materia siguiente:

23. Legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades autónomas de establecer normas adicionales de protección. La legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias.

(1) Vid. Rodríguez Ramos, L., *Sobre una inadecuada pretensión de proteger el medio ambiente (Arts. 323 a 325 del Proyecto)*. En, *La reforma penal y penitenciaria*. Universidad de Santiago de Compostela, 1980, pp. 467 y ss.

Pese a la reserva estatal, debe indicarse que el artículo únicamente habla de legislación *básica* con lo que se permite que las comunidades autónomas puedan dictar resoluciones no fundamentales para dicha materia. Por otra parte, el artículo 148 de la misma Constitución establece que las comunidades autónomas podrán asumir competencias en materias que inciden directamente en el medio ambiente, como son los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la comunidad autónoma, aguas minerales y termales —10^o—; la pesca en aguas interiores, el marisqueo y la acuicultura, la caza y la pesca fluvial —11^o—; y sanidad e higiene —21^o—; además de otros como son los montes y aprovechamientos forestales —8^o— y la gestión en materia de protección del medio ambiente —9^o—.

Como consecuencia de lo dispuesto en el artículo constitucional acabado de recoger, los estatutos vasco, catalán y gallego expresamente relacionan entre las competencias exclusivas de su comunidad autónoma las autorizadas por la Constitución, como son: montes, aprovechamientos y servicios forestales, vías pecuarias y pastos, pesca y caza, industria y ordenación del territorio y del litoral (2). En este punto debe destacarse el hecho de que el Estatuto gallego establece entre las materias de competencia exclusiva de la comunidad autónoma las “normas adicionales sobre protección del medio ambiente y del paisaje en los términos del artículo 149. 1. 23^o”.

Por otra parte, los estatutos vasco y catalán señalan que corresponde a su comunidad autónoma el

(2) Todas estas materias de una u otra manera inciden en el medio ambiente que supone el equilibrio ecológico.

desarrollo legislativo y la ejecución dentro de su territorio de la legislación básica del Estado en materia de medio ambiente y ecología (3).

Por último, los estatutos del País Vasco, de Cataluña y de Galicia manifiestan que corresponde a sus Comunidades la ejecución de la legislación del Estado en materia de vertidos industriales y contaminantes en las aguas territoriales correspondientes a su litoral.

De todo lo anterior se desprende que las Comunidades autónomas tienen competencias para regular con mayor o menor extensión materias que se encuentran dentro del amplio concepto de medio ambiente. Si existen tales atribuciones hay que plantearse de inmediato la cuestión de si puedan establecer sanciones para quienes infrinjan la normativa existente. Resulta absurdo imaginar siquiera unas normas protectoras del medio ambiente que no señalen sanciones para quienes las infrinjan, pues entonces podría decirse que constituyen auténtica letra muerta. La necesidad de sanción lleva a plantearse el problema de si las Comunidades autónomas tienen capacidad para dictar normas penales. El tema ha suscitado una amplia discusión en la doctrina italiana, ya que en este país la estructura del Estado guarda cierta analogía con la establecida por la Constitución española, llegándose mayoritariamente a una conclusión negativa por varias razones de naturaleza fundamentalmente interpretativa, ante la ausencia de una explícita postura constitucional (4).

(3) Estatuto vasco, Art. 11, 1, a); Estatuto catalán, Art. 10, 1, 6).

(4) A partir de 1956 es netamente mayoritaria la doctrina científica y jurisprudencial contraria al reconocimiento de capacidad normativa penal de las regiones. Se han esgrimido varios argumentos como el de la unidad del país y el de igualdad de los ciudadanos ante la ley penal, pero el principal y dominante se apoya en el principio de legalidad como

No es este el caso español pues la propia Constitución dispone en su artículo 149 que el Estado tiene competencia exclusiva sobre la legislación penal —artículo 149, 6º—. Este precepto que en principio resuelve la cuestión de competencias en favor del Estado, no deja de suscitar graves interrogantes, particularmente por la dificultad que se plantea para determinar lo que debe entenderse por legislación penal.

El punto de partida para la delimitación de tal concepto viene constituido por la idea de pena, que ha de elaborarse a partir de la propia Constitución.

En primer lugar debe recordarse que las sanciones corporales están expresamente prohibidas por la misma, desde el momento en que su artículo 15 declara abolida la pena de muerte, salvo para los casos que puedan establecer las leyes penales militares para tiempo de guerra, y prohíbe las torturas y las penas o tratos inhumanos o degradantes. De este modo ninguna disposición legal puede establecer ni como pena ni como sanción administrativa aquellos castigos que atenten a la integridad física o moral, como podrían ser, por ejemplo, los azotes, o la obligación de llevar públicamente un distintivo humillante.

El problema queda reducido, pues, a la privación

expresión de la soberanía del Estado y salvaguarda de la libertad de los ciudadanos. De entre la abundante bibliografía italiana al respecto pueden destacarse las obras siguientes: Bricola, *Principio di legalità e potestà normativa penale delle regioni*. La Scuola Positiva. 1963, pp. 630 y ss.; Fuschi, *Aspetti problematici dei poteri delle Regioni in materia penale*. Riv. It. Dir. Proc. Pen. 1979, pp. 1132 y ss.; Nuvolone, *Responsabilità penali per inquinamento idrico e leggi regionali*. Indic. Pen. 1975, pp. 159 y ss.; Paladini, *Diritto penale e leggi regionali*. Giur. Cost. 1969, pp. 2198 y ss.; Pannain, *Sulla potestà legislativa della regione in materia penale*. Arch. Pen. 1955, II, pp. 472 y ss.; Vassalli, *Sulla potestà normativa penale delle regioni*. Giur. Cost. 1956, pp. 586 y ss.; Vinci-guerra, *La Leggi penali regionali*. Milan 1974.

o restricción de aquellos derechos que no afectan a la vida o a la integridad física o moral.

Al entrar en la delimitación del concepto de pena es preciso recordar la idea básica de que sólo los Tribunales son competentes para imponerla. Este criterio formal que no puede admitirse a nivel de legislación ordinaria, por cuanto bastaría cambiar el órgano para enmascarar bajo la denominación de sanción administrativa, penas graves, resulta válido desde el punto de vista de la propia Constitución. A este respecto tiene gran importancia su artículo 25, 3 al establecer que “la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad”. En consecuencia, todos los castigos que lleven o puedan llevar consigo la privación de la libertad merecen el calificativo de penas por imperativo constitucional. Téngase en cuenta, además, que el párrafo primero de ese mismo artículo reduce el círculo sancionador el Estado a dos partes: la penal y la administrativa. Esta conclusión parece clara desde el momento en que pone de relieve que “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”. Los conceptos de delito y falta son esencialmente penales, y si alguna duda se suscitara en torno al de falta, carece de importancia desde el momento en que el precepto establece la disyuntiva condena-sanción, en clara referencia a los ámbitos penal o administrativo. Esto supone, por una parte, que solo podrán imponerse las sanciones privativas de libertad por el poder judicial y que, por tanto, constituyen auténticas penas; y, por otra, que en lo que aquí respecta, y como consecuencia de lo anterior, las Comunidades autónomas no tienen

competencia para establecer sanciones privativas de libertad, porque corresponden en exclusiva al Estado.

La privación de libertad indudablemente comprende el encierro del sujeto afectado en un establecimiento, tanto por ser la interpretación lógica, como por lo dispuesto en el párrafo 2 del mismo artículo. Pese a lo anterior, se suscita la duda de si quedan comprendidas otras sanciones que afectan también a la libertad de movimiento y a las que usualmente denomina la doctrina científica penas restrictivas de libertad, como son el extrañamiento, confinamiento y destierro. Desde el punto de vista material todas estas restricciones suponen una auténtica privación en la libertad de movimiento, pues se prohíbe la entrada en la nación o en un determinado lugar o zona de su territorio —extrañamiento y destierro— o bien la salida de determinado lugar —confinamiento—, por lo que implican privación de libertad, si bien de modo relativo y no absoluto. Si la libertad de movimiento es un derecho que admite compresión, pero que por mínima que ésta sea no deja de ser privación de libertad, deberán asimismo considerarse penales las disposiciones que directa o subsidiariamente establezcan cualquier privación —aunque sea parcial— en la libertad de movimiento de la persona castigada.

El artículo 25 de la Constitución únicamente se refiere a las penas privativas de libertad, por lo que es preciso acudir a otros preceptos de la Constitución para averiguar si las demás privaciones o restricciones de derechos constituyen pena o sanción administrativa. Es importante en este punto el artículo 53, 2 cuando dentro de la línea de máxima protección a los derechos fundamentales de la persona adoptada por la Constitución, que dispone: “cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos

reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”.

Este precepto viene a significar que sólo los tribunales, y de modo directo, pueden privar o limitar a una persona de cualquiera de los derechos y libertades comprendidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución, entre los que se encuentra el ya mencionado de libertad de movimiento.

Dada la pluralidad de derechos y libertades reconocidos en los mencionados artículos, para mejor conocer su trascendencia en el punto que aquí interesa, parece conveniente seguir el orden que para las penas de inhabilitación establece el Código Penal vigente. En primer lugar, aparece la privación o suspensión de honores o cargos públicos. El honor viene recogido como derecho fundamental en el artículo 18, luego sólo los tribunales están capacitados para privar de los honores que se hayan alcanzado, y por tanto, constituye una pena. En cuanto a los empleos o cargos públicos, y por consiguiente a mantenerlos, por lo que también aquí aparece una pena desde el momento en que solo los tribunales pueden restringir o privar de tal derecho. Respecto al de sufragio activo y pasivo, el mismo artículo 23, en su párrafo 1, establece el derecho de todos los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. De este modo su privación o suspensión constituye también una pena por ser competentes únicamente los Tribunales para aplicarla.

El derecho a la profesión u oficio ya no aparece

en la Sección primera, sino en la segunda, concretamente en el artículo 35, por lo que queda fuera de la explícita exigencia de protección judicial del artículo 53. Lo mismo ocurre con los derechos familiares comprendidos en la interdicción civil y que aparecen constitucionalmente avalados en el artículo 39, fuera, pues, de dicha Sección primera.

El derecho a conducir vehículos de motor ofrece unas características singulares, ya que la Constitución no se refiere en lugar alguno a este derecho concreto. Es necesario distinguir entonces los dos supuestos que pueden presentarse, según su incidencia en el individuo afectado. Si conducir vehículos de motor constituye la profesión de la persona, estaremos ante el caso ya contemplado de derecho a la profesión u oficio. Si, por el contrario no lo es, habrá de determinarse la propia naturaleza de ese derecho. Algunos autores italianos (5) lo colocan dentro del concepto de libertad personal a que se refiere el artículo 13, 1 de su Constitución. No cabe la menor duda que por la extensión e importancia social de este derecho, su privación afecta realmente a la libertad de movimiento de las personas, sin embargo, no parece que pueda considerarse comprendido en la idea de libertad manifestada por el artículo 25 del texto constitucional español que ha sido estudiado más arriba. Por tanto, no se considera que hay obstáculo constitucional para que las privaciones del derecho de conducir vehículo de motor se apliquen por la Administración y por las Comunidades Autónomas.

El derecho de propiedad se recoge en la Sección segunda de este Capítulo II de la Constitución, con-

(5) Vid. Palazzo, *Il principio di determinatezza nel Diritto penale*. Padua, 1979, p. 209.

cretamente en su artículo 33, por lo que tampoco las sanciones pecuniarias gozan de la garantía judicial del artículo 53.

En resumen, de acuerdo con lo establecido en los artículos 25 y 53, 2 de la Constitución deberá ser aplicadas por los Tribunales y tendrán, por tanto, carácter penal aquellas leyes que establezcan privaciones o limitaciones a los derechos y libertades recogidos en los artículos 14 a 29, ambos inclusive. En consecuencia quedan fuera de la competencia de las Comunidades autónomas por corresponder en exclusiva al Estado.

Con la delimitación de las sanciones que merecen el calificativo de penas, no se agota toda la problemática, pues queda en pie la cuestión general del principio de legalidad en materia penal, y más concretamente, su manifestación de reserva de ley, por cuanto afecta también a la capacidad normativa de las Comunidades autónomas. Precisamente es este principio de legalidad el que sirve de base a la mayor parte de la doctrina italiana para negar tal competencia (6).

Dentro de la línea de máximo reforzamiento del país como Estado de Derecho, el artículo 9, 3 de la Constitución garantiza de modo expreso tanto el principio de legalidad, como la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las desfavorables, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Nunca un texto constitucional español se había manifestado tan minuciosamente al describir las garantías propias de la legalidad. Sin embargo, esta línea de cuidado detalle se quiebra en el momento

(6) Vid. Fuschi, *Aspetti... cit.*, pp. 1133 y ss.; Vinciguerra, *Le Leggi... cit.*, pp. 15 y ss.

de concretar el principio de legalidad penal, pues en su artículo 25, 1 establece: “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”.

La loable idea de extender el principio de legalidad a las infracciones administrativas ha conducido a un claro debilitamiento de la garantía penal, ya que aparte de olvidar la exigencia de *nulla poena sine lege praevia*, la referencia de legalidad de los delitos y las faltas no se hace a la ley, sino a la legislación, concepto mucho más amplio y que engloba disposiciones normativas distintas a la ley en sentido estricto. Se ha sacrificado, pues, una de las manifestaciones fundamentales del principio de legalidad, cual es la reserva de ley, es decir, que sólo una norma con rango de ley pudiera delimitar las conductas constitutivas de delito. De la letra del artículo 25 cabe deducir que también disposiciones meramente administrativas pueden crear delitos. Esta conclusión, incongruente con la línea de garantías adoptada por la propia Constitución, ha de reformarse teniendo en cuenta otros preceptos de la misma.

Aun cuando no se refiera de modo específico al derecho penal, de otros artículos constitucionales se extrae una reserva máxima de ley sin precedentes en nuestra historia, porque afecta incluso a la potestad legislativa de las propias Cortes generales a través de la creación de las llamadas leyes orgánicas.

Según establece el artículo 81, 1 de la Constitución “son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los estatutos de autonomía y el

régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución”.

Las leyes orgánicas exigen un régimen especial en cuanto al procedimiento para su aprobación, modificación o derogación, pues necesitan la mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto —artículo 81, 2—.

Las características de estas leyes orgánicas son por tanto: de un lado, en cuanto al órgano, pues únicamente pueden ser aprobadas, modificadas o derogadas por las Cortes generales; de otro, es precisa una mayoría cualificada en el Congreso, concretamente la mayoría absoluta en una votación final sobre el conjunto del proyecto; y, por último, se excluye expresamente la delegación legislativa —artículo 82, 1— y los Decretos leyes —artículo 86, 1—.

Se ha dicho que las leyes orgánicas son en realidad leyes ordinarias para las que únicamente se exige una aprobación cualificada (7), pero este planteamiento olvida que el requisito de la mayoría absoluta en el Congreso no sólo afecta a la aprobación, sino también a la modificación y derogación. De este modo se han creado unas superleyes que únicamente podrán ser afectadas por normas del mismo rango, o sea, por otras leyes orgánicas, sin que puedan tener tal alcance las leyes ordinarias.

El origen de las leyes orgánicas seguramente se encuentra en la idea de buscar la máxima representación posible para su aprobación, de manera que las minorías del Congreso puedan tener una mayor participación en la tarea legislativa, lo que no deja de ser

(7) Linde, *Ley y Reglamento en la Constitución*. En, *Lecturas sobre la Constitución española*, 1, UNED, Madrid, 1978, p. 257.

muy importante teniendo en cuenta que para el ejercicio del Gobierno basta contar con la mayoría simple en el Congreso —artículo 99, 3—.

También se ha escrito que esta reserva de ley orgánica no comprende las leyes penales porque éstas no suponen propiamente un “desarrollo” de los derechos (8). Como acertadamente recuerdan Cobo y Vives (9) en toda limitación de un derecho cabe ver un desarrollo jurídico del mismo. Efectivamente, la propia Constitución utiliza esta dimensión del término en su artículo 20, 4 al manifestar que las libertades descritas en su párrafo 1 “tienen su *límite* en el respeto de los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo *desarrollan* y, especialmente, en el derecho al honor...”. Por tanto, la reserva de ley orgánica del artículo 81, alcanza también a las disposiciones penales.

El ámbito de la reserva de ley orgánica, por lo que aquí interesa, son los derechos fundamentales y las libertades públicas, entendiendo por tales los que reciben esta calificación en el capítulo segundo del Título I de la propia Constitución. Desde el punto de vista penal estos derechos pueden verse afectados tanto por la delimitación de las conductas constitutivas de infracción criminal, como por el contenido de las penas. Desde el primer punto de vista debe recordarse que la materia de medio ambiente no aparece entre aquellos derechos y libertades fundamentales, sino entre “los principios rectores de la política social y económica” del capítulo tercero de ese mismo Título I, concreta-

(8) Vid. Galvez, *El ámbito material y formal de las leyes Orgánicas*. En, *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, II, p. 930.

(9) Cobo del Rosal, Vives Antón, *Derecho Penal*. P.G.I., Valencia 1980, p. 76.

mente en su artículo 45. De esta manera la materia de medio ambiente no está reservada a una ley orgánica.

En cuanto a las penas sí pueden existir restricciones de derechos fundamentales que son precisamente aquellas que cuentan con la reserva específica de jurisdiccionalidad del artículo 53, 2 antes estudiada. Únicamente a través de la ley orgánica pueden establecerse las penas que afecten a estos derechos, como es en el caso de las que impliquen directa o subsidiariamente privación de libertad.

Dada la reserva de ley orgánica, en tales materias no tienen capacidad normativa las Comunidades autónomas (10).

La reserva de ley no se circunscribe en la Constitución española a sólo esta materia propia de leyes orgánicas, sino que va más allá desde el momento en que su artículo 53, 1 manifiesta que “los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. *Sólo por ley*, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1º”.

Destaca en el precepto su vocación de generalidad respecto de todos los derechos y libertades del capítulo segundo, hasta el extremo de incluir los que están reservados a ley orgánica; también su voluntad de garantía al imponer a la propia ley el respeto al contenido esencial de los derechos. Por último, debe destacarse la firmeza y rotundidad de la expresión “sólo por ley”.

(10) Muñoz Machado, *Las potestades legislativas de las comunidades autónomas*. Madrid, 1979, p. 67.

La primera cuestión que surge al analizar el artículo es la determinación del alcance del término ley. Evidentemente quedan comprendidas las disposiciones que con tal rango emanen de las Cortes generales y también los decretos legislativos por tener fuerza material de ley. Mayores dificultades encierra la cuestión de si comprende las leyes dictadas por las Comunidades autónomas.

Las Comunidades autónomas poseen capacidad suficiente para dictar normas con el rango de ley (11), por lo que en principio cabe pensar que tienen la facultad de regular las materias reservadas a ley ordinaria y entre ellas la de establecer sanciones que no estén reservadas a leyes orgánicas, es decir, que afecten a los derechos y libertades tutelados en los artículos 14 y Sección 1^o del Título II de la Constitución por considerar que tienen naturaleza penal ya que está reservada su aplicación a los Tribunales en virtud de la interpretación que antes se formuló del artículo 53, 2. Por tanto, podrán señalar, por ejemplo, multas, pero como sanción administrativa y no como pena, pues no hay que olvidar que la materia penal es de competencia exclusiva del Estado por lo dispuesto en el art. 149, 1, 6^o.

Hasta ahora se ha hablado de la reserva de ley orgánica y de ley ordinaria, pero dentro de este tema queda en pie la importante cuestión, por su dimensión y trascendencia práctica, de la naturaleza absoluta o relativa de dicha reserva, todo ello en conexión con las llamadas leyes penales en blanco.

En la doctrina se denominan leyes penales en blanco aquellas que exigen acudir a normas de rango inferior para la determinación del ámbito de su pre-

(11) Muñoz Machado, *Las potestades... cit.*, pp. 61 y ss.

cepto. La problemática de las leyes penales en blanco se sitúa por los autores en la línea de tensión entre el poder legislativo y el ejecutivo (12), sin embargo esta perspectiva tan simple ya no puede seguirse en nuestro país, desde el momento en que la Constitución contempla dos clases de leyes: las orgánicas y las ordinarias. De esta manera junto a la tradicional reserva de ley ordinaria frente a la Administración hay que acoger la de ley Orgánica frente a la Administración y frente al propio poder legislativo.

La verdad es que la categoría de leyes penales en blanco, que apareció vinculada a la concepción meramente sancionatoria del Derecho penal de Binding (13), se contemplaba desde una pluralidad de hipótesis. Así indicaba von Liszt que en ellas “sólo está determinada, por la Ley del Imperio, la sanción penal, mientras que la calificación de los hechos se deja a otros poderes, ya sea al Emperador, al *Bundesrat*, a la administración de Justicia, a la legislación de los Estados confederados o a la policía; tal vez hasta a una legislación extranjera” (14).

La funcionalidad de las normas penales en blanco dentro del panorama legal español exige previamente determinar el carácter absoluto o relativo de la reserva de ley orgánica u ordinaria.

Si bien con carácter más o menos rígido, generalmente se dice en la doctrina italiana (15) que la reserva de ley es absoluta cuando ningún acto normativo

(12) Mantovani, *Diritto penale*. P.G. Padua, 1979, pp. 79, 84 y ss.

(13) Binding, *Handbuch des deutschen Strafrechts*. I, Leipzig, 1885, p. 79.

(14) Liszt, *Tratado de Derecho Penal*. Trad. cast. Jiménez de Asúa, adicionado por Saldaña. T. II, 2ª ed., Madrid, 1927, p. 91.

(15) Giusino, *Sulla legittimità costituzionale della legislazione penale in materia di stupefacenti*. Indic. Pen. 1978, p. 383.

de rango inferior puede constituir fuente, ni siquiera en aspectos marginales. En cambio, será relativa cuando la norma principal fija solamente las líneas fundamentales de la regulación con la posibilidad de ser complementada con disposiciones de rango inferior.

Para la mayor parte de la doctrina italiana, que se ha ocupado muy extensamente del tema, en materia penal el principio de legalidad exige la reserva absoluta (16).

Por lo que a España se refiere, han señalado Cobo y Vives que debe ser absoluta la ley orgánica, porque “entre los derechos fundamentales y las libertades públicas se encuentra reconocido el derecho al honor (art. 18 de la Constitución) que, obviamente, resulta afectado por cualquier delito y por cualquier pena” (17). Pese a la finura de la argumentación, no parece que pueda compartirse desde el momento en que la lesión al honor, que normalmente acompaña a la condena penal, no es cualidad inherente a la misma, ni desde el punto de vista normativo, ni desde la práctica. Para la legislación positiva no toda condena penal lleva consigo el deshonor, como se comprueba analizando, por ejemplo, las penas accesorias que acompañan a la pena principal. Por otra parte, no sólo hay personas para quienes la condena no les supone deshonor alguno, sino que incluso puede convertirse en un honor, como ocurre en muchas condenas por delitos políticos.

Pese a no poderse compartir la argumentación, los autores citados acertadamente marcan el camino a seguir cuando toman como referencia los derechos que se ven afectados. En efecto, aquellos casos que inci-

(16) Giusino, *Sulla legittimità... cit.*, p. 384.

(17) Cobo, Vives, *Derecho Penal*, I, cit., p. 77.

dan en los derechos y libertades fundamentales, bien por la configuración del delito, bien por el contenido de la pena, sólo podrán regularse a través de una Ley Orgánica y ésta, por su propia naturaleza y fundamento exige una reserva absoluta. Buena prueba de ello es que la propia Constitución prohíbe los decretos legislativos y los decretos leyes —Arts. 82 y 86— (18).

Cuestión distinta son las materias reservadas por el propio texto fundamental a la ley ordinaria en virtud de lo dispuesto en el art. 53, 1. y que también pueden afectar al ámbito penal, como en el caso de los delitos relativos al medio ambiente castigados únicamente con pena pecuniaria, pues ambos derechos aparecen en el capítulo III del Título I de la Constitución.

Entienden Cobo y Vives (19) que en los casos de reserva de ley ordinaria, tal reserva debe considerarse relativa y para ello aducen el argumento de que si fuera absoluta se produciría el absurdo de que todos los conflictos relativos a la propiedad habrían de estar regulados por una ley formal, lo que resulta inalcanzable. Evidentemente el argumento es de gran peso, pero no debe olvidarse que la Constitución ha de interpretarse desde sus propios términos y no desde la actual realidad normativa y a este respecto es de destacar el carácter rotundo de la fórmula constitucional. *Sólo por ley* manifiesta el artículo, lo que ofrece pocas dudas acerca de la voluntad de reserva absoluta. A mayor abundamiento, exige, además, que esta ley respete el contenido esencial de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I.

(18) En este mismo sentido, Cobo, Vives, *Derecho Penal*. I, cit., p. 75.

(19) Cobo, Vives, *Derecho Penal*, I, cit., pp. 73 y ss.

Por otra parte, también se excluye la posibilidad de regular tales materias por decretos leyes. Han manifestado Cobo y Vives (20) que este no es argumento convincente pues el ámbito de la potestad normativa extraordinaria del Ejecutivo ha de ser, lógicamente, más reducido que el de la ordinaria. La afirmación de estos autores es correcta, pero no tiene en cuenta que, dada la indeterminación de la reserva relativa, se produciría la paradoja de que Administración podría completar las leyes, y aun fijar su alcance y contenido, a través de simples disposiciones reglamentarias y no a través de Decretos Leyes.

En consecuencia, parece que la reserva de Ley ordinaria establecida por el art. 53, 1 también debe entenderse absoluta, de acuerdo con el sentido natural de las terminantes palabras empleadas por la Constitución.

Si la materia penal ha de ser regulada por leyes orgánicas y leyes ordinarias, la reserva que establece la Constitución es absoluta siempre. Sólo la ley, y únicamente ella, puede determinar las conductas delictivas incluso en aspectos marginales.

Establecido el carácter absoluto de la reserva de ley en materia penal, surge el problema de su repercusión práctica, concretamente el de su relación con disposiciones de rango inferior que tienen incidencia en la materia objeto de regulación y, particularmente, por lo que aquí respecta, con las disposiciones de las Comunidades Autónomas en materia de protección de medio ambiente.

Indudablemente hay que considerar legítimo el reenvío a actos normativos de rango inferior a la ley, orgánica u ordinaria, cuando estos son anteriores y

(20) Cobo, Vives, *Derecho Penal*, I, cit., p. 74.

conocidos por el legislador (21), porque entonces la Ley asume su contenido.

Las dificultades surgen cuando se trata de disposiciones o actos de grado inferior posteriores a la Ley.

La doctrina italiana desde la perspectiva de la reserva absoluta ha buscado conciliarla con la existencia evidente de normas penales en blanco, a través de las llamadas teorías de la presuposición. Característica común es la de considerar las disposiciones de rango inferior como meros presupuestos para la entrada en acción de la norma penal y no como elemento de ésta. Dentro de las varias teorías de la presuposición deben destacarse: la que considera se trata de un presupuesto de hecho y la que entiende que éste es jurídico.

Para la teoría del presupuesto de hecho, las disposiciones de rango inferior a la ley constituirían una mera condición fáctica para la entrada en vigor de la ley penal, pero no formarían parte de la misma. En cambio, para la del presupuesto jurídico, entre la ley penal y las normas inferiores sólo habría una relación extrínseca y accidental, pero no de integración, por lo que tampoco se podría considerar parte de la misma.

Como ya se ha indicado con anterioridad estas teorías de la presuposición buscan conciliar la exigencia constitucional de la reserva absoluta de ley penal con la existencia de las leyes penales en blanco.

Varias son las objeciones formuladas a las teorías de la presuposición. A la que califica de mero presupuesto de hecho a las normas inferiores, que vulnera la propia naturaleza normativa de estas disposiciones

(21) Giusino, *Sulla legittimità... cit.*, p. 389.

complementadoras, naturaleza que no puede desconocerse (22). En cuanto a la del presupuesto jurídico, ignora la necesaria relación existente entre la ley y las disposiciones complementarias que alcanzan a concretar no sólo a la conducta, sino que incluso puede afectar a la determinación del objeto de protección; es importante tanto el medio, como el fin. El acto normativo diverso de la ley, al entrar a formar parte de la figura que lo reclama, adquiere naturaleza de norma penal, integrando su precepto (23).

Junto a lo anterior también se ha indicado el inconveniente de las teorías de la presuposición de sustraer a las normas complementarias al control del Tribunal Constitucional que en España, y en virtud de lo dispuesto en el art. 161, 1 a) se ocupa "del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley".

A la vista de cuanto antecede, deben rechazarse las doctrinas de la presuposición. Pero con ello queda en pie el problema de las normas que se remiten a disposiciones de rango inferior. Algún autor ha indicado que deberían desaparecer del ordenamiento positivo por imperativo constitucional, pero esta solución radical parece poco viable, dado que, por una parte, conduciría a una casuística en las leyes prácticamente imposible y, por otra, que hay materias muy fluctuantes, cuya dinámica resulta incompatible con el tiempo que exige la actividad parlamentaria.

Para encontrar una solución que salvando el principio de reserva absoluta, evite los inconvenientes expuestos, se ha sugerido una visión de la misma que, sin caer en el relativismo, ofrezca unas mayores ca-

(22) Giusino, *Sulla legittimità... cit.*, p. 377.

(23) Giusino, *Sulla legittimità... cit.*, pp. 377 y ss.

racterísticas de flexibilidad. Así, se ha propuesto el planteamiento en virtud del cual el bien jurídico protegido debe venir fijado enteramente por la ley y las disposiciones inferiores sólo han de cumplir un papel meramente técnico y ejecutivo. Posiblemente esta idea pueda ser la solución para el muy difícil tema de la reserva absoluta en materia penal.

Trasladando todas las anteriores cuestiones al tema que nos ocupa de la protección penal del medio ambiente y la capacidad de las Comunidades Autónomas en dicha materia, tenemos:

1º .— Que la materia de legislación penal es competencia exclusiva del Estado.

2º .— Que la reserva de ley penal estatal puede ser de materia de ley orgánica o de ley ordinaria.

3º .— Que en ambos casos la reserva penal es absoluta: sólo la ley estatal puede determinar la conducta constitutiva de delito y la pena aplicable.

4º .— Que pese a la competencia de las Comunidades en materias concernientes al medio ambiente, sus disposiciones sólo podrán tener, a efectos de la ley penal estatal, un carácter meramente técnico y ejecutivo, aparte de que no podrá afectar al bien jurídico protegido por la misma.

5º .— Que las Comunidades Autónomas en materia de defensa ecológica sólo pueden establecer infracciones y sanciones de carácter administrativo.