



UNIVERSITAT DE  
BARCELONA

## Protección penal del medio ambiente y disuasión. Una mirada desde el análisis económico del derecho

Juan Francisco Sánchez Otharán

**ADVERTIMENT.** La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) i a través del Dipòsit Digital de la UB ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

**ADVERTENCIA.** La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) y a través del Repositorio Digital de la UB ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

**WARNING.** On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) service and by the UB Digital Repository ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



UNIVERSITAT DE  
BARCELONA

---

**Facultat de Dret**

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política

Línea de Investigación: Derecho penal medioambiental

**Protección penal del medioambiente y disuasión**  
**Una mirada desde el análisis económico del**  
**derecho**

Director/a: Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo

JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ OTHARÁN

BARCELONA, 2018



## RESUMEN

Desde que el Derecho penal moderno introdujo en su repertorio de bienes jurídicos protegidos al medio ambiente, mucho se ha hablado sobre el tema. Esta investigación se centra en los siguientes aspectos: el primero de ellos radica en conceptualizar al medioambiente como bien jurídico penalmente protegido. Luego, se diferencia la protección administrativa y la protección penal del medioambiente, evaluando los aspectos más destacados de ambas ramas del ordenamiento jurídico. Posteriormente, se desarrollan los conceptos principales del *análisis económico del derecho* como método y/o herramienta para estudiar los efectos de la sanción en el comportamiento humano. Aplicando ese método se procede a evaluar el efecto disuasorio de la ley penal en el sector medioambiental. Para llevar adelante este trabajo se han realizado un estudio empírico y distintos análisis estadísticos para, intentar, responder a la pregunta que motivó la presente tesis: ¿disuade el Derecho penal del medio ambiente? Si bien no se pretende que las conclusiones alcanzadas sean definitivas, sin embargo, sí pueden considerarse un punto de partida para futuros estudios sobre la cuestión en España.

## SUMMARY

Since modern criminal law introduced environment as one of the protected legal rights, much has been said about. This research focuses in the following aspects: The first one is the conceptualization of the environment as a legally protected criminal issue. Then it differentiates administrative protection off criminal protection of the environment evaluating the relevant aspects of both branches of law. Subsequently, it develops the main concepts of Economic Analysis of Law as a trusted method and/or tool to study the effects of punishment on human behavior. Applying this method, it proceed to evaluate the deterrent effect of criminal law in the environmental sector. To carry on with this work, an empirical study and different statistical analysis has been carried on in order to try to answer the question that motivated this thesis: Does environmental criminal law has a deterrent effect? Although it is not intended that the conclusions reached as to be final, they can be considered a starting point for future studies on the issue in Spain.

## RESUM

Des que el Dret penal modern va introduir en el seu repertori de béns jurídics protegits el medi ambient, molt s'ha parlat sobre el tema. Aquesta recerca se centra en els següents aspectes: el primer d'ells radica a conceptualitzar el medi ambient com a un bé jurídic penalment protegit. Després, es diferencia la protecció administrativa i la protecció penal del medi ambient, avaluant els aspectes més destacats d'ambdues branques de l'ordenament jurídic. Posteriorment, es desenvolupen els conceptes principals de l'anàlisi econòmica del dret com a mètode i/o eina per estudiar els efectes de la sanció en el comportament humà. Aplicant aquest mètode es procedeix a avaluar l'efecte dissuasiu de la llei penal en el sector mediambiental. Per portar endavant aquest treball s'ha realitzat un estudi empíric i diferents anàlisis estadístiques per intentar respondre la pregunta que va motivar la present tesi: dissuadeix el Dret penal del medi ambient? Si bé no es pretén que les conclusions aconseguides siguin definitives, no obstant això, sí que poden considerar-se un punt de partida per a futurs estudis sobre la qüestió a Espanya.



## ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS .....	13
ÍNDICE DE TABLAS.....	15
ABREVIATURAS.....	20
INTRODUCCIÓN.....	23

### CAPÍTULO I

#### El medioambiente y su protección

<b>I. Introducción. Sociedad del riesgo .....</b>	<b>29</b>
1. Riesgos medioambientales .....	33
a) El desastre del Prestige.....	34
b) Desastre de Minamata.....	34
c) Desastre de Seveso.....	35
d) Accidente de Bhopal.....	36
e) Desastre del Torrey Canyon.....	37
f) Chernobyl .....	37
g) Otras catástrofes.....	38
2. Adaptación del derecho penal a la modernidad.....	39
3. Posturas y críticas al derecho penal del riesgo (moderno) .....	43
a) Hassemer.....	43
b) Jesús María SILVA SÁNCHEZ .....	51
c) Otros autores .....	58
4. Concepto de medioambiente. Introducción. Interrelación de ciencias.....	63
a) Enfoque ecológico del medioambiente .....	64
b) Enfoque filosófico/sociológico del medioambiente.....	65
c) Enfoque jurídico del medioambiente .....	67
1) Concepto extensivo.....	69
2) Concepto restrictivo .....	70
3) Concepto intermedio.....	70
<b>II. Medioambiente como bien jurídico protegido.....</b>	<b>71</b>
1. El medioambiente en la Constitución de España .....	72
2. Medioambiente como bien jurídico colectivo .....	73

3. Postura antropocéntrica .....	77
a) Antropocentrismo radical (o extremo) .....	79
b) Antropocentrismo moderado .....	81
c) Críticas a las posturas antropocéntricas .....	82
4. Postura ecocéntrica.....	84
a) Postura ecocéntrica radical.....	85
b) Postura ecocéntrica moderada (antropocéntrica-ecocéntrica).....	86
5. Otras teorías .....	88
a) Teoría administrativista.....	88
b) La posición de STRATENWERTH .....	90
6. Toma de posición .....	92

## **CAPÍTULO II**

### **Derecho penal y derecho administrativo sancionador**

#### **La doble protección del medioambiente**

<b>I. Protección administrativa del medioambiente .....</b>	<b>97</b>
1. Derecho administrativo sancionador .....	100
a) Principios del derecho administrativo sancionador.....	101
1) Principio de legalidad y tipicidad.....	102
2) Aplicación del principio <i>non bis in idem</i> .....	103
3) Principio de culpabilidad .....	104
4) Principio de proporcionalidad.....	105
5) Principio de irretroactividad.....	106
6) Otros principios.....	106
b) Distribución territorial de competencias para la protección administrativa ambiental .....	107
1) Competencias del Estado en materia medioambiental .....	108
2) Competencias de las comunidades autónomas en materia de medioambiente .....	110
3) Competencias ambientales de la administración local .....	110
c) Las sanciones administrativas .....	112
1) La multa .....	113
2) Sanciones rescisorias o de privación de derechos.....	113
3) Medidas accesorias .....	114
4) Reparación del daño: «quien contamina paga».....	114
2. Insuficiencia de la sanción administrativa.....	116
3. Conclusión.....	118

<b>II. Protección penal del medioambiente. Concepto de derecho penal ambiental</b> .....	120
1. Legitimación del derecho penal ambiental.....	121
a) ¿Es necesario el DPMA?.....	122
b) ¿Cumple el DPMA con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos? .....	125
c) El DPMA ¿respeto el principio de subsidiariedad y <i>ultima ratio</i> ?.....	126
d) El DPMA ¿respeto el principio de lesividad? .....	128
e) Eficacia del DPMA: ¿derecho penal simbólico?.....	129
f) Consideraciones finales .....	132
<b>III. El DPMA como tipo penal en blanco. Concepto. Justificación</b> .....	137
1. ¿Qué debe entenderse por «carácter general» y «protectoras del medioambiente»? .....	140
2. Naturaleza jurídica de la remisión.....	142
3. Problemática.....	144
a) Principio de legalidad.....	144
b) Principio de igualdad .....	145
c) Principio de división de poderes .....	146
4. Solución a la problemática .....	146
a) Legalidad.....	146
1) Cuando el Derecho penal y el Derecho Administrativo hablan en distinto idioma. Crítica.....	159
2) Modificación de normativa administrativa: ¿retroactividad de la ley penal en blanco?164	
b) Igualdad .....	166
c) División de poderes (principio democrático) .....	168
5. El ordenamiento de la Unión Europea como normativa extrapenal de carácter general.....	168
<b>IV. Accesoriedad del DPMA respecto del derecho administrativo</b> .....	174
1. Modelo de la autonomía (como independencia absoluta) del DPMA.....	174
2. Sistema de dependencia del derecho penal respecto del administrativo .....	175
3. Modelo de accesoriedad moderada, o limitada, del DPMA respecto del derecho administrativo.....	177
4. Modalidades de accesoriedad.....	179
a) Accesoriedad conceptual.....	179
b) Accesoriedad de derecho o normativa .....	180
c) Accesoriedad de acto.....	180
d) Confluencia: accesoriedad de derecho y autorización .....	182
e) Accesoriedad de derecho y normas técnicas .....	186
5. El error sobre la normativa extrapenal .....	187
<b>V. La duplicidad de sanciones. <i>Non bis in idem</i></b> .....	190



1. Requisitos.....	191
2. Doble vertiente: material y formal (procesal) .....	194
3. Doctrina del Tribunal Constitucional Español.....	197
4. Límite entre delito e infracción administrativa .....	207
a) Diferencia cuantitativa .....	210
b) Diferencia cualitativa.....	212
c) Toma de posición .....	213

### **CAPÍTULO III**

#### **Fin de la pena en el derecho penal del medioambiente**

##### **Análisis económico del derecho**

<b>I. Introducción .....</b>	<b>219</b>
<b>II. Esquema de la teoría de la pena.....</b>	<b>219</b>
1. Teorías absolutas .....	219
2. Teorías relativas .....	223
a) Teoría de la prevención general .....	223
b) Teoría de prevención general negativa .....	224
c) Teoría de la prevención general positiva.....	224
d) Teoría de la prevención especial.....	226
3. Teorías de la unión .....	227
a) Teoría de la unión aditiva. Planteamiento retribucionista.....	227
b) Teoría dialéctica de la unión. Planteamiento preventivo .....	227
4. La pena en el DPMA.....	229
<b>III. El análisis económico del derecho penal.....</b>	<b>234</b>
1. Conceptos básicos .....	234
a) AED positivo y normativo .....	237
b) Críticas.....	240
2. Evolución histórica del AED penal.....	242
a) Los clásicos .....	242
b) El moderno AED .....	245
c) AED y elección racional .....	248
d) Objeciones y críticas. ¿Racionalidad o irracionalidad? .....	255
3. Aplicación del AED al derecho penal: disuasión.....	258
a) Delito como decisión racional. Recapitulación.....	258
b) ¿Disuade el castigo? Conceptualización de disuasión .....	258
1) Disuasión general.....	259

2) Disuasión especial.....	259
3) Disuasión inicial.....	259
4) Disuasión marginal .....	260
4. Propositiones básicas de la disuasión .....	261
a) Disuasión propiamente dicha .....	261
b) Severidad <i>versus</i> certeza: percepción del riesgo.....	263
c) Estudios empíricos .....	268
d) Delito como actividad rentable .....	270
5. El escepticismo frente a la disuasión.....	273
6. Cárcel <i>versus</i> multas.....	277
7. Recapitulación.....	280

## CAPÍTULO IV

### La disuasión y el derecho penal del medioambiente en España

<b>I. Introducción .....</b>	<b>282</b>
<b>II. El delito medioambiental como delito de cuello blanco .....</b>	<b>287</b>
<b>III. Disuasión y protección penal del medioambiente .....</b>	<b>291</b>
1. Marco teórico .....	291
2. La empresa como un «contaminador racional» y la responsabilidad penal de la persona jurídica.....	295
3. El modelo de imputación en España .....	297
4. Delito ambiental empresarial y disuasión .....	300
a) Pequeñas empresas contaminantes.....	303
b) Grandes empresas contaminantes .....	304
5. El control de las conductas ilegales.....	305
a) Incentivos para la vigilancia en las empresas.....	305
b) El delito de la empresa y el control interno adecuado .....	307
1) La elección racional en el delito corporativo .....	310
2) Los programas de cumplimiento ( <i>compliance programs</i> ) .....	315
<b>IV. Sanciones contra los ataques al medioambiente .....</b>	<b>318</b>
1. La multa: el bajo impacto de las multas en la disuasión .....	319
2. Alternativas a la multa.....	322
3. Sanciones informales.....	324
<b>V. Paradoja Harrington o ¿por qué cumplen las empresas? .....</b>	<b>328</b>
1. Teoría de la legitimidad.....	331

2. Licencia social y cumplimiento.....	333
3. Normas internas .....	335
<b>VI. Disuasión sobre conductas individuales de las personas físicas.....</b>	<b>337</b>
<b>VII. Personas físicas que actúan dentro de la estructura empresarial: delegación de competencias.....</b>	<b>341</b>
<b>VIII. Recapitulación: dificultad de la disuasión en el DPMA .....</b>	<b>345</b>

## CAPÍTULO V

### Evidencia empírica

<b>I. Datos cuantitativos .....</b>	<b>350</b>
1. Percepción social sobre cuestiones medioambientales .....	350
a) Percepción de los problemas ambientales.....	351
b) Respuesta a la problemática ambiental .....	352
c) Percepción sobre la industria y empresas.....	354
2. Estadística de actuaciones judiciales.....	357
3. Dilación en procesos judiciales .....	359
4. Balance de actuaciones del Seprona.....	360
5. Análisis jurisprudencial: actores y circunstancias del DPMA .....	360
<b>II. Estudio empírico sobre variables de intuiciones de justicia y cumplimiento de la norma protectora del medioambiente en España.....</b>	<b>363</b>
1. Metodología .....	363
a) Participantes .....	363
b) Variables .....	364
1) Características sociodemográficas .....	364
2) Otra información recogida de los participantes que trabajan en empresas .....	364
3) Variables de intuiciones de justicia: evaluadas a la muestra total de participantes .....	365
4) Variables de cumplimiento (evaluadas exclusivamente a los participantes que trabajan en empresas).....	366
c) Instrumentos.....	367
d) Procedimiento .....	368
e) Análisis de los datos.....	368
2. Resultados .....	369
a) Intuiciones de justicia.....	369
1) Análisis descriptivo.....	369
2) Análisis bivariado .....	375
3. Modelos.....	384
a) Modelo: Vertidos que causen o puedan causar daños sustanciales en la calidad del agua.....	385

b) Modelo: Provocar emisiones o vertidos que causen o puedan causar un daño al medioambiente sin afectar a los seres humanos directamente .....	386
c) Modelo: Transportar residuos peligrosos, o posiblemente contaminantes, sin cumplir con la normativa que regula esa actividad .....	387
d) Modelo: Almacenar o utilizar sustancias peligrosas sin cumplir con la normativa reguladora de la actividad, causando o pudiendo causar daños a la calidad del aire, del agua, del suelo, o a animales y plantas .....	389
e) Modelo: Emitir ruidos que puedan afectar al medioambiente .....	390
f) Modelo: Provocar emisiones o vertidos que hubiesen creado un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas .....	391
<b>III. CONCLUSIONES PARCIALES .....</b>	<b>393</b>
<b>CONCLUSIONES FINALES.....</b>	<b>394</b>
1. Conclusiones teóricas.....	394
2. Conclusiones empíricas.....	405
3. Propuestas y recomendaciones.....	411
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>414</b>
<b>DIRECTIVAS Y TRATADOS.....</b>	<b>444</b>
<b>SITIOS WEB .....</b>	<b>445</b>
<b>JURISPRUDENCIA .....</b>	<b>447</b>
<b>LEYES Y REGLAMENTOS .....</b>	<b>451</b>



## AGRADECIMIENTOS

**E**l camino transitado en la realización de la presente investigación no podría haberse logrado sin el consejo y apoyo de las siguientes personas.

En primer lugar, agradezco infinitamente al Dr. Mario Laporta los consejos que supo darme durante un almuerzo en la ciudad de Ushuaia en el año 2013. En esa oportunidad, sin saberlo, me empujó a Barcelona y, de no ser por él, no hubiese dado inicio a la aventura catalana.

No puedo dejar de resaltar el inconmensurable trabajo que realizan junto a Mario, los Dres. Guillermo Yacobucci y Carlos González Guerra (y todo el equipo de la Universidad Austral), sembrando a lo largo de la Argentina la semilla del Derecho penal. Fueron ellos los que, con sus clases, incentivaron y aumentaron mi interés por el estudio del Derecho penal.

Párrafo aparte merece la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo. Solo alguien como Cervantes podría encontrar las palabras exactas para describir su generosidad, inteligencia, bondad, conocimiento, paciencia y dedicación permanente a sus tareas. Recuerdo cuando por primera vez asistí a una clase de Mirentxu. Estábamos en Ushuaia, fue tan interesante que conduje los doscientos kilómetros de regreso a casa pensando y analizando sus enseñanzas. Dos años y medio más tarde, nuevamente, la encontré en un aula, en Barcelona, hablando de la protección penal del medio ambiente. Aún hoy releo los apuntes de esa clase. Mirentxu, sin conocerme, accedió luego a ser mi directora de tesis, acompañándome durante todo el proceso, respondiendo a mis inquietudes, dándome el ánimo necesario, corrigiendo los errores en los que habitualmente caía, pero siempre escuchando con atención y leyendo lo que le enviaba. Esta tesis no podría haberla realizado sin ella.

Asimismo, debo destacar la predisposición del Dr. Fernando Miró y sus colaboradores del Instituto Crímina de la Universidad Miguel Hernández de Elche, para recibirme en sus despachos, escuchar durante tiempo prolongado mi plan de tesis, el valioso aporte bibliográfico que han compartido conmigo, sus inestimables opiniones y

puntos de vista, y acceder a colaborar con la realización del estudio empírico. Sinceramente, sin ellos, esta investigación hubiese quedado incompleta.

A los amigos que me dio España: Eder, Leo, Elena, Trini, por hacer más fácil la vida lejos de casa.

Sin embargo, la mayor deuda la tengo con mi familia. Sin su apoyo y confianza incondicional, tanto mis estudios como mi estadía en Barcelona, hubiesen sido imposibles. Por eso, a mi hermano Néstor Ignacio, que se hizo cargo de TODO en la lejana isla de Tierra del Fuego, pero siempre acompañándome en lo que hiciera falta, y respetando mi deseo de crecer académicamente, le digo: Boli, sin vos nada de esto hubiese sido posible. A mi padre, que desde niño me empujó a estudiar y a intentar ser siempre mejor persona. A mi madre, sostén emocional de la familia, por su permanente acompañamiento y presencia, a pesar de la distancia.

Y por último, pero más importante, a Natalia, por su amor incondicional, en las buenas y en las malas. Por apoyarme siempre en todo, por acompañarme estos años. Sin ella todo sería un sueño. Pero, por encima de todo, agradecerle por graduarme con el título más importante de mi vida: padre de Alfonsina. A ellas dos dedico las páginas siguientes.

## ÍNDICE DE TABLAS

**Tabla 0.** Empresas españolas con más emisiones de CO<sub>2</sub>. Cumplimiento normativo.

**Tabla 1.** Afectación de los daños al medioambiente.

**Tabla 2.** Mejores medidas para responder a la problemática ambiental.

**Tabla 3.** Percepción sobre los gastos de la administración pública para proteger el medioambiente.

**Tabla 4.** Predisposición a pagar más impuestos para proteger al medioambiente.

**Tabla 5.** Percepción del esfuerzo por la protección del medioambiente: empresas a ciudadanos.

**Tabla 6.** Percepción del esfuerzo por la protección del medioambiente: empresas a ciudadanos.

**Tabla 7.** Percepción sobre la peligrosidad de la contaminación ambiental.

**Tabla 8.** Actuaciones judiciales del año 2016.

**Tabla 9.** Sujetos investigados por delitos contra el medioambiente.

**Tabla 10.** Denunciantes principales de los delitos contra el medioambiente.

**Tabla 11.** Procesos donde existieron actuaciones administrativas previas a la acción penal.



**Tabla 12.** Descriptivos del grado de responsabilidad jurídico-penal de las empresas percibida por los participantes (n=535).

**Tabla 13.** Frecuencia con que los participantes han seleccionado las sanciones que consideran que merece cada empresa (n=535).

**Tabla 14.** Descriptivos del grado de responsabilidad jurídico-penal de los trabajadores de la segunda empresa percibido por los participantes (n=535).

**Tabla 15.** Diferencia de medias del grado de responsabilidad jurídico-penal de los trabajadores percibida por los participantes en función de si trabajan o no en el ámbito de la empresa (n=535).

**Tabla 16.** Diferencia de medias del grado de responsabilidad jurídico-penal de los trabajadores percibida por los participantes en función de si tienen o no responsabilidad en la toma de decisiones sobre la gestión de residuos en su empresa (n=233).

**Tabla 17.** Frecuencia con la que los participantes han seleccionado las sanciones que consideran que merece cada uno de los trabajadores del segundo caso (n=535).

**Tabla 18.** Diferencia de rangos promedios de la asignación de sanciones a cada trabajador en función de si los participantes trabajan o no en el ámbito de la empresa (n=535).

**Tabla 19.** Diferencia de rangos promedios de la asignación de penas a cada trabajador en función de si los participantes que trabajan en empresa tienen o no responsabilidad en la toma de decisiones sobre la gestión de residuos en su empresa (n=233).

**Tabla 20.** Correlaciones entre el grado en que los participantes creen que las empresas deberían ser juzgadas por los hechos cometidos y las sanciones que consideran que merecen (n=535).

**Tabla 21.** Correlaciones entre el grado en el que los participantes creen que los trabajadores deberían ser juzgados por los hechos cometidos y las sanciones que consideran que merecen (n=535).

**Tabla 22.** Correlaciones entre el grado en que los participantes que trabajan en el ámbito de la empresa creen que las empresas deberían ser juzgadas por los hechos cometidos y las sanciones que consideran que merecen (n=233).

**Tabla 23.** Correlaciones entre el grado en que los participantes que trabajan en empresas creen que los trabajadores B y C deberían ser juzgados por los hechos cometidos y las sanciones que consideran que merecen (n=233).

**Tabla 24.** Descriptivos de las variables de cumplimiento para cada uno de los tipos de actividades de riesgo medioambiental.

**Tabla 25.** Severidad percibida de las sanciones aplicables a las empresas por la realización de cada una de las acciones

**Tabla 26.** Correlaciones entre la frecuencia percibida de realización de cada acción por parte de la empresa en la que trabajan los participantes y las variables de cumplimiento

**Tabla 27.** Pruebas de bondad de ajuste en cada paso del modelo para estimar la probabilidad de que la empresa realice vertidos que causen o puedan causar daños sustanciales en la calidad del agua

**Tabla 28.** Modelo de regresión logística para estimar la probabilidad de que la empresa realice vertidos que causen o puedan causar daños sustanciales en la calidad del agua

**Tabla 29.** Pruebas de bondad de ajuste en cada paso del modelo para estimar la probabilidad de que la empresa provoque emisiones o vertidos que causen o puedan causar un daño al medioambiente, sin afectar a los seres humanos directamente

**Tabla 30.** Modelo de regresión logística para estimar la probabilidad de que la empresa provoque emisiones o vertidos que causen o puedan causar un daño al medioambiente, sin afectar a los seres humanos directamente

**Tabla 31.** Pruebas de bondad de ajuste en cada paso del modelo para estimar la probabilidad de que la empresa transporte residuos peligrosos, o posiblemente contaminantes, sin cumplir con la normativa que regula esa actividad

**Tabla 32.** Modelo de regresión logística para estimar la probabilidad de que la empresa transporte residuos peligrosos, o posiblemente contaminantes, sin cumplir con la normativa que regula esa actividad

**Tabla 33.** Pruebas de bondad de ajuste en cada paso del modelo para estimar la probabilidad de que la empresa almacene o utilice sustancias peligrosas sin cumplir con la normativa reguladora de la actividad, causando o pudiendo causar daños a la calidad del aire, del agua, del suelo, o a animales y plantas

**Tabla 34.** Modelo de regresión logística para estimar la probabilidad de que la empresa almacene o utilice sustancias peligrosas sin cumplir con la normativa reguladora de la actividad, causando o pudiendo causar daños a la calidad del aire, del agua, del suelo, o a animales y plantas

**Tabla 35.** Pruebas de bondad de ajuste en cada paso del modelo para estimar la probabilidad de que la empresa emita ruidos que puedan afectar al medioambiente

**Tabla 36.** Modelo de regresión logística para estimar la probabilidad de que la empresa emita ruidos que puedan afectar al medioambiente

**Tabla 37.** Pruebas de bondad de ajuste en cada paso del modelo para estimar la probabilidad de que la empresa provoque emisiones o vertidos que hubiesen creado un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas

**Tabla 38.** Modelo de regresión logística para estimar la probabilidad de que la empresa provoque emisiones o vertidos que hubiesen creado un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas

## ABREVIATURAS

**ADPC:** Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.

**RECPC:** Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.

**CPE:** Código Penal Español.

**StGB:** *Strafgesetzbuch* (Código Penal alemán).

**LRJAPPAC:** Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

**STS:** Sentencia Tribunal Supremo.

**LRJSP:** Ley de Régimen Jurídico del Sector Público.

**CE:** Constitución Española.

**Art.:** artículo.

**STC:** sentencia Tribunal Constitucional.

**NBI (o *nbi*):** *non bis in idem*.

**LPACAP:** Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

**LBRL:** Ley de Bases del Régimen Local.

**LRSAL:** Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local.

**LPCIC:** Ley de Prevención y Control Integrado de la Contaminación.

**TC:** Tribunal Constitucional.

**LCPA:** Ley de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera.

**DPMA:** Derecho Penal del Medio Ambiente.

**TS:** Tribunal Supremo.

**TJCE:** Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

**UE:** Unión Europea.

**STJCE:** sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

**EPC:** estudios penales y criminológicos.

**LSEN:** Ley sobre Energía Nuclear.

**LRM:** Ley de Responsabilidad Medioambiental.

**FGE:** Fiscalía General del Estado.

**RPPJ:** responsabilidad penal de la persona jurídica.

**p./pp.:** página/s.



## INTRODUCCIÓN

Los ataques al medioambiente son algo cotidiano en nuestra vida. Mientras el lector se detiene en estas páginas, las industrias lanzan a la atmósfera millones de toneladas de CO<sub>2</sub>, desechan toneladas de residuos que contaminan tierra y agua, se talan bosques ilegalmente, se producen derrames de petróleo, etc.

El mundo actual ya no es el edén bíblico. En la actualidad vivimos en una sociedad de riesgos, en una sociedad de desperdicios generados por empresas e industrias que, en el afán de satisfacer la demanda desmesurada de bienes y servicios, arrasan con el medioambiente.

El medioambiente es salud, es calidad de vida, es futuro. Por ello, si no evitamos a tiempo la destrucción de nuestros ecosistemas, la vida, como la conocemos actualmente, corre serio peligro.

La problemática ambiental es actual. Por eso los principales Estados civilizados intentan encontrar una solución a la degradación del medioambiente. Evidentemente, no resulta una tarea sencilla.

En ese sendero, se intenta armonizar el desarrollo económico y social con un medioambiente saludable, próspero y apto para el goce y disfrute de las generaciones futuras.

En ese marco, y más allá de acuerdos internacionales donde distintos países asumen compromisos en pos del bienestar ambiental global, los Estados acuden a instrumentos legales propios para combatir los ataques al medioambiente. Por ejemplo, en España distintas ramas del derecho poseen normas protectoras del medioambiente. Entre ellas encontramos el derecho civil, agrario, minero, constitucional, administrativo, penal y otros.

En esta tesis nos centraremos principalmente en la protección del medioambiente por parte del derecho penal y, secundariamente, por el derecho administrativo sancionador.

En efecto, el legislador español, impulsado por directivas de la Comunidad Europea, en especial la Directiva 2008/99/CEE, ha realizado modificaciones para la



protección penal del medioambiente. Siguiendo las instrucciones impartidas por la directiva mencionada, se embarcó en la búsqueda de sanciones más disuasorias. Así, se recurre a la normativa penal con el afán de generar un efecto disuasorio mayor de conductas perjudiciales para el medioambiente, que la provocada por el derecho administrativo sancionador.

Esta situación operó como disparador para la realización de la presente investigación. Evidentemente, la primera cuestión que se planteó fue ¿en el ámbito del medioambiente, disuade más el derecho penal que el administrativo sancionador?

La doctrina mayoritaria en España entiende que eso es así. Como se verá con mayor profundidad en este trabajo, una amplia mayoría sostiene que la sanción administrativa resulta insuficiente a los fines de disuadir los ataques al medioambiente.

Hemos partido, entonces, de esa premisa teórica para el desarrollo de la investigación.

Por tanto, el objeto de la tesis es evaluar el efecto disuasivo de la ley penal respecto de conductas atentatorias contra el medioambiente.

Sin embargo, para encontrar una respuesta a esa cuestión, nos sumergimos en diferentes aspectos que deben ser tenidos en cuenta previamente.

Así, la primera pregunta que debemos responder es la siguiente: ¿debe el derecho penal proteger el medioambiente? Si la respuesta a esta pregunta fuera negativa, no tendría sentido seguir avanzando en la investigación. Por ello, en el capítulo I nos detendremos a estudiar el medioambiente como bien jurídico protegido, ubicándolo dentro de lo que la doctrina llama «derecho penal moderno». Asimismo, se analizará el contexto en que se encuentra este bien jurídico «moderno».

Luego de resolver la pregunta anterior, en el capítulo II nos dedicaremos a analizar la doble protección del medioambiente. Por un lado, el derecho administrativo sancionador y, por otro, el derecho penal. Se realizará un estudio profundo sobre las sanciones de ambas ramas, sus principios rectores, la problemática y tensiones con los principios limitadores del *ius puniendi*, diferencias entre el ilícito administrativo y penal, etc. Estos aspectos deben ser analizados antes de continuar la investigación, ya que para tratar un tema tan complejo como la disuasión, es necesario a la hora de evaluar, por ejemplo, la disuasión marginal, conocer la diferencia entre una sanción administrativa y otra penal; o por ejemplo, saber que el tipo penal del art. 325 CPE es

un tipo penal en blanco, con las consecuencias que ello podría generar a los efectos de conocimiento de la ley, etc.

Para estos dos primeros capítulos efectuaremos un análisis de la literatura principal sobre el objeto de estudio.

Una vez analizados los puntos anteriores, nos dispondremos a examinar la disuasión propiamente dicha. Según la definición del Diccionario de la Real Academia Española, disuadir es «inducir o mover a alguien a cambiar de opinión o a desistir de un propósito». Por ello, dotar a la ley de un carácter disuasivo implica utilizarla como un instrumento que influya en la voluntad del destinatario, haciéndolo (o no) actuar de un determinado modo. Es decir, una ley penal disuasiva es aquella que, mediante el recurso de la pena, busca influir en el receptor para que se abstenga de realizar una conducta determinada. En suma, se trata de una ley preventiva.

Así, en el capítulo III comenzaremos con un brevísimo recorrido por las principales teorías de la pena, para enmarcar en una de ellas al derecho penal del medioambiente. También en ese capítulo, nos dedicaremos al análisis económico del derecho (en adelante AED).

Consideramos que el AED puede resultar muy útil como método de análisis de la cuestión objeto de la tesis. Esto se debe a que los analistas económicos del derecho han demostrado una gran preocupación por la disuasión. Básicamente, entienden la sanción como un costo adicional a una transacción comercial. Y en teoría (asumiendo que las personas se comportan de manera racional), cuando el costo de una transacción sea superior a los beneficios obtenidos, el sujeto se abstendrá de realizarla.

¿Por qué consideramos que el AED es el método adecuado? En primer lugar porque hemos constatado que los ataques más feroces al medioambiente son realizados por empresas, entendidas como organizaciones de medios de producción con fines de lucro. Es decir, en la generalidad de los casos, el medioambiente será atacado cuando dicha conducta sea rentable económicamente para el actor.

En este capítulo se analizarán conceptos clave del AED, principalmente lo relativo a la disuasión. De este modo, el lector, podrá avanzar al cuarto capítulo conociendo la terminología y conceptos propios del método utilizado para el análisis.

En el capítulo IV, finalizamos la investigación con el análisis de la disuasión y el derecho penal del medioambiente.

A esa altura del trabajo nos detendremos en el análisis de los actores principales de los mayores ataques al medioambiente. Como hemos adelantado, los ataques más graves provienen, en su generalidad, de actividades con fin de lucro.

En la tesis diferenciamos tres grandes bloques de destinatarios donde la disuasión debe enfocarse. El primero son las grandes empresas, con la particularidad de ser quienes más cumplen, en principio, la normativa ambiental. El segundo grupo está compuesto por pequeñas empresas contaminantes, integrado por un grupo de personas que realizan algún tipo de actividad potencialmente contaminante en pos de un beneficio económico. El tercer segmento se integra por la ciudadanía en general.

Teniendo en cuenta lo anterior, consideramos que la responsabilidad penal de la persona jurídica se torna en una herramienta de vital importancia para impedir ataques contra el medioambiente. En este capítulo desarrollaremos sucintamente el modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica elegido por el legislador español.

Asimismo, la aparición de los programas de cumplimiento de la normativa penal (*compliance program* o, puntualmente, *criminal compliance*) como consecuencia derivada de la responsabilidad penal de la persona jurídica, también será abordada en la tesis como un elemento de gran trascendencia en la prevención del delito medioambiental. Sin ser este el punto central de investigación, se efectuará una sintética alusión al mismo.

Como se verá en la tesis, uno de los métodos a los que acude el AED es el empírico. Por tal motivo, en el capítulo V se realizarán diversas evaluaciones cuantitativas con el objeto de corroborar o rebatir las hipótesis que surgen de la doctrina mayoritaria. A tales fines serán utilizadas encuestas realizadas por el Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), datos cuantitativos que surgen de la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2017, se realizará un relevamiento sobre más de setenta (70) sentencias para evaluar el impacto de la sanción administrativa en el sujeto activo y, por último, se analizarán los resultados de una encuesta que hemos realizado en conjunto con el Centro Crímina de la Universidad Miguel Hernández de Elche.

Entendemos que es necesaria la realización de este tipo de estudios empíricos por lo siguiente: a) significan un punto de partida para comprender la función de la ley penal en el ámbito medioambiental. Si bien es cierto que los resultados arrojados no pueden ser asumidos como concluyentes, no lo es menos que arrojan un haz de luz sobre el debate actual, permitiendo argumentar algunas cuestiones con nuevos

elementos de discusión; b) completan el vacío argumental que padece la mayoría de la doctrina consultada, donde se afirman «verdades» desde lo teórico, pero sin contraste con la realidad; c) en el relevamiento de la principal literatura sobre el tema en España, no encontramos un estudio similar dirigido al rendimiento de la disuasión en esta materia, por ello, lo novedoso del trabajo significa un humilde aporte a una discusión que aún, pareciera, no se encuentra zanjada.

Por otra parte, las conclusiones a las que se arribaron en esta investigación están relacionadas estrictamente con el tema analizado, dejando para una futura investigación otras cuestiones que surgen del estudio empírico realizado junto al Centro Crímina de la Universidad Miguel Hernández de Elche como, por ejemplo, el efecto de las percepciones de justicia de la población en el ámbito medioambiental.



## CAPÍTULO I

### El medioambiente y su protección

#### I. Introducción. Sociedad del riesgo

Cuando el sociólogo Ulrich BECK publicó el trabajo titulado *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, generó una revolución en el enfoque que diversas áreas del conocimiento otorgaban al análisis de los fenómenos sociales. Su concepción de una sociedad inmersa en riesgos propios de la modernidad<sup>1</sup> llevó a que distintas ciencias revieran los fenómenos sociales partiendo del nuevo escenario en el que se producían.

BECK plantea que la vida en la Tierra<sup>2</sup> corre peligro. Según el autor, la producción social de riqueza va acompañada sistemáticamente por la producción social de riesgos,<sup>3</sup> y estos se generan en el nivel «más avanzado del desarrollo de las fuerzas productivas»<sup>4</sup>, en consecuencia, de la distribución y aumento de riesgos surgen «situaciones sociales de peligro».<sup>5</sup> Asimismo, los riesgos de la modernización acabarán por afectar a los que los producen, es lo que BECK denomina «efecto boomerang».<sup>6</sup> Por otra parte, los riesgos modernos siguen la lógica capitalista, elevándola a un nuevo nivel, es lo que BECK denomina un *big business*, entendiendo por esto las «necesidades

---

<sup>1</sup> BECK, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad* (trad. NAVARRO, J./JIMÉNEZ, D./BORRÁS, M. R.), Paidós, Barcelona, 5º reimpresión, 2014, pp. 32-33.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p., 33.

<sup>3</sup> *Ibidem*, 29.

<sup>4</sup> *Idem*.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 34. Resulta correcto el análisis de SARRABAYROUSE. Este autor entiende que BECK no define con precisión el concepto de riesgo, «pues alternativa lo utiliza como sinónimo de “peligro” y de “amenazas”». Así, señala en el comienzo de la obra bajo análisis, que desde Chernobyl «...ha llegado el final de los otros, el final de todas nuestras posibilidades de distanciamiento tan sofisticadas; un final que se ha vuelto palpable con la contaminación atómica. Se puede dejar fuera a la miseria, pero no los peligros de la era atómica...». En esta obra, puede decirse que no resulta preciso BECK al delimitar riesgo y peligro, por tanto sería más apropiado hablar de la «sociedad del peligro». En obras posteriores, el mismo BECK indica con mayor precisión el concepto de sociedad del riesgo. (SARRABAYROUSE, E. C., *Responsabilidad por el producto*, Ad-Hoc, 2007, Buenos Aires, p. 132).

<sup>6</sup> Esto se debe a que los riesgos afectarán en algún momento a quienes los producen o se benefician de ellos. *Ibidem*, 53.

insaciables de los economistas».<sup>7</sup> Sostiene BECK que los riesgos de la modernización tendrán no solo consecuencias para la salud de la naturaleza y del ser humano, sino también traerán aparejado «efectos secundarios sociales, económicos y políticos».<sup>8</sup>

BECK presenta los riesgos de la modernidad como universales,<sup>9</sup> y afirma que cada vez existen más riesgos.<sup>10</sup> Asimismo, el autor llega a la conclusión de que a la división diferenciada del trabajo le corresponde una complicidad general, y a esta una irresponsabilidad general debido a que las causas se diluyen entre tantos actores y condiciones.<sup>11</sup>

Desde su apreciación, el riesgo contiene esencialmente un componente «futuro».<sup>12</sup> Así, afirma que «en la sociedad del riesgo, el pasado pierde la fuerza de determinación para el presente».<sup>13</sup> Se admite que los riesgos han sido reconocidos con el tiempo y son entendidos como «bienes a evitar cuya inexistencia se supone hasta nuevo aviso».<sup>14</sup> Esto significa que los riesgos deben ser tolerados en aras del progreso.

En este tipo de sociedad nos encontramos con un rasgo distintivo que la caracteriza: que los riesgos se distribuyen de manera democrática,<sup>15</sup> alcanzando a todos los seres humanos, a diferencia de lo que sucede con las riquezas, donde se diferencian clases sociales.

En este modelo de sociedad nos encontramos también con los siguientes rasgos:<sup>16</sup> a) desvalorización y expropiación ecológica. En efecto, la propiedad se desvaloriza por los daños ecológicos que sufre; por ejemplo los accidentes químicos desvalorizan los derechos de propiedad; b) cuando se habla de riesgos no existen diferencias de clase; c) resulta evidente el surgimiento de desigualdades internacionales, donde los que contaminan y explotan mayor cantidad de recursos afectan a los países que menos recursos poseen; d) en esta sociedad moderna, los riesgos son imperceptibles; e) los riesgos no conocen fronteras sociales ni nacionales;<sup>17</sup> f) es la

---

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>8</sup> *Idem*.

<sup>9</sup> *Ibidem*, 41.

<sup>10</sup> *Ibidem*, 44.

<sup>11</sup> *Ibidem*, 47.

<sup>12</sup> *Ibidem*, 48.

<sup>13</sup> *Idem*.

<sup>14</sup> *Ibidem*, 49.

<sup>15</sup> *Ibidem*, 52.

<sup>16</sup> *Ibidem*, pp. 52-90.

<sup>17</sup> De ahí la afirmación de BECK, U., *La sociedad del riesgo global*, (trad. ALBORÉS REY, J.), S. XXI, 2009, Madrid, p. 29, respecto a la necesidad de resolver los problemas del medioambiente mediante

ciencia la encargada de «fijar los riesgos» y la población «percibe los riesgos»; g) las ciencias, tal cual están concebidas, no pueden reaccionar adecuadamente ante los riesgos de la civilización, porque son causa —en la mayoría de los casos—, del crecimiento de los riesgos;<sup>18</sup> h) resulta clave determinar la presunción de causalidad contenida en los riesgos de la modernización, ya que la mayoría de las veces no nos encontramos frente a un causante del daño, sino a una acumulación de causas. Esto lleva a que se reconozca una conexión causal cuando se pueda demostrar una correlación estadística.

En definitiva, la denominación «sociedad del riesgo»,<sup>19</sup> según el propio BECK, «refleja una época de la sociedad moderna que no solo abandona las formas de vida tradicionales, sino que además está descontenta con las consecuencias indirectas del éxito de la modernización: inseguridad de las biografías y peligros apenas imaginables que nos afectan a todos y contra los que ya nadie puede asegurarnos adecuadamente».<sup>20</sup>

Sin embargo, no resulta sencillo definir y caracterizar la noción de riesgo.<sup>21</sup> En su definición habitual, el riesgo se refiere a eventos posibles que, siendo inciertos, pueden producir daños.<sup>22</sup>

Según el sociólogo Ernest GARCÍA el término «riesgo» se refiere a la exposición a un posible daño o pérdida.<sup>23</sup>

Pero al no existir una noción de riesgo unitaria y general, aceptada en todos los ámbitos, se intenta buscar los vínculos de la noción de riesgo con términos asociados,

acuerdos internacionales. (*Ibidem*, p. 67). Posteriormente, el autor sostuvo que «[l]a sociedad del riesgo, pensada hasta sus últimas consecuencias, quiere decir sociedad del riesgo global».

<sup>18</sup> Asiste razón a SARRABAYROUSE, op. cit., p 137, cuando afirma que «[l]a obra de BECK contiene una crítica profunda al papel actual de la ciencia, pues en la fase actual del desarrollo científico (que llama “cientificación reflexiva” y corresponde a la modernización de la sociedad industrial) se enfrenta con sus propios productos, carencias y consecuencias problemáticas; la ciencia es responsable por la producción de riesgos incontrolables y participa en el “negocio” de vigilarlos».

<sup>19</sup> Más allá de que el modelo de sociedad del riesgo tomado como referencia para esta investigación sea el de Ulrich BECK, debe dejarse constancia de que existen otras propuestas respecto de planteamientos similares. En ese sentido se destacan los trabajos desarrollados por Christoph LAU en sentido similar al de BECK; el modelo de Helga NOWOTNY y Adalbert EVERS; la concepción de Niklas LUHMANN; la concepción de Charles PERROW; el modelo de Franz Xaver KAUFMANN (ver SARRABAYROUSE, op. cit. pp. 139-147; COLINA RAMÍREZ, E. I., *Sobre la legitimación del Derecho Penal del Riesgo*, Bosch Ed., 2014, España, pp. 69-83).

<sup>20</sup> BECK, U., *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida* (trad. Carbó, R. S.), Paidós, 2008, Barcelona, p. 25.

<sup>21</sup> LÓPEZ CEREZO, J. A./LUJÁN, J.L., *Ciencia y política del riesgo*, Alianza Ed., 2000, Madrid, p. 22.

<sup>22</sup> *Idem*.

<sup>23</sup> GARCÍA, E., *Medio ambiente y sociedad. La civilización industrial y los límites del planeta*, Alianza Ed., 2015, Madrid, p. 249. Este autor entiende que la definición de riesgo incluye dos notas: «que uno al menos de los posibles resultados de una decisión sea indeseable y que haya incertidumbre sobre cuál será el resultado efectivo. La evaluación de los riesgos incluye típicamente una estimación de la probabilidad de que el resultado indeseable tenga lugar».



explorando las dimensiones del concepto.<sup>24</sup> Así, nos encontramos con las nociones de riesgo/seguridad. Para LÓPEZ CEREZO/LUJÁN, se trata de nociones complementarias. El riesgo es una modalidad atenuada de la inseguridad:<sup>25</sup> «donde hay inseguridad, esta trata de ser controlada mediante el cálculo del riesgo. El riesgo representa así una medida de la inseguridad que puede alcanzarse razonablemente».<sup>26</sup>

Respecto del binomio riesgo/peligro, se dice que la diferencia radica en que, si bien se trata de un daño futuro incierto, el primero es producto de la decisión humana mientras que el segundo es causado desde el exterior.<sup>27</sup> En el caso de los peligros, suele atribuirse su origen al medioambiente, mientras que los riesgos son producto de la propia acción y omisión de los seres humanos.<sup>28</sup> Esto resulta coherente con el tipo de sociedad moderna del riesgo que describe BECK, donde los riesgos son producto de la decisión del propio ser humano. En efecto, la catarata de riesgos que describe BECK en su obra tiene origen en la producción de bienes y servicios<sup>29</sup> donde se aplican nuevas tecnologías con el objeto de abaratar costos y llegar a la mayor cantidad de consumidores. Otra diferencia existente entre el riesgo y el peligro radica en la posibilidad de ser controlado: el primero puede serlo, mientras que el segundo no.

Según ESTEVE PARDO, el concepto convencional de riesgo se obtiene por contraste con el concepto, también convencional, de peligro. Así, el peligro tiene un origen natural, en una naturaleza que provoca desastres, por ejemplo, tornados, inundaciones, sequías, etc., y que a su vez es, en ocasiones, hostil con el ser humano en su estado «natural» (alimentación, energía, vivienda, etc.). El ser humano, en su evolución, fue desarrollando y creando instrumentos y tecnologías para superar sus necesidades; de ese modo creó tecnología alimenticia, de energía, construcción, etc. Sin embargo, este desarrollo tecnológico que supera muchos peligros, tiene su lado oscuro e

---

<sup>24</sup> LÓPEZ CEREZO..., op. cit., p. 22-23.

<sup>25</sup> COLINA RAMÍREZ, E. I., op. cit., p. 28, con cita de Niklas LUHMANN, refiere que de ese modo (el riesgo) juega el papel de cálculo probabilístico. Sin embargo esa afirmación resulta, a lo sumo, incompleta ya que «la propia complejidad que encierra el vocablo *riesgo* consiste precisamente en que no se puede considerar únicamente como una operación aritmética de costos en base a pronósticos calculados previamente, tampoco se puede tomar en consideración en razón de una norma ética de moderación».

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>27</sup> LUHMANN, N., «El concepto de riesgo», en *Las consecuencias perversas de la modernidad*, BERIAIN (comp.), Ed. Anthropos, 1996, Barcelona, p. 144.

<sup>28</sup> COLINA RAMÍREZ, op. cit., p. 28; LÓPEZ CEREZO, J. A./LUJÁN, J. L., op. cit., p. 23.

<sup>29</sup> En palabras del propio BECK, U., *La sociedad...*, 2014, p. 33, en referencia a los riesgos: «[h]oy tienen su origen en una *sobreproducción* industrial. Así pues, los riesgos y peligros de hoy se diferencian esencialmente de los de la Edad Media (que a menudo se les parecen exteriormente) por la *globalidad* de sus amenazas (seres humanos, animales, plantas) por sus causas *modernas*. Son riesgos de la *modernización*. Son un *producto global* de la maquinaria del progreso industrial y son agudizados *sistemáticamente* con su desarrollo ulterior».

inconvenientes que llamamos riesgos. El riesgo tiene así un origen tecnológico, deriva de una tecnología que es el resultado de la acción humana, a diferencia del peligro que tiene origen natural.<sup>30</sup>

## 1. Riesgos medioambientales

Como se manifestó de manera sucinta en los párrafos anteriores, nos encontramos en un momento de la evolución social denominada por un amplio sector como «sociedad del riesgo». Este modelo se caracteriza por exponer a la humanidad a riesgos que pueden, incluso, hacerla desaparecer.<sup>31</sup> En efecto, el medioambiente se encuentra en riesgo permanente afectando, no solo sus componentes, sino también al ser humano.<sup>32</sup>

Por tanto, pueden mencionarse algunos indicadores referidos a la «guerra»<sup>33</sup> que se está produciendo entre el hombre y la Tierra. Entre ellos encontramos la creciente ruptura de la capa de ozono que nos protege de los rayos ultravioleta, la excesiva concentración en la atmósfera de dióxido de carbono, la pérdida creciente de la biodiversidad (especialmente de insectos), la deforestación (que afecta al régimen de aguas, de sequías y de lluvias), la acumulación en exceso de desechos industriales que no se sabe cómo eliminar o reutilizar, la contaminación de los océanos que ven cómo aumenta su salinización y, finalmente, el calentamiento global que nos amenaza a todos indistintamente.<sup>34</sup>

Veamos a continuación ejemplos de grandes desastres ecológicos.

---

<sup>30</sup> ESTEVE PARDO, J., *Derecho del medio ambiente*, 3º ed., Marcial Pons, 2014, Madrid, pp. 14-15.

<sup>31</sup> Véase, por ejemplo, el capítulo 2 de la obra ya citada de LÓPEZ CEREZO, J. A./LUJÁN, J. L., op. cit., pp. 35 ss. sobre el riesgo de la energía nuclear.

<sup>32</sup> Cfr. CORCOY BIDASOLO, M. y VIVES-REGO, J., «La evaluación del riesgo y del impacto (o daño) en el delito ecológico: aspectos jurídicos y forenses», en *Revista Poder Judicial*, nº 83, 2006, p. 96, desde el punto de vista de la Biología y la Ecología el ser humano es un elemento clave en los sistemas naturales. A partir del siglo XX se considera al hombre como el mayor responsable de la reducción y deterioro de los recursos naturales, de la extinción de un buen número de especies y de cambios climáticos sustanciales. Esto trae aparejado dos consecuencias básicas: a) pone en peligro su vida como consecuencia de desastres naturales, de la exposición a contaminantes nocivos o por la minimización de recursos de agua, energía o alimentos. Todos ellos, recursos imprescindibles para la vida en este planeta; b) Reduce la calidad de vida en todos los términos posibles (económicos, lúdicos, sanitarios, morales).

<sup>33</sup> BOFF, L., *La sostenibilidad. Qué es y qué no es*, Ed. Sal Terrae, 2013, Santander, p. 26.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 27. efectúa una analogía entre la destrucción del medioambiente y una guerra en la cual los oponentes serían el hombre y el planeta Tierra. Una guerra que, según el autor, el hombre nunca podrá ganar, pues necesita la Tierra para vivir.

### **a) El desastre del Prestige**

Se produjo en noviembre de 2002 frente a las costas de Galicia. Producto de un temporal, se abrió una vía de agua en el casco del barco. El Prestige era un buque con 26 años de antigüedad y no era revisado desde el año 1999. Estaba cargado con más de 77 mil toneladas de fuel.

Los días posteriores al accidente se produjo una mancha de fuel de 40 km de tal longitud que afectó casi 300 km de costa.

El barco se partió en dos para, posteriormente, hundirse a 170 km de la costa gallega. Esto ocasionó una marea negra de 5 mil toneladas de fuel. Un año después de esta catástrofe se habían recogido más de 63 mil toneladas de contaminante.

Los medios disponibles para enfrentar esta catástrofe ecológica resultaron insuficientes.

La costa gallega quedó impregnada del denominado chapapote,<sup>35</sup> lo que afectó la fauna y el paisaje de la zona con graves consecuencias económicas, turísticas y sanitarias.

Por este acontecimiento, se recogió fuel desde las costas de Portugal hasta las del Reino Unido y Francia. Los vertidos afectaron a más de 100 mil aves, de las cuales sobrevivieron menos del 10 %.

Las consecuencias sobre el ecosistema y las reservas naturales de flora y fauna de la zona aún no se han determinado.<sup>36</sup>

### **b) Desastre de Minamata**

En la bahía de Minamata, Japón, en la década de 1950 se desarrolló un síndrome neurológico grave y permanente que acabó con la vida de 111 personas y afectó a unas 400 durante los años 1953 y 1965.

---

<sup>35</sup> Mineral negro de origen natural u obtenido artificialmente por destilación del petróleo.

<sup>36</sup> KUKLINSKI, C., *Medio ambiente, sanidad y gestión*, Ediciones Omega, 2011, Barcelona, p. 136.

Esta enfermedad se desarrolló a causa de un envenenamiento por mercurio. Luego de investigaciones se concluyó que había sido vertido por la empresa petroquímica Chisso. Las personas afectadas consumieron el mercurio vertido a través de pescados y mariscos contaminados.

En la bahía, el mercurio se transformaba en metilmercurio<sup>37</sup> por medio de bacterias, se acumulaba en los peces de la zona y se biomagnificaba a través de la cadena trófica.

Miles de personas que habitaban la costa y se alimentaban básicamente de la pesca evidenciaban síntomas variados: hormigueo, debilidad muscular, problemas auditivos y oculares, dificultades para aprender y comportamiento irracional. Esto se debe a que el mercurio y el metilmercurio afectan el sistema neurológico central y el periférico, por ello muchas personas se volvían locas y se suicidaban. Hubo más de 3 mil afectados.

El gobierno japonés se limitó a prohibir la venta de pescado sin llevar adelante ningún tipo de campaña para evitar que los residentes de la zona siguieran consumiendo el alimento que obtenían de la pesca.<sup>38</sup>

### **c) Desastre de Seveso**

El 10 de julio de 1976, en Seveso (Italia), estalló la válvula de seguridad de una industria química ubicada en esa zona. A causa de esta falla se liberó una mezcla de gases que formaron una gran nube tóxica que cubrió un área de 1.800 hectáreas. Entre dichos gases se destacó la TCDD (2,3,7,8,-tetraclorodibenzodioxina), una dioxina muy tóxica. Miles de personas, animales y vegetales quedaron expuestos a ese contaminante.<sup>39</sup>

Las principales lesiones sufridas por la población expuesta fueron inicialmente dérmicas. Hubo más de 500 casos de quemaduras y alrededor de 200 casos de cloracné.

---

<sup>37</sup> Una vez liberado el mercurio al medio, ciertas bacterias pueden transformarlo en metilmercurio. Este se acumula entonces en peces y mariscos (se entiende por bioacumulación una concentración de la sustancia más elevada en el organismo que en su entorno). El metilmercurio pasa también por un proceso de bioamplificación. Los grandes peces depredadores, por ejemplo, tienen más probabilidades de presentar niveles elevados de mercurio por haber devorado a muchos peces pequeños que a su vez lo habrán ingerido al alimentarse de plancton. (Fuente: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs361/es/>).

<sup>38</sup> KUKLINSKI, C., op. cit., p. 138.

<sup>39</sup> *Idem*.

Entre los afectados por este último hubo una elevada la incidencia del cáncer en años posteriores. Se produjeron casos de abortos espontáneos. El suelo quedó gravemente afectado, se evacuaron mil personas y sacrificaron más de 77 mil animales.

Publicó el diario *El Mundo*: «Las consecuencias para la población y el medio ambiente son difícilmente cuantificables incluso treinta años después ya que la TCDD, como todas las dioxinas, una vez que penetran en el organismo, permanece en él, almacenada en el tejido graso, durante decenas de años. Desde los primeros casos de cloracné (la lesión que sufrió el presidente ucraniano Víctor Yúshenko) y las quemaduras químicas, la población expuesta a la nube tóxica ha ido manifestando con el pasar del tiempo alteraciones en el sistema inmune, nervioso y cardiovascular, entre otros».<sup>40</sup>

En la zona afectada se produjeron graves daños al medioambiente, los suelos, la agricultura y la ganadería, así como a edificios y construcciones.<sup>41</sup>

#### **d) Accidente de Bhopal**

El diario *El País* de España refleja este desastre de la siguiente manera: «En esta ciudad de la India, la noche del 2 al 3 de diciembre de 1984, tuvo lugar la catástrofe industrial más grande de la historia. En la planta de la empresa norteamericana Union Carbide un escape de gas tóxico provocó una nube letal que en pocas horas mató miles de personas que vivían en los alrededores. Y los que no murieron por la inhalación del gas sufrieron lesiones permanentes: ceguera, dificultades respiratorias, parálisis, trastornos neurológicos, alteraciones hormonales... Se calcula que el número de víctimas mortales de la tragedia, en aquellas primeras horas y en los años posteriores, es de más de 25 mil. Union Carbide solo estimó 3.800».<sup>42</sup>

Entre los gases letales, liberados por la fábrica, se destaca el metil isocianato (MIC) y el cianuro de hidrógeno (HCN).<sup>43</sup> La explosión fue producto del contacto entre

---

<sup>40</sup> Diario *El Mundo*, versión digital, nota *Los efectos del accidente de Seveso siguen patentes tres décadas después*, 06/08/08, <<http://www.elmundo.es/elmundosalud/2008/08/06/medicina/1218020381.html>>

<sup>41</sup> Vid. nota 34.

<sup>42</sup> Nota publicada en fecha 03/12/04, Título: *Bhopal, una noche que dura ya 30 años*, FERRANDO I ARRUFAT, J, <[http://elpais.com/elpais/2014/12/03/planeta\\_futuro/1417610543\\_153774.html](http://elpais.com/elpais/2014/12/03/planeta_futuro/1417610543_153774.html)>.

<sup>43</sup> KUKLINSKI, C., op. cit., p. 139.

el MIC y agua debido a un sabotaje —según la empresa—, pero la realidad fue otra: una mala manipulación y falta de medidas de seguridad adecuadas.<sup>44</sup>

### **e) Desastre del Torrey Canyon**

El superpetrolero Torrey Canyon embarrancó en el arrecife de Seven Stones ubicado al suroeste de las islas de Cornwall (Inglaterra) cuando se dirigía al puerto inglés de Milford Haven. El violento impacto rasgó y abrió seis de sus tanques, dejando al resto maltrecho. Ello provocó el derrame de 120 mil toneladas de crudo al medio marino, generando una gran marea negra de más de 70 km de largo y 40 km de ancho.

La tragedia aumentó debido a los métodos utilizados en las tareas de limpieza. El desconocimiento y la inexperiencia hicieron que se utilizaran cantidades excesivas (15 mil toneladas) de detergentes en las operaciones de limpieza, que afectaron al medioambiente marino y sus poblaciones.

Luego de dimensionar la situación, las autoridades competentes tomaron la decisión de bombardear la mancha de petróleo para que se quemase. Para ello, la marina británica arrojó gasolina sobre el petrolero y, acto seguido, fue bombardeado.<sup>45</sup>

Las secuelas de este desastre fueron gravísimas y duraron varios años. Murieron más de 200 mil aves y la industria pesquera quedó arruinada.<sup>46</sup>

### **f) Chernobyl**

El 26 de abril de 1986, la planta nuclear de Chernobyl, Ucrania, sufrió el accidente nuclear más grave de la historia,<sup>47</sup> clasificado como nivel 7 (accidente nuclear grave) de la escala INES (el valor más alto).<sup>48</sup> El reactor accidentado fue el número 4. Este reactor funcionaba haciendo hervir agua para producir vapor dentro del reactor. Cuando los operadores realizaban una prueba, se disparó la potencia del reactor; a los pocos segundos se redujo la refrigeración y se acumuló la presión del aparato. Esto

---

<sup>44</sup> *Idem.*

<sup>45</sup> Se dejaron caer unas mil bombas, más de 40 mil litros de queroseno, 12 mil litros de napalm y 16 misiles (Vid. nota 40).

<sup>46</sup> *Idem.*

<sup>47</sup> LÓPEZ CEREZO, J. A./LUJÁN, J. L., op. cit., p. 124.

<sup>48</sup> Artículo, *Accidente nuclear de Chernobyl*, <<http://energia-nuclear.net/accidentes-nucleares/chernobyl>>

causó una gran explosión (seguida por una segunda de menor intensidad) lo que produjo la expulsión de material radioactivo a la atmósfera.

Este accidente sucedió en una zona habitada por más de cinco millones de personas, de las cuales murieron más de 200 mil y más de 3 millones 500 mil debieron recibir tratamiento para paliar las consecuencias de la exposición a la radiación.<sup>49</sup> Otras consecuencias del accidente es el círculo de 30 km de radio en torno a la central que quedó inhabitable; miles de millones de dólares en pérdidas y millones de personas expuestas a los efectos del accidente, incluido Japón.<sup>50</sup> En algunas de las zonas afectadas, la prevalencia de tumores aumentó el 25 %. También las enfermedades cardiovasculares y los problemas de locomoción aumentaron más del 50 %. A ello hay que sumar enfermedades respiratorias, problemas auditivos, alteraciones al sistema nervioso, problemas digestivos, anemia y estrés.<sup>51</sup>

#### **g) Otras catástrofes**

Dentro de otras grandes catástrofes contra el medioambiente podemos mencionar el desastre de Aznalcóllar, un vertido de agua ácida y lodo tóxico a las riberas de los ríos Agrio y Guadiamar, producido por la rotura de una presa de contención. Dichos materiales recorrieron aproximadamente 70 km y afectaron 400 hectáreas. Las consecuencias para la fauna, flora y agricultura fueron devastadoras.<sup>52</sup>

**Exxon Valdez:** el petrolero Exxon Valdez encalló en las costas de Alaska el 24 de marzo de 1989 y contaminó más de 2 mil km de costa con una marea negra de 40 mil toneladas de petróleo.<sup>53</sup> Produjo la muerte de aves, nutrias, focas y peces. Aún hoy se detectan los efectos de este desastre en el medio ambiente.<sup>54</sup>

---

<sup>49</sup> KUKLINSKI, C., op. cit., p. 140.

<sup>50</sup> Vid. nota 43.

<sup>51</sup> Vid. nota 45.

<sup>52</sup> *Idem.*

<sup>53</sup> KUKLINSKI, C., op. cit., p. 141.

<sup>54</sup> Nota publicada en la página web *Ecologistas en acción*, en marzo de 2012, <<http://www.ecologistasenaccion.es/article22826.htm>>. Allí se lee que «A día de hoy, el derrame de Exxon Valdez de hace 23 años, continúa afectando a los ecosistemas de la zona. Los últimos estudios científicos demuestran que la mayoría de las poblaciones de las especies afectadas durante el vertido no han vuelto a recuperarse después del accidente y sus poblaciones siguen por debajo de los niveles previos a la catástrofe, sin previsión de una recuperación completa. Aún, permanecen restos de petróleo en el área, tanto en el subsuelo como en la cadena trófica, lo cual indica una exposición crónica que da como resultado la disminución de la tasa de supervivencia y reproducción de muchas especies».

**British Petroleum (BP):** una plataforma petrolífera en el Golfo de México se hundió a causa de una explosión. Este hundimiento provocó el vertido de inmensas cantidades de petróleo al océano desde una profundidad de mil 500 metros.<sup>55</sup> Durante meses se produjo la salida de más de 200 mil litros diarios de petróleo. Se produjo una marea negra de más de 2 mil km y se estima un vertido de más de 5 millones de barriles de petróleo.<sup>56</sup> Las consecuencias medioambientales de este desastre aún están por evaluarse.

**La deforestación del Amazonas:** el Amazonas es considerado el «pulmón del mundo». Es un bosque tropical donde habita el 30 % de la fauna del planeta. Su extensión aproximada es de 7,5 millones de km<sup>2</sup> repartidos en seis países. En los últimos años se está produciendo la deforestación de más del 40 % de los bosques amazónicos. También se realiza quema y tala de grandes extensiones, sobre todo para favorecer la explotación ganadera y la cosecha de soja.<sup>57</sup>

## 2. Adaptación del derecho penal a la modernidad

Es evidente que hoy al ser humano le toca vivir en una sociedad moderna, con una evolución tecnológica<sup>58</sup> inédita en su historia, con una intensa producción de bienes

---

<sup>55</sup> Vid. nota 49.

<sup>56</sup> *Idem.*

<sup>57</sup> KUKLINSKI, C., op. cit., p. 142. Sobre este tema, publicó del diario *El País*: «La deforestación en la selva amazónica de Brasil ha crecido un 467 por ciento este mes de octubre, en comparación con el mismo periodo de tiempo del año anterior, de acuerdo con los datos no oficiales del Sistema de Alerta de Deforestación (SAD) de Imazon. En concreto, esta organización ha detectado 244 kilómetros cuadrados (km<sup>2</sup>) de deforestación en el Amazonas en octubre de 2014, lo que representa un incremento de 467 por ciento con respecto a octubre de 2013, cuando la deforestación fue de 43 km<sup>2</sup>.

»El Sistema de Alerta de Deforestación asegura que en estos momentos puede controlar el 72 por ciento de la superficie forestal del Amazonas, mientras que en octubre de 2013, el monitoreo cubrió un área más pequeña (62 por ciento) del territorio. Por estados, en octubre de 2014 la deforestación se concentró en Rondonia (27 %), Mato Grosso (23 %), seguido de Pará (22 %) y Amazonas (13 %), con una menor incidencia en Roraima (9 %), Acre (5 %) y Amapá (1 %). En lo que respecta a los bosques degradados, este incremento ascendería hasta el 1.070 %, pasando de 40 kilómetros cuadrados degradados a los 468 km<sup>2</sup>. Este sistema de control se realiza de forma paralela al llevado a cabo por el Instituto Nacional de Investigaciones Espaciales (INPE). Los datos más recientes de este otro sistema —de los meses de julio y agosto— también indicaron un aumento del 195 por ciento en la deforestación, en la comparación con los mismos meses de 2013» (diario *El País*, versión digital, *La deforestación en la selva amazónica de Brasil crece un 467 % en el último año*, 18/11/14,

<<http://www.elmundo.es/ciencia/2014/11/18/546b262a22601d1b358b4573.html>>

<sup>58</sup> Cfr. ESTEVE PARDO, J., *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, 2009, Barcelona, p. 28, luego de desarrollar lo que el autor llama «la expansión de la incertidumbre», sostiene la ciencia, con sus nuevos conocimientos y las posibilidades y opciones de



que tiene como contrapartida la mayor explotación de los recursos naturales —muchos de ellos no renovables— y que arroja como resultado el desperdicio.<sup>59</sup> Y, como rasgo característico, la presencia de riesgos que pueden, en su máximo esplendor, destruir gran parte del planeta.

Este cuadro de situación obliga, necesariamente, al ser humano a adaptarse. Por este motivo, los Estados comienzan a generar normativas tendientes a la regulación de ámbitos de riesgos. Con ello se busca prevenir la producción de distintos daños.

Dentro del ámbito jurídico nos referiremos al derecho penal. En efecto, esta rama del derecho se vio obligada a adaptar sus mecanismos de protección de bienes jurídicos<sup>60</sup> a las nuevas realidades que enfrenta. Esta adaptación trajo consigo evidentes modificaciones a lo que se denomina «derecho penal clásico».<sup>61</sup>

Entre los principales signos o síntomas de esta adaptación, podemos rescatar los siguientes:

**a) Aparición de nuevos bienes jurídicos:** como consecuencia de la novedad de los riesgos originados en la época postindustrial (ver *supra*), el legislador se vio en la obligación de dar respuesta a los ataques a aquellos intereses que exigen mayor protección para permitir el correcto desarrollo de la vida del ser humano en sociedad. Como señala SILVA: «debe aludirse al deterioro de *realidades tradicionalmente abundantes* y que en nuestros días empiezan a manifestarse como *bienes escasos*, atribuyéndoseles ahora un valor que anteriormente no se les asignaba, al menos de un

---

aplicación tecnológica, está exigiendo al derecho la adopción de decisiones en sectores y cuestiones en los que la propia ciencia que los abre o que las plantea no tiene un conocimiento seguro y cierto.

<sup>59</sup> TOHAIRA, M., *La sociedad del desperdicio. Crecimiento y exceso en la era de la globalización*, Díaz & Pons, 2014, Madrid, p. 3.

<sup>60</sup> Entendiendo, junto a la doctrina mayoritaria, que el derecho penal tiene como función proteger bienes jurídicos, así por ej. MIR PUIG, S., *Derecho penal, parte general*, IBdF, 2012, 2015, Buenos Aires, p. 120; ROXIN, C., *Derecho penal, parte general, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (trad. LOUZÓN PEÑA D.M., DÍAZ/GARCÍA, M., DE VICENTE REMESAL, J.), Civitas, 2008, p. 53; MUÑOZ CONDE, F., LÓPEZ PEREGRÍN, C./ GARCÍA ÁLVAREZ, P., *Manual de derecho penal medioambiental*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 46.

<sup>61</sup> HASSEMER, W., «Viejo y nuevo derecho penal», en *Persona mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal* (Trad. MUÑOZ CONDE, F./DÍAZ PITA, M.), Tirant lo Blanch, 1999, Valencia, pp. 45 y 46 utilizada esta expresión para diferenciar dos etapas del derecho penal. Con «derecho penal clásico» se refiere al derecho penal de la Ilustración, surgido del acuerdo de las partes intervinientes en el contrato social. Esto trajo, para el autor, tres consecuencias: 1) solo puede ser delito la lesión a las libertades aseguradas por el contrato social. El concepto de bien jurídico se convierte en un criterio negativo impidiendo la criminalización ilegítima: donde no hay lesión a bien jurídico, no habrá delito. 2) La renuncia a las libertades debe quedar precisada de modo contundente. Deben evitarse modificaciones posteriores. Fue esta la razón del mandato de certeza en el derecho penal. 3) El derecho penal debe proteger a los ciudadanos del Estado, evitando ataques a los derechos individuales. Ello explica los principios como el de subsidiariedad y proporcionalidad.

modo expreso, por ejemplo, el medio ambiente». <sup>62</sup> Estos nuevos bienes jurídicos tienen como característica principal (en su mayoría) el pertenecer al ámbito de los llamados bienes jurídicos colectivos o supraindividuales. Estos bienes jurídicos universales, con perfiles más difusos, es una de las características del derecho penal de la sociedad del riesgo. <sup>63</sup>

**b) El recurso de los delitos de peligro abstracto:** otro de los «síntomas» del derecho penal en la sociedad del riesgo es el extraordinario aumento de los delitos de peligro. <sup>64</sup> Con esta técnica se pretende adelantar la protección de determinados bienes jurídicos, generalmente, los de mayor importancia. <sup>65</sup>

**c) La flexibilización del derecho penal:** otro síntoma de la adaptación del derecho penal moderno se observa en la flexibilización de ciertos principios, así como también de ciertas categorías tanto del derecho penal material como el procesal. <sup>66</sup> Siguiendo a CORCOY BIDASOLO, podemos mencionar —sin intención de agotarlos— los siguientes ejemplos de flexibilización: 1) la inflación de tipos penales que afectan los principios de *ultima ratio* y subsidiariedad del derecho penal; 2) el gran número de conductas típicas que se prevén en cada uno de los tipos —promover, facilitar, favorecer—. Esto plantea problemas relacionados con instituciones de la parte general que exigen la distinción entre autoría y participación, y entre actos preparatorios e inicio de ejecución. Esta falta de diferenciación atenta contra el principio de proporcionalidad; 3) creación de tipos autónomos donde la conducta coincide con circunstancias agravantes de otros delitos previstos en la parte especial. En la mayoría de los casos se infringe el principio de *non bis in idem*; 4) se establecen penas idénticas para conductas que poseen un desvalor muy diferente; 5) la responsabilidad objetiva es patente en el caso de la responsabilidad de las personas jurídicas. <sup>67</sup>

---

<sup>62</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, IBdeF, 2011, Buenos Aires, p. 11 (la cursiva es original).

<sup>63</sup> MENDOZA BUERGO B., *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, 2001, Madrid, p. 69.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 78.

<sup>65</sup> GÓMEZ DE LA TORRE, I. B., *Viejo y nuevo derecho penal. Principios y desafíos del derecho penal de hoy*, Iustel, 2012, Madrid, p. 227.

<sup>66</sup> MENDOZA BUERGO B., *op. cit.*, p. 92.

<sup>67</sup> CORCOY BIDASOLO, M., «Expansión del derecho penal y garantías constitucionales», en *Revista de Derechos Fundamentales* – Universidad Viña del Mar, N° 8, 2012, p. 49-52.

En resumen, como señala MENDOZA BUERGO, la política criminal en la sociedad del riesgo se caracteriza por una tendencia a un derecho penal preventivo, donde se aprecia un acentuado adelantamiento de la protección penal. Consecuentemente, se acude al recurso de los delitos de peligro, así como a la configuración de nuevos bienes jurídicos universales de contenido vago. Por otra parte, esta tendencia preventiva conlleva una flexibilización de los presupuestos clásicos de imputación objetiva y subjetiva, como también de principios garantistas propios del Estado de derecho.<sup>68</sup>

---

<sup>68</sup> MENDOZA BUERGO B., op. cit., pp. 44-45; en el mismo sentido se pronuncia SILVA SÁNCHEZ J.M., La expansión..., op. cit., p. 131.

### 3. Posturas y críticas al derecho penal del riesgo (moderno)

#### a) Hassemer<sup>69</sup>

Este autor entiende que en el derecho penal puede observarse un fenómeno similar al que HORKHEIMER/ADORNO llamaron «dialéctica de la Ilustración». Aquí se podría denominar este fenómeno *dialéctica de lo moderno*.<sup>70</sup> En ese sentido, entiende que el derecho penal moderno se convirtió en contraproductivo y anacrónico.

HASSEMER entiende por derecho penal moderno a aquel que presenta las siguientes características:

---

<sup>69</sup> WILFRIED HASSEMER es uno de los principales —sino el más— referente de la denominada Escuela de Fráncfort, integrada por profesores radicados en esa ciudad. Además de Hassemer, sus principales representantes son Klaus LÜDERSENN, Wolfgang NAUCKE, Peter-Alexis ALBRECHT, Félix HERZOG, Cornelius PRITTWITZ, Olaf HOHMANN, Walter KARGL, entre otros. Señala SARRABAYROUSE, que uno de los temas preferidos de la Escuela Penal de Fráncfort (prefiere este autor llamarla de este modo y no «Escuela de Fráncfort» para diferenciarla de las otras ramas del derecho también estudiadas en esa ciudad) ha sido la relación entre la ciencia y el derecho penal y la política del derecho penal. En la parte principal de esta investigación desarrollaremos la postura de HASSEMER, en representación de la Escuela de Fráncfort. Aquí se hará un pequeño resumen de las posturas de otros representantes a los fines de que el lector tenga un panorama del pensamiento de cada autor. ALBRECHT realiza una vinculación expresa entre las deficiencias actuales del derecho penal y la incapacidad de gobernar el sistema técnico-económico. Para este autor, las características del moderno derecho penal se evidencian en el aumento de delitos de peligro abstracto, la estandarización de los delitos imprudentes, así como la simplificación de los tipos penales, con ayuda de las cláusulas generales. En sintonía con lo planteado por Ulrich BECK, critica expresamente el exceso de conocimientos científicos. Para este autor, los problemas actuales del derecho penal, entonces, tienen una relación directa con el avance tecnológico. Para este autor, el moderno derecho penal es ilegítimo, ya que no respeta los postulados del principio de subsidiariedad, según el cual el derecho penal debe ser la *ultima ratio*. Propone, en definitiva, la renuncia al empleo del derecho penal en áreas relacionadas al avance tecnológico y su reemplazo por mecanismos de gobierno propios de normas de derecho civil o administrativo. Cfr. SARRABAYROUSE, *Responsabilidad...*, op. it., p. 213; COLINA RAMÍREZ, E. I., *Sobre la legitimación...* op. cit., p. 91.

De modo similar a HASSEMER, NAUCKE propone un derecho penal limitado a la protección de bienes más trascendentales —la vida, libertad, patrimonio, etc.—, que no sea un medio de la política y debiera estar basado en una metafísica científicamente asegurada; postula junto a ello una verdadera descriminalización. NAUCKE sitúa el nacimiento de los problemas actuales del derecho penal en el nacimiento mismo del derecho penal de la Ilustración, criticando a BECCARIA. Cfr. SARRABAYROUSE, *Responsabilidad...*, op. cit., p. 214.

Por su parte, HERZOG caracteriza al moderno derecho penal, como derecho penal del riesgo. Su crítica está cimentada en términos generales sobre el amplio alcance de estos delitos. Según este autor, las áreas típicas del derecho penal del riesgo son la delincuencia económica y la ambiental. Los riesgos no existen *per se*, son el resultado de procesos complejos de interacción e interpretativos de la construcción social, donde la seguridad interna depende la percepción del riesgo subjetivo. Este «derecho penal del riesgo» tiene origen en la inseguridad social y las necesidades de seguridad. Cfr. COLINA RAMÍREZ, E. I., *Sobre la legitimación...* op. cit., p. 92.

<sup>70</sup> HASSEMER, W., «Viejo y nuevo...», op. cit., p. 40.

- 1) Prescinde de conceptos metafísicos y prescribe una metodología empírica.
- 2) Se basa en una metodología empírica orientada a las consecuencias.
- 3) Favorece a una concepción teórica preventiva por sobre la retributiva.
- 4) Intenta vincular al legislador y controlar sus decisiones con principios como el de protección de bienes jurídicos.<sup>71</sup>

HASSEMER expone, previo a iniciar su análisis del derecho penal moderno, tres tesis. Ellas son:

- 1) El centro ideal del derecho penal «clásico» está formado por las ideas de certeza y subsidiariedad, herencia del Estado de derecho. Su imagen de delito es el delito como lesión (de un bien jurídico).
- 2) El moderno derecho penal se ha alejado con creciente rapidez del centro ideal del derecho penal clásico.
- 3) Esta evolución planteó al derecho penal problemas específicos.<sup>72</sup>

Según HASSEMER, el derecho penal clásico surge luego de lo que él llama la muerte del derecho natural. Así, tiene su nacimiento en el contrato social donde los propios interesados se daban el orden jurídico que los iba a regir.

Sin embargo, en este contrato social, las partes contratantes renuncian a una parte de su libertad natural y garantizan la libertad de todos. Por tanto, la igualdad y la reciprocidad en la renuncia a la libertad son los pilares de ese contrato social. Por el contrario, si se desequilibra este modelo teórico democrático, degeneraría en el dominio de unos sobre otros. Entonces resulta necesario marcar con garantías específicas los límites de la renuncia a la libertad.<sup>73</sup>

HASSEMER distingue dos dimensiones en el contrato social: una vertical y otra horizontal. La primera de ellas asegura la renuncia de las libertades acordadas horizontalmente. Su fin es preservar la coexistencia de los contratantes. De este modo, el Estado funciona al servicio del ciudadano.

En ese marco, el derecho penal cumple la función de estabilizar las relaciones del contrato social, convirtiéndose en el derecho que castiga y pretende evitar las lesiones a la libertad.<sup>74</sup>

---

<sup>71</sup> *Idem.*

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 44.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 45.

De esto, deduce tres importantes consecuencias:

1) Solo puede considerarse delito la lesión a las libertades aseguradas por el contrato social. El bien jurídico se convierte en un criterio negativo que impide la criminalización ilegítima: donde no se lesiona un bien jurídico no puede haber delito.

2) Los límites a la renuncia de las libertades acordadas en el contrato social deben quedar precisados contundentemente. Esta es la razón del mandato de certeza en el derecho penal.

3) El Estado es una institución derivada de los derechos de los ciudadanos. Por tanto, el contrato social no admite ningún poder autónomo ni absoluto. Entiende HASSEMER que el derecho penal debe configurarse desde el punto de vista de los derechos individuales, como una forma de protección, limitando el poder estatal.

Para HASSEMER, este derecho penal clásico es un medio violento de represión, pero también un instrumento de garantía de la libertad ciudadana y, por tanto, indispensable para asegurar la convivencia. Por ello debe considerarse la *ultima ratio* para solucionar los conflictos sociales.<sup>75</sup>

### **a.1. La dialéctica de lo moderno**

Según HASSEMER, las características del derecho penal clásico son las mismas que las del derecho penal moderno, pero al variar el contexto del surgimiento y trasladarse a uno diferente, este último apenas guarda relación con el clásico.

Para este autor, las características del derecho penal moderno son las siguientes:

a.- La protección de bienes jurídicos se convirtió en un «criterio positivo para justificar decisiones criminalizadoras, perdiendo el carácter de criterio negativo que tuvo originariamente».<sup>76</sup> Lo que antes era un concepto crítico de limitación al legislador para la protección de bienes jurídicos, hoy se convirtió en una exigencia para penalizar determinadas conductas.

De este modo, según HASSEMER, la protección de bienes jurídicos se transforma en un mandato penalizador, dejando de ser una prohibición condicionada de

---

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 47.

penalización.<sup>77</sup> El autor entiende que «ahora el principio de protección de bienes jurídicos obliga a recurrir a la amenaza penal».<sup>78</sup>

b.- Otro rasgo del derecho penal moderno es, según HASSEMER, la idea de prevención como paradigma penal dominante. Por este motivo, los límites normativos del derecho penal (y procesal) se debilitan ante el sentimiento de amenaza de inseguridad y se extiende la esperanza de que, con el derecho penal, se podrá enfrentar eficazmente nuevas amenazas como la criminalidad organizada o la destrucción del medioambiente.<sup>79</sup>

c.- La orientación a las consecuencias, que clásicamente fue entendida como un criterio de complemento para una correcta legislación, se convirtió en el derecho penal moderno en una de sus características y en meta dominante, marginando de la política jurídico-penal los principios de igualdad y de retribución justa del delito.<sup>80</sup> Indicadores de esta situación son, por ejemplo, intentar hacer del remedio penal un instrumento de pedagogía social con el fin de sensibilizar a las personas en ámbitos como la protección del medioambiente o discriminación de género.<sup>81</sup>

Se suma a lo anterior la tendencia a considerar al derecho penal no como *ultima ratio* sino como «primera» o «sola» solución de problemas sociales.

Todo ello conduce a lo que HASSEMER llama «dialéctica de lo moderno», que transforma el derecho penal en un instrumento de solución de los conflictos sociales que no se diferencia ni en su idoneidad ni su peligrosidad de otros instrumentos. El derecho penal se convirtió en un *soft law*.<sup>82</sup>

## **a.2. Las novedades del moderno derecho penal**

Si bien según HASSEMER el derecho penal moderno no hace otra cosa que llevar al derecho penal clásico hasta sus últimas consecuencias, pueden destacarse algunas características específicas.

---

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>78</sup> *Idem*.

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>80</sup> *Idem*.

<sup>81</sup> *Idem*.

<sup>82</sup> *Idem*.

**a.- Sectores:** el derecho penal moderno se manifiesta en determinados ámbitos, ignorando otros. Según el autor, el legislador se ve influenciado por progresos conceptuales o científicos, y por lo tanto los fomenta. Las novedades legislativas penales se evidencian, en su gran mayoría, en la parte especial. Asimismo, no comportan reducciones en la gravedad de los marcos penales, sino la ampliación o creación de nuevos tipos penales como en el ámbito del medioambiente.<sup>83</sup> Estas reformas son acompañadas de las correspondientes modificaciones en el proceso penal, especialmente en lo relacionado con la aceleración y facilitación del proceso.

Así, el derecho penal moderno aumentó significativamente su capacidad, eliminando algunas garantías específicas del Estado de derecho.<sup>84</sup>

**b.- Instrumentos:** con relación al punto anterior, los instrumentos preferentemente utilizados por el derecho penal moderno están relacionados con esa mayor capacidad. Según HASSEMER, el derecho penal moderno ya no se dirige de modo directo a la protección del ciudadano de a pie; sino a la sociedad o al Estado. La protección de bienes jurídicos en el moderno derecho penal es, cada vez más, una protección institucional.<sup>85</sup>

Por este motivo, los bienes jurídicos protegidos tienen el carácter de universales y no individuales; formulándose de manera vaga y a grandes rasgos. De este modo, el alejamiento del derecho penal clásico es doble, ya que este se ocupaba directamente de bienes jurídicos individuales, que configuraba del modo más concreto y preciso posible.<sup>86</sup>

El segundo instrumento del que se sirve el derecho penal moderno es la técnica de los delitos de peligro abstracto. Ello se entiende por la amplitud de aplicación del derecho penal que permite este tipo de delitos, ya que prescindiendo de perjuicio se prescinde también de demostrar la causalidad. Basta solo con probar la realización de la conducta incriminada.<sup>87</sup> Asimismo, la utilización de los delitos de peligro abstracto disminuye la posibilidad de defensa, los presupuestos y limitaciones del castigo.

---

<sup>83</sup>HASSEMER, W., Viejo y nuevo..., op. cit., p. 52.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>85</sup> *Idem*.

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>87</sup> HASSEMER, W., Viejo y nuevo..., op. cit., p. 55.



Un problema que advierte HASSEMER respecto a los bienes jurídicos universales y delitos de peligro abstracto radica en que muchos de estos delitos lo son sin víctimas o, por lo menos, con víctimas difuminadas. No se exige en ellos un daño.<sup>88</sup>

**c.- Funciones:** entiende HASSEMER que estos cambios en los ámbitos e instrumentos producen cambios en las funciones del derecho penal. En ese sentido, explica que el derecho penal deja de ser un instrumento de reacción frente a las lesiones graves a la libertad de los ciudadanos, y se transforma en el instrumento de una política de seguridad. De este modo, se aproxima la función del derecho penal a las del derecho civil y administrativo.<sup>89</sup>

Lo anterior se relaciona con la tendencia a utilizar el derecho penal, no como *ultima ratio* sino como primera o sola *ratio*. Esto último contraviene el principio de subsidiariedad siempre que parezca rentable políticamente. Este cambio coincide con hacer del derecho penal un instrumento de transformación.<sup>90</sup>

Las ventajas del derecho penal clásico —distanciamiento igualitario y proporcionalidad— pasan a un segundo plano. El derecho penal moderno pone el acento en la prevención del delito futuro o de futuras perturbaciones de gran magnitud. En concreto, al derecho penal ya no le preocupa tanto una respuesta al pasado como prevenir el futuro.<sup>91</sup>

Entiende HASSEMER que lo que se discute en el fondo es la idoneidad del derecho penal para luchar contra estos problemas y peligros; y con esa idoneidad se pretende sustituir la idea de justicia como criterio del derecho penal.

**d.- Problemas:** los nuevos sectores, instrumentos y funciones plantean nuevos problemas íntimamente relacionados: el peligro de que el derecho penal resulte deficitario en la práctica, y el peligro de que el derecho penal quede reducido a una función simbólica.<sup>92</sup>

HASSEMER recuerda que los sectores centrales del derecho penal moderno (medioambiente, drogas, economía) padecen un déficit crónico en su realización en la práctica. Por ejemplo:

---

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 56.

<sup>89</sup> *Idem*.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>91</sup> *Idem*.

<sup>92</sup> HASSEMER, W., *Viejo y nuevo...*, p. 57.

-La mayoría de los procesos que a veces se abren en estos ámbitos no superan la fase instructora.

-En una sentencia condenatoria, los jueces penales están lejos de completar los marcos penales.<sup>93</sup>

-La cifra de criminalidad no registrada es muy alta.

-La justicia persigue a los «peces chicos», nunca a los «gordos».<sup>94</sup>

«Déficits de realización» significa que las leyes no solo no funcionan como debieran, sino que también en su aplicación producen consecuencias injustas y arbitrarias.

Muchos entienden que estos déficits se deben a que las leyes son aplicadas parcialmente, y exigen que se continúe con más de lo mismo. Otros, entre los que se encuentra HASSEMER, entienden que los déficits son el resultado de problemas estructurales y que no se solucionarán con un empleo más enérgico de los instrumentos jurídico-penales, sino que los agudizarán.

Estos déficits demuestran cómo el derecho penal se utiliza en sectores que no son suyos, cumpliendo funciones que le son extrañas. Ello provoca la desnaturalización permanente del derecho penal. De aquí se deduce el dato normativo que nos dice que el derecho penal y sus posibilidades estabilizadoras se están utilizando indebidamente.<sup>95</sup>

Los que consideren que estos déficits solo son provisionales y puramente cuantitativos deben contar con que a la larga el derecho penal quedará reducido a una función simbólica, perdiendo sus funciones reales.

**e.- Consecuencias:** las consecuencias del derecho penal moderno, básicamente, se reflejan en la flexibilización de garantías tradicionales en un Estado de derecho.

En ese sentido, el costo de los delitos de peligro abstracto son: la reducción de los presupuestos de la pena, lo que conlleva también una reducción de las posibilidades de defensa y de pautas informativas del legislador que orienten a los jueces.<sup>96</sup>

En el derecho penal moderno, la diferencia entre imputación objetiva y subjetiva queda difuminada. Se amplía el arbitrio judicial, difícilmente controlable y poco verificable con criterios dogmáticos.

---

<sup>93</sup> Cfr. SARRABAYROUSE, E. C., *Responsabilidad...*, p. 173.

<sup>94</sup> HASSEMER, W., *Viejo y nuevo...*, op. cit., p. 57.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 59.

<sup>96</sup> HASSEMER, W., *Viejo y nuevo...*, op. cit., p. 59.

En el ámbito del derecho penal económico y en el del medioambiente, resulta patente que los criterios de imputación tradicionales jurídico-penales son un obstáculo para una política criminal eficaz.<sup>97</sup> Por esto, HASSEMER no encuentra extraño que en algunos ámbitos se pida prescindir de las sutilezas de la imputación individual.

A todo esto se le puede sumar las agravaciones de las penas y la difuminación del contenido del delito (ejemplo: delito ecológico con remisión a leyes administrativas). Todo esto supone una reducción de los presupuestos de imputación que dañan al derecho penal.

El derecho penal moderno pretende ser lo suficientemente flexible y omnicomprendivo como para responder adecuadamente a las continuamente cambiantes perturbaciones. En ese sentido, el mandato de certeza obstaculiza un derecho flexible y adaptable a los problemas futuros. Para ello, basta con que el legislador utilice conceptos aplicables de un modo flexible y lo más ampliamente posible.

También, HASSEMER advierte sobre la perversión de los principios clásicos del derecho procesal penal. Destaca que el problema central del moderno derecho penal radica en la distancia entre su capacidad real, por un lado, y las expectativas de solución que genera. Por ello, puede llegarse a un momento en que se busquen nuevas vías de carácter procesal para aumentar esa capacidad. Ejemplo de ello serían los «acuerdos» que se realizan entre acusación y defensa. Sostiene Hassemer que habrá que tener en cuenta esta tendencia a eliminar sutilezas procesales y asegurar la capacidad funcional del derecho penal moderno.<sup>98</sup>

**f.- Alternativa:** como propuesta a las dificultades planteadas, HASSEMER propone una reducción del derecho penal a lo que él denomina «derecho penal básico»,<sup>99</sup> que abarque las lesiones a bienes jurídicos individuales clásicos y los peligros de mayor gravedad como incendios, conducción bajo efecto de bebidas alcohólicas, etc.

Sin embargo, reconoce que el derecho penal no puede renunciar a bienes jurídicos universales. Muchos de los peligros del pasado hoy apenas nos asustan; no obstante, en la actualidad existen riesgos apenas controlables. Por este motivo las

---

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>99</sup> La traducción literal de la expresión *Kernstrafrecht* utilizada por HASSEMER, sería «derecho penal nuclear», ver SARRABAYROUSE, E. C., *Responsabilidad...*, op. cit., p. 175, cit. 121; sin embargo elegimos seguir en este punto del trabajo la utilizada en la obra que se viene citando. Lo que no quita que en el futuro se utilice la frase «derecho penal nuclear» como sinónimo de «derecho penal básico».

personas conviven con amenazas mayores y difusas. Ello motiva la protección de las instituciones en las cuales se organizan las sociedades, y esta protección tiene como objeto directo los bienes jurídicos universales, no los individuales.<sup>100</sup>

La propuesta concreta que plantea HASSEMER radica en trasladar el «derecho penal moderno» a un «derecho de intervención». Este se ubicaría entre el derecho penal y el derecho sancionatorio administrativo, entre el derecho civil y el derecho público.<sup>101</sup> Tendría menos garantías pero aplicaría sanciones menores. Este derecho de intervención daría una respuesta más adecuada a los desafíos modernos, liberando al derecho penal clásico de la prevención exigida, la cual no puede cumplir.

## **b) Jesús María SILVA SÁNCHEZ**

SILVA SÁNCHEZ aborda la temática de la modernización del derecho penal en su monografía *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*.<sup>102</sup> En esta obra, el autor detecta que nunca se había hablado tanto de la necesidad de reconducir la intervención punitiva del Estado hacia un «derecho penal mínimo», como en la última década. Advierte SILVA SÁNCHEZ que, si bien esa expresión engloba propuestas cuya vocación es la restricción del derecho penal, no existe una coincidencia total en cuanto al alcance exacto de las mismas. Asimismo, citando a FERRAJOLI, afirma que el derecho penal mínimo y su contrapuesto (derecho penal máximo), se configuran por referencia «bien a los mayores o menores vínculos garantistas estructuralmente internos al sistema, bien a la cantidad y calidad de las prohibiciones y las penas en él establecidas».

Frente a las posturas doctrinales como las de la Escuela de Frankfurt —vistas en el apartado anterior— SILVA constata una tendencia dominante en la legislación de todos los países hacia la introducción de nuevos tipos penales y, también, agravación de los ya existentes.

De este modo, SILVA denomina «expansión» a la «creación de nuevos «bienes jurídicos penales», ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes

---

<sup>100</sup>HASSEMER, W., *Viejo y nuevo...*, op. cit., p. 69.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 72.

<sup>102</sup> La primera edición de esta obra se publicó en 1999. Para esta investigación se utiliza la tercera edición, publicada en el año 2011.

y flexibilización de los principios político-criminales de garantía». <sup>103</sup> Esta característica resulta innegable en el Código Penal Español de 1995.

Según SILVA, la expansión del derecho penal suele presentarse como una perversión del aparato estatal, que busca en el recurso de la legislación penal una (aparente) solución fácil a los problemas sociales, desplazando al plano simbólico lo que debería resolverse en el plano de lo instrumental.

Sin embargo, el autor rechaza que las causas de este fenómeno se encuentren exclusivamente en la superestructura jurídico-política. En su opinión, las causas son más profundas, enraizadas en el modelo social gestado en los últimos decenios y el consiguiente cambio del papel del derecho penal en la representación que del mismo tienen amplias capas sociales.

Esta tendencia expansiva del derecho penal no se identifica con el movimiento *Law and order*, de origen norteamericano, que proponía una reacción legal, judicial y policial más contundente contra la delincuencia de masas, de criminalidad callejera.

En la actualidad, en la sociedad existe una conciencia general sobre las virtudes del derecho penal como instrumento de protección a la ciudadanía. <sup>104</sup>

SILVA SÁNCHEZ enumera las siguientes causas de la expansión del derecho penal:

**1) Los nuevos intereses:** es evidente que la expansión del derecho penal responde al surgimiento o aparición de nuevos bienes jurídicos. Esto se puede deber al surgimiento de nuevas realidades, deterioro de realidades tradicionalmente abundantes que ahora se convirtieron en bienes escasos o por el incremento del valor cultural. Entiende este autor que seguramente exista un espacio de «expansión razonable» del derecho penal, sin embargo existen, también, importantes manifestaciones de la «expansión irrazonable». <sup>105</sup>

**2) La efectiva aparición de nuevos riesgos:** el desarrollo de la técnica ocasionó consecuencia negativas, entre ellas la aparición de riesgos de procedencia humana, configurándose como un fenómeno social estructural. Gran parte de los riesgos a los que se encuentran expuestos los ciudadanos provienen de otros conciudadanos que manejan los avances técnicos. Las consecuencias lesivas del «fallo técnico» aparecen como un problema central en este modelo, en que se parte de que cierto porcentaje de

---

<sup>103</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión...* ob. cit., p. 5.

<sup>104</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión...*, pp. 1-10.

<sup>105</sup> *Ibidem*, pp. 11-13.

accidentes graves resulta inevitable. Así, se trata de decidir la ubicación de los fallos técnicos bien en el ámbito del riesgo penalmente relevante o en el del riesgo permitido.<sup>106</sup>

**3) La institucionalización de la inseguridad:** la sociedad postindustrial es, además de la sociedad del riesgo tecnológico, una sociedad de inseguridad objetiva. En efecto, se convive con un importante factor de incertidumbre en la vida social. De ahí la frase que SILVA SÁNCHEZ le atribuye al ciudadano anónimo: «Nos están matando, pero no acabamos de saber a ciencia cierta ni quién ni cómo ni a qué ritmo». En este contexto, el problema ya no radica solo en las decisiones humanas que generan los riesgos, sino también en las decisiones humanas que los distribuyen. Asimismo, SILVA SÁNCHEZ califica como «enorme complejidad» a la sociedad en que vivimos. Dentro de esa complejidad, existe una profunda interrelación de las esferas de organización individual, lo que incrementa la posibilidad de que los contactos sociales redunden en la producción de consecuencias lesivas. Sin embargo, como esos resultados se producen —en muchos casos— a largo plazo y en un contexto general de incertidumbre sobre la relación causa-efecto, los delitos de resultado de lesión se muestran crecientemente insatisfactorios como técnica de abordaje del problema. Por este motivo se recurre cada vez más a los tipos de peligro, especialmente en su versión más abstracta o formalista (en términos de peligro presunto).

Otro aspecto al que se refiere SILVA SÁNCHEZ es a la dependencia de los bienes jurídicos respecto de conductas positivas (de control de riesgos) por parte de terceros.

SILVA SÁNCHEZ advierte que la sociedad postindustrial europea expresa la crisis del modelo del Estado del bienestar. Así, el autor detecta que se trata de una sociedad con importantes problemas de vertebración interna, donde aparecen conflictos interindividuales. El fenómeno de la «criminalidad de masas» lleva a que el «otro» se presente, muchas veces, como un riesgo. Por tanto, esto constituye otra dimensión (no tecnológica) de la sociedad del riesgo. Este último aspecto —de la criminalidad callejera o de masas (seguridad ciudadana en sentido estricto)— entronca en las preocupaciones clásicas de movimientos como «Ley y orden».<sup>107</sup>

**4) La sensación social de inseguridad:** la inseguridad tiene, también, una dimensión subjetiva que puede ser más importante aún que la objetiva. La apreciación

---

<sup>106</sup> *Ibidem*, pp. 13-15.

<sup>107</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión...*, pp. 15-20.

subjetiva de los riesgos supera la propia existencia objetiva de estos. Por lo tanto, la inseguridad se torna en una pretensión social a la cual el Estado, junto al derecho penal, debe responder.<sup>108</sup>

**5) La configuración de una sociedad de sujetos pasivos:** la sociedad del bienestar está compuesta, cada vez más, por clases pasivas. De ese modo, pensionados, desempleados, destinatarios de prestaciones públicas, educativas, sanitarias, etc., se convierten en los ciudadanos y electores por excelencia. Dentro de la dogmática penal se advierte, como consecuencia, la reducción del riesgo permitido. Nos encontramos frente a un modelo social orientado a una restricción progresiva de las esferas de actuación arriesgada. No son ajenas a este desarrollo las corrientes doctrinarias y jurisprudenciales que dan mayor amplitud a la figura de la injerencia como fundamento de la imputación de responsabilidad a título de comisión por omisión. Frente a ello se advierte una resistencia psicológica a la aceptación del caso fortuito: los peligros no se conciben ya como ajenos a las decisiones humanas. Este panorama ideológico favorece el incremento de los delitos de peligro. Esto último, sumado a la imposibilidad jurídico-penal o procesal de traducir, en muchas ocasiones, la percepción de inseguridad sentida por el sujeto pasivo en un criterio efectivo de hiperresponsabilización del sujeto activo, puede favorecer todavía más la creación de legislación simbólica.<sup>109</sup>

**6) La identificación de la mayoría social con la víctima del delito:** la expansión del derecho penal, junto con los aspectos ya comentados, responde también al fenómeno de identificación social con la víctima (sujeto pasivo) del delito antes que con el autor (sujeto activo). Este fenómeno está íntimamente relacionado con el apartado anterior sobre la configuración de una sociedad de clases pasivas. El derecho penal objetivo (*ius poenale*) deja de ser instrumento de defensa de los ciudadanos frente a la intervención coactiva del Estado. La concepción de ley penal como *Magna Charta* de la víctima aparece junto a la clásica *Magna Charta* del delincuente. Esto lleva a la flexibilización del principio de legalidad, aplicando, por ejemplo, la analogía *in mala partem*. Este fenómeno conduce también al planteamiento de algunos autores de entender la propia institución de la pena como mecanismo de ayuda a la superación, por parte de la víctima, del trauma generado por el delito. En la sociedad se debate, sobre todo, la criminalidad de los poderosos.<sup>110</sup>

---

<sup>108</sup> *Ibidem*, pp. 20-33.

<sup>109</sup> Silva Sánchez, J.M., *La expansión...*, pp. 33-46.

<sup>110</sup> *Ibidem*, pp. 46-58 (las cursivas son originales).

**7) El descrédito de otras instancias de protección:** lo anterior no explica de manera necesaria la demanda de punición y consiguiente expansión precisamente del derecho penal. Claramente podría producirse una expansión de otros mecanismos de protección no jurídicos, o jurídicos, pero no necesariamente penales. Pero sucede que esas opciones son inexistentes, o no resultan suficientes, o se hallan desprestigiadas. SILVA SÁNCHEZ se refiere a la ética social, al derecho civil y al derecho administrativo. Esta situación es desalentadora porque se coloca al derecho penal como instrumento eficaz de pedagogía político-social, como mecanismo de socialización, de civilización, y esto supone una expansión *ad absurdum* de la otrora *ultima ratio*. Esto somete al derecho penal a algo que no puede soportar.<sup>111</sup>

**8) Los gestores atípicos de la moral:** SILVA SÁNCHEZ advierte sobre el giro de la criminología de izquierda. Desde esa perspectiva de izquierda se insiste en mayor demanda de protección. A su vez, aparecen nuevos grupos con gran relevancia como las asociaciones ecologistas, feministas, de consumidores, etc. o, en general, las organizaciones no gubernamentales que protestan por los derechos humanos. Todas ellas encabezan una progresiva ampliación del derecho penal dirigida a la protección de sus intereses respectivos.<sup>112</sup>

**9) La actitud de la izquierda política. La política criminal socialdemócrata en Europa:** se aprecia el fenómeno de que, en el modelo preexistente, los partidos vulgarmente calificados como «de derechas» asumían la tesis del incremento de la seguridad a través de una mayor presión punitiva, mientras los partidos «de izquierda» defendían aparentemente la postura contraria, es decir la disminución de la presión punitiva. Sin embargo, se produjo un cambio cuando la socialdemocracia europea pasó a asumir el discurso de la seguridad. El discurso de este sector proclama que debe hacerse hincapié en la seguridad a través del derecho penal, pues esta favorece ante todo a los más débiles, mientras los ricos habitan barrios tranquilos, con seguridad. Nuevamente, estamos en presencia de la criminalidad de los poderosos, donde se introducen reformas contrarias a las garantías tradicionales del derecho penal. Ello redundará en su propia extensión.<sup>113</sup>

**10) El «gerencialismo», un factor colateral:** a causa de las aspiraciones de eficacia en la obtención de seguridad, la sociedad se dirige a una animadversión frente a

---

<sup>111</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión...*, pp. 58-64.

<sup>112</sup> *Ibidem*, pp. 64-68.

<sup>113</sup> *Ibidem*, pp. 69-74.



algunos elementos característicos del derecho penal clásico, tal como el trato con valores (verdad y la justicia) y la articulación de dicho trato a través de procedimientos formales. Muchos interpretan los principios del derecho penal como obstáculos a la gestión eficiente de seguridad. Así, el conjunto de principios del derecho penal son considerados sutilezas que se oponen a la solución real de los problemas. Frente al modelo clásico de justicia penal, surgen modelos de justicia negociada, donde la verdad y la justicia ocupan un segundo plano. Ejemplo de esto son los pactos de inmunidad entre fiscalía con ciertos imputados, diversas formas de mediación, etc.<sup>114</sup>

Todos los aspectos reseñados son impulsados o favorecidos por otros factores. Entre ellos, SILVA SÁNCHEZ destaca «la globalización económica y la integración supranacional». El autor pronostica que el derecho penal de la globalización económica y de la integración supranacional será un derecho desde luego crecientemente unificado, pero también menos garantista, en el que las reglas de la imputación serán flexibilizadas y se relativizarán las garantías político-criminales sustantivas y procesales. Por ello, el derecho penal de la globalización no hará más que acentuar las tendencias que ya se perciben en las legislaciones nacionales. SILVA SÁNCHEZ entiende que la delincuencia de la globalización es económica, en sentido amplio (o en todo caso lucrativa, aunque ponga en peligro otros bienes jurídicos).<sup>115</sup> También destaca el autor que la globalización y la integración darán lugar a nuevas modalidades de los delitos clásicos, así como a la aparición de nuevas formas delictivas. Se advierte que no es fácil dar una respuesta uniforme y armónica a la delincuencia transnacional. Es necesario homogeneizar las reglas legales de la parte general que determinan esencialmente la aplicación que haya que darle a los preceptos específicos.

Así, en el derecho penal de la globalización se produce un cambio significativo en cuanto al modelo de delito que sirve de referencia a la construcción dogmática (ya no es el homicidio de autor individual). Por ello se produce una gran disyuntiva: se realiza una sectorialización de las reglas de la parte general del derecho penal, o se asume que las reglas que regían a la delincuencia clásica se han visto modificadas. La primera opción, puede expresarse como derecho penal de dos velocidades. Lo segundo supone la desactivación del sistema general de reglas configurado, con una más que obvia

---

<sup>114</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión...*, pp. 74-82.

<sup>115</sup> *Ibidem*, pp. 83-85.

vocación garantista, a partir de la constatación de la gravedad de las consecuencias jurídico-penales. SILVA SÁNCHEZ se inclina por la primera opción.

Cabe recalcar que los principios político-criminales en el derecho penal de la globalización serán más flexibles, al haber menos garantías por la menor gravedad de las sanciones.<sup>116</sup>

Otro aspecto que resalta SILVA SÁNCHEZ es la administrativización del derecho penal. Propone, como ejemplo, la protección del medioambiente. En referencia a ello, destaca que se trata de una protección de contextos, y esta orientación cada vez más genérica lleva al derecho penal a entrar en relación con fenómenos estructurales, en los que las aportaciones individuales autónomamente contempladas son de intensidad baja. En consecuencia, deduce que el derecho penal, que reaccionaba a *posteriori* contra un hecho lesivo individualmente delimitado, se ha convertido en un derecho de gestión (punitiva) de riesgos generales, y en esa medida se ha administrativizado. El autor hace referencia a la diferencia entre la finalidad del derecho penal y el administrativo. El primero persigue proteger bienes concretos en casos concretos, mientras que el segundo persigue ordenar, de modo general, sectores de actividad. Asimismo, el derecho administrativo sancionador no precisa, para sancionar, una conducta específica en sí misma concebida, perturbadora de un bien jurídico, y por ello tampoco es necesario un análisis de lesividad en el caso concreto. Se requiere más bien que el género de conductas represente, en términos estadísticos, un peligro para el modelo sectorial de gestión o, en otras palabras, para el buen orden del sector de actividad determinado. Por esto, el derecho administrativo sancionador es esencialmente el derecho del daño acumulativo o, también, del daño derivado de la repetición; y ello exime de una valoración del hecho específico. En ese sentido, SILVA SÁNCHEZ advierte que no corresponde imputar penalmente por conductas que no ponen en peligro al bien jurídico, como pueden ser las conductas de peligro presunto, peligro estadístico o peligro global. Justifica sus dichos con diversos ejemplos, como el tráfico rodado, defraudación tributaria, contaminación ambiental por vertidos y estupefacientes. El autor critica que el derecho penal de las sociedades postindustriales razone como el derecho administrativo.<sup>117</sup>

---

<sup>116</sup> *Ibidem*, pp. 90-107.

<sup>117</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión...*, pp. 131-143.

Ante ese cuadro expansivo del derecho penal, SILVA SÁNCHEZ considera que las propuestas de regreso al derecho penal clásico resultan no solo anacrónicas, sino ucrónicas. Entiende que la problemática de la expansión del derecho penal no es de carácter general, sino que es específica de la expansión del derecho penal de la pena privativa de la libertad. Su propuesta radica en admitir una gradualidad de la vigencia de las reglas de imputación y de los principios de garantía en el propio seno del derecho penal. Plantea una solución similar a la de HASSEMER, pero sin huir del derecho penal, para los delitos de drogas, económicos, ecológicos, etc. Sería menos pretencioso en cuanto a garantías materiales y procesales, pero dispondría de sanciones menos intensas que las penales tradicionales.<sup>118</sup> En conclusión, interpreta, que «no habría ninguna dificultad para admitir ese modelo de menor intensidad garantística *dentro* del Derecho penal, siempre y cuando —eso sí— las sanciones previstas para los ilícitos correspondientes no fueran de prisión».<sup>119</sup>

### c) Otros autores

El tema de la adaptación del derecho penal a la modernidad no se agota solo en los autores antes referenciados. Existen muchas posturas respecto a la cuestión. Sin profundizar en fundamentos, se trae a colación las siguientes:

1) **KINDHÄUSER:** este autor adopta una posición intermedia entre aquellos críticos de la adaptación del derecho penal y de aquellos que postulan la idoneidad del derecho penal como respuesta a los nuevos desafíos. En efecto, comprueba que el derecho penal actual se expande sin límites. Ante esto, luego de un exhaustivo análisis, deduce que a) es legítimo el afán por obtener seguridad. La seguridad es un derecho humano que justifica la existencia del Estado y su monopolio de la violencia; b) negar los peligros de la sociedad del riesgo es un error. Es indiscutible que el Estado debe proveer seguridad; c) esto no significa que sea el derecho penal el encargado de resolver todos los problemas de carencia de seguridad; d) mejores alternativas al derecho penal en estos ámbitos serían el derecho civil y el administrativo, o un derecho contravencional dotado de un amplio repertorio de medidas preventivas generales y utilitarias; e) debe regir siempre, en forma clara y categórica, el principio de

---

<sup>118</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión...*, pp. 165-172.

<sup>119</sup> *Ibidem*, pp. 172 (la cursiva es original).

subsidiariedad; el derecho penal solo puede constituir la *ultima ratio* para el desenlace de los conflictos sociales. Ello no ocurre cuando es la primera o la única solución; f) resulta imprescindible que los difusos bienes jurídicos universales retornen al territorio de una concepción liberal de bienes jurídicos, por lo que solo serían tales aquellas propiedades de personas, cosas o instituciones que constituyeran condiciones comprobables de un desarrollo personal libre en la sociedad.<sup>120</sup>

2) **ROXIN:** este autor se encuentra dentro del grupo de aquellos que postulan que el derecho penal también debe intervenir frente a los fenómenos propios de las sociedades industrializadas. Para Roxin, el derecho penal es un medio de control social indispensable en la sociedad del riesgo, que no debe actuar aislado sino en consonancia con otros mecanismos. Postula las siguientes tesis: a) no es política ni socialmente plausible que el Estado restrinja a los pequeños delitos el alcance de su arma más poderosa —el derecho penal— y que renuncie a la persecución de los peligros que amenazan con dañar la vida, el cuerpo o los bienes jurídicos de miles de personas; b) es erróneo afirmar que en los nuevos territorios se le exige demasiado al derecho penal. Es verdad que dentro de la «irresponsabilidad organizada» de grandes empresas se dificulta la imputación de daños y peligros a determinadas personas individuales. Situaciones como esta enfrentan al derecho penal tradicional con contemplar la responsabilidad penal de la persona jurídica. Resulta impensable combatir la criminalidad del siglo XXI con los medios de un derecho penal del siglo XIX. Nuevos problemas demandan nuevas soluciones.

ROXIN expresa que si bien la tarea del derecho penal es la protección subsidiaria de bienes jurídicos —realización práctica del principio de *ultima ratio*— no debe excluirse su intervención en algunos casos. Ejemplo de lo anterior es el derecho penal del medioambiente. En efecto, es factible enfrentar daños graves al medioambiente a través de una mejor observación de la actividad industrial y por medio de las diversas formas de control propias del derecho administrativo. El campo de actuación del principio de subsidiariedad, como está organizado hoy el derecho penal, abarca desde los grandes riesgos amenazadores de la humanidad hasta la pequeña criminalidad cotidiana.<sup>121</sup>

<sup>120</sup> SARRABAYROUSE, E. C., *Responsabilidad...*, op.cit., pp. 224-229, también MENDOZA BUERGO, *El derecho penal...*, op. Cit., pp. 128-130.

<sup>121</sup> SARRABAYROUSE, E. C., *Responsabilidad...*, op.cit., pp. 229-232.

**3) SCHÜNEMANN:** este autor critica a la Escuela de Fráncfort en dos aspectos. El primero es la inclusión del hombre como especie y no solo como participante del contrato social. De esto puede deducirse como valor supremo su supervivencia y, fundamentalmente, la existencia y conservación de un medioambiente propicio para la vida. En segundo lugar, la exageración de la teoría personal del bien jurídico puede conducir a excesos. Resalta el autor que «En última instancia, por tanto, la teoría personal del bien jurídico ha caído en la trampa de esta sociedad posmoderna, ha tomado sus mundos ficticios y sus técnicas de encubrimiento por su núcleo esencial y ha elevado a la categoría de objeto de protección de mayor rango del derecho penal al despilfarro de los recursos de generaciones venideras por parte del hedonismo, sin sentido de un pseudoindividualismo fabricado industrialmente, despilfarro que en verdad cumple con el concepto primigenio del delito...». <sup>122</sup> Para SCHÜNEMANN no debe olvidarse el aspecto de la sociedad del riesgo que consiste en la sustitución de los contextos de acción individuales por contextos de acción colectivos, de ese modo el contacto interpersonal cede terreno a formas de comportamiento anónimas y normalizadas. Por ello hay que averiguar, en cada caso concreto, dónde están los puntos de conexión colectivos en que debe existir una protección eficaz de los bienes jurídicos. Para establecer un delito de peligro abstracto debemos preguntarnos cuál es el interés que guía al individuo en la práctica de esa conducta. <sup>123</sup>

**4) MENDOZA BUERGO:** esta autora reconoce que el diagnóstico que realiza la mayoría de los críticos al derecho penal del riesgo es certero. Sin embargo, no comparte los postulados de HASSEMER respecto a la creación de un derecho de intervención. Sostiene que deben fijarse los límites de las «condiciones de protección legítima de la seguridad a través del derecho penal». Y las soluciones adecuadas llegarán por vía del reconocimiento y respeto real del carácter subsidiario y de *ultima ratio* del derecho penal. Esto entraña el recurso a otras ramas jurídicas para la defensa frente a los peligros, pues este es en primera instancia el medio legítimo para procurar seguridad. Tampoco le convence la solución dada por SILVA SÁNCHEZ (ver *supra*). La idea central de MENDOZA BUERGO es respetar la identidad del derecho penal en su carácter de *ultima ratio*, cumpliendo los principios que fundamentan su intervención de manera que se

---

<sup>122</sup> SCHÜNEMANN, B., «Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana», CDyJP, n° 1-2, pp. 17-49; citado por SARRABAYROUSE, E. C., *Responsabilidad...*, op.cit., p. 232.

<sup>123</sup> SARRABAYROUSE, E. C., *Responsabilidad...*, op. cit., pp. 232-234.

asegure la seriedad de la misma. Esto sería la consecuencia de utilizar el derecho penal de manera racional y proporcional. Así, debe propugnarse que el derecho civil, el administrativo sancionador y el mercantil, jueguen su respectivo rol sin que esto signifique desconocer las insuficiencias que se les puedan atribuir. Pero no debe suceder que esos defectos agudicen la tendencia a recurrir al derecho penal, sobrecargando a esta rama y desnaturalizando el carácter de la pena criminal. En conclusión, esta autora adopta la postura de defender el respeto y la realización práctica del carácter fragmentario y subsidiario del derecho penal y el principio de *ultima ratio*. En palabras textuales de MENDOZA BUERGO: «Se trata de no forzar al derecho penal en una tarea de *prima ratio* ni de pedagogía social, ni de satisfacción de necesidades —en parte objetivas y en buena medida subjetivas— de seguridad y prevención, que no es seguro que consigan lo que se proponen, pero que con certeza están suponiendo, en más casos de los deseables, transformaciones o tendencias no conciliables con el sistema basado en categorías dogmáticas racionales y coherentes, y en principios garantistas de ineludible cumplimiento en el derecho penal de un Estado de Derecho avanzado».<sup>124</sup>

5) **CORCOY BIDASOLO:** la autora parte de la legitimidad de la intervención penal en la protección de los denominados «nuevos riesgos». Así, distingue dos posturas principales: por un lado, aquellos que abogan por un derecho penal mínimo, reducido al derecho penal tradicional o clásico; y en el reverso coloca a quienes aceptan la legitimidad de la intervención penal en nuevos ámbitos de actividad social, en sectores en los que el referente supraindividual —colectivo— se ubica en el primer plano, manteniendo siempre las garantías propias del derecho penal. CORCOY ubica el derecho penal accesorio junto al derecho penal nuclear. Esta última denominación puede utilizarse para referirse a los delitos que, independientemente de encontrarse en el Código Penal o en leyes especiales, se refieren a un sector de actividad en el que ya existe una previa actividad de control por parte de las autoridades administrativas. En relación a ello, la discusión parece centrarse en si la diferencia entre derecho penal nuclear y derecho penal accesorio es de tipo cualitativo o cuantitativo. Pero más allá del tipo de diferencia, con la expresión «derecho penal accesorio» se quiere aludir a los ámbitos donde se discute la legitimidad de la intervención penal. Más allá de diferencias conceptuales, CORCOY encuentra otras tensiones entre el derecho penal nuclear y el accesorio. La principal se refiere al tipo de bien jurídico que protege cada uno de ellos.

---

<sup>124</sup> MENDOZA BUERGO, *El derecho penal...*, op. cit., pp. 181-189 (la cursiva es original).

Mientras el derecho penal nuclear protege bienes jurídico-penales altamente personales mediante tipos de lesión; el derecho penal accesorio toma como referente, como *ratio* de tutela, los bienes jurídico-penales supraindividuales o colectivos, utilizando como recurso la técnica legislativa del delito de peligro y la ley penal en blanco. Según la autora, la discusión debe centrarse en el marco de la sociedad compleja actual y de las consecuentes necesidades, nuevos valores y nuevos problemas de los miembros de esta sociedad, que si no es de riesgos, al menos se puede calificar como compleja. En este tipo de sociedad se destaca el creciente anonimato de las relaciones interpersonales; y la aparición de nuevos riesgos que deben ser prevenidos. CORCOY sostiene que desde posturas como la de la Escuela de Fráncfort (en especial HASSEMER, ver *supra*) se pone en entredicho la legitimidad de la intervención penal en el ámbito de los bienes jurídicos supraindividuales, como derecho penal simbólico. La autora critica la negación de la protección de los bienes supraindividuales por su supuesta ineficacia, sosteniendo que la inaplicación o la incorrecta aplicación del derecho penal, no se debe a la naturaleza de estos delitos sino a la falta de voluntad política de perseguirlos.

Analizando las posturas de HASSEMER y SILVA SÁNCHEZ (ver *supra*), CORCOY destaca la existencia de tres clases de derecho penal que, desde una perspectiva criminológica, se corresponden con tres «clases» de ciudadanos (de primera, de segunda y de tercera). Ello es así porque, según entiende la autora, los ilícitos que la doctrina considera que no deben incluirse en el derecho penal nuclear son conductas que solo pueden cometer quienes tienen poder y/o dinero. Según CORCOY, los que defienden estas tesis no consideran que para estos delitos (fiscales, societarios, contra el medioambiente...) sea adecuada la pena privativa de la libertad, cuando es precisamente en estos casos que la única sanción que tiene eficacia preventiva es esta.

Referida a la cuestión del «aseguramiento del futuro con los medios del Derecho penal»,<sup>125</sup> propone una «tercera vía», sin que obedezca a una concepción funcionalista, recomendando ir más allá de la protección de los bienes jurídicos estancada en concepción puramente antropocéntrica, protegiendo jurídico-penalmente «normas de conducta referidas al futuro» sin «retro-referencia a intereses individuales». Esto implica considerar a los bienes jurídico-penales supraindividuales como autónomos, protegiéndose aquellos que sirvan al mejor desarrollo personal de cada uno de los individuos de la sociedad. Para que resulte legítima la intervención penal propuesta, no

---

<sup>125</sup> Ver *infra* 3.5.2, la posición de STRATEWERTH.

solo basta con decidir a partir de los principios de subsidiariedad y *ultima ratio*, sino que también debe atenderse al principio de fragmentariedad.<sup>126</sup>

#### 4. Concepto de medioambiente. Introducción. Interrelación de ciencias

En páginas anteriores se desarrolló una descripción de las características de la denominada sociedad del riesgo. Luego se describieron diferentes posturas respecto a la situación del derecho penal ante esta nueva sociedad marcada por la presencia de riesgos ocasionados por decisiones del propio ser humano. Ahora bien, en este momento estamos en condiciones de afirmar que la problemática ambiental es típica de la sociedad moderna postindustrial del riesgo.

No obstante, definir el medioambiente no es una tarea sencilla ni resulta pacífico ponerse de acuerdo con su significado. En efecto, medioambiente es un término de uso común, tanto en las ciencias experimentales como en el derecho y, por este motivo, se debe debatir para posteriormente «clarificarlo» a nivel jurídico.<sup>127</sup> Esto se debe a que el medioambiente como objeto material de estudio coincide con diversas áreas del conocimiento, difiriendo el objeto formal<sup>128</sup> de dichas áreas.

El vocablo medioambiente es un retruécano cuyo origen se encuentra en la dificultad de la lengua española para traducir el término inglés *environment* o el francés *environement*.<sup>129</sup> Según el diccionario de la Real Academia Española, por medioambiente se entiende «conjunto de circunstancias exteriores a un ser vivo».

Dada la amplitud del concepto, la problemática medioambiental que nos ocupa resulta multidisciplinar. En efecto, para tener una consideración global del significado de medioambiente debemos, indefectiblemente, observar qué entienden otras ciencias. Así, debemos partir de un enfoque biológico o ecológico del medioambiente; luego acudiremos al enfoque filosófico y sociológico, para culminar con el enfoque jurídico.

---

<sup>126</sup> CORCOY BIDASOLO, M., «Protección de bienes jurídico-penales supraindividuales y derecho penal mínimo», en *Derecho penal del Siglo XXI*, Cuadernos de derecho judicial, MIR PUIG, S. (Dir.), VIII-2007, Madrid, pp. 365-374.

<sup>127</sup> VIVES REGO, J./CORCOY BIDASOLO, M./NIEVA FENOLL, J., «Delito medioambiental y delito contra la salud pública: problemas terminológicos jurídicos y científicos de la legislación actual y propuestas de *lege ferenda*», en *Medio ambiente & Derecho: revista electrónica de derecho ambiental*, n° 16, 2007.

<sup>128</sup> Entendiendo «objeto formal» como aspecto especial sobre el que se enfoca una ciencia determinada respecto del objeto material.

<sup>129</sup> Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho penal ambiental*, Tirant lo Blanch, 2013, Valencia, p. 30.



### a) Enfoque ecológico del medioambiente

Desde este enfoque, el medioambiente es un lugar, una localización física en el tiempo y en el espacio. Su tamaño puede variar: desde un océano hasta un charco luego de la lluvia. Incluye tanto las condiciones físicas como la variedad de organismos que coexisten dentro de sus límites. Esta entidad es denominada por los ecólogos como ecosistema.<sup>130</sup>

En términos generales, el ecosistema cuenta con componentes bióticos y abióticos.

La ecología estudia todas las relaciones, la red completa de interacciones entre los organismos y su medioambiente.<sup>131</sup>

Desde un enfoque científico-técnico, por «medio» se entiende el sustrato que soporta y condiciona fenómenos naturales que tienen lugar en su seno; y por «ambiente», el conjunto de las condiciones externas que afectan el comportamiento de un sistema. Particularmente, el conjunto de condiciones climáticas, edáficas, bióticas, etc. en que se desarrollan las actividades de los seres vivos.<sup>132</sup>

Por ello, el punto central de la ecología es la relación entre los organismos con su medioambiente. A su vez, dentro de la ecología general, se destaca —a los fines de esta investigación— la ecología humana. Esta se encarga de estudiar la influencia del ser humano en el medioambiente, siendo esencial para comprender las causas, identificarlas y mitigar sus impactos. Sin embargo, enfrentar estas problemáticas requiere de un estudio interdisciplinar amplio para comprender su dimensión histórica, social, legal, política y ética. Este marco es conocido como ciencia del medioambiente, encargada de examinar el impacto del ser humano sobre el medioambiente natural, y comprende una amplia variedad de temas como agronomía, edafología, demografía, agricultura, energía e hidrología.<sup>133</sup>

Para muchos biólogos y ecólogos, incluso juristas, medioambiente y ecología resultan equivalentes. Por esto es deseable diferenciar ambos términos con el objeto de evitar confusiones. En ese sentido, una diferenciación entre medioambiente y ecología

---

<sup>130</sup> SMITH, T. M. y SMITH, R. L., *Ecología* (trad. Román, E. S.), Pearson, 6º ed. Madrid, 2007, p. 4.

<sup>131</sup> *Idem.*

<sup>132</sup> JAQUENOD DE ZSÖGÖN, S., *Derecho ambiental*, Dickinson, 2º ed., 2004, Madrid, p. 20.

<sup>133</sup> SMITH, T. M./SMITH, R. L., *Ecología...*, pp. 8-9.

aceptada por científicos sería la siguiente: a) medioambiente en sentido estricto: entorno físico, es decir suelo, aire y agua; todos los elementos orgánicos e inorgánicos inertes. En consecuencia, no podemos incluir al hombre en este concepto estricto; b) ecología: entorno físico, flora y fauna. Es decir, el término ecología incluye al medioambiente sumando todos los seres vivos.<sup>134</sup>

## **b) Enfoque filosófico/sociológico del medioambiente**

La sociología se encarga, también, de analizar y estudiar la problemática ambiental. Sin embargo, realiza esta tarea con un enfoque particular, partiendo de la indeterminación resultante de la relación entre dos sistemas complejos autoorganizadores, como son la sociedad y la biosfera. Por ello puede afirmarse que el objeto de estudio de la sociología, en este ámbito, es la relación entre sistemas sociales y sistemas naturales.<sup>135</sup> Se focaliza la visión en el intercambio que se produce entre la sociedad y la naturaleza. Este intercambio, sustentado básicamente en el intercambio de energía por residuos, tiene la característica de la reflexividad del ser humano (lo que lo diferencia de otros intercambios que se producen en la biosfera).<sup>136</sup>

Las sociedades van cambiando producto de la evolución cultural, en lugar de la evolución natural. Por lo tanto, podemos afirmar que la relación entre sociedad y naturaleza consiste en sistemas históricos integrados en entornos evolutivos.<sup>137</sup> Estos cambios evolutivos, sin embargo, no están exentos de problemáticas que afectan tanto al ser humano como al medioambiente.<sup>138</sup>

Por tanto, el objeto de la sociología ambiental no es la sociedad independientemente de su entorno, sino el conjunto formado por sociedad y entorno; una relación entre instituciones y ecosistemas.

Dentro del ámbito sociológico, la expresión «medioambiente» ha significado al menos tres cosas diferentes. Por ambiente se solía entender algo más o menos equivalente al entorno social o contexto sociocultural. Menos frecuentemente —en algunas propuestas de sociología urbana— se ha referido al entorno físico artificial, el

<sup>134</sup> VIVES REGO, J./CORCOY BIDASOLO, M./NIEVA FENOLL, J., «Delito medioambiental...», *passim*.

<sup>135</sup> GARCÍA, E., *Medio Ambiente y Sociedad...*, op. cit., pg. 19.

<sup>136</sup> *Ibidem*, pp. 22-23.

<sup>137</sup> *Ibidem*, pp. 23.

<sup>138</sup> Véase, por ejemplo, los acontecimientos catastróficos reseñados *supra*.

universo prolongado exomáticamente característico de los asentamientos humanos, en definitiva, al medioambiente construido. Por último, la sociología medioambiental entiende por ambiente o medioambiente, el entorno natural de las sociedades humanas.<sup>139</sup>

La tercera acepción resulta la más apropiada al contexto de la sociología y en consecuencia, Ernest GARCÍA da la siguiente definición de ambiente y medioambiente: «conjunto de factores naturales bióticos y abióticos que rodean a un organismo, población o comunidad humana y del que como sistemas abiertos dependen para su supervivencia».<sup>140</sup>

El esquema general de la sociología medioambiental podría resumirse en las siguientes proposiciones básicas:

1) El objeto de estudio no es la sociedad sino el sistema formado por la sociedad y su medioambiente.

2) Las relaciones entre sociedad y medioambiente dependen de formas históricas concretas de la tecnología, la desigualdad social y el sistema de necesidades.

3) La expansión de la civilización industrial está condicionada ya por los límites de la naturaleza para suministrar recursos y absorber residuos.<sup>141</sup>

Desde esta perspectiva, la sociología ambiental analiza los más variados temas, entre ellos podemos enumerar los siguientes: el desarrollo y la sustentabilidad, la modernización y el medioambiente, la estructura social y el medioambiente, los cambios culturales y el medioambiente, etc.

Desde un enfoque filosófico existen diversas formas de entender qué es el medioambiente. Así, algunas posturas lo describen como el «lugar o lugares donde la gente vive, trabaja, se mueve y se divierte». Esta conceptualización resulta demasiado amplia, ya que incluye oficinas, ciudades, casas, campo, etc. Sugiere, eso sí, una conexión con la vida: el medioambiente es el ámbito donde discurre la vida. Pareciera que esta definición únicamente incorpora en el medioambiente a la vida humana, lo que resulta criticable. Otros enfoques entienden al medioambiente en términos del mundo natural no humano, y por eso los seres humanos serían usurpadores del medioambiente, compitiendo con él por el espacio. De modo similar, otros excluyen al ser humano del

---

<sup>139</sup> GARCÍA, E., *Medio Ambiente y Sociedad...*, pp. 25-26.

<sup>140</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>141</sup> GARCÍA, E., *Medio Ambiente y Sociedad...*, pp. 101-102.

medioambiente, sosteniendo que existía un medioambiente previo a la aparición del hombre; y este seguirá existiendo aunque desaparezca la raza humana.<sup>142</sup>

En concreto, si se parte del sentido etimológico de la palabra, el medioambiente coincidiría con algo parecido al hábitat, el territorio que es familiar para una vida particular o modo de vida, y que la sustenta.<sup>143</sup> En definitiva, existen varios significados enfrentados y no es posible que todos sean correctos por completo, lo que sí se puede afirmar es que existe un medioambiente pensado como algo que está en el exterior y habitado por seres humanos o no, pero habitado en todo caso.<sup>144</sup>

Más allá de la definición que pueda darse a medioambiente, la filosofía se dedica a ofrecer en lo referido a esta temática, primero, una clarificación a muchas de las cuestiones involucradas y, segundo, un análisis detallado de las cuestiones morales y valorativas que surgen del pensamiento medioambiental. Estas cuestiones morales, desde el punto de vista de la filosofía medioambiental, son fundamentales y necesariamente deben ser contestadas.<sup>145</sup>

De este modo, la filosofía medioambiental se interesa por el estudio de distintos aspectos de la realidad, entre ellos podemos mencionar algunos, como por ejemplo las causas de la problemática ambiental y el aporte de soluciones. También se preocupa por la teoría moral del medioambiente, por la belleza de la naturaleza; analiza cuestiones políticas y su efecto en el medioambiente, se encarga del estudio de la sostenibilidad rechazando el antropocentrismo extremo, etc.<sup>146</sup>

### **c) Enfoque jurídico del medioambiente**

El enfoque jurídico del medioambiente no escapa a la complejidad de las otras áreas de conocimiento. En efecto, la conceptualización del medioambiente dentro de este ámbito no es pacífica. Así, JAQUENOD DE ZSÖGÖN, recogiendo la opinión de

---

<sup>142</sup>BELSHAW, C., *Filosofía del medio ambiente. Razón, naturaleza y preocupaciones humanas* (trad. GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, I./VIJANDE MARTÍNEZ, A.), Tecnos, 2005, Madrid, p. 20.

<sup>143</sup> *Idem*.

<sup>144</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>145</sup> BELSHAW, C., *Filosofía del medio...*, p. 31.

<sup>146</sup> BOFF, L., *Ecología: grito de la tierra, grito de los pobres* (trad. RODRÍGUEZ HERRANZ, J. C.), Trotta, 2011, Madrid, p. 20. Para estudio *in extenso* de la cuestión se recomienda, BOFF, L., *La sostenibilidad. Qué es y qué no es*, Sal Terrae, 2013, Santander. En este trabajo el autor hace una dura crítica al desarrollo insostenible por el que está atravesando el planeta, denominando, incluso, a la sostenibilidad como una cuestión de vida o muerte.

distintos autores, distingue tres versiones del concepto ambiente: 1) el ambiente en cuanto normativa relacionado con la defensa del suelo, del aire y del agua; 2) el ambiente en cuanto objeto de la disciplina urbanística; 3) el ambiente como ámbito físico de diversas acciones humanas, en el cual subsisten sistemas de equilibrio, y que puede ser modificado pero solo a costa de constituir otros sistemas.<sup>147</sup>

Por su parte, ORTEGA ÁLVAREZ también detecta que en la doctrina existen posturas muy distintas. Este autor las diferencia dentro de un espectro que abarca tres escalones: 1) el del medioambiente cuya acepción es estrictamente natural, que comprendería los recursos naturales y la fauna y la flora; 2) la que además incluiría el medioambiente en su dimensión social, con conceptos de bienestar, calidad de vida y desarrollo de la personalidad, y; 3) la acepción donde se incluyen elementos de la ordenación del territorio y las infraestructuras, como hábitat urbano, los transportes, los monumentos, etc.<sup>148</sup>

Sobre esta complejidad conceptual refiere RODRÍGUEZ LÓPEZ que la doctrina es dispar y cataloga al medioambiente como un concepto de «goma». Esto se debe a que se enuncian muchos conceptos de medioambiente que podrían representarse en círculos concéntricos, colocando en el medio las aguas y el suelo. Luego, de ahí se van conformando conceptos cada vez más amplios, añadiendo a los anteriores flora y fauna (medio natural); y partiendo de aquí se suman otros elementos: paisaje; patrimonio artístico y cultural; para llegar a conceptos omnicomprensivos como «complejo entorno social y económico que envuelve al hombre».<sup>149</sup>

Desde este enfoque, el medioambiente es analizado como objeto de tutela. En efecto, el análisis jurídico del medioambiente se destina a la protección de este ya que todo ordenamiento jurídico ambiental debe tener como principal objetivo la convivencia en armonía con el entorno y, también, cómo se puede vivir (calidad de vida).<sup>150</sup> Así el derecho ambiental asume una problemática transversal, multi e interdisciplinaria, adquiriendo trascendencia como disciplina científica, cuando comprende que el entorno constituye un todo donde los diferentes elementos interactúan permanentemente.<sup>151</sup>

---

<sup>147</sup> Vid. nota nº 125.

<sup>148</sup> ORTEGA ÁLVAREZ, L., «Concepto de medio ambiente», en ORTEGA ÁLVAREZ, L./ALONSO GARCÍA, C. (dirs.) *Tratado de derecho ambiental*, Tirant lo Blanch, 2013, Valencia, p. 35.

<sup>149</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Medio ambiente, territorio, urbanismo y derecho penal*, Bosch, 2007, Barcelona, pp. 220-221.

<sup>150</sup> JAQUENOD DE ZSÖGÖN, S., *Derecho ambiental...*, op. cit., p. 195.

<sup>151</sup> *Idem*.

Por lo tanto, el enfoque jurídico, partiendo del conocimiento de la realidad social, pertenece a una disciplina encargada de estudiar, investigar y analizar las diferentes relaciones entre los valores naturales y la actividad antrópica, orientando la regulación jurídica de las conductas y actitudes humanas sobre el uso, explotación y aprovechamiento de recursos naturales, conservación de la naturaleza y protección del ambiente. Por ello, los juristas y profesionales del derecho deben tener acceso a la más amplia información sobre temas que afecten al medioambiente, no solo para la investigación sino para volcar esos conocimientos a su protección.<sup>152</sup>

Para lograr su cometido, el derecho se divide en distintas ramas que interactúan entre sí sin perder su autonomía, todas con el mismo fin de protección del medioambiente. Entre las principales encontramos el derecho civil, administrativo, penal, agrario, internacional y el propio derecho ambiental.

A continuación, nos centraremos en el derecho penal como protector del bien jurídico-penal «medioambiente».

En rasgos generales, y partiendo de lo anterior, la doctrina clasifica los conceptos de medioambiente en tres grupos. Ellos son:

### **1) Concepto extensivo**

Comprende todo lo relacionado con el entorno de la existencia humana. Se incluye en este concepto el contexto social, cultural y económico. Se conecta especialmente con una existencia digna para el ser humano o con un nivel elevado de calidad de vida.<sup>153</sup> El Instituto Argentino para la Calidad de Vida definió este concepto como «el conjunto de condiciones espirituales, éticas y materiales en que se desenvuelve una comunidad, en un espacio y en un tiempo dados, condiciones que hacen posible para cada uno de sus integrantes una existencia sana, feliz, trascendente, solidaria y libre en optimicidad creciente».<sup>154</sup> Esta definición resulta muy amplia, ya que se integran dentro del medioambiente los elementos materiales e inmateriales como urbanísticos, paisajísticos, estéticos, histórico-patrimoniales, sociales, etc. De acuerdo a

---

<sup>152</sup> *Idem.*

<sup>153</sup> JORGE BARREIRO, A., *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, Comares, 2005, Granada, pp. 4-5.

<sup>154</sup> Cita extraída de JAQUENOD DE ZSÖGÖN, S., *Derecho ambiental...*, op. cit., p. 194.

este posicionamiento conceptual, es medioambiente todo aquello que puede influir, positiva o negativamente, tanto en la vida del hombre como en su calidad<sup>155</sup> y las condiciones esenciales para su sustento y desarrollo.<sup>156</sup> Este concepto se basaría en una perspectiva ecologista.<sup>157</sup>

Esta línea conceptual es fuertemente criticada ya que desde la esfera jurídica, y en especial la jurídico-penal, plantea una considerable dificultad al impedir la consideración del medioambiente como objeto de tutela con sustentabilidad propia. El motivo principal es que este concepto tan amplio puede derivar en confusiones y superposiciones con otros bienes ya tutelados por el derecho penal.

## 2) Concepto restrictivo

Este concepto hace referencia al medioambiente natural, limitando razonablemente el contenido del medioambiente a determinados medios (suelo, agua y aire), factores climáticos y bióticos y al ecosistema natural en su conjunto. Este concepto es el dominante en el ámbito jurídico.<sup>158</sup> En concreto, este concepto se reduce exclusivamente a aquellos elementos físicos indispensables para la vida, excluyéndose cualquier otro componente.<sup>159</sup>

## 3) Concepto intermedio

Otra concepción del medioambiente, de carácter ecléctico y que en la actualidad parece tener cada vez mayor arraigo, sostiene que este constituye el conjunto de las bases naturales de la vida.<sup>160</sup> Esta posición integra el concepto de ambiente tanto a través de los elementos naturales (concepto restrictivo), como con el resto de los recursos naturales (flora, fauna, gea).<sup>161</sup>

---

<sup>155</sup> BLANCO LOZANO, C., *La protección del medio ambiente en el derecho penal español y comparado*, Ed. Comares, 1997, Granada, pp. 18-19.

<sup>156</sup> ABOSO, G. E., *Derecho penal ambiental*, IBdeF, 2015, Buenos Aires, p. 74.

<sup>157</sup> *Idem*.

<sup>158</sup> JORGE BARREIRO, A. J., *Estudios...*, p. 5.

<sup>159</sup> BLANCO LOZANO, C., *La protección...*, pp. 28-29.

<sup>160</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>161</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Cuestiones dogmáticas relativas al delito de contaminación ambiental», en *Revista Penal*, n° 4, 1999, pp. 30-41.

## II. Medioambiente como bien jurídico protegido

Como ya hemos dicho, el derecho penal debe proteger bienes jurídicos penales.<sup>162</sup> Existen distintas definiciones o conceptos de bien jurídico, entre ellas, podemos tomar la definición de ROXIN. Este autor entiende por bien jurídico «**circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema**».<sup>163</sup> En ese sentido, afirma Mir, en un Estado social y democrático de derecho se debe amparar como bienes jurídicos condiciones de la vida social, siempre que afecten posibilidades de participación de individuos en el sistema social. Para que el ataque a esos bienes jurídicos merezca pena, deberán tener una importancia fundamental.<sup>164</sup> Este autor diferencia conceptualmente los bienes jurídicos de los bienes jurídicos-penales. El primero de ellos resulta más amplio que el segundo. Ello porque «no todo bien jurídico será protegido penalmente».<sup>165</sup>

Ahora bien, la delimitación conceptual del bien jurídico-penal medioambiente no resulta sencilla.<sup>166</sup> Y esta dificultad se ve agravada por sus características particulares de bien jurídico supraindividual o colectivo,<sup>167</sup> de contornos difusos, que no afecta tan

<sup>162</sup> En ese sentido, afirma MATELLANES RODRÍGUEZ, N. *Derecho penal del medio ambiente*, Iustel, 2008, Madrid, p. 28, que «[d]onde no hay bien jurídico a proteger no puede haber derecho penal». Según ROXIN, el cometido del derecho penal debe entenderse como «protección subsidiaria de bienes jurídicos», op. cit., p. 51. Según MIR PUIG, el derecho penal solo puede proteger bienes jurídicos, op. cit., p. 120; en ese mismo sentido se expresa JORGE BARREIRO, quien sostiene que el derecho penal tiene como función primordial —según la doctrina dominante— la de proteger los bienes jurídicos fundamentales, op. cit., p. 14.

<sup>163</sup> ROXÍN, C. op. cit., p. 56 (en el original la cita se encuentra resaltada con negrita).

<sup>164</sup> MIR PUIG, S., op. cit., p. 121.

<sup>165</sup> Cfr. *Idem*. Crítica con esta postura se manifiesta ALASTUEY DOBÓN, *El delito de contaminación ambiental (art. 325.1 del Código penal)*, Comares, 2004, Granada, p. 30, nota nº 102. No le parece acertado el uso terminológico, ya que da a entender que hay bienes jurídicos propios del derecho penal y bienes jurídicos propios de otros sectores.

<sup>166</sup> En ese sentido SILVA SÁNCHEZ, J. M./MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Los delitos contra el medio ambiente*, Atelier, 2012, Barcelona, p. 24.

<sup>167</sup> Este aspecto es tratado en el punto 3.2 de este capítulo. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Viejo y nuevo derecho penal. Principios y desafíos del derecho penal de hoy*, Iustel, 2012, Madrid, p. 205, prefiere la denominación *colectivo* frente a *supraindividual*. En ese sentido expresa que «[e]l término colectivo exterioriza la pertenencia de estos bienes a los integrantes de la comunidad, refleja la condición personalista del modelo, mientras que el término supraindividual, da pie a situar la titularidad del bien



solo a los seres humanos existentes en la actualidad, sino también a generaciones futuras.<sup>168</sup>

Será indispensable, también, determinar cuál es el objeto de protección que no coincide exactamente con el bien jurídico protegido.<sup>169</sup>

Ante esta compleja situación, se propone comenzar el análisis de las distintas posturas sobre el concepto del bien jurídico-penal medioambiente partiendo de los postulados constitucionales referidos a esta temática.

## 1. El medioambiente en la Constitución de España

La Constitución de España reconoce la protección del medioambiente en su artículo 45. Allí podemos leer que: «1.- Todos tienen derecho a disfrutar de un medio

---

jurídico en una institución o entidad situada por encima y diferenciada de las personas. Es decir, es un término que parece referirse a un modelo transpersonalista de sociedad».

<sup>168</sup> JORGE BARREIRO, op. cit., pp. 15-16. se refiere, también, a la dificultad de precisión del concepto medioambiente como bien jurídico penal; BLANCO LOZANO, op. cit. p. 8 afirma que «[l]a dificultad va a radicar, precisamente, en la determinación del contenido conceptual y fáctico-social, de la sustantividad y autonomía que han de ser atribuidas a tal bien en el contexto jurídico-penal, teniendo en cuenta que se trata de un bien encuadrado por la doctrina dentro de la categoría de los denominados, siguiendo a SGUBBI, *intereses difusos o difundidos*, o también *colectivos* o *macrosociales*...».

<sup>169</sup> CORCOY BIDASOLO, M., «El delito ecológico. Delitos en materia de aguas», en *El agua: estudios interdisciplinarios*, MONTORO CHINER, M. J. (Coord.), Atelier, 2009, Barcelona, p. 288. Sobre la distinción entre bien jurídico y objeto material del delito, MIR PUIG, *Derecho Penal, parte general*, p. 162, diferencia el bien jurídico, substrato del mismo y objeto material del delito. Básicamente, la idea se resume en que los bienes jurídicos en ningún caso se identifican conceptualmente con su substrato, por ejemplo, la realidad de la vida no constituye, en cuanto tal, un «bien» jurídico, como mero dato biológico no encierra en sí mismo ninguna conceptualización axiológica; es valorativa neutra. Los bienes serían las cosas más el valor que se les ha incorporado. El objeto de la acción, es la cosa sobre la cual recae el delito. Ejemplo: un hurto. La cosa sustraída es el *objeto de la acción*, mientras que el *bien jurídico* es la propiedad. MIR PUIG, op. cit. p. 162. En ese mismo sentido, señala ROXÍN, op. cit. pp. 62-63, que «[b]ien jurídico, por tanto, es el bien ideal que se incorpora en el concreto objeto de ataque; y es lesionable solo dañando los respectivos objetos individuales de la acción». Se adhiere a esta distinción MATELLANES RODRÍGUEZ, *Derecho penal del medio ambiente*, Iustel, 2008, Madrid, pp. 44-45, cuando afirma que «una cosa son los elementos naturales que componen el medio ambiente —el aire, el agua, el suelo, etc.— y otra el medio ambiente en sí [...] ello no quiere decir que esos elementos medioambientales no puedan ser merecedores de protección en sí. El suelo o el aire puro no son propiamente el bien jurídico tutelado, sino que lo será el medio ambiente como un todo; lo que sucede es que protección se puede realizar a través de la protección de determinados elementos u objetos medioambientales, cuya integración en el sistema puede hacer que su lesión o puesta en peligro suponga, a su vez, la del medio ambiente como totalidad. Una cosa es el sustrato u objeto material de un bien jurídico, y otra la valoración que se incorpora a ese objeto, que compone el auténtico contenido del concepto de bien jurídico y que constituye la base de la interpretación de los tipos penales»; sostiene la distinción entre bien jurídico y objeto material sobre la que recae la acción, MUÑOZ CONDE, F./LÓPEZ PEREGRÍN, C./GARCÍA ÁLVAREZ, P., *Manual de derecho penal medioambiental*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 136; también ALASTUEY DOBÓN, *El delito de contaminación ambiental (art. 325.1 del Código Penal)*, Comares, 2004, Granada, pp. 9. 60 ss., analiza esta situación al preguntarse «¿Son los recursos naturales el substrato material del bien jurídico?».

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

Este artículo se encuentra en el capítulo tercero del título I, entre los principios rectores de la política social y económica.

Se observa en el texto constitucional un doble tratamiento del medioambiente. Por un lado, se reconoce un derecho «a disfrutar de un medioambiente adecuado para el desarrollo de la persona» y, por otro, un deber de «conservarlo».

Según la doctrina mayoritaria española, el fundamento de la protección penal del medioambiente se encuentra en la definición constitucional del bien jurídico del artículo 45 CE.<sup>170</sup> Sin embargo, autores como MATELLANES RODRÍGUEZ entienden que la Constitución no ofrece un concepto enteramente configurado y que, en el caso del medioambiente, se trataría de un concepto jurídico indeterminado.<sup>171</sup> Por su parte, CORCOY BIDASOLO, tampoco queda conforme con la redacción del concepto constitucional ya que le plantea dudas sobre cuál es el bien jurídico que realmente se pretende proteger, generándose un debate en la doctrina sobre su autonomía.<sup>172</sup>

## 2. Medioambiente como bien jurídico colectivo

Ya vimos que la sociedad del riesgo trajo consigo la aparición de nuevos bienes jurídicos o, como los llama SILVA SÁNCHEZ, «nuevos intereses».<sup>173</sup> Estos bienes jurídicos novedosos tienen la particularidad de ser considerados supraindividuales o colectivos. Según ALEXY, «un bien es un bien colectivo de una clase de individuos

---

<sup>170</sup> QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho...*, op. cit., pp. 24 y 26; MATELLANES RODRÍGUEZ, op. cit. p. 37, colocan la Constitución como punto de referencia a la hora de justificar la existencia de un bien jurídico merecedor de tutela penal.

<sup>171</sup> MATELLANES RODRÍGUEZ, op. cit. p. 37.

<sup>172</sup> CORCOY BIDASOLO, M., «El delito ecológico...», p. 289. La discusión sobre la autonomía del bien jurídico-penal medioambiente se verá más adelante, al tratarse la cuestión referida al antropocentrismo, ecocentrismo, etc.

<sup>173</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión...*, op. cit., pp. 11 ss.

cuando conceptualmente, fáctica o jurídicamente, es imposible dividirlo en partes y otorgárselas a los individuos. Cuando tal es el caso, el bien tiene un carácter no distributivo, por tanto, los bienes colectivos son bienes no-distributivos».<sup>174</sup> Por su parte, también MENDOZA BUERGO encuentra en el actual desarrollo del derecho penal, influido por los nuevos riesgos, una tendencia a la disolución del concepto de bien jurídico. Este concepto estaría evolucionando hacia un tipo de bien jurídico de contornos más vagos e imprecisos, siendo la introducción de bienes jurídicos universales o colectivos con perfiles más difusos una característica del derecho penal actual. Esta «evolución» se ha ido acentuando y agravando en el derecho penal de la sociedad del riesgo.<sup>175</sup>

Dentro de estos nuevos bienes jurídicos hijos de la sociedad del riesgo se encuentra el medioambiente. La doctrina mayoritaria entiende que el medioambiente es un bien jurídico de carácter colectivo.<sup>176</sup>

Estos delitos se caracterizan por poseer víctimas difusas conformadas como intereses diferentes de los estrictamente individuales y diferentes, también, de los intereses propios del Estado.<sup>177</sup> Según MATELLANES RODRÍGUEZ, con la designación de «colectivos» nos referimos a intereses que pertenecen a sujetos diversos que se encuentran en una misma situación frente a un mismo bien o interés, respecto al que tienen similares exigencias. Estos intereses se encuentran presentes a nivel de masa y su esencia radica en su relevancia para todos y cada uno de los miembros de un colectivo.<sup>178</sup> Incluso, sobrepasan a una generación, ya que su degradación afecta a la

---

<sup>174</sup> Cfr. ALEXY, «Derechos individuales y bienes colectivos», en su obra *El concepto y la validez del derecho* (trad. J. M. Seña), Barcelona, 1994, pp. 179 ss., 186 y 187; citado por SILVA SÁNCHEZ en *La expansión...*, op. cit., p. 12; también HEFENDEHL, R., «¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?», en RECPC, n° 4, 2002.

<sup>175</sup> MENDOZA BUERGO, *El derecho penal...*, pp. 68-69.

<sup>176</sup> En ese sentido, por ejemplo: MUÑOZ CONDE, F./LÓPEZ PEREGRÍN, C./GARCÍA ÁLVAREZ, P., *Manual...*, op. cit. p. 134; MATELLANES RODRÍGUEZ, N., *Derecho penal...*, op. cit., p. 49; SILVA SÁNCHEZ, J. M./MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Los delitos...*, op. cit., p. 26; MENDOZA BUERGO, *El derecho penal...*, op. cit., p. 70; RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Medio ambiente...*, op. cit., p. 273; ZUBIRI DE SALINAS, F., «Delitos contra el medio ambiente», en *Empresa y derecho penal (II)*, Cuadernos de derecho judicial, Consejo general del poder judicial, 1998, Madrid, p. 87; GÓRRIZ ROYO, E. M., *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, Tirant lo Blanch, 2015, Valencia, p. 36; JORGE BARREIRO, A., *Estudios...*, op. cit., p. 15,

<sup>177</sup> MATELLANES RODRÍGUEZ, N., *Derecho penal...*, op. cit. p. 49; a su vez, señala RODRÍGUEZ LÓPEZ que «desde una perspectiva limitada, por lo general, la víctima en el delito ambiental no es otra que la sociedad, la propia colectividad», RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Medio ambiente...*, op. cit., p. 279.

<sup>178</sup> *Idem*.

colectividad, traspasa las fronteras de los Estados y es duradera, y por lo tanto los perjudicados serán también los individuos aún no nacidos.<sup>179</sup>

El medioambiente aparece, entonces, como un bien jurídico colectivo que desborda la óptica individual de los bienes que mediatamente pueden estar implicados, como la vida o la salud, y cuya entidad es autónoma de la puesta en peligro de estos.<sup>180</sup>

En un trabajo muy interesante sobre la concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos, SOTO NAVARRO desarrolla acabadamente los argumentos para la concreción del medioambiente como bien jurídico colectivo. Así, la autora entiende que la característica fundamental de los bienes jurídicos colectivos es su función o utilidad para la sociedad en su conjunto, lo que se traduce en la posibilidad de aprovechamiento por todos.<sup>181</sup> Por ello, no son susceptibles de división atribuible en partes individuales, sobre las que pueda reconocerse libertad de disposición. La autora utiliza el método de análisis sociológico-normativo basado en los sistemas de LUHMANN (sistemas autopoiéticos). En efecto, sostiene SOTO NAVARRO que desde este enfoque — funcionalismo sistémico—, los delitos contra bienes jurídicos colectivos son conductas que inciden negativamente sobre condiciones de existencia y/o desarrollo de un subsistema de comunicación, lo que, de modo mediato, repercute en las posibilidades individuales de acción en cuanto constitutivas de dicha realidad sistémica.<sup>182</sup> Lo relevante de esto es que lo merecedor de tutela penal en sí son los subsistemas comunicativos desde la perspectiva de su valor funcional, esto es, la función que estos desempeñan para el sistema global.

Por ello, para que el recurso a la intervención penal esté justificado se exige que los subsistemas comunicativos afectados por ciertas formas de conducta cumplan una función social indispensable.<sup>183</sup>

La autora señala que los fines o intereses individuales no constituyen un criterio apto para la concreción de los bienes jurídicos colectivos, ya que no cabe establecer una

---

<sup>179</sup> ZUBIRI DE SALINAS, F., «Delitos contra el medio ambiente...», op. cit., p. 86. También en ese sentido JORGE BARREIRO, A., *Estudios...*, op. cit., p. 16; Rodríguez López, P., *Medio ambiente...*, op. cit., p. 271.

<sup>180</sup> MUÑOZ CONDE, F., LÓPEZ PEREGRÍN, C. y GARCÍA ÁLVAREZ, P., *Manual...*, op. cit., p. 135.

<sup>181</sup> SOTO NAVARRO, S., «Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos», en ADPC, vol. 58, 2005, p. 887.

<sup>182</sup> *Ibidem*, p. 892.

<sup>183</sup> Respecto a la determinación de la función social se recomienda leer en extenso el trabajo de la autora, pp. 893-901. Allí, se desarrolla la «función social como criterio de concreción», refiriendo que las fórmulas más empleadas para delimitar el contenido de los bienes jurídicos colectivos son tres: las que aluden a expectativas de seguridad de los ciudadanos, al correcto funcionamiento de ciertas instituciones y a la confianza de los ciudadanos en el correcto funcionamiento de las mismas.

relación funcional directa entre la persona y ciertas situaciones de la realidad social, susceptibles de aprovechamiento para la autorrealización personal. Se trata, más bien, de procesos de interacción que tienden a cubrir necesidades de la sociedad en su conjunto y del ciudadano en cuanto interactúa socialmente.<sup>184</sup> Pero el individuo, considerado aisladamente, no se encuentra en posición de dominio de los bienes jurídicos colectivos, ya que la posibilidad de aprovechamiento de estos se atribuye a todos. Por esta razón, en el ámbito de bienes jurídicos colectivos lo que se protege no es la libertad de disposición —a diferencia de lo que sucede en buena medida con los bienes jurídicos individuales—; tampoco se reconoce una libertad de configuración personal de los fines relevantes a alcanzar.<sup>185</sup> En definitiva, según la autora, el individuo, considerado como titular del bien jurídico y sujeto pasivo, no puede constituir el referente básico para fijar la función social que desempeñan los bienes jurídicos colectivos, como tampoco para estimar la producción de un daño.<sup>186</sup>

En referencia a los delitos ambientales, SOTO NAVARRO, menciona como diferencia respecto de los demás delitos contra prestaciones básicas del sistema social, que la materialidad física del objeto sobre el que inciden las conductas incriminadas responde a un supuesto carácter ideal o espiritualizado, lo que ha recibido críticas generalizadas.<sup>187</sup>

Por otra parte, los delitos ambientales no inciden en determinados subsistemas sociales alterando sus funciones, sino que sus efectos se extienden más allá del sistema social, en uno mucho más complejo, el sistema ecológico o biosfera. El ambiente es una realidad autónoma de la que no depende el funcionamiento del sistema social, sino su propia existencia, por cuanto contiene las bases de la vida en este planeta.<sup>188</sup>

MATELLANES RODRÍGUEZ señala que los bienes jurídicos colectivos son complementarios de los individuales, pero esto en ningún caso perjudica su autonomía conceptual. En ese sentido, los primeros brindan una protección anticipada a los segundos, en la medida en que se manifiestan en condiciones necesarias para que puedan ejercerse los derechos o facultades que constituyen los bienes jurídicos

---

<sup>184</sup> SOTO NAVARRO, S., «Concreción...», pp. 902-903.

<sup>185</sup> *Ibidem*, p. 903.

<sup>186</sup> *Idem*.

<sup>187</sup> *Ibidem*, p. 910.

<sup>188</sup> *Idem*.

individuales, sin que esto requiera que para proteger a los bienes jurídicos colectivos deban ponerse en contacto con los individuales.<sup>189</sup>

### 3. Postura antropocéntrica

A continuación se tratarán aquellas posturas cuya idea central es que los bienes jurídicos colectivos no deben gozar de protección autónoma por parte del derecho penal.

Previamente es necesario hacer un análisis filosófico y prejurídico respecto al fundamento del antropocentrismo. Entendemos que este es el punto de partida correcto ya que se trata, ante todo, de una cuestión moral.

En ese sentido, el antropocentrismo es el resultado de la corriente filosófica denominada consecuencialismo. Esta corriente ofrece un método bastante directo y que, siempre que sea adecuadamente aplicado, proporcionará los resultados correctos, al menos desde el punto de vista de esta teoría. El consecuencialismo sostiene que hacer lo correcto en cada caso es elegir la acción que maximice los beneficios netos sobre los perjuicios.<sup>190</sup> Así, el consecuencialismo sostiene que hay un modo de comparar resultados y, segundo, que deberíamos favorecer el resultado que ofrezca el mayor beneficio global. De esta suposición, los consecuencialistas sostendrán que es mejor aquello que produce el mayor beneficio neto para la gente implicada.<sup>191</sup>

Una de las críticas que se le achacan a esta corriente es la falta de escrúpulos, ya que deberíamos hacer siempre aquello que tiene las mejores consecuencias, aunque se deba actuar de una forma en que la moralidad convencional no lo apruebe. Asimismo, el consecuencialismo insiste rotundamente en que debemos preocuparnos solamente por las consecuencias de nuestras acciones. Pero no resulta preciso respecto a qué aspectos de tales consecuencias deberían preocuparnos. Esta es una teoría moral, preocupada por el bien, sin embargo no nos dice en qué consiste.<sup>192</sup>

---

<sup>189</sup>MATELLANES RODRÍGUEZ, N., *Derecho penal...*, op. cit. pp. 50-51, también le otorga un carácter complementario de bienes jurídicos individuales GÓRRIZ ROYO, E. M., *Delitos...*, op. cit., p. 41, Ver también, *infra*, punto 3.4.2.

<sup>190</sup>BELSHAW, C., *Filosofía...*, op. cit. p. 108.

<sup>191</sup>*Ibidem*, p. 109.

<sup>192</sup>*Ibidem*. p. 114.

La forma más conocida de consecuencialismo es el utilitarismo clásico, donde las consecuencias relevantes son aquellas que generan placer y dolor. En otra forma, el utilitarismo se preocupa por la felicidad o la infelicidad.<sup>193</sup>

En referencia al medioambiente, el consecuencialismo proporcionará soluciones del mismo modo que lo haría en cualquier otro ámbito en que se requieran. Ahora bien, una de las más fuertes objeciones al consecuencialismo es, justamente, que es antropocéntrico, racionalista y materialista.<sup>194</sup> Al colocar al hombre en el centro del escenario natural, esta teoría no tendrá escrúpulos en la utilización del medioambiente en beneficio del ser humano, aún a costa de su destrucción o degradación.

El antropocentrismo, como categoría filosófica, es muy criticado ya que en las sociedades actuales, el ser humano se ha colocado a sí mismo como centro de todo. Todo debe partir de él y retornar a él.<sup>195</sup>

Un fuerte crítico del antropocentrismo actual es el Papa Francisco. En su encíclica *Laudato Si*, leemos que:

El antropocentrismo moderno, paradójicamente, ha terminado colocando la razón técnica sobre la realidad, porque este ser humano ni siente la naturaleza como norma válida, ni menos aún como refugio viviente. La ve sin hacer hipótesis, prácticamente, como lugar y objeto de una tarea en la que se encierra todo, siéndole indiferente lo que con ello suceda. De este modo se debilita el valor que tiene el mundo en sí mismo [...] En la modernidad hubo una gran desmesura antropocéntrica [...] por ello ha llegado el momento de volver a prestar atención a la realidad con los límites que ella impone, que a su vez son la posibilidad de un desarrollo humano y social más sano y fecundo. [...] Si el ser humano se declara autónomo de la realidad y se constituye en dominador absoluto, la misma base de su existencia se desmorona.<sup>196</sup>

A grandes rasgos, antropocéntrico es el calificativo que se da al pensamiento que posiciona al ser humano en el centro de atención y es empleado, en la ética del medioambiente, en los planteamientos que entienden que el ser humano es el punto de referencia desde el cual realizar toda valoración.

En relación al aspecto jurídico, se dice que la protección dispensada al medioambiente es antropocéntrica cuando su pretensión, directa o indirecta, consiste en

---

<sup>193</sup> *Idem*.

<sup>194</sup> BELSHAW, C., *Filosofía...*, op. cit. p. 124.

<sup>195</sup> BOFF, L., *Ecología...*, op. cit., p. 92.

<sup>196</sup> Papa FRANCISCO, *Laudato Si, sobre el cuidado de la casa común*, Palabra, 2015, Madrid, pp. 92-94.

evitar su afectación con el objetivo de asegurar, de ese modo, los fundamentos presentes y futuros de la vida humana.<sup>197</sup>

Dentro de las posturas antropocéntricas nos encontramos con aquellas que son calificadas como radicales o extremas, y aquellas consideradas moderadas.

#### **a) Antropocentrismo radical (o extremo)**

La base central de esta postura radical radica en negar la admisión del medioambiente como un bien jurídico autónomo.<sup>198</sup> En consecuencia, los ataques al medioambiente no lo afectan como bien jurídico, sino que el bien jurídico-penal afectado es la integridad física o salud de las personas. Esta postura podía verse reflejada, por ejemplo, en el proyecto alternativo de Código Penal alemán de 1971,<sup>199</sup> que proyectó incluir los delitos ambientales en el título *Puesta en peligro de las personas*.<sup>200</sup> De conformidad a este planteamiento, solo puede sancionarse penalmente la contaminación ambiental que lesione o ponga en peligro los bienes jurídicos individuales vida o integridad corporal.

No obstante, esta postura había sido prácticamente abandonada. Sin embargo, se ha reforzado con las tesis más críticas al derecho penal ambiental vigente, en la línea de la concepción personalista del bien jurídico defendida por HASSEMER.<sup>201</sup> Esta teoría monista-personal del bien jurídico parte de la premisa de colocar en el centro de la escena al ser humano. Por tanto, toda intervención punitiva estará legitimada cuando tenga por fin mismo al individuo.<sup>202</sup>

En efecto, la postura antropocéntrica radical o extrema fue defendida por HOHMANN,<sup>203</sup> discípulo de HASSEMER.<sup>204</sup> Para este autor, cuando se protege el medioambiente, en realidad se está protegiendo la vida y la salud humana de los

---

<sup>197</sup>ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L., *El medio ambiente en la crisis del estado social. Su protección penal simbólica*, Comares, 2006, Granada, p. 312.

<sup>198</sup> Se coloca a las personas como centro del universo del derecho penal. Como se vio al analizar la postura de Hassemer, el derecho penal clásico de la Ilustración tuvo en cuenta a la persona como paradigma del sistema del uso de la coacción pública. La intervención penal se aseguraba al estar al servicio de la protección de bienes jurídicos individuales, junto a los intereses del Estado y sus funcionarios. Cfr. ABOSO, G. E., *Derecho penal...*, op. cit. p. 75.

<sup>199</sup> ALASTUEY DOBÓN, M. C., *El delito de contaminación ambiental (art. 325.1 del Código penal)*, Comares, 2004, Granada, p. 17.

<sup>200</sup> ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L., *El medio ambiente...*, op. cit., p. 317.

<sup>201</sup> *Idem*.

<sup>202</sup> ABOSO, G. E., *Derecho penal...*, op. cit. pp. 75-76.

<sup>203</sup> ALASTUEY DOBÓN, M. C., *El delito...*, op. cit., p. 17.

<sup>204</sup> ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L., *El medio ambiente...*, op. cit. p. 317.



peligros del medioambiente.<sup>205</sup> En ese sentido, HOHMANN sostiene que el derecho penal no protege el medioambiente, ya que este no alcanza el grado de definición necesario para considerarse bien jurídico, sino que protege al ser humano ante los riesgos ambientales.<sup>206</sup>

En esa línea argumental, según este autor, no existe un bien jurídico autónomo «medioambiente», ya que no solo no alcanza el grado de definición necesario, sino que, por otro lado, por esta vía se olvida la función crítica del concepto de bien jurídico, pues quienes defienden una concepción ecológica del bien jurídico protegido en estos tipos —siempre de acuerdo a la postura de HOHMANN— se limitan a averiguar de un modo acrítico cuál es el fin perseguido por el legislador.<sup>207</sup> Por tanto, el medioambiente como bien jurídico significa la protección de los medios naturales en su función de condición y presupuesto para el desarrollo.<sup>208</sup>

De acuerdo con esta concepción, los bienes jurídicos colectivos —al menos el medioambiente— no deben gozar de protección penal, ya que a través de ellos se protegen exclusivamente los bienes jurídicos individuales de manera indirecta, mediante ataques dirigidos a los objetos de los fundamentos naturales de la vida humana. Por ello, el medioambiente representa solo un instrumento mediante el cual se atacan la vida y la salud humanas.<sup>209</sup> Por tanto, entiende que los delitos contra el medioambiente deben ser considerados como delitos de peligro abstracto que afectan la vida o la integridad corporal de las personas.<sup>210</sup>

La principal crítica que se le realiza a esta postura es su falta de compatibilidad con el derecho penal vigente. También se ensayan objeciones contra el rechazo de los bienes jurídicos colectivos centradas en el reconocimiento constitucional de los mismos —por ejemplo, el medioambiente— en las constituciones políticas modernas.<sup>211</sup>

La realidad es que hoy ya no existen partidarios de una concepción puramente antropocéntrica del medioambiente. En definitiva, no puede admitirse una concepción antropocéntrica radical cuando niega algo tan obvio como el reconocimiento del valor fundamental del medioambiente en la sociedad contemporánea.<sup>212</sup>

---

<sup>205</sup> *Idem.*

<sup>206</sup> *Ibidem*, pp. 317-318.

<sup>207</sup> ALASTUEY DOBÓN, M. C., *El delito...*, op. cit., pp. 17-18.

<sup>208</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>209</sup> *Idem.*

<sup>210</sup> ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L., *El medio ambiente...*, op. cit. p. 318.

<sup>211</sup> ABOSO, G. E., *Derecho penal...*, op. cit. pp. 80-81.

<sup>212</sup> JORGE BARREIRO, A., *Estudios...*, p. 40.

## b) Antropocentrismo moderado

Esta postura es mucho más moderada que la propuesta por Hohmann. En efecto, los partidarios de un antropocentrismo moderado admiten la existencia de los bienes jurídicos colectivos; sin embargo, su protección debe estar supeditada a la protección de bienes jurídicos individuales, operando como instrumentos.<sup>213</sup> En ese sentido se expresa HASSEMER cuando sostiene que los bienes jurídicos universales deben ser funcionalizados desde el punto de vista de los bienes jurídicos individuales.<sup>214</sup>

Por su parte, SILVA/MONTANER parecen seguir esta postura al sostener que:

(...) el medio ambiente es un concepto global y, por otro lado, que lo tutelado no son directamente los seres vivos de referencia, sean los que sean, sino los elementos o condiciones físicas que aquellos necesitan para su desarrollo vital. Es más, a nuestro modo de ver, las condiciones físicas cuya alteración puede adquirir relevancia penal son aquellas que sirven al desarrollo de la persona, no las que sirven de forma exclusiva al desarrollo de otros seres vivos. Por tanto, para que pueda afirmarse la relevancia jurídica de una conducta que afecta al medio ambiente será necesario poder afirmar que aquella misma afectación, aunque no sea de manera directa, incide o puede incidir en el desarrollo (presente o futuro) de las personas.<sup>215</sup>

Estas tesis parten de la base de que todos los bienes jurídicos se vinculan con el individuo, aunque esta relación puede ser más o menos estrecha. Se acepta que existen los bienes jurídicos colectivos y que estos sirven para el desarrollo del hombre en sociedad. Por tanto, su protección es legítima.<sup>216</sup>

La diferencia más importante entre esta postura y la mayoritaria radica en que ella entiende que los bienes jurídicos colectivos no son autónomos sino que derivan y

---

<sup>213</sup> ALASTUEY DOBÓN, M. C., *El delito...*, op. cit., p. 20.

<sup>214</sup> HASSEMER, W., «Viejo y nuevo...», op. cit. p. 69. *In extenso*, ver *supra*, cuando se trata la postura de HASSEMER.

<sup>215</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Los delitos...*, op. cit. p. 27. Otros partidarios de esta postura son MUÑOZ CONDE, F./LÓPEZ PEREGRÍN, C./GARCÍA ÁLVAREZ, P., *Manual...*, op. cit. p. 135., afirman que «el medio ambiente aparece como un bien jurídico colectivo que desborda la óptica individual de los bienes que mediatamente se implican, como la vida o salud, y cuya entidad se autonomiza de la puesta en peligro de estos. Se elevan así a objeto de tutela penal factores como el agua, el aire o el suelo, la flora y la fauna, esto es, los recursos naturales en sí mismos considerados, sin perjuicio de reconocer que, al protegerlos, se está protegiendo mediatamente al individuo, en cuanto que de un modo u otro la afectación de cualquier elemento del ecosistema repercute, a corto o mediano plazo, en las condiciones de su existencia».

<sup>216</sup> ALASTUEY DOBÓN, M. C., *El delito...*, op. cit., pp. 20-21.

dependen de los individuales. Esto afectará la configuración de los tipos penales en los que se encuentre implicado un bien jurídico supraindividual, ya que solo serán legítimos aquellos comportamientos aptos para lesionar bienes jurídicos individuales.<sup>217</sup>

En ese mismo sentido se sostiene que la naturaleza no tiene derechos, ni, por tanto, tiene el ser humano deberes hacia la naturaleza. En otros términos; no cabe fundamentación biocéntrica o ecocéntrica del medioambiente como bien jurídico-penal, sino solo una fundamentación antropocéntrica. Por ello, el medioambiente no se debe proteger por sí mismo, sino con el fin de mantener las condiciones de supervivencia de los hombres, ya de nuestros contemporáneos, ya, según algunas versiones, de las generaciones futuras.<sup>218</sup>

En concreto, esta posición admite la tutela penal del medioambiente frente a las agresiones sobre los objetos de las bases naturales de la vida humana, siempre y cuando tales ataques impliquen un atentado mediato o indirecto a la vida o a la salud humanas. Caso contrario, dichos ataques deberían considerarse como ilícitos administrativos.<sup>219</sup>

### c) Críticas a las posturas antropocéntricas

Dentro de las posturas críticas del antropocentrismo nos encontramos a ALASTUEY DOBÓN. Esta autora realiza una dura crítica que comienza por alertar que las posturas antropocéntricas no sirven como criterio interpretativo de las figuras delictivas contra el medioambiente vigentes, tanto en el Código Penal alemán como en el español. Esto es aplicable tanto para la vertiente radical como para la moderada. En efecto, parece claro que el primer inciso del art. 325 del CPE en modo alguno exige una afectación, ni siquiera como peligro abstracto, a bienes jurídicos individuales.<sup>220</sup> Asimismo, como ninguna de las dos vertientes puede defenderse de *lege lata*, tampoco le parece acertado a la autora plantearla como opción de *lege ferenda*. En ese sentido, entiende la autora que el derecho penal debe ocuparse de la protección del medioambiente como bien jurídico con entidad y contenido propios, y no como un mero

---

<sup>217</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>218</sup> ALCÁCER GUIRAO, R., «La protección del futuro y los daños cumulativos», en *RECPC*, n° 4, 2002, pp. 3-4.

<sup>219</sup> JORGE BARREIRO, A., *Estudios...*, p. 42.

<sup>220</sup> Sobre todo luego de la reforma operada en el CPE por la Ley Orgánica 1/2015, cuando resulta dudoso que el bien jurídico protegido sea ya el equilibrio de los sistemas naturales, operando la afectación a este como una agravante.

instrumento de protección de bienes jurídicos individuales.<sup>221</sup> Por último, la autora concluye que la protección de los bienes jurídicos colectivos, como el medioambiente, satisface los requisitos de la teoría personalista de los bienes jurídicos, por lo que no se comprende por qué, quienes abogan por esa concepción, están en contra de la penalización de gran parte de las conductas tipificadas contra el medioambiente (especialmente en Alemania).<sup>222</sup>

En un sentido similar al anterior, pero con matices, CORCOY sostiene que configurar el delito medioambiental como delito de peligro para la vida y la salud de las personas, independientemente de la discusión sobre la legitimidad de tal interpretación, traerá problemas en cuanto a la efectividad y la no arbitrariedad de la intervención penal. Así, sostiene la autora que «[a]l concebir la antijuridicidad material como puesta en peligro de la vida o la salud de las personas se plantean dos problemas: el primero, en atención a la falta de lesividad por no existir una lesión del bien jurídico sino, únicamente, una puesta en peligro; el segundo, por la dificultad de probar la puesta en peligro *ex post* cuando efectivamente no se ha producido una lesión. Asimismo, es criticable que con ello sea posible convertir un ilícito administrativo contra el medio ambiente en delito medio ambiental en virtud de la concurrencia de ese peligro para la vida o salud de las personas».<sup>223</sup> Según esta autora, la concepción antropocéntrica deslegitima al delito medioambiental ya que le quita autonomía por encontrarse la antijuridicidad referida, exclusivamente, al peligro para la vida o la salud de las personas.<sup>224</sup>

También se critica a los que adoptan las posturas reduccionistas del derecho penal, en el sentido de que resulta incompatible con el reconocimiento de verdaderos bienes jurídicos ecológicos, el hacer depender su tutela penal de la afectación indirecta de los bienes jurídicos individuales vida y salud humanas. Esto no se corresponde con el reconocimiento esencial que se le atribuye en la actualidad al medioambiente en la política criminal y en el modelo de la sociedad del riesgo, e ignora la realidad de las amenazas existentes en la sociedad postindustrial cuya gravedad pone en serio peligro

<sup>221</sup> ALASTUEY DOBÓN, M. C., *El delito...*, op. cit., pp. 23-25.

<sup>222</sup> *Idem*, p. 29.

<sup>223</sup> CORCOY BIDASOLO, M., «El delito ecológico...», op. cit., pp. 291-292.

<sup>224</sup> *Ibidem*, p. 292. En sentido análogo se pronuncia MÜLLER-TUCKFELD, J. C., «Ensayo para la abolición del medio ambiente» (Trad. CORROZA, E. I./PASTOR MUÑOZ, N./RAGUÉS I VALLÈS, R.), en *La insostenible situación del derecho penal*, Ed. Comares, 2000, Granada, p. 509, quien entiende que de prosperar esta teoría, difícilmente podría fundamentarse un derecho penal ambiental autónomo, pues se reduciría a casos particulares de los delitos clásicos.

no solo intereses vitales de las generaciones actuales, sino también de las generaciones futuras.<sup>225</sup>

#### 4. Postura ecocéntrica

Por definición, lo ecocéntrico sería la contracara de lo antropocéntrico. Las posturas filosóficas más radicales respecto al ecocentrismo las encontramos a partir del año 1970, cuando surge el movimiento de la ecología profunda (este término fue acuñado por el filósofo escandinavo Arne NAESS). La intención de los ecólogos profundos, básicamente, es efectuar el análisis de la ecología desde un punto de vista filosófico.

El término ecología fue formulado en 1860 por el biólogo alemán Ernst HAECKEL a partir de las palabras griegas *oikos*, que significa hogar o casa, y *logos*, que ha sido traducida como *palabra, orden o comprensión sistemática*. Así, se trata del estudio de los hogares o de los medioambientes.<sup>226</sup> Según esta idea, la ecología es el estudio de la inter-retro-relación de todos los sistemas vivos y no vivos entre sí y con su medioambiente. La singularidad del discurso ecológico se centra en el estudio de la interacción y en la interrelación. Eso es lo que forma el medioambiente, expresión acuñada en 1800 por el danés Jens BAGGESEN e introducida en el discurso biológico por Jakob VON UEXKÜLL.<sup>227</sup>

Como se aprecia, la ecología es principalmente una ciencia. Como tal no está preocupada por los valores.<sup>228</sup> Al contrario, a la ecología profunda le preocupan los valores. En efecto, la ecología profunda insiste en que el análisis o estudio de las partes demanda la atención respecto del todo, por ello considera que no podremos hacer frente a un número específico y finito de problemas medioambientales sin mirar en general todo lo que influye a aquellos problemas. Esta forma de estudiar el medioambiente lleva a identificar dos ideologías o cosmovisiones contrarias. La primera, una visión donde el

---

<sup>225</sup> JORGE BARREIRO, A., *Estudios...*, p. 42.

<sup>226</sup> BELSHAW, C., *Filosofía...*, op. cit., p. 282.

<sup>227</sup> BOFF, L., *Ecología:...*, op. cit., p. 15.

<sup>228</sup> Así BELSHAW, C., *Filosofía...*, p. 282, describe que «un ecólogo poco sentimental podría ver un sistema vivo hundirse o descomponerse, una ciénaga secarse y todas sus formas de vida expirar, o un microclima protegido sucumbir por la contaminación atmosférica. Un ecólogo especialmente poco sentimental podría ver toda la vida sobre la tierra llegar a su fin, tomarse un café, coger notas y señalar con el dedo».

hombre está separado y es superior al resto de la naturaleza, donde predomina la idea de dominación. Claramente, esta es una concepción contagiada por el pensamiento antropocéntrico, materialista y jerárquico que explica tanto muchos de los problemas medioambientales a los que nos enfrentamos, como a la débil y limitada respuesta a ellos. La otra visión es aquella que busca armonía con la naturaleza y el reconocimiento de su valor intrínseco. Se inclina hacia la descentralización y la visión de la naturaleza como algo distinto a un recurso. Se sustenta esta visión, primero, en que hay valores intrínsecos no humanos y, en segundo lugar, en la necesidad de actividad política para llevar a cabo esos valores.<sup>229</sup>

En términos generales, la ecología profunda disfruta de un apoyo considerable, ya que sus ideas de estar completamente de acuerdo con la naturaleza, rechazar el materialismo, el capitalismo y el imperialismo y mostrar respeto por toda la tierra, son cuestiones que conectan con mucha gente.<sup>230</sup>

La ecología profunda postula que sus visiones opuestas, la superficial y la antropocéntrica, predicen un fuerte contraste entre el hombre y la naturaleza. Así, se insiste en que mientras los seres humanos importan en sí mismos, la naturaleza solo tiene un valor instrumental como fuente para promover los intereses de aquellos seres. La mayoría de los que predicen la ecología profunda sugieren que podemos vivir en armonía con la naturaleza, más que tratar de dominarla, dando a entender con esto que es una cosa separada.<sup>231</sup>

#### **a) Postura ecocéntrica radical**

Esta postura propone la protección del bien jurídico medioambiente desligada de la protección última de los bienes jurídicos individuales. Se define al bien jurídico

---

<sup>229</sup> *Ibidem*, pp. 284-285. Sobre este tópico señala ABOSO que a partir de la Convención de Estocolmo de 1972, la corriente ecologista adquirió un fuerte impulso e impulsó la conciencia ecológica y la responsabilidad del ser humano por la preservación del planeta. De este modo, los movimientos ecologistas encontraron en esta convención internacional el punto de partida de una corriente organizada que significó el nacimiento de numerosos partidos políticos imbricados con esta tendencia mundial proteccionista del ambiente. Estos movimientos ambientalistas tienen puntos de contacto con distintas disciplinas (economía, sociología, política, historia, etc.) con el objeto de construir un espacio en común que tenga como eje la importancia del medio ambiente, ABOSO, G. E., *Derecho penal...*, op. cit., p. 104.

<sup>230</sup> *Idem*, p. 286.

<sup>231</sup> BELSHAW, C., *Filosofía...*, op. cit., p. 301. Por ejemplo, LOVELOCK esbozó la teoría de que la vida no está únicamente sobre la Tierra y ocupa partes de la tierra (biósfera). La misma Tierra, como un todo, se presenta como un macroorganismo vivo, al que denomina Gaia (BOFF, L., *Ecología:...*, op. cit., p. 29).

medioambiente sin referencias al ser humano y la tutela de este bien jurídico ambiental no está subordinada a la verificación de un daño o peligro para los bienes individuales.<sup>232</sup> Así, y bajo las formas de criminalidad moderna, algunos autores han señalado que el bien jurídico tutelado constituye, entre otros, la pureza del aire o del agua, incluso se ha avanzado más al abarcar la biosfera como objeto de tutela, adoptándose de este modo una postura ecológica del bien jurídico.<sup>233</sup>

Sin embargo, el rechazo al ecocentrismo radical o extremo es prácticamente unánime.<sup>234</sup> Según parte de la doctrina, esta tesis tiene su génesis en el traspaso, al derecho, de la ética ecológica.<sup>235</sup>

En Alemania el debate sobre esta concepción ecocéntrica se dio a partir del reconocimiento de esta teoría en el § 324 StGB, donde se tutela la pureza del agua, sancionándose penalmente al que alterase la calidad del agua, resultando desvinculado de todo estado de peligro para la salud humana.<sup>236</sup> De forma análoga podría predicarse lo mismo respecto del párrafo primero del art. 325 del CPE, donde la sanción penal recaerá cuando «cause o pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas».

## **b) Postura ecocéntrica moderada (antropocéntrica-ecocéntrica)**

Esta tesis es defendida por un amplio sector de la doctrina penal contemporánea. Con esta postura se intenta encontrar una solución armónica a la discusión entre el antropocentrismo y el ecocentrismo. Por esto, se busca que exista alguna referencia del derecho penal a bienes jurídicos relacionados con el ser humano (perspectiva antropocéntrica), pero que también se reconozca una protección autónoma al medioambiente natural (dimensión ecocéntrica)<sup>237</sup>. De acuerdo con esta idea, el

---

<sup>232</sup> ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L., *El medio ambiente...*, op. cit. p. 314.

<sup>233</sup> ABOSO, G. E., *Derecho penal...*, op. cit., p. 106.

<sup>234</sup> En ese sentido se manifiesta, en duros términos, MÜLLER-TUCKFELD, J. C., «Ensayo...», op. cit., p. 509, quien expone que «[e]sta teoría no puede sostenerse sin incurrir en contradicciones como la que supone el hecho de son los hombres quienes definen aquello que presta un servicio a la protección de la naturaleza 'en sí misma' [...] Desde el punto de vista teórico, un ecocentrismo consecuente hasta el final no pasa de ser una ingenua naturalización de las relaciones sociales [...] en la actual dogmática no desempeña más papel que el de blanco fácil para la crítica. Hablar de derechos propios de la naturaleza no es compatible con los fundamentos del Derecho vigente».

<sup>235</sup> ESCAJEDO SAN EPIFANIO, *ibidem*, p. 315.

<sup>236</sup> ABOSO, G. E., *ibidem*, p. 107.

<sup>237</sup> En ese sentido JORGE BARREIRO, A., *Estudios...*, p. 43.

medioambiente debería ser un bien jurídico autónomo, protegido no por sí mismo, sino por su funcionalidad fundamental para la vida de generaciones presentes y futuras.<sup>238</sup>

Esta postura es la dominante en Alemania y es respaldada por ciertos sectores doctrinales de otros países.<sup>239</sup>

Sin embargo, entre los defensores de esta opinión mayoritaria se encuentran algunas diferencias relacionadas con la autonomía del bien jurídico medioambiente respecto de bienes jurídicos individuales. Así, para algunos se trata de un bien jurídico «relativamente autónomo» y lo comparan con la seguridad en el tráfico o con la salud pública. Otros consideran la protección del medioambiente como derivada de la protección de las personas.<sup>240</sup>

Dentro de la doctrina española encontramos a ALASTUEY DOBÓN como gran defensora de esta postura. Sus argumentos son los siguientes: entiende que la autonomía del bien jurídico medioambiente es superior a la de otros bienes jurídicos supraindividuales que suelen ser comparados con él. Ello por dos razones fundamentales: en primer lugar, porque las funciones que desempeña el medioambiente como fundamento existencial de la vida humana sobre la Tierra no puede ser interpretada únicamente en sentido negativo, es decir, como funciones de contención de riesgos para bienes jurídicos individuales. En ese sentido, la autora sostiene que la autonomía de los bienes jurídicos colectivos está conferida, generalmente, por el hecho de que junto a la función negativa se encuentra otra positiva. En concreto, citando a GRACIA MARTÍN, señala que los bienes jurídicos complementarios, que prestan algún tipo de utilidad a los complementados, desempeñan una función negativa y otra positiva; la función negativa de los bienes jurídicos complementarios es una que sirve de conservación de los bienes jurídicos complementados; se trata de una función de garantía de seguridad. Sin embargo, la autora sostiene que al medioambiente no se lo debe proteger solo para evitar peligros para los bienes jurídicos individuales sino también, y principalmente, para permitir el libre ejercicio de los bienes jurídicos complementados. Esta función positiva sería la que otorga al bien jurídico medioambiente plena autonomía.

Asimismo, ALASTUEY destaca que lo verdaderamente específico del medioambiente como bien jurídico es su trascendencia respecto a generaciones futuras,

---

<sup>238</sup> ALASTUEY DOBÓN, M. C., *El delito...*, op. cit., p. 36.

<sup>239</sup> JORGE BARREIRO, A., *ibidem*, p. 43.

<sup>240</sup> ALASTUEY DOBÓN, M. C., *ibidem*, p. 37.



siendo condición para la vida de estas. Por esto, se destaca una cualidad que no poseen otros bienes jurídicos colectivos: la dimensión de futuro, colocando al medioambiente en una posición de relevancia en la jerarquía de los bienes jurídicos supraindividuales.<sup>241</sup>

Con análogos fundamentos, JORGE BARREIRO entiende que esta sería la concepción adecuada a las exigencias de la política criminal moderna.<sup>242</sup>

No obstante, JORGE BARREIRO señala algunas consideraciones críticas respecto a esta postura, a saber: a) la falta de claridad y precisión del concepto medioambiente, y la vaguedad del bien jurídico protegido no permiten garantizar una interpretación que pueda fijar los límites de la punibilidad; b) la carencia de criterios materiales para delimitar los riesgos relevantes en el medioambiente, a los efectos de su incriminación; y c) la escasa relevancia práctica sobre la discusión respecto al bien jurídico medioambiente, ante la falta de coherencia en su desarrollo, poniéndose en tela de juicio la función del derecho penal del medioambiente. Critica el autor la falta de claridad en los tipos penales respecto a si se protege el medioambiente por su funcionalidad respecto del ser humano o si se sanciona que se contaminen de forma no autorizada.<sup>243</sup>

## 5. Otras teorías

### a) Teoría administrativista

La teoría administrativista sobre la protección del bien jurídico medioambiente tiene como postulado principal que el único interés digno de mención es la tutela de la administración en la correcta regulación de los elementos que componen el

---

<sup>241</sup> ALASTUEY DOBÓN, M. C., *El delito...*, op. cit., pp. 38-40. De forma más sintética, pero en el mismo sentido se expresa JORGE BARREIRO, A. J., *ibidem*, pp. 43-45.

<sup>242</sup> Textualmente, JORGE BARREIRO, A. J., *Estudios...*, p. 45, expresa que: «esta concepción, ecocéntrica moderada, de reconocimiento del medio ambiente como bien jurídico supraindividual autónomo y cuya tutela penal directa no ha de depender de la afectación de la vida o de la salud humanas, es —a nuestro entender— la tesis más adecuada...».

<sup>243</sup> JORGE BARREIRO, A. J., *ibidem*, p. 46. Por su parte, HEFENDEHL, R., «Derecho penal medioambiental: ¿por qué o cómo?», en *Estudios Públicos*, n° 110, 2008, pp. 165-192, critica al ecocentrismo radical en los siguientes términos: «[u]na concepción *ecocéntrica del bien jurídico* no se podría compatibilizar con la tarea del derecho penal, que debe hacerse cargo de la conducta dañosa para la sociedad y, con ello, para los miembros de ella».

medioambiente.<sup>244</sup> En ese sentido, el bien jurídico se definiría como «las facultades de la Administración en la ordenación y tutela de los bienes medioambientales» o «un determinado modelo de gestión medioambiental».<sup>245</sup>

En Alemania son mínimos los intentos por defender esta postura. Los que se encuentran a favor de la tesis administrativa sustentan su argumentación en el párrafo 324 StGB. Este precepto castiga penalmente al que, sin estar autorizado, contamine las aguas. Para este sector doctrinal, siempre que exista autorización por parte de la Administración —aunque esta sea nula— quedará excluida la responsabilidad penal por ausencia de antijuridicidad. Esto conlleva, para un sector doctrinal, la inexistencia de la protección absoluta de las aguas por parte del derecho penal, por tanto, la perspectiva ecológica queda reducida a la nada, pues lo que se prohíbe es la contaminación no autorizada administrativamente. En concreto, lo que se pretende con este precepto es «asegurar y mantener el procedimiento administrativo»; se trataría por tanto de «derecho penal de policía» y no de «derecho penal del medio ambiente».<sup>246</sup> Sin embargo, la doctrina mayoritaria en Alemania rechaza una interpretación formalista del precepto, a través del cual se afirma que el párrafo 324 convirtió en ilícito penal la mera desobediencia administrativa.<sup>247</sup>

En España, ESCAJEDO defiende una postura formalista<sup>248</sup> de estas características. Esta autora, luego de un largo desarrollo, al revisar las teorías más importantes respecto a la protección penal del medioambiente (que en gran medida coinciden con lo expuesto hasta aquí) llega a la conclusión de que el ambiente no se protege, se gestiona; a lo sumo cabría referirse al modelo de gestión ambiental o a la calidad de vida humana como objeto referencial de la protección. Asimismo, a juicio de la autora, esa dimensión formal no debe entenderse como un complemento de carácter secundario de la

<sup>244</sup> ABOSO, G. E., *Derecho penal...*, op. cit., p. 110; en el mismo sentido ALASTUEY DOBÓN, M. C., *El delito...*, op. cit., p. 43.

<sup>245</sup> ALASTUEY DOBÓN, M. C., *El delito...*, op. cit., p. 43.

<sup>246</sup> *Ibidem*, pp. 43-45.

<sup>247</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>248</sup> Según la autora, se califica como «formal» a aquella teoría que conforma al bien jurídico destacando la relevancia que en la protección ambiental tienen las facultades de las administraciones públicas. De este modo, la protección del medioambiente se plantea como el equilibrio entre el progreso y la preservación del medio, y ante la imposibilidad de establecerse *a priori* una medida de protección concreta para cada uno de los valores que lo componen, la Administración es quien debe hacerse cargo de su gestión. Los defensores de estas tesis formales —o institucionales—, destacan que la entidad de los daños no resultan determinantes a efectos de sanción como el hecho mismo de la desobediencia a las facultades administrativas de gestión del medioambiente. Las posturas más extremas de esta tesis han llegado a sostener que puede entenderse por bien jurídico protegido en los delitos ambientales tanto a la legislación administrativa ambiental que regula esos poderes y facultades, como a esos poderes o facultades. ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L., *El medio ambiente...*, p. 330.

dimensión natural del medio ambiente, sino que, de acuerdo a la política ambiental de la actualidad y al modelo de accesividad administrativa<sup>249</sup> que de ella ha surgido el ordenamiento jurídico español, esta es una dimensión claramente principal del objeto de la protección ambiental y, consiguientemente, afecta también al orden penal.<sup>250</sup>

Estas posturas no son receptadas por la doctrina, ni siquiera en un sector minoritario.

Las principales críticas que se le achacan a esta postura son las siguientes: a) se cuestiona la legitimidad de este tipo de intervención penal por castigar la mera desobediencia de la norma administrativa, en lugar de exigir la puesta en peligro concreto de un bien jurídico;<sup>251</sup> b) el control de la Administración en la tutela del medio ambiente no puede considerarse bien jurídico por sí mismo, ya que solo constituye un instrumento de garantía de los bienes ecológicos;<sup>252</sup> c) este planteamiento trae consigo un mayor riesgo de creación de delitos formales que en otros conjuntos delictivos.<sup>253</sup>

En definitiva, comparto la conclusión de ALASTUEY DOBÓN cuando afirma que la concepción administrativista no es aceptable como propuesta de *lege ferenda* y tampoco se ajusta a nuestro derecho positivo vigente.<sup>254</sup>

## **b) La posición de STRATENWERTH**

Ya hemos visto que quienes defienden una postura antropocéntrica del bien jurídico medioambiente aducen que este es un concepto muy vago, lo que utilizan como uno de sus argumentos para rechazar su protección, ya que no lo consideran un bien jurídico.

Stratenwerth parte también de esa supuesta vaguedad atribuida al medioambiente pero llega a otras conclusiones. Este autor aplica sus consideraciones a determinados ámbitos del derecho penal, referidos a lo que él llama «aseguramiento del futuro».<sup>255</sup> Dentro de este aseguramiento de futuro se encuentra el medioambiente y

---

<sup>249</sup> Sobre este aspecto de la protección penal del medioambiente, ver *infra* capítulo 2.

<sup>250</sup> ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L., *El medio ambiente...*, p. 409.

<sup>251</sup> ABOSO, G. E., *Derecho penal...*, p. 111, este autor entiende que este tipo de conductas deberían quedar reservadas únicamente al derecho administrativo sancionador. *Idem*.

<sup>252</sup> ALASTUEY DOBÓN, M. C., *El delito...*, p. 45.

<sup>253</sup> ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L., *El medio ambiente...*, p. 409.

<sup>254</sup> ALASTUEY DOBÓN, M. C., *El delito...*, *ibidem*, p. 46.

<sup>255</sup> *Ibidem*.

delitos relativos a la manipulación genética. Según su opinión, el derecho penal debe intervenir en estos ámbitos, pero su legitimidad no requiere sustentarse en la idea de bien jurídico ya que esto, desde su óptica no sería posible.<sup>256</sup>

En lo relativo a los delitos contra el medioambiente, este presentaría características particulares que le niegan toda virtualidad como bien jurídico. Según este autor no existiría forma de precisar la dimensión de la protección penal necesaria en este ámbito (medioambiente).<sup>257</sup>

Asimismo, este autor rechaza la restricción de la idea de bien jurídico a las «condiciones de existencia y desarrollo del individuo en la comunidad» o incluso a las «especiales condiciones de libertad externa de los demás», ya que se pasa por alto que cada grupo humano conoce múltiples normas de conductas acuñadas culturalmente, que no se trata de bienes más o menos sólidos. Por esa razón es insostenible, para este autor, el dogma de que son ilegítimas las leyes penales que no protegen ningún bien jurídico determinado.<sup>258</sup>

Sobre el medioambiente, sostiene que no es un bien jurídico asequible y que su amenaza se distingue radicalmente de todas las puestas en peligro que han ocupado hasta ahora al derecho penal: la destrucción de las bases de la vida en la Tierra, por ahora imparable, proviene del hombre. El medioambiente no es un bien de esa clase, ni siquiera en sus elementos particulares, como tierra, aire y agua, y mucho menos en los procesos en los cuales influye, como el clima, la evolución de plantas y animales, etc. Rechaza así cualquier fundamentación antropocéntrica para este caso. Del mismo modo, STRATENWERTH cuestiona que las reglas de conductas impuestas por el derecho penal siempre sean referidas a conflictos sociales actuales.<sup>259</sup>

---

<sup>256</sup>ALASTUEY DOBÓN, M. C., *ibidem*, p. 46.

<sup>257</sup>*Ibidem*, p. 47.

<sup>258</sup> STRATENWERTH, G., *Derecho penal, parte general I. El hecho punible* (trad. CANCIO MELIÁ, M. y SANCINETTI, M.), Thomson Civitas (Aranzadi), 2005, Navarra, p. 56, n.º 8.

<sup>259</sup> *Ibidem*, p. 57, n.º 10. En similar sentido se pronuncia HEFENDEHL, R., «¿Debe ocuparse...?», quien sostiene que el derecho penal debe quizá ocuparse de riesgos futuros, puesto que una acción típica aislada nunca producirá un atentado real e inmediato contra bienes jurídicos colectivos. Este autor entiende que el verdadero problema vendrá en el futuro, y sostiene su postura en la posibilidad de acumulación de conductas, poniendo como ejemplo los vertidos de sustancias al agua. Por esto advierte que encontrar normas para el futuro, actuar con miras a lo que puede acontecer, sería más acertado que querer reaccionar *a posteriori* ante errores. Sin embargo, considera que la teoría del bien jurídico no debe modificarse acudiendo a bienes jurídicos aparentes y al adelantamiento de las barreras de protección a estadios anteriores a la acción típica.

## 6. Toma de posición

Anteriormente hemos desarrollado distintas visiones del medioambiente. En ese sentido, podemos afirmar que existen —por lo menos— tres ópticas distintas para analizar al medioambiente y su contenido. Asimismo, estos tres enfoques se encuentran relacionados entre sí de modo escalonado, dándose sustento unos a otros.

En efecto, el primer enfoque, caracterizado por poseer mayor materialidad en el concepto, es el enfoque ecológico. Esta es una visión técnica que describe al medioambiente como condiciones físicas más la variedad de organismos que coexisten dentro de sus límites (*ver supra*). En ese sentido, la ecología se encarga de estudiar y analizar las interacciones que existen entre los organismos y su medioambiente. También se dijo en anteriores páginas que la fusión entre los organismos y las condiciones físicas que lo rodean se denomina ecosistema y que, por tanto, este cuenta con componentes bióticos y abióticos.

Evidentemente existe una interacción entre los componentes bióticos entre sí y entre los componentes bióticos y los abióticos.

Este enfoque nos permite apreciar y distinguir los componentes del ecosistema. Dentro de los componentes abióticos encontramos los recursos naturales y entre los componentes bióticos ubicamos la flora y la fauna. Es decir, en una aproximación, puede considerarse al medioambiente como ámbito en el cual se desarrolla el ecosistema. Ahora bien, las modificaciones y alteraciones que se producen en el ecosistema afectarán directamente al medioambiente. Esto se debe a que, en un punto, el ecosistema se fusiona con el medioambiente en un grado tal que resulta difícil diferenciar uno de otro. Por ejemplo, si un componente biótico desapareciera de un ecosistema, podría alterar el medioambiente convirtiéndolo en no apto para otro componente biótico que dependiera, de forma directa o indirecta, del desaparecido. Por lo tanto, las alteraciones o modificaciones al ecosistema pueden modificar o variar el medioambiente.

Desde este enfoque el análisis se centra en las interacciones y relaciones naturales. Es decir, aquellas que se desarrollan en armonía con los designios de la naturaleza.

El segundo enfoque analizado fue el sociológico/filosófico. Como se dijo, este enfoque se centra en el estudio de las relaciones e interacciones del ser humano con el

medioambiente. Nos encontramos aquí en un segundo escalón de relaciones, de mayor complejidad, con un integrante del ecosistema poseedor de una habilidad superior a la del resto de los componentes bióticos: dominar a los otros componentes del ecosistema. Por tanto, podemos calificar esta nueva relación, como de dominio. En ese sentido, se sostiene que el ser humano es la primera especie que se ha convertido en una fuerza geofísica, al alterar el clima de la Tierra, algo que previamente estaba reservado a la tectónica, las llamaradas solares y los ciclos glaciares. Somos, también, los mayores destructores de vida desde el meteorito de diez kilómetros de diámetro que cayó en la zona de Yucatán hace setenta y cinco millones de años. También, con la superpoblación, estamos en peligro de quedarnos sin alimento ni agua.<sup>260</sup>

En concreto, de este enfoque nos interesa el análisis de la relación sociedad-medioambiente desde el prisma de la sostenibilidad. Así, el problema de la sostenibilidad radica en la adecuación entre el propósito que guía al ser humano y el medio natural en que se llevan a cabo las actividades humanas, de modo que la organización de estas pueda prolongarse en el tiempo (resulte sostenible).<sup>261</sup>

Así las cosas, entendemos que desde la perspectiva del derecho penal, y en la búsqueda del bien jurídico-penal medioambiente, debemos detenernos en algunos aspectos ya analizados. En efecto, diremos que desde un punto de vista donde confluyen los enfoques ecológico y sociológico, nos interesa la siguiente aproximación: dentro del límite que significa el medioambiente se relacionan e interactúan los componentes bióticos entre sí y con los componentes abióticos. Asimismo, dicha relación e interacción deben ser sostenibles. Por ello, podríamos acercarnos a rasgos específicos que deberán caracterizar al bien jurídico-penal: relación e interacción sumadas a la sostenibilidad.

---

<sup>260</sup> GARCÍA, E., *Medio Ambiente...*, op. cit., p. 34.

<sup>261</sup> *Ibidem*, p. 28. Según BOFF, L., *La sostenibilidad...*, pp. 33-34, existen dos acepciones de sostenibilidad. Una pasiva cuyo significado es asegurar por abajo, soportar, servir de sostén, impedir que caiga, impedir la ruina y la caída. En ese sentido, «sostenibilidad» es, en términos ecológicos, todo cuanto hacemos para que un ecosistema no decaiga y se arruine. En un sentido positivo significa conservar, mantener, proteger, nutrir, alimentar, hacer prosperar, subsistir, vivir, mantenerse siempre a la misma altura y conservarse bien. En dialecto ecológico, esto significa que la sostenibilidad representa los procedimientos que se adoptan para permitir que un bioma se mantenga vivo correctamente y esté a la altura de los riesgos que puedan presentarse. Esto permitirá que dicho bioma perviva y evolucione. Por ello, cuando se habla de «sostenibilidad» lo que se pretende es que continúe la vida y se conserve adecuadamente. Esto se consigue si se mantiene su equilibrio interno y la auto-reproducción.

En este entendimiento, creemos que un concepto adecuado de bien jurídico-penal del delito ecológico debe consistir en el equilibrio sostenible de los sistemas naturales.

Por ello, desde el enfoque estrictamente jurídico-penal, la relación<sup>262</sup> que nos interesa es la del ser humano con el medioambiente, protegiéndose a este último de ataques que produzcan —o puedan producir— un desequilibrio insostenible de los sistemas naturales.

Este concepto otorga al bien jurídico-penal un rasgo dinámico claro. Al referirnos a la sostenibilidad, lo hacemos en un triple sentido. Concretamente, el equilibrio debe ser sostenible para todos los seres vivos del ecosistema en general, para el ser humano en particular y para las generaciones futuras.

Con esta definición se zanja la disputa respecto de la protección de las generaciones futuras o protección del futuro.<sup>263</sup> Ello porque el rasgo de sostenibilidad le otorga actualidad al bien jurídico y, también, la potencialidad que permite proteger a generaciones venideras.

Por otro lado, el medioambiente no debe ser sostenible solo para el hombre sino, también, para el resto de la vida con la que comparte la biosfera.

En esta postura se diferencia el objeto de la acción del bien jurídico-penal propiamente dicho (ver *supra*). Así, el agua, el aire, el suelo, especies protegidas, etc., son elementos del bien jurídico protegido y su ataque o alteración —incluso destrucción— vulnera al bien jurídico-penal medioambiente.

Entendemos que la sostenibilidad que debe caracterizar al bien jurídico-penal medioambiente resulta más amplia que la simple protección de la salud y la vida del ser humano que postulan las tesis antropocéntricas. Dentro de la sostenibilidad incorporamos la calidad de vida en su sentido más amplio. Por ello, un ataque al medioambiente podría no afectar la salud ni la vida del ser humano pero, sin embargo, alterar notablemente la calidad de vida en la actualidad o en el futuro.

Debe tenerse presente, también, una particularidad del medioambiente que lo diferencia de otros bienes jurídicos de carácter colectivo: su característica de ser

---

<sup>262</sup> Esta relación se caracteriza por el intercambio entre la sociedad, que es un sistema abierto, y la naturaleza, que es un sistema cerrado. El primero obtiene del segundo energía y materiales (radiación solar, combustibles fósiles, minerales, etc.) y, tras procesarlos e incorporárselos en parte para mantener o modificar su organización, los devuelve a su medioambiente convertidos en residuos de todo tipo generados por su procesamiento (calor, gases de invernadero, basuras urbanas, etc.), GARCÍA, E., *Medio Ambiente...*, op. cit., p. 21.

<sup>263</sup> Cuestión analizada *supra*. Ver posición de STRATENWERTH.

substantial. Es decir, existe con independencia del ser humano. Contrario a, por ejemplo, la administración pública o la administración de justicia, que son bienes jurídicos que existen por y para el hombre, siendo lo que se denomina en filosofía como ser accidental.

Esta postura le otorga autonomía al bien jurídico-penal, inclinándonos por una posición ecocéntrica moderada. De este modo, no resulta condición necesaria la referencia al ser humano para que se configure el delito ecológico, pudiéndose agravar la pena cuando se ponga en peligro la salud o la vida del hombre.





## CAPÍTULO II

### Derecho penal y derecho administrativo sancionador

#### La doble protección del medioambiente

##### I. Protección administrativa del medioambiente

**E**n el capítulo anterior se hizo referencia a la denominada sociedad del riesgo, sus características principales y la descripción de su dinámica. Así, esta sociedad postindustrial, con el predominio de un capitalismo salvaje, ha llevado al hombre a disponer de manera abusiva de los recursos naturales. De ese modo, puede considerarse que la situación actual es irreversible si no se actúa de manera contundente para intentar restablecer de modo urgente las condiciones ambientales apropiadas.<sup>264</sup>

Sin querer resultar apocalíptico, la verdad es que el avance de la tecnología actual y su uso inadecuado puede conducir a grandes catástrofes ambientales, como las descritas en el capítulo anterior. En ese sentido, si bien existen conocimientos avanzados sobre la tecnología, el medioambiente, economía y desarrollo sostenible, lo cierto es que con frecuencia las referencias con las que debe operar el derecho son inciertas o están sujetas a controversia científica. Por este motivo se afirma que el derecho actúa con incertidumbre frente a los daños que sufre el medioambiente, sobre todo si se considera que muchos se hacen perceptibles luego de un tiempo prolongado y con causas de difícil determinación.<sup>265</sup>

JAQUENOD realiza una lista de las que llama «doce situaciones ambientales fundamentales en Europa», donde incluye cambio climático, reducción de ozono estratosférico, pérdida de biodiversidad, accidentes graves, acidificación, ozono troposférico y otros oxidantes fotoquímicos, gestión del agua dulce, degradación de los bosques, amenazas para las zonas costeras, producción y gestión de residuos, presión urbana y riesgos químicos.<sup>266</sup>

---

<sup>264</sup> KUKLINSKI, C., *Medio ambiente, sanidad y gestión*, Ediciones Omega, 2011, Barcelona, p. 1.

<sup>265</sup> Sobre esta cuestión ver ESTEVE PARDO, J., *Derecho del medio ambiente*, 3º ed., Marcial Pons, 2014, Madrid, p. 54.

<sup>266</sup> JAQUENOD DE ZSÖGÖN, S., *Derecho ambiental*, Dykinson, 2º ed., 2004, Madrid, p. 51.

En este contexto, quizás, las acciones tendientes a la protección del medioambiente deberían tener como horizonte el desarrollo sostenible, entendido como aquel que es «capaz de cubrir las necesidades del presente sin comprometer las posibilidades de las futuras generaciones para satisfacer sus propias necesidades».<sup>267</sup>

Ante esta situación, la protección del medioambiente es multidisciplinar e interdisciplinar.<sup>268</sup> Esto significa que no es suficiente su defensa con una sola herramienta ni científica ni jurídica. Por ello, además del derecho penal, se encargan de la problemática ambiental otras ramas, entre ellas, el derecho administrativo, civil, agrario, marítimo, forestal, minero, etc.<sup>269</sup>

En este acápite nos dedicaremos únicamente al derecho administrativo sancionador. Ello debido a su estrecha relación con el derecho penal y a su carácter de primera barrera de contención contra los ataques al medioambiente. Sobre esto, señala CARBONELL MATEU que una de las partes más importantes del derecho administrativo es el derecho sancionador, que regula la llamada «potestad sancionadora de la Administración», en virtud de cuyas normas esta impone las sanciones por infringir la normativa administrativa. Por ello, el derecho administrativo sancionador funciona de manera similar al derecho penal, y las normas que emanan de él tienen una estructura y se rigen por principios idénticos a los del derecho penal.<sup>270</sup>

Como se adelantó, el derecho administrativo no es la única rama jurídica encargada de proteger el medioambiente. No obstante es, quizás, la rama jurídica que mayores y más directos efectos recibió de la problemática ambiental. Esto se debe a la función específica del Estado en la protección del medioambiente y las medidas de control, conservación, defensa y mejora del medioambiente en general y de los recursos naturales en particular.<sup>271</sup>

En una aproximación al derecho administrativo, podemos afirmar que se trata de derecho público y que su destinatario principal son las administraciones públicas, aunque no únicamente, ya que también puede tener como destinatarios a los ciudadanos.

---

<sup>267</sup> ALLI ARANGUREN, J. C., «El medio ambiente como nuevo paradigma», en *Panorama jurídico de las administraciones públicas en el siglo XXI*, Instituto de administración pública, 2002, Madrid, p. 50.

<sup>268</sup> Por citar algunas de las ciencias que estudian el medioambiente: biología, ecología-economía, urbanismo, física y química, arqueología, sociología, etc.

<sup>269</sup> Para un análisis sobre todas las relaciones jurídicas del derecho ambiental, es recomendable la lectura de JAQUENOD DE ZSÖGÖN, S., *Derecho ambiental*, Dykinson, 2º ed., 2004, Madrid, pp. 228 -266.

<sup>270</sup> CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 3º ed., Tirant lo Blanch, 1999, Valencia, p. 90.

<sup>271</sup> *Ibidem*, p. 231.

Asimismo, el derecho administrativo se aplica, también, a otros entes estatales y a otros poderes de Estado.

Por ello se afirma que una definición clásica considera al derecho administrativo como «la parte del Derecho público que tiene por objeto la organización, los medios y las formas de actividad de las administraciones públicas y las consiguientes relaciones jurídicas entre aquellas y otros sujetos».<sup>272</sup>

A los efectos de la presente investigación importa, dada la relevancia en su interacción con el derecho penal, la potestad sancionadora del derecho administrativo al momento de proteger el medioambiente.

En efecto, ya se mencionó en el capítulo anterior la existencia del mandato constitucional de protección del medioambiente, tanto con sanciones penales como administrativas.<sup>273</sup> Por su ubicación en el artículo 45 CE debe señalarse que el medioambiente no se reconoce como un derecho fundamental al que se pueda invocar por la vía del amparo sino como un principio rector del ordenamiento, cuya finalidad radica en la defensa de un bien o interés colectivo, tutelado para beneficiar a la comunidad.<sup>274</sup>

La primera característica que se aprecia en la acción de la Administración al momento de defender el medioambiente es la prevención.<sup>275</sup> Es decir, se trata de evitar los daños debido a la dificultad (o imposibilidad en la mayoría de los casos) de reparación (de que se vuelva al estado anterior a la situación).

Siguiendo a FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, las normas protectoras del medioambiente abordan este cometido en tres momentos diferentes. El primero de ellos, y como se mencionó en el párrafo anterior, esencialmente preventivo, es cuando se establecen reglas y directrices sobre actividades y proyectos que pueden significar un potencial peligro para el medioambiente. Su objetivo es evitar los riesgos o, por lo menos, minimizarlos. El segundo momento tiene lugar durante los procesos de contaminación y deterioro ambiental. Es aquí cuando se aprecia el riesgo permitido. Es decir, las normas «aceptan» un cierto grado o nivel de contaminación razonable.

---

<sup>272</sup> ALLI TURRILLAS, J.C., «El ordenamiento jurídico-administrativo y de la Unión Europea», en Administración y legislación ambiental, adaptado al EEES, Dykinson, 9º ed. actualizada, 2016, Madrid, p. 75.

<sup>273</sup> Vid. art. 45 CE.

<sup>274</sup> LOZANO CUTANDA, B., «Introducción al derecho ambiental y a la intervención administrativa para la protección del medio ambiente», en LOZANO CUTANDA, B./ALLI TURRILLAS, J.C., *Administración y legislación ambiental, adaptado al EEES*, Dykinson, 9º ed. actualizada, 2016, Madrid, p. 145.

<sup>275</sup> *Ibidem*, p. 149.

Generalmente estas normas establecen los niveles de calidad y cantidad que se consideran admisibles en los distintos medios (aire, agua, ruidos, etc.). También estipulan los niveles máximos de producción y emisión de agentes contaminantes, o eliminan y prohíben sustancias o productos en vertidos por el riesgo de alterar el medioambiente. Por último, el tercer momento es el de la reparación, cuyo objeto son las consecuencias de los procesos contaminantes y el deterioro ambiental. Es decir, estas normas se activan luego de que se producen procesos contaminantes por incumplimiento de las normas (o momentos) que se describieron anteriormente. Dentro de este grupo se identifican dos tipos de normas: aquellas que sancionan las conductas realizadas incumpliendo o infringiendo las normas ambientales (distinguiendo entre penales y administrativas) y las que establecen y regulan la obligación de reparar los daños ambientales.<sup>276</sup>

### **1. Derecho administrativo sancionador**

Dentro de la descripción realizada nos ubicaremos ahora en el último segmento. Es decir, en el ámbito de las normas que sancionan las conductas que, en función del incumplimiento de la ley, afectan el medioambiente.

La postura dominante en la doctrina y la jurisprudencia española admite la tesis de que la potestad sancionadora de la Administración forma parte, junto con la potestad penal de los tribunales, del *ius puniendi* del Estado, que es único. Este modo de entender la potestad sancionadora del derecho administrativo le otorga un soporte conceptual y operativo procedente del derecho penal.<sup>277</sup>

Dentro del ámbito del derecho administrativo sancionador nos encontramos con dos tipos de infracciones de distinta naturaleza. De un lado se ubican las de autoprotección o autotutela, mediante la cuales la Administración tutela su organización

---

<sup>276</sup> FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., *Sistema jurídico-administrativo de protección del medio ambiente*, Ratio Legis, 5º ed., 2016, Salamanca, p. 25.

<sup>277</sup> LESMES SERRANO, C., «Las infracciones administrativas y la potestad sancionadora de la administración», en Lesmes Serrano, C. y otros, *Derecho penal administrativo (ordenación del Territorio, Patrimonio histórico y Medio ambiente)*, Ed. Comares, 1997, Granada, p. 1.

y orden interno. Y, de otro, las infracciones de protección de orden general por las que se tutela el orden social general o, lo que sería en sentido amplio, el orden público.<sup>278</sup>

Las infracciones administrativas relativas a la protección del medioambiente corresponden ser ubicadas dentro de la categoría de las que protegen el orden general. Sobre estas sanciones se proyecta la plenitud de los principios generales del derecho administrativo sancionador, derivados del derecho penal y procesal penal.

En ese sentido señala RODRÍGUEZ LÓPEZ que la potestad sancionadora se ha visto sometida a un proceso de racionalización respecto a los límites que deben existir respecto de ella. Con ello se logró el sometimiento de la actividad sancionadora a determinados principios sustantivos y procedimentales originados en el ámbito jurídico-penal y, que en la esfera del derecho administrativo, se encuentran hoy —en lo sustancial— en la LRJAPPAC, conformándolos como auténticos límites de dicha potestad y como derechos subjetivos de los ciudadanos.<sup>279</sup>

#### **a) Principios del derecho administrativo sancionador**

A continuación se hará una breve reseña sobre cuáles son los principios limitadores de la potestad sancionadora administrativa.

Como ya vimos, el derecho administrativo sancionador se encuentra sometido a principios limitadores y estos provienen, o se identifican, con los del derecho penal. En ese sentido, la jurisprudencia sostiene la teoría general del ilícito, incluyendo dentro tanto al penal como al administrativo, por lo que la potestad sancionadora de la Administración debe ajustarse a los principios rectores elaborados en el ámbito penal.<sup>280</sup> Sin embargo, la aplicación de estos principios no es automática al ámbito

---

<sup>278</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>279</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Medio ambiente, territorio, urbanismo y derecho penal*, Bosch, 2007, Barcelona, p. 39. No obstante, debe tenerse en cuenta que esta ley se encuentra derogada y ha sido sustituida por la L40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público que regula los principios de la potestad sancionadora, y por la L39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que regula en el procedimiento administrativo común las especialidades del procedimiento sancionador.

<sup>280</sup> Ver CHAMORRO GONZÁLEZ, J.M., «Derecho administrativo sancionador ambiental: aspectos problemáticos», en BERBEROFF AYUDA, D. (Dir.), *Incidencia medioambiental y derecho sancionador*, CDJ, VIII, 2006, p. 203. Asimismo, también, STS de 23 de enero de 1989.

administrativo, ya que poseen peculiaridades sustantivas, procedimentales y procesales derivadas de las diferencias entre ambos sectores jurídicos.<sup>281</sup>

Los principios asumidos por la LRJSP y por las leyes ambientales en general, son:

### 1) Principio de legalidad y tipicidad

El principio de legalidad y tipicidad se recoge en el art. 25 CE<sup>282</sup> y en la LRJSP arts. 25<sup>283</sup> y 27.<sup>284</sup> El primero supone la necesaria y previa existencia normativa de las infracciones y sanciones administrativas para el ejercicio de la potestad sancionadora.<sup>285</sup> Esta referencia a una reserva de ley en materia sancionadora administrativa no resulta tan rigurosa como en el ámbito penal ya que por su propia naturaleza deberá verse modificada con asiduidad (por ejemplo ante la aparición de nuevos fenómenos de contaminación o nuevas tecnologías). En ese sentido, no se excluye la posibilidad de que estas leyes contengan remisiones a normas reglamentarias siempre que en las

---

<sup>281</sup> FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., ob. cit., p. 338.

<sup>282</sup> De acuerdo con la STC 127/1990, el art. 25 CE implica la existencia de una ley —*lex scripta*—, que la ley sea anterior —*lex previa*— y que la ley se refiera a un hecho determinado —*lex certa*—.

<sup>283</sup> Artículo 25. *Principio de legalidad*.

1. La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas se ejercerá cuando haya sido expresamente reconocida por una norma con rango de Ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en esta Ley y en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y, cuando se trate de Entidades Locales, de conformidad con lo dispuesto en el Título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril. 2. El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal o reglamentario. 3. Las disposiciones de este Capítulo serán extensivas al ejercicio por las Administraciones Públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo. 4. Las disposiciones de este capítulo no serán de aplicación al ejercicio por las Administraciones Públicas de la potestad sancionadora respecto de quienes estén vinculados a ellas por relaciones reguladas por la legislación de contratos del sector público o por la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas.

<sup>284</sup> Artículo 27. *Principio de tipicidad*.

1. Solo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley, sin perjuicio de lo dispuesto para la Administración Local en el Título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril.

Las infracciones administrativas se clasificarán por la Ley en leves, graves y muy graves.

2. Únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la Ley.

3. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes.

4. Las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica.

<sup>285</sup> Ver STC 219/1991, de 25 de noviembre; 276/2000, de 16 de noviembre; 113/2002, de 19 de mayo; entre otras.

primeras queden especificados los elementos de la infracción y la naturaleza y límites de las sanciones.<sup>286</sup>

Del principio de legalidad deriva el principio de tipicidad. Este último supone la predeterminación normativa de las sanciones e infracciones de manera precisa y clara para que pueda conocerse la conducta ilícita y su correspondiente sanción. Esto significa que la sanción debe permitir la predicción con suficiente grado de certeza de las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción a imponerse.<sup>287</sup> Asimismo, queda prohibido el recurso a la analogía para cubrir lagunas legales.

## 2) Aplicación del principio *non bis in idem*

Sobre este punto se hará una breve mención ya que será abordado en profundidad en el punto V de este capítulo. Sin embargo, este escueto espacio es suficiente para dejar planteada la cuestión relativa a qué sucede y cómo debe actuarse cuando concurren sanciones administrativas y penales sobre dos ilícitos con identidad de sujeto, hecho y fundamento.

Al respecto, el principio *non bis in idem* nos adelanta una respuesta impidiendo una doble sanción penal y administrativa, así como la duplicidad de las administrativas. Así, el art. 31 de la LRJSP dispone que «no podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento».

También, de acuerdo a consolidada doctrina constitucional, el *non bis in idem* impide, desde una perspectiva procesal, la apertura de dos procedimientos (penal y administrativo) simultáneamente por los mismos hechos y, en todo momento, se prioriza la jurisdicción por sobre el procedimiento sancionador administrativo.

La normativa específica de cada sector también cuenta en su articulado con referencias a este principio. Así, por ejemplo, en el art. 34 Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera que «cuando por unos mismos hechos y fundamentos jurídicos, el infractor pudiese ser sancionado con arreglo a esta Ley o Leyes que fueran de aplicación, de las posibles sanciones se le impondrá la de mayor gravedad». Asimismo, en el art. 33 dispone: «1. Cuando la infracción pudiera

---

<sup>286</sup> STC 101/1998, de 8 de junio.

<sup>287</sup> STC 113/2002, de 19 de mayo.



ser constitutiva de delito o falta, la Administración instructora lo pondrá en conocimiento del órgano jurisdiccional competente, suspendiéndose la tramitación del procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no hubiera dictado sentencia firme o resolución que ponga fin al proceso. 2. La sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, del hecho y del fundamento. De no haberse estimado la existencia de delito o falta, el órgano competente continuará la tramitación del expediente sancionador». En sentido análogo observamos el art. 120 del Real Decreto Legislativo 1/2001 de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas.

### **3) Principio de culpabilidad**

Este principio, claramente importado del ámbito penal, supone que toda responsabilidad derivada de una infracción cometida debe ser imputable a su autor, a título de dolo, culpa o negligencia. De este modo se erradica cualquier posibilidad de responsabilidad objetiva en la imposición de sanciones administrativas.<sup>288</sup> Sin embargo, en el ámbito administrativo es recogido con ciertas particularidades como, por ejemplo, la responsabilidad directa de las personas jurídicas y la responsabilidad solidaria.<sup>289</sup> Hallamos este principio en el art. 28 LRJSP, que dispone; «solo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa».

No obstante, y como se señaló, si bien la culpabilidad es exigible en las infracciones administrativas, no lo es en los mismos términos que en el derecho penal. En ese sentido, señala LESMES SERRANO que una peculiaridad de las infracciones administrativas se encontraría en el distinto conocimiento que pueden tener los ciudadanos de los ilícitos. Así, mientras los penales, por su brevedad y por afectar a valores esenciales de la comunidad, suelen ser conocidos por todos y el infractor resulta

---

<sup>288</sup> Cfr. CHAMORRO GONZÁLEZ, J.M., «Derecho administrativo...», p. 220. Destaca el autor que, en la mayoría de los casos, la intencionalidad estará ausente, por lo que tendremos que ubicarnos en el ámbito de la negligencia en la acción u omisión antijurídica.

<sup>289</sup> FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., ob. cit., p. 339, Ver también CHAMORRO GONZÁLEZ, J.M., «Derecho administrativo...», pp. 221-223.

consciente de su falta. No ocurre lo mismo con el repertorio de los ilícitos administrativos que son definidos de forma mucho más genérica en leyes que admiten la posibilidad de desarrollo reglamentario. Surge de esta forma un dilema: qué hacer con el administrado que, por un lado no es posible que conozca con certeza los ilícitos, numerosos y cambiantes, y por otro que no es posible refugiarse en la ignorancia como excusa. Se ha propuesto como respuesta el concepto de diligencia exigible o debida. Existirá infracción en los casos en los que el infractor estaba obligado a conocer la norma.<sup>290</sup>

#### **4) Principio de proporcionalidad**

Este principio cumple con un doble objetivo: el primero de ellos como criterio de selección de los comportamientos antijurídicos que merecen ser tipificados como infracciones; el segundo, como límite de la administración al momento de determinar la sanción.<sup>291</sup> Encontramos este principio en el art. 29 LRJSP: «3. En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. La graduación de la sanción considerará especialmente los siguientes criterios: a) El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad; b) La continuidad o persistencia en la conducta infractora; c) La naturaleza de los perjuicios causados; d) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa. 4. Cuando lo justifique la debida adecuación entre la sanción que deba aplicarse con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y las circunstancias concurrentes, el órgano competente para resolver podrá imponer la sanción en el grado inferior. 5. Cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida. 6. Será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos

---

<sup>290</sup> LESMES SERRANO, C., ob. cit., p. 7.

<sup>291</sup> *Ibidem*, p. 12.

administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión».

Este mismo artículo, en consonancia con lo dispuesto por el art. 25.3 CE, dispone en su inciso primero que «las sanciones administrativas, sean o no de naturaleza pecuniaria, en ningún caso podrán implicar, directa o subsidiariamente, privación de libertad». Esto se encuentra íntimamente ligado con el principio de *ultima ratio* que rige en el derecho penal, donde se reserva para este el recurso a la sanción más grave — privación de la libertad— atento a la mayor gravedad de la infracción, en términos cuantitativos, respecto del ilícito administrativo.<sup>292</sup>

## 5) Principio de irretroactividad

Este principio aborda la prohibición de la retroactividad de las normas sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. De esta forma se evita que el ciudadano sea sorprendido con posterioridad a su conducta con una calificación sancionadora no prevista o de mayor gravedad que la fijada en el momento de la realización del hecho ilícito.<sup>293</sup> Encontramos este principio en el art. 26 LRJSP, que lo enuncia con las siguientes palabras: «1. Serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa. 2. Las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones pendientes de cumplimiento al entrar en vigor la nueva disposición».

## 6) Otros principios

Además de los principios precitados, se deben agregar aquellos con reconocimiento constitucional como la presunción de inocencia, por el cual se excluye todo tipo de responsabilidad mientras no existan pruebas que indiquen lo contrario,

---

<sup>292</sup> Este tema será abordado más adelante con mayor detenimiento.

<sup>293</sup> FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., ob. cit., p. 340.

impidiéndose la sanción sin la previa actividad probatoria,<sup>294</sup> actividad que deberá llevarse adelante cumpliendo las formalidades procesales previstas en la legislación pertinente, como garantía de confianza.<sup>295</sup>

Asimismo, son aplicables al sistema sancionador los principios de seguridad jurídica, especialidad, prohibición de las reformas que empeoran la situación (*reformatio in peius*), interpretación más favorable de las normas, contradicción o acusatorio del principio *in dubio pro reo*.<sup>296</sup>

## **b) Distribución territorial de competencias para la protección administrativa ambiental**

Ya se ha mencionado en páginas anteriores que la protección del medioambiente es un mandato constitucional. Este es concebido como una función pública y es competente, en primer lugar, el Poder Legislativo, creando leyes cuyo fin es la protección medioambiental. El Poder Judicial es el encargado de resolver las controversias que surjan en materia ambiental. Y, por último, no por eso menos importante, es el Poder Ejecutivo, al que le corresponde la ejecución de las leyes y las sentencias, incluyendo la posibilidad de elaborar normativa mediante reglamentos de carácter general.

Una peculiaridad que posee la protección administrativa del medioambiente es la distribución de competencias territoriales. Esto se debe a que, si bien la CE otorga al Estado competencia exclusiva respecto a la legislación básica sobre protección del medioambiente, también faculta a las comunidades autónomas a establecer normas adicionales de protección.<sup>297</sup> A su vez, el art. 148.1.9 CE habilita a las comunidades autónomas a asumir competencias referidas a la gestión en materia de protección del medioambiente.

En concreto, en el caso de España la regulación normativa del medioambiente debe tener en cuenta la organización territorial del Estado en comunidades autónomas y

---

<sup>294</sup> FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., ob. cit., p. 340.

<sup>295</sup> Art. 53.2.b., LPACAP.

<sup>296</sup> STC 113/2002, de 19 de mayo.

<sup>297</sup> Art. 149.23 CE.

la descentralización política, lo que obliga a diferenciar competencias estatales, autonómicas y locales:<sup>298</sup>

### 1) Competencias del Estado en materia medioambiental

Partiendo de la letra del art. 149.1.23 de la CE, le corresponde al Estado, como competencia exclusiva, la legislación básica sobre protección del medioambiente. Esta reserva se encontraría justificada por el carácter interterritorial de la materia y por la necesidad de resguardar los principios de solidaridad, igualdad de los ciudadanos y unidad del mercado, como también el interés general.<sup>299</sup>

La jurisprudencia del TC ha dejado clara la validez de la distribución de competencias en más de una oportunidad. Podemos rescatar los siguientes fundamentos del más alto tribunal español:

[D]ebemos reiterar una vez más el carácter complejo y polifacético que presentan las cuestiones atinentes al medio ambiente (STC 102/1995, de 26 de junio, FJ 3). Desde la perspectiva que ahora interesa, dicho carácter se traduce en la transversalidad de las competencias sobre medio ambiente en su configuración constitucional en cuanto que, como dice la expresada STC 102/1995, el medio ambiente incide «en otras materias incluidas también, cada una a su manera, en el esquema constitucional de competencias (art. 148.1.1, 3, 7, 8, 10 y 11 C.E.)». Por ello lo ambiental es un factor a considerar en las demás políticas públicas sectoriales con incidencia sobre los diversos recursos naturales integrantes del medio ambiente (SSTC 102/1995, FJ 6 y, en relación con la concreta técnica de evaluación de impacto ambiental, STC 13/1998, de 22 de enero, FJ 7).<sup>300</sup>

[D]entro de la competencia de protección ambiental han de encuadrarse exclusivamente aquellas actividades encaminadas directamente a la preservación, conservación o mejora de los recursos naturales (STC 102/1995, FJ 3), habida cuenta de que estos son soportes físicos de una pluralidad de actuaciones públicas y privadas en relación con las cuales la

---

<sup>298</sup> TRABADO ÁLVAREZ, C., *Protección penal del medio ambiente. Derecho penal y normativa extrapenal sobre el medio ambiente*, Septem Ediciones, 2001, Oviedo, p. 31.

<sup>299</sup> FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., ob. cit., p. 149.

<sup>300</sup> STC 306/2000, de 12 de diciembre.

Constitución y los Estatutos de Autonomía han deslindado diferentes títulos competenciales (por todas, SSTC 144/1985, de 25 de octubre, FJ 2; 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 13; 243/1993, de 15 de julio, FJ 3; 102/1995, FJ 3, y 40/1998, de 19 de febrero, FJ 29). Dentro de este marco general, el art. 149.1.23 CE atribuye al Estado la competencia para dictar «legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección». Pues bien, conforme a la doctrina de este Tribunal, esa competencia habilita al Estado, en primer lugar, para proceder a un encuadramiento de una política global de protección ambiental, habida cuenta del alcance no solo nacional sino internacional que tiene la regulación de esta materia y de la exigencia de la indispensable solidaridad colectiva consagrada en el art. 45.2 C.E. (STC 64/1982, de 4 de noviembre, FJ 4).<sup>301</sup>

Por otro lado, de conformidad con la interpretación realizada por el TC de este sistema de distribución de competencias, y especialmente con el contenido que hay que otorgarle al concepto «legislación básica», que recordemos, es competencia exclusiva estatal; al Estado le compete una ordenación de la protección ambiental mediante leyes básicas, fijando unos mínimos que deben respetarse. No obstante, se le permite a las comunidades autónomas que establezcan niveles de protección superiores y, por lo tanto, «en definitiva, la protección concedida por la ley estatal puede ser ampliada y mejorada por las leyes de las Comunidades Autónomas; lo que resulta constitucionalmente improcedente es que resulte restringida o disminuida» (STC 166/2002, de 18 de septiembre).<sup>302</sup>

Según FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, siguiendo la jurisprudencia constitucional, podemos encontrarnos ante dos aspectos de legislación básica. El primero de ellos es el material, donde según la STC 102/1995, de 26 de junio, «lo básico incorpora la acepción de fundamento o apoyo principal de algo, con vocación por la esencia, no de lo fenoménico o circunstancial, cuya finalidad consiste en asegurar, en aras de intereses generales superiores a los de las Comunidades Autónomas, un común denominador normativo (STC 64/1982), haciendo viable la solidaridad colectiva y garantizando su disfrute por todos, así como el correlativo deber de conservación en régimen de igualdad (art. 45 CE)». <sup>303</sup> El segundo aspecto es el formal, que se manifiesta en la aprobación mediante ley de la legislación básica, admitiéndose también a los

---

<sup>301</sup> *Ibidem*.

<sup>302</sup> Cfr. LOZANO CUTANDA, B., «Introducción...», p. 153.

<sup>303</sup> Vid. nota 29.

reglamentos dentro de esta categoría<sup>304</sup> («siempre que resulten imprescindibles y se justifiquen por su contenido técnico o por su carácter coyuntural o estacional, circunstancial y, en suma sometido a cambios o variaciones frecuentes e inesperadas»).<sup>305</sup>

## **2) Competencias de las comunidades autónomas en materia de medioambiente**

Ya vimos que la gestión o ejecución en materia ambiental constituye el eje central de la competencia exclusiva de las comunidades autónomas, por lo tanto, los actos de ejecución estatal no resultarían admisibles. Solo podrían admitirse cuando concurren circunstancias excepcionales, como cuando una intervención separada de las comunidades autónomas impida la eficacia de las medidas a tomar y resulte necesaria la intervención unitaria estatal a causa de razones de seguridad, gravedad y urgente necesidad.<sup>306</sup> Pero salvo estos supuestos, el TC interpreta de forma muy rigurosa la exclusiva competencia de las comunidades autónomas para la gestión ambiental.<sup>307</sup>

Las competencias ambientales de todas las comunidades autónomas son homogéneas, salvando algún matiz originado en reformas estatutarias de finales de los años noventa del siglo pasado y algunos estatutos aprobados luego de 2006, algunos con evidentes problemas constitucionales.<sup>308</sup>

Así, todas las comunidades autónomas son competentes para la ejecución de la legislación nacional sobre protección del medioambiente, para la gestión ambiental, (incluyendo la administración), la inspección y la potestad sancionadora.<sup>309</sup>

## **3) Competencias ambientales de la administración local**

Además de las competencias correspondientes al Estado y a las comunidades autónomas, también las administraciones locales poseen competencias en materia de

---

<sup>304</sup> STC 146/2013.

<sup>305</sup> STC 102/1995.

<sup>306</sup> STC 329/1993. Este caso resulta muy interesante ya que abarca uno de los problemas más debatidos en el derecho ambiental: la inexistencia de fronteras de la contaminación. Emisiones atmosféricas afectaron más de una Comunidad Autónoma.

<sup>307</sup> Art. 53.2.b., LPACAP

<sup>308</sup> FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., ob. cit., p. 153.

<sup>309</sup> *Ibidem*, p. 153.

medioambiente y su protección. Esto se debe, básicamente, a la autonomía para gestionar sus propios intereses que surge del art. 137 de la CE.<sup>310</sup>

Las competencias de las administraciones locales deben enmarcarse en la L7/1985, reguladora de las bases del régimen local (LBRL), luego modificada por la L27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL).<sup>311</sup> En el marco de la presente investigación nos detendremos en las provincias y los municipios.

De acuerdo con la LBRL la provincia es una entidad local determinada por la agrupación de municipios. Posee personalidad jurídica y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines.<sup>312</sup> Su gobierno y administración autónoma corresponden a la diputación provincial, integrada por el presidente y los diputados provinciales.

La provincia ejerce, según la LBRL, funciones de coordinación de los servicios municipales entre sí y con administraciones de nivel superior para garantizar la prestación de los servicios municipales. Presta servicios supramunicipales y supracomarcas. También coopera en el fomento del desarrollo económico y social y en la planificación en el territorio provincial.<sup>313</sup>

Según la LRSAL los municipios poseen competencia sobre el medioambiente urbano, y en ese sentido pueden promover actividades y prestar los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal. Sus materias específicas en cuanto a medioambiente son las siguientes: parques y jardines públicos, gestión de los residuos sólidos urbanos y protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en las zonas urbanas.<sup>314</sup> Por otra parte, la LRSAL dispone que las comunidades autónomas pueden delegar en los municipios competencias propias sobre vigilancia y control de la contaminación ambiental.<sup>315</sup>

La realidad es que el grueso de las competencias locales se centra en los municipios.

---

<sup>310</sup> TRABADO ÁLVAREZ, C., *Protección penal...*, p. 37.

<sup>311</sup> LOZANO CUTANDA, B., «Introducción...», p. 155.

<sup>312</sup> Art. 31 LBRL

<sup>313</sup> Art. 36 LBRL.

<sup>314</sup> Art. 25.2.b LRSAL.

<sup>315</sup> Art. 27 LRSAL.



### c) Las sanciones administrativas

Ya se mencionó en otros pasajes de la investigación que la CE faculta al Estado a aplicar sanciones tanto penales como administrativas cuando se infrinjan las normas protectoras del medioambiente. Es decir, la sanción administrativa va a operar como un medio de protección del medioambiente.

En ese sentido, dado el carácter de *ultima ratio* que caracteriza al derecho penal, podemos afirmar que al derecho administrativo sancionador, probablemente, le asista la característica de *primera ratio* en la defensa del medioambiente. De este modo, se consolida como la primera barrera de contención frente a los ataques que pueda sufrir.

La protección administrativa del medioambiente tiene un doble aspecto: el preventivo, cuyo fin es evitar que se produzcan lesiones (prohibiendo actividades, otorgando licencias para realizar determinadas conductas que potencialmente son peligrosas para el medioambiente, planificación ecológica, etc.) y el represivo o sancionador, que establece el catálogo de infracciones y sanciones para aquellos casos en que se incumpla la normativa protectora.<sup>316</sup>

Así, se lee en distintos autores que en una política eficaz de protección del medioambiente deben primar las medidas preventivas, destinadas a evitar la producción del daño, como campañas de educación ambiental o instrumentos de control previo a las actividades que pueden contaminar, pues las medidas punitivas se activan luego de consumado el ataque al medioambiente.<sup>317</sup> Sin embargo, debe tenerse presente que las medidas punitivas ejercen un papel fundamental, garantizando el cumplimiento de las normas protectoras, destacándose —como ya manifestó— su función preventiva, destinada a disuadir a aquellos próximos a infringir la normativa.

Por ello, la sanción administrativa no es la única función que se encomienda a la Administración Pública por la CE. En efecto, desde la perspectiva de la Administración se suelen mencionar la actividad de policía o de limitación, las actuaciones de fomento, las de prestación de servicios públicos y la gestión económica.<sup>318</sup>

Dentro del catálogo de sanciones existe una gran variedad, siendo las más habituales las de carácter económico, las multas, aunque estas conviven con otras como la suspensión del ejercicio de actividades y cierre de instalaciones, la revocación de

---

<sup>316</sup> LESMES SERRANO, C., ob. cit., pp. 311-312.

<sup>317</sup> LOZANO CUTANDA, B., «Introducción...», p. 391.

<sup>318</sup> FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., ob. cit., p. 335.

autorizaciones y permisos, etc. No obstante, como ya se ha visto, quedan exentas del ámbito administrativo las sanciones que impliquen la privación de la libertad.<sup>319</sup>

## 1) La multa

Este tipo de sanción es el más frecuentemente utilizado y el más extendido. Consiste en el pago de una cantidad de dinero. En concreto, la multa constituye la sanción ordinaria de los ilícitos administrativos ambientales.

Esta sanción se caracteriza por los altos montos que deberá desembolsar el infractor en caso de ser encontrado responsable del ilícito. Sobre este tópico, LOZANO CUTANDA entiende que este poder sancionador tan formidable se explica por el poder de responsabilidad directa de las personas jurídicas, por ello las multas se calculan pensando en grandes empresas y con la intención de que los beneficios que estas obtengan no superen el monto de la sanción.<sup>320</sup> Este criterio tiene su correlato legal; así, apreciamos en el art. 29.2 LRJSP que «el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas». Asimismo, las normas sectoriales suelen disponer, en ocasiones, cláusulas por las cuales además de imponer multas elevadas, se puedan activar medidas tendientes a la incautación de los beneficios obtenidos del ilícito.<sup>321</sup> Sin embargo, este tipo de disposiciones no se encuentra libre de críticas, ya que a simple vista se estaría vulnerando el principio de tipicidad de las sanciones administrativas (ver *supra*) ya que la cuantía de la sanción no se encuentra determinada en norma alguna, sino que se fija en función del beneficio obtenido.<sup>322</sup>

## 2) Sanciones rescisorias o de privación de derechos

Como ya se adelantara, las sanciones en el ámbito administrativo no se resumen, únicamente, en la multa. Por el contrario, es común que las normas sectoriales

---

<sup>319</sup> Cfr. LOZANO CUTANDA, B., «Introducción...», p. 153.

<sup>320</sup> LOZANO CUTANDA, B., «Introducción...», p. 398.

<sup>321</sup> Ver por ejemplo, art. 31.2 L16/2002 LPCIC; art. 31.2, Ley 34/2007 de Calidad y Protección de la Atmósfera, donde se deja estipulado que, en cualquier caso, la cuantía de la multa impuesta será, como mínimo, igual al doble del importe en que se haya beneficiado el infractor.

<sup>322</sup> ESTEVE PARDO, J., *Derecho del medio ambiente*, 3º ed., Marcial Pons, 2014, Madrid, p. 49.

contengan en su repertorio de sanciones, junto a la multa, aquellas que implican rescindir o privar de algún derecho al infractor. Lo habitual es que se rescinda la habilitación o autorización otorgada por la misma Administración para realizar una actividad.

Este tipo de sanciones puede ser definitiva o por un período determinado, dependiendo de la gravedad de la infracción.

Asimismo, las medidas suspensivas de actividades pueden imponerse como una medida accesoria o complementaria de la sanción principal, o bien como medida provisional durante la tramitación del procedimiento sancionador.<sup>323</sup>

### **3) Medidas accesorias**

Una de las medidas accesorias contempladas por las normas protectoras del medioambiente es la publicidad de la sanción en un medio de comunicación.<sup>324</sup> Estas medidas son esencialmente disuasorias e intentan despertar en el potencial infractor el temor a sufrir eventuales pérdidas económicas por el daño reputacional que pueda padecer por el conocimiento público y masivo de la sanción recibida.

Otras medidas accesorias que establecen algunas leyes de protección ambiental son las tendientes a privación de derechos, como la exclusión definitiva o temporal de la posibilidad de obtener ayudas y subvenciones públicas o la pérdida temporal o definitiva de ser considerado como entidad colaboradora del Estado.<sup>325</sup>

### **4) Reparación del daño: «quien contamina paga»**

Una medida complementaria, pero no por ello menos importante, es la exigencia al infractor de la norma protectora del medioambiente de reponer la situación ambiental alterada a su estado originario, sin dejar de lado la obligación de abonar los daños y

---

<sup>323</sup> *Ibidem*, p. 400.

<sup>324</sup> Ver por ejemplo art. 31.a de la Ley 16/2002 LPCIC; art. 31.a.7 de Ley 34/2007 LCPA.

<sup>325</sup> LOZANO CUTANDA, B., «Introducción...», p. 401.

perjuicios causados. Esto lo establece de forma general para las sanciones administrativas la LRJSP.<sup>326</sup>

De este modo, se cumple con el principio «quien contamina paga» que inspira la política medioambiental europea y ya se afirmó en el Primer Programa de Acción Ambiental. Este principio significa que los gastos de reparación o atenuación de los daños que sufra el medioambiente a causa de una contaminación producida por una persona —física o jurídica— correrán por su cuenta, evitándose que sean sufragados con fondos públicos y, en consecuencia, por el conjunto de la población.<sup>327</sup>

En España, este principio está fuertemente desarrollado en la L26/2007 de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental (y sus posteriores reformas). El objeto de esta ley es regular la responsabilidad de los operadores de prevenir, evitar y reparar los daños medioambientales, conforme al art. 45 CE y los principios de prevención y de que «quien contamina paga».<sup>328</sup> Al respecto, según RODRÍGUEZ MEDINA, este principio no debe ser interpretado como meramente sancionador, sino que, en realidad, persigue desincentivar la realización de actividades y conductas dañosas para el medioambiente. Tampoco debe interpretarse como una «posibilidad de escape» en aquellos supuestos en

---

<sup>326</sup> Art. 28.2: «Las responsabilidades administrativas que se deriven de la comisión de una infracción serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados, que será determinada y exigida por el órgano al que corresponda el ejercicio de la potestad sancionadora». Asimismo, esto se encuentra estipulado en la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, leemos en su preámbulo, luego de una pequeña introducción sobre el medioambiente en la CE, que «[e]llo pone de manifiesto la necesidad de contar con una legislación ambiental que instrumente nuevos sistemas de responsabilidad que prevengan eficazmente los daños medioambientales y, para los casos en los que estos lleguen a producirse, aseguren una rápida y adecuada reparación [...] incorporando a nuestro ordenamiento jurídico un régimen administrativo de responsabilidad ambiental de carácter objetivo e ilimitado basado en los principios de prevención y de que quien *contamina paga*» (la cursiva es agregada).

<sup>327</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MEDINA, M<sup>a</sup> M., *Tutela jurídico-penal del Medio Ambiente en el derecho de la Unión Europea*, Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Univ. Complutense de Madrid, 2014, Madrid, p. 80. De acuerdo con este principio, los costes de contaminación han de imputarse al «agente contaminante». Por tal debe entenderse, según una Recomendación del Consejo de 1974 (Recomendación 75/436, que determinó su contenido y alcance), a la persona física o jurídica sometida a derecho público o privado que directa o indirectamente deteriore el medioambiente. Este agente contaminante deberá soportar el coste de las medidas que sean necesarias para eliminar o atenuar la contaminación hasta un nivel que se considere aceptable según los estándares de calidad ambiental, evitándose que esos costos recaigan en fondos públicos y, en definitiva, en todos los contribuyentes (Cfr. LOZANO CUTANDA, B., «Evolución y principios del derecho ambiental de la Unión Europea», en LOZANO CUTANDA, B./ALLI TURRILLAS, J.C., *Administración y legislación ambiental, adaptado al EEES*, Dykinson, 9<sup>o</sup> ed. actualizada, 2016, Madrid, p. 190).

<sup>328</sup> Art. 1, LRM.

que a las empresas les resulte más rentable pagar que no contaminar, por tanto, no debe convertirse en un contraprincipio «quien puede pagar contamina».<sup>329</sup>

Cabe destacar que en la actualidad pareciera que la jurisprudencia asume un nuevo principio denominado «el que contamina restaura». Así lo vemos en una sentencia del TS que confirma una condena por delito de contaminación atmosférica por emisión de gases, allí se dijo que «[e]s remedio prioritario la reparación (entendida como restauración o reposición al estado anterior) a costa del infractor. A esa medida se refiere concretamente el art. 339 CPE (tutela reintegradora), acogiendo el más reciente estándar en materia de medio ambiente: —*el que contamina, restaura*—, que ha desplazado a un segundo plano al clásico el que contamina paga».<sup>330</sup>

## 2. Insuficiencia de la sanción administrativa

De lo hasta aquí desarrollado podemos decir lo siguiente: el medioambiente recibe protección del Estado por mandato constitucional. Asimismo esta protección, desde el ámbito administrativo, es llevada adelante con un perfil necesariamente preventivo. Para ello el sistema administrativo cuenta con diversas herramientas entre las que destacan técnicas de regulación, limitación y control, instrumentos de incentivos económicos, técnicas de normalización y certificación, planificación, tributación, etc. También, junto a estas herramientas, encontramos todo un entramado normativo donde se especifican conductas que serán sancionadas en caso de infracción a la normativa protectora del medioambiente.

No obstante este esquema, no son pocos los que sostienen que este sistema administrativo resulta insuficiente para salvaguardar la indemnidad del medioambiente. Se ha dicho, por ejemplo, que la regulación administrativa resulta insuficiente por el carácter económico de la sanción que recae sobre las infracciones. Esto permite que los montos de las multas sean incorporados como parte del costo empresarial, resultando incluso más barato afrontar la sanción que modificar la tecnología para adaptarla a los

---

<sup>329</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MEDINA, M<sup>a</sup> M., *Tutela jurídico-penal...*, pp. 82-83. Señala esta misma autora que el principio parece de difícil aplicación, ya que los gastos que ocasionen las reparaciones podrían recaer sobre los consumidores a causa del aumento de los precios de los productos por del traslado de los «costes de contaminación» a los mismos.

<sup>330</sup> STS 4342/2015 de 13 de octubre (la cursiva es agregada).

requisitos del medioambiente.<sup>331</sup> Como señala ESTEVE PARDO, esto no es de extrañar ya que los costes son bien conocidos al estar tipificados por las normas.<sup>332</sup>

Por otro lado se critica, también, la abundante y dispersa regulación administrativa sobre la materia medioambiental, ya que produce un efecto contrario al buscado dada la dificultad para acceder al conocimiento de las normas, afectando a su cumplimiento.

Asimismo, la respuesta de la Administración en España a los atentados suele ser lenta (salvo excepciones). Esto privaría de agilidad y eficacia en sus resoluciones que no dan respuesta a las necesidades planteadas en la sociedad moderna. Con relación a la lentitud de respuesta de la Administración, se plantean en este ámbito dos pruebas complejas a superar: finalizar la vía administrativa con sus escritos, alegaciones y recursos, cumplir plazos e instancias para, luego, emprender la batalla legal ante la jurisdicción contenciosa que puede tener una duración de décadas, o años en el mejor de los casos.<sup>333</sup>

Siguiendo en el sendero de la crítica, también se destaca que, en el ámbito administrativo, como las sanciones económicas son afrontadas por las empresas, quedan al margen de esa presión las conductas y responsabilidades personales.<sup>334</sup>

Otro punto de objeción que se encuentra al sistema administrativo de sanciones, sobre todo en su aplicabilidad, es el interés que muchas veces la propia Administración posee en la realización de una determinada actividad que, en definitiva, resulta agresiva contra el medioambiente. Por otro lado, en muchas ocasiones la misma Administración se encuentra implicada en las contaminaciones y destrucciones graves y, por ese motivo, no tendrá interés alguno en investigar y sancionar esos comportamientos.<sup>335</sup>

---

<sup>331</sup> MUÑOZ CONDE, F./LÓPEZ PEREGRÍN, C./GARCÍA ÁLVAREZ, P., *Manual de derecho penal medioambiental*, p. 26.

<sup>332</sup> Vid. nota n.º 53, p. 48. Remarca el autor, que la sanción puede ser la misma para la pequeña o la gran empresa, pero la rentabilización de la infracción puede ser mucho mayor para la grande, superando con creces el coste de la infracción. Partidaria de esta postura se encuentra CORCOY al sostener que «las sanciones administrativas, generalmente pecuniarias, pueden ser integradas en los costes, no afectando de forma directa y personal a los responsables». CORCOY BIDASOLO, M., «Protección penal del medio ambiente: legitimidad y alcance. Competencia penal y administrativa en materia de Medio ambiente», en CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.)/LARA GONZÁLEZ, R. (coord.), *Derecho penal de la empresa*, 2002, Navarra, p. 629.

<sup>333</sup> RODRÍGUEZ LEÓN, L.C., «Ministerio fiscal e instancias administrativas de control», en TERRADILLO BASOCO (Dir.), *Técnicas de investigación e infracciones medioambientales*, Estudios de Derecho Judicial, N.º 75, 2005, Madrid, pp. 169-170. Adhiere a la «lentitud» de las sanciones administrativas, MUÑOZ CONDE, F./LÓPEZ PEREGRÍN, C./GARCÍA ÁLVAREZ, P., ob. cit., p. 70.

<sup>334</sup> Vid. nota n.º 58, p. 49. Este tema será abordado con mayor profundidad en el siguiente punto de la investigación.

<sup>335</sup> CORCOY BIDASOLO, M., «Protección penal del medio ambiente...», p. 629.

### 3. Conclusión

Para concluir este punto, simplemente haremos una pequeña reflexión que, espero, sirva como puente hacia el próximo segmento del capítulo.

Evidentemente, el medioambiente como bien jurídico debe ser protegido (ver cap. I). A esos fines, el Estado desarrolla toda una actividad de control y prevención de los riesgos que acarrearán las conductas potencialmente lesivas del mismo. También dicta las normas destinadas a sancionar los comportamientos contrarios a la legislación protectora de ese bien jurídico.

En lo que interesa a esta investigación, nos encontramos en un primer momento con el derecho administrativo sancionador, actuando como una primera barrera de contención contra eventuales ataques al medioambiente. De esta forma, el derecho administrativo lleva adelante tres tareas fundamentales a dichos fines: control, prevención, sanción. Como ya se dejó entrever en párrafos anteriores, existe una gran similitud entre el sistema administrativo sancionador y el derecho penal. Esto ha motivado duras discusiones dogmáticas respecto a la necesidad y legitimidad del derecho penal para proteger el medioambiente. Este será el debate que abordaremos en el próximo punto de este capítulo.

Por otra parte, el derecho administrativo se encuentra íntimamente ligado al derecho penal, ya que este último debe acudir a su normativa para poder actuar. Los conflictos que trae aparejada esta circunstancia serán abordados en los siguientes acápites de este capítulo.

Finalizando, si bien el derecho administrativo es merecedor de críticas (como las ya descritas), no debe desmerecerse la labor preventiva que realiza, no solo con el régimen sancionador, sino también con otras diversas herramientas como, por ejemplo, la evaluación ambiental, la tributación ambiental, actividades de fomento, etc. En ese sentido, afirma JAQUENOD «[e]l Derecho administrativo, aunque no la única es, quizás, la rama jurídica que mayor y más directos efectos ha recibido de la problemática ambiental. Esto resulta obvio, fundamentalmente en razón de las obligaciones que corresponden al Estado en las decisiones que se adoptan relacionadas con la

conservación, defensa y mejoramiento del ambiente en general y de cada recurso en particular». <sup>336</sup>

Luego de desarrollado sintéticamente el funcionamiento del derecho administrativo sancionador, nos disponemos a avanzar al siguiente punto: el derecho penal del medioambiente.

---

<sup>336</sup> JAQUENOD DE ZSÖGÖN, S., *Derecho ambiental...*, p. 231.



## II. Protección penal del medioambiente. Concepto de derecho penal ambiental

En el punto anterior reseñamos la protección del medioambiente encargada al derecho administrativo. Sin embargo, no es esa la única rama del ordenamiento jurídico destinada a la protección medioambiental. En efecto, el derecho penal debe cumplir —y cumple— un rol fundamental en la prevención de los ataques más graves al medioambiente.

En ese sentido, podemos afirmar que cuando nos referimos al derecho penal del medioambiente, lo hacemos respecto de una parcela del derecho penal destinada a la protección del medioambiente como bien jurídico penal autónomo<sup>337</sup> (ver capítulo 1). Asimismo, esta porción del derecho penal se encuentra inmersa en lo que la doctrina denomina derecho penal moderno<sup>338</sup> o derecho penal del riesgo, con sus caracteres particulares como, por ejemplo, el recurso a la tipificación de delitos de peligro, protección de bienes jurídicos supraindividuales, accesoriedad del derecho administrativo, leyes penales en blanco, etc.

Una cuestión que resulta de vital importancia, y se evidencia como una característica fundamental del derecho penal del medioambiente, es su particular función preventiva<sup>339</sup> que, sin embargo, se verá limitada por el principio de utilidad para considerarse legitimada.<sup>340</sup>

Asimismo, un punto que generó polémica en la doctrina hace un tiempo pero que hoy parece haberse asentado,<sup>341</sup> es la referida a la legitimidad del derecho penal

---

<sup>337</sup> QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho penal ambiental...*, ob. cit., p. 17, realizando una explicación sencilla, define al DPMA como «la parte del derecho penal que se dedica a la tutela del medio ambiente o, si se prefiere, a la preservación de la naturaleza». Según MARTOS NÚÑEZ, J. A., *Derecho penal ambiental*, Exlibris, 2006, Madrid, p. 17, el DPMA puede definirse como «el conjunto de normas que regulan los atentados contra el medio ambiente y sus consecuencias jurídicas».

<sup>338</sup> En contraposición del derecho penal clásico. Las distintas posturas al respecto han sido tratadas en el capítulo 1 de la presente tesis.

<sup>339</sup> Ver, por ejemplo, CORCOY BIDASOLO, M., «Protección penal del medio ambiente:...», p. 629.

<sup>340</sup> CORCOY BIDASOLO, M., «Los delitos relativos a la ordenación del territorio y el medio ambiente: una perspectiva criminológica», en CORCOY BIDASOLO, M./RUIDIAZ GARCÍA, C. (coord.), *Problemas criminológicos en las sociedades complejas*, Universidad Pública de Navarra, 2000, Navarra, p. 73.

<sup>341</sup> CORCOY BIDASOLO, M., «De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», en CORCOY BIDASOLO, M. Y MIR PUIG, S. (dirs.), *Comentarios al Código Penal: reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, 2015, Valencia, p. 1169.

para defender al medioambiente de las alteraciones y ataques más graves que pueda padecer. De esta cuestión nos encargamos a continuación.

## 1. Legitimación del derecho penal ambiental

Como se dijo en el párrafo anterior, ha existido una gran controversia respecto a la legitimidad del denominado derecho penal moderno. Sobre este tópico ya nos hemos explayado en el capítulo I y por tal motivo en este acápite seremos breves respecto a esa cuestión intentando poner foco exclusivamente en la legitimidad del derecho penal ambiental.

Para comenzar, se aclara que nos adherimos a las posturas que proclaman la legitimidad del derecho penal medioambiental. Los motivos que me llevan a adoptar esta postura serán desarrollados en seguida.<sup>342</sup>

En efecto, como señala GRACIA MARTÍN, el derecho penal del ambiente es el campo donde se desarrolla intensamente la polémica sobre la modernización del derecho penal.<sup>343</sup> Y asiste razón al autor citado. Esta polémica viene impulsada, básicamente, por aquellos que entienden que no corresponde al derecho penal la protección de un bien jurídico como el medioambiente por considerarlo demasiado amplio y difuso, ya que esto traería aparejados efectos nocivos sobre las garantías que deben limitar el *ius puniendi* del Estado. En ese sentido se afirma que no se respeta el principio de *ultima ratio*<sup>344</sup>, alterando los principios de subsidiariedad y fragmentariedad, como tampoco los principios de necesidad y utilidad; asimismo se

---

<sup>342</sup> Propongo al lector, como lectura complementaria, los fundamentos esgrimidos por MARTOS NÚÑEZ, J. A., *Derecho penal...*, pp. 19-22, respecto de la legitimidad del DPMA. El autor desarrolla los siguientes tres factores de legitimación: a) Factor axiológico, fundamentado en el reconocimiento constitucional del medioambiente como «principio rector de la política social y económica»; la necesidad de plantarse ante el «desarrollismo salvaje» cuya arma fundamental son los medios técnicos y científicos que, en pos de un bienestar social, tienen como contrapartida el desequilibrio de las condiciones de vida producto de la contaminación y el agotamiento de los recursos naturales no renovables. También apoya este factor en el reconocimiento en los derechos de tercera generación de los derechos fundamentales, entre los que encuadra disfrutar de un medioambiente adecuado. b) Factor sociológico, que se evidencia en la preocupación por temas conservacionistas por parte de movimientos ecologistas organizados; c) Factores formales, este argumento parte del mandato constitucional de imponer sanciones penales a quien viole la utilización racional de los recursos naturales y atenten contra la calidad de vida y el medioambiente. Por ende opera como legitimación formal del DPMA.

<sup>343</sup> GRACIA MARTÍN, L., *La polémica en torno a la legitimidad del Derecho penal moderno*, Ubijus, 2011, Clavería, p. 19.

<sup>344</sup> Ver capítulo 1, postura de HASSEMER. También, HASSEMER, W., *Viejo y nuevo...*, op. cit., p. 55.

crítica la falta de respeto al principio de lesividad al abusarse, supuestamente, de la tipificación de los delitos de peligro abstracto; también se niega eficacia al derecho penal del medioambiente.<sup>345</sup> Una de las principales críticas que se realiza contra el DPMA, es la vulneración del principio de protección de bienes jurídicos, e igualmente se reprocha que el DPMA se convierta en simple derecho penal simbólico.

A continuación se responderán las principales interrogantes referidas a las críticas mencionadas.

#### a) ¿Es necesario el DPMA?

Esta pregunta se impone como primera cuestión a dilucidar, ya que si la imposición de pena para proteger un bien jurídico se muestra innecesaria, su aplicación sería injusta. Así, puede afirmarse que el derecho penal es innecesario cuando no debe intervenir ya que el bien jurídico es protegido por otro mecanismo menos costoso, o bien porque no necesita ningún tipo de tutela. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la intervención del derecho penal debe ser la mínima imprescindible; por ello la necesidad de pena se proclama como un principio de limitación del poder normativo del Estado.<sup>346</sup>

En sentido similar enseña MIR que la intervención penal para proteger bienes jurídico-penales, más allá de resultar idónea, será excesiva cuando no sea necesaria, por tanto desproporcionada.<sup>347</sup> Es decir, lo que interesa al momento de decidir si el derecho penal es el recurso adecuado para proteger un bien jurídico, es determinar si el beneficio en términos de protección puede conseguirse con un menor coste respecto de la limitación de derechos. De este modo, son valorados los principios de *ultima ratio*, subsidiariedad y fragmentariedad del derecho penal.

La doctrina, en general, entiende que el derecho penal se constituye en *ultima ratio* cuando es el último recurso a utilizar en ausencia de otros menos lesivos.<sup>348</sup> Por su parte, el carácter fragmentario del derecho penal implica que no deben sancionarse penalmente todas las conductas lesivas de bienes jurídicos, sino solo los ataques más

---

<sup>345</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M. *¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325 del Código Penal*, La Ley, 1997, España, pp. 1714 ss.

<sup>346</sup> CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: ...*, pp. 207-208.

<sup>347</sup> MIR PUIG, S., *Bases constitucionales del derecho penal*, Iustel, 2011, Madrid, p. 119.

<sup>348</sup> Vid. nota n.º 341.

peligrosos. Así, el derecho penal como *ultima ratio*, sumado al carácter fragmentario del derecho penal, conforman el principio de intervención mínima del derecho penal.<sup>349</sup>

Respecto a la necesidad concreta del DPMA, el primer argumento que se utiliza es el referido al fracaso del derecho administrativo sancionador en pos de la protección del medioambiente. En ese sentido se manifiesta MUÑOZ CONDE, quien entiende que la regulación administrativa es ineficaz y esto, sumado al constante e imparable deterioro del medioambiente, llevó a plantear la necesidad de su protección mediante otros instrumentos sancionadores más graves. Asimismo, sostiene que si bien las sanciones administrativas pueden resultar duras, ellas no garantizan en todos los casos la adecuada protección del medioambiente, ni preventiva ni represivamente.<sup>350</sup> En concreto, el derecho administrativo sancionador, mediante su principal sanción (la multa) no logra el cometido de la prevención general negativa, pudiendo las empresas y/o empresarios, incluir los montos de las multas dentro de los gastos.

Otro argumento esgrimido para justificar la necesidad de la protección penal del medioambiente es la entidad del bien jurídico protegido. Recordemos que una de las principales funciones del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, pero no la de cualquier bien jurídico y ante cualquier ataque, sino de los bienes jurídicos socialmente más importantes y solo en los casos de ataques más graves a la convivencia de la comunidad. En consecuencia, si por bienes jurídicos entendemos condiciones de la vida social en tanto posibilidades de participación de los individuos en el sistema social,<sup>351</sup> no podemos negar que el medioambiente es uno de ellos<sup>352</sup> (acaso el más importante). Además, como ya se vio en el capítulo I, se encuentra reconocido por la CE como un derecho. Así las cosas, no debe ignorarse que los ataques que recibe el

---

<sup>349</sup> *Ibidem.*, p. 120.

<sup>350</sup> MUÑOZ CONDE, F., LÓPEZ PEREGRÍN, C. Y GARCÍA ÁLVAREZ, P., *Manual...*, p. 70. En esta línea, y como se remarcó en el punto anterior (ver «Insuficiencia de la sanción administrativa»). CORCOY BIDASOLO, M., «Protección penal...», p. 629, sostiene que desde una perspectiva político-criminal la necesidad del DPMA se justifica por el hecho de que la realidad nos prueba que la mayoría de las contaminaciones y destrucciones del medioambiente se producen en el seno de personas jurídicas y de una forma, u otra, en mayor o menor medida está implicada la Administración. Entiende la autora que la función preventiva de la sanción penal se fundamenta en su mayor eficacia disuasoria porque las sanciones administrativas, en el mayor de los supuestos, por su carácter pecuniario puede ser integrada en los costes empresariales. Ver también CORCOY BIDASOLO, M., «Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos», en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.), *Política criminal y reforma penal*, IBdF, 2007, Montevideo, p. 39.

<sup>351</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, p. 121.

<sup>352</sup> En ese sentido, MENDO ESTRELLA, A., *El delito ecológico del artículo 325.1 del código penal*, Tirant lo Blanch, 2009, Valencia, pp. 21-22.

medioambiente son de tal magnitud que no solo perjudican a este bien jurídico, sino que los daños afectan, también a la vida y salud humana.

Por otro lado, el DPMA se impone como una consecuencia necesaria de la sociedad del riesgo, destinado a prevenir las conductas especialmente graves, con anterioridad al momento lesivo del bien jurídico-penal.

En este sentido se manifiesta SCHÜNEMANN, quien opina que las posturas contrarias y que profesan críticas radicales contra el DPMA son equivocadas. Este autor considera que el derecho penal tiene su lugar más indicado en la defensa de las bases de la subsistencia, no solo de la sociedad actual, sino también de la futura.<sup>353</sup>

Relacionado con la posibilidad de incluir los montos de las multas dentro de los gastos por parte de las empresas y empresarios, se encuentra el argumento que sostiene la necesidad de la tutela penal del medioambiente en el mayor poder disuasorio de las sanciones penales frente a las administrativas. Este fenómeno se debe a que los potenciales infractores tienen un temor mayor a la sanción penal que a la administrativa ya que los delincuentes de «cuello blanco» no se encuentran familiarizados con consecuencias jurídicas como las penales.<sup>354</sup> Por otro lado, la pena de prisión no puede asegurarse y, por ello, no podría evitarse su cumplimiento.

Es oportuno traer a colación lo dispuesto por la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa, del 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medioambiente mediante el derecho penal. Allí se lee que:

(2) La comunidad considera preocupante el aumento de los delitos medio ambientales y sus efectos, que se extienden cada vez más fuera de las fronteras de los Estados en los que esos delitos se cometen. Tales delitos suponen una amenaza para el medio ambiente y, por tanto, requieren respuesta apropiada.

(3) La experiencia ha demostrado que los sistemas de sanciones existentes no son suficientes para lograr el total cumplimiento de la legislación para la protección del medio ambiente. Este cumplimiento puede y debe reforzarse mediante la aplicación de sanciones penales que pongan de manifiesto una desaprobación social de naturaleza cualitativamente diferente a la de las sanciones administrativas o un mecanismo de compensación conforme al Derecho civil.

---

<sup>353</sup> SCHÜNEMANN, B., *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Tecnos, 2002, Madrid, p. 222.

<sup>354</sup> MENDO ESTRELLA, A., *El delito ecológico...*, p. 23; también MARTOS NÚÑEZ, J. A., *Derecho penal...*, p. 251.

(5) Para lograr una protección eficaz del medio ambiente, es necesario en particular aplicar sanciones más disuasorias a las actividades perjudiciales para el medio ambiente...

**b) ¿Cumple el DPMA con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos?**

Sin adentrarme en la teoría del bien jurídico (por exceder el marco de esta investigación), me detendré en los puntos más relevantes de esta cuestión.

En efecto, en un Estado social, el derecho penal encuentra su justificación como sistema de protección de la sociedad. Los intereses que merecen protección, dada su importancia, se denominan «bienes jurídicos». De este principio, se desprende que el derecho penal únicamente puede proteger «bienes jurídicos», operando este axioma como límite del poder punitivo del Estado. Siguiendo a MIR, se entiende que la expresión «bien jurídico» es más amplia que «bien jurídico-penal», ya que si bien el derecho penal debe proteger bienes jurídicos, no todo bien jurídico ha de ser protegido por el derecho penal.<sup>355</sup>

En definitiva, el recurso a la sanción penal no estará justificado ni legitimado si no tiene por objetivo la protección de un bien jurídico no penal.

Evidentemente, el sector de la doctrina que considera que el derecho penal debe intervenir únicamente en aquellos supuestos en que se vea afectada la salud o la vida de las personas,<sup>356</sup> niega que el DPMA respete el principio bajo análisis ya que el bien jurídico-penal protegido no sería el medioambiente *per se* y, por tanto, las conductas típicas debieran introducirse dentro del catálogo de delitos contra la salud pública.

Sin embargo, el medioambiente se configura como un bien jurídico-penal autónomo y, por tanto, es digno de ser defendido por el DPMA. El contenido del bien jurídico ya fue desarrollado en su oportunidad, por lo que remito al lector a esa sección.

En conclusión, el DPMA tiene un bien jurídico-penal claro que se encuentra bajo su tutela y, por tanto, es respetuoso del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.

---

<sup>355</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, p. 120.

<sup>356</sup> Ver concepciones antropocéntricas del bien jurídico medioambiente.

### c) El DPMA ¿respeto el principio de subsidiariedad y *ultima ratio*?

Nos enseña ROXIN que el cometido del derecho penal es la «protección subsidiaria de bienes jurídicos».<sup>357</sup> Sin embargo, para que esta afirmación sea verdadera, el derecho penal a la hora de proteger los intereses sociales debe agotar las herramientas menos lesivas con las que cuenta. De ese modo, en palabras de MIR, el derecho penal «debe constituir un arma *subsidiaria*, una *ultima ratio*».<sup>358</sup> Es decir, previamente a recurrir al derecho penal para proteger un bien jurídico, el Estado debe evaluar la utilización de herramientas de carácter menos lesivo para los derechos individuales. De ese modo podrá acudir, por ejemplo, al derecho civil o al derecho administrativo. Pero cuando ninguno de ellos otorgue una respuesta adecuada al fin de protección, solo en ese supuesto, estará legitimado el recurso a la pena o la medida de seguridad.<sup>359</sup> En consecuencia, solo puede acudir al derecho penal cuando el derecho administrativo sancionador haya demostrado su impotencia.<sup>360</sup>

Asimismo, de este principio se deriva un subprincipio destinado a limitar aún más la participación del derecho penal en la protección a los bienes jurídicos, y es el que postula el carácter fragmentario del derecho penal. De acuerdo a esto, el derecho penal no cuenta con el aval para castigar cualquier conducta lesiva de los bienes que protege, sino solo aquellas modalidades de ataque más peligrosas.<sup>361</sup>

Así, se alzan voces que proclaman que el principio de intervención mínima es uno de los más cuestionados y contradichos por la política criminal imperante en España respecto al DPMA. Los críticos sostienen que el control de riesgos es incompatible respecto del carácter fragmentario del derecho penal. También ponen de manifiesto que no se respeta el principio de subsidiariedad o *ultima ratio*. Ello se entiende desde un razonamiento que supone que la demanda de control está dirigida en primera instancia al derecho penal en vez de priorizar otros órdenes de control, jurídicos o no.<sup>362</sup>

---

<sup>357</sup> ROXIN, C., *Derecho penal...*, p. 51.

<sup>358</sup> MIR PUIG, S., *Bases...*, p. 120.

<sup>359</sup> *Idem*.

<sup>360</sup> TERRADILLOS BASOCO, J., «Protección penal del medio ambiente en el nuevo Código Penal Español. Luces y sombras», en *Estudios penales y criminológicos*, n.º 19, 1996.

<sup>361</sup> *Idem*.

<sup>362</sup> MENDOZA BUERGO, B., «Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del Derecho penal», en ADPCP, vol. LII, 1999.

En suma, el DPMA se encontrará habilitado a defender el medioambiente únicamente en caso de no existir un medio menos lesivo para ese cometido y siempre que las conductas que pretenda evitar sean las más graves.

Ahora bien, en el razonamiento de esta investigación, el DPMA respeta los principios de subsidiariedad, *ultima ratio* y el carácter fragmentario atribuido al derecho penal, más allá de las confusiones interpretativas que puede acarrear la letra del art. 325 CPE luego de su última reforma (lo que será abordado más adelante al tratarse la diferencia entre sanción administrativa e infracción penal). Lo del carácter fragmentario depende de la concreta legislación; y según el actual CPE es muy discutible que respete el principio de fragmentariedad. En efecto, la estructura del sistema del Estado para la protección del medioambiente (más allá de otras ramas del derecho) está compuesto por esquemas de distintos niveles pero relacionados entre sí. Como señala BLANCO LOZANO: «[e]l Derecho penal ha de ser en materia ambiental utilizado junto a otros instrumentos jurídicos, reservándose al mismo, en cuanto ámbito de aplicación, el de los supuestos más graves de perjuicio o peligro ambiental, incidentes en los más básicos intereses de la sociedad».<sup>363</sup>

De esta manera se aprecia una primera barrera de defensa contra los potenciales ataques al medioambiente proveniente del derecho administrativo sancionador. Su objetivo principal es la protección del medioambiente con las herramientas típicas de ese sector jurídico. De manera similar al derecho penal, se tipifican infracciones que acarrearán una sanción que, la generalidad de las veces, será la multa (lo que no quita que pueda ir acompañada de una sanción complementaria). Pero jamás podrá imponer una sanción privativa de la libertad.

De otro lado, se encuentra el DPMA en un nivel superior en cuanto a la agresividad de la sanción a imponer ante un eventual ataque al bien jurídico protegido. No obstante su potencia sancionadora, el DPMA accionará su poder represivo cuando el derecho administrativo haya fallado en su función preventiva,<sup>364</sup> y siempre que la conducta peligrosa *ex ante* sea de una gravedad superior a la sancionada por el derecho

---

<sup>363</sup>BLANCO LOZANO, C., *La protección...*, ob. cit. p. 121.

<sup>364</sup> En ese sentido señala TRABADO ÁLVAREZ, C., *Protección penal...*, p. 66, que «[s]e proclama la subsidiariedad del derecho penal, frente al derecho administrativo, en materia de protección del medio ambiente, alegando que esta es más universal, práctica y eficaz con el derecho administrativo, y que el derecho penal debe reforzar y sustituir en los supuestos más graves al derecho administrativo, alegando el principio de intervención mínima del derecho penal».



administrativo.<sup>365</sup> A tal fin, el sistema de tipificación del delito como una ley en blanco cuya remisión exige la infracción de la ley protectora del medio ambiente, sumado a la exigencia de la gravedad del peligro hacia el bien jurídico, garantiza que el DPMA respete los principios, *a priori*, en tensión.

#### **d) El DPMA ¿respeto el principio de lesividad?**

Como se ha mencionado más arriba, el DPMA cumple con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. En ese sentido, como sostiene MIR, solo será idónea la intervención penal que sirva para evitar la lesión del bien jurídico-penal, por tanto solo deberán tipificarse hechos que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos-penales.<sup>366</sup> En consecuencia, la lesividad del bien jurídico se instituye como un presupuesto de la sanción penal. Esto implica que la responsabilidad penal solo se apreciará ante la lesión de un bien jurídico-penal, sin importar si este es individual o supraindividual.<sup>367</sup>

Desde una óptica histórica, este principio marcó el paso de una antijuridicidad meramente formal a otra material y se suele plasmar en la idea de dañosidad social. Plantea dos exigencias fundamentales al momento de incriminar conductas: el comportamiento debe afectar a las necesidades del sistema social en su conjunto, superándose el mero conflicto entre el autor y la víctima; y sus consecuencias deben poder ser constatadas en la realidad social, ello implica que las ciencias empírico-sociales puedan valorarlo. Por eso, este principio permite distinguir adecuadamente derecho de moral.<sup>368</sup>

De este modo, el principio opera como límite al poder punitivo del Estado, impidiendo que el legislador prohíba conductas que no sean lesivas de un bien jurídico-penal.

Ante este escenario, se debe tener en cuenta que el DPMA, como ya se vio en el capítulo I, defiende un bien jurídico-penal supraindividual y, por tanto, el ataque a éste

---

<sup>365</sup> Sobre este tema volveremos más adelante al tratar las diferencias entre el delito y la infracción administrativa (ver *infra*V.4).

<sup>366</sup> MIR PUIG, S., *Bases...*, p. 117.

<sup>367</sup> CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant lo Blanch, 1999, Valencia, p. 218.

<sup>368</sup> Díez Ripollés, J. L., «El bien jurídico protegido en el derecho penal garantista», en *Jueces para la democracia*, n.º 30, 1997, pp. 10-19.

posee características particulares, configurándose como delito de peligro abstracto. Partiendo de esa idea, como señala CORCOY, «los delitos de peligro abstracto, solo están legitimados si, en todos ellos, se trata de proteger un bien jurídico supraindividual, del que se pruebe, en el caso concreto, que ha sido puesto en peligro *ex ante* y que ha resultado lesionado, desde una perspectiva *ex post*». <sup>369</sup>

Antes de continuar, hay una cuestión que debe quedar clara; nos referimos a la diferencia conceptual entre el bien jurídico-penal propiamente dicho y el «objeto material» u «objeto de la acción». Así, bien jurídico-penal es el bien que se incorpora en el concreto objeto de ataque, siendo lesionable solo cuando se daña a los objetos de la acción. <sup>370</sup> De este modo, el objeto de la acción es el substrato material sobre el que recae la acción tendiente a lesionar al bien jurídico.

De esta manera, entendiendo al medio ambiente como el equilibrio sostenible de los sistemas naturales, considerándolo un bien jurídico-penal autónomo y supraindividual, los recursos naturales (agua, aire, tierra, etc.) configurarían el objeto material u objeto de la acción donde debe recaer la conducta típica. En consecuencia, esos ataques al objeto del delito afectarán de algún modo, variando su gravedad, al bien jurídico-penal. Por ello podemos afirmar que el principio de lesividad —según esta propuesta— permanece incólume ante el DPMA, ya que la afectación del bien jurídico-penal se identifica con la lesividad del mismo. Asimismo, esta afectación podrá ser mayor o menor respondiendo a diversos factores entre los que se computará la cuantía de la destrucción material del objeto, sin ser este el único parámetro para determinar la lesividad de la conducta antijurídica. <sup>371</sup>

#### **e) Eficacia del DPMA: ¿derecho penal simbólico?**

Son muchos los argumentos que se han esgrimido en contra de la eficacia del DPMA. Entre ellos se destacan los siguientes: a) se denuncia la intervención de la justicia en casos de «bagatela», ofreciendo una falsa imagen de eficacia pues se trata de casos que, aunque formalmente se integran en los tipos penales, en realidad son hechos

<sup>369</sup> *Idem*, p. 217.

<sup>370</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho penal...*, pp. 62-63. El autor, para graficar la distinción, pone como ejemplo el delito de hurto, donde el objeto de la acción es la cosa sustraída y el bien jurídico, la propiedad y posesión.

<sup>371</sup> Cfr. CORCOY BIDASOLO, M., *ibíd.*, p. 225.

que no causan graves daños ecológicos;<sup>372</sup> b) MATA Y MARTÍN destaca como causa de ineficacia del DPMA la dificultad probatoria en esta materia;<sup>373</sup> c) dada la condición de ley penal en blanco que caracteriza al delito medioambiental y la enorme proliferación de la normativa protectora del medioambiente, es común el desconocimiento, por parte del destinatario, de la norma, del núcleo esencial del delito, lo que genera, en no pocos casos, el error en el sujeto activo.

Evidentemente, adherirse a estas posturas implica admitir que el DPMA es ineficaz y que, entonces, vulnera el principio de utilidad por el cual el derecho penal se legitima solo cuando protege a la sociedad; entonces no será legítimo si se muestra inútil por ser incapaz de evitar los delitos. Asimismo, negar la eficacia del DPMA significa atribuirle a este un carácter meramente simbólico<sup>374</sup> negándole toda legitimidad.

En sentido opuesto, las propuestas sostenidas contra la eficacia del DPMA pueden ser rebatidas con los siguientes argumentos:

En primer término, como reconoce CORCOY,<sup>375</sup> la supuesta ineficacia del DPMA queda en evidencia luego de un examen de la jurisprudencia desarrollada en España. En efecto, un análisis de las sentencias del Tribunal Supremo demuestra que las condenas a las que se arribó, salvo «honrosas excepciones», se han ocupado de problemas que se pueden calificar como «delitos de bagatela», ya que el medioambiente, en el sentido aquí propuesto, no sufre un daño relevante. Sin embargo, siguiendo a la misma autora consideramos que la supuesta ineficacia del DPMA no puede medirse exclusivamente por la cantidad y calidad de las sentencias en la materia, sino por el efecto disuasivo que está teniendo en la actitud empresarial.<sup>376</sup> Ejemplo de esto último es el desarrollo e

---

<sup>372</sup> Citando a MUÑOZ LORENTE, MENDO ESTRELLA, A., *El delito ecológico...*, p. 27.

<sup>373</sup> MATA Y MARTÍN, R. M., «Problemas y eficacia del Derecho penal del medio ambiente (especial referencia a la contaminación de aguas subterráneas)», en Cuadernos de política criminal, n.º 72, 2000, pp. 659 ss. En este sentido parece expresarse el TS cuando manifiesta que «hay que convenir que una particularidad de los procesos penales medio ambientales es la complejidad científico-técnica dada, fundamentalmente por dos factores: primero por la pluralidad de expertos llamados a informar en el proceso concernido, y a ello, unido la posibilidad de que los peritos no estén de acuerdo por mantener opiniones divergentes...» (STS 1118/2007, de 20 de diciembre de 2007).

<sup>374</sup> Entre los principales autores que dotan al DPMA con una función meramente simbólica encontramos a HASSEMER, considerando que únicamente posee un carácter de apelación moral cuyo fin es dotar de conciencia ecológica a las personas que ocupan posiciones relevantes (HASSEMER, W., «Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos», en AA.VV, Pena y Estado, Ed. Conosur, 1995, Santiago, pp. 23-36.).

<sup>375</sup> CORCOY BIDASOLO, M., «Protección penal...», p. 630.

<sup>376</sup> *Ibidem*, p. 631.

importancia que están teniendo hoy en día los *compliance program* y los modelos de prevención de delito (MPD) que están incorporando las empresas en su seno.<sup>377</sup>

Por otra parte, es evidente que la falta de voluntad política en la persecución eficaz de estos delitos —sea por los motivos que fueran: temor a perder inversiones industriales, *lobbies* empresariales, etc.— dificulta su prevención; pero ello no implica que se trate de un objetivo imposible de cumplir.

Respecto de la dificultad probatoria de estos delitos, creo que no es un obstáculo propio y exclusivo del DPMA. En ese sentido, entendemos que, con un alto grado de probabilidad, esta dificultad se observará igualmente en otros ámbitos jurídicos como el derecho civil o el administrativo. Asimismo, las cuestiones probatorias, amén de estar íntimamente ligadas al derecho penal, pertenecen al derecho procesal. Por tanto, no creemos que la dificultad probatoria de estos delitos, que no se niega, dadas sus particularidades (relacionadas con la causa —casos de causalidad acumulativa—, delitos cometidos en estructuras societarias, desdoblamiento temporal entre acción y resultado, distancia espacial entre el lugar en que se realiza la acción y lugar donde se produce la lesión del bien jurídico-penal, etc.); deban deslegitimar al DPMA por ser ineficaz.

No consideramos tampoco acertada la postura que rechaza la eficacia del DPMA por la eventual dificultad de acceso al conocimiento del núcleo esencial del ilícito a causa de la dispersión y descoordinación del derecho administrativo sancionador. Si bien esta situación es cierta y —como se verá en los siguientes puntos de este capítulo— entendemos que en España sería un acierto la creación de una ley general del medioambiente<sup>378</sup> que facilite el acceso al conocimiento de las infracciones a la generalidad de las personas.<sup>379</sup> También es una realidad que los principales destinatarios del DPMA son personas jurídicas o físicas dedicadas empresarialmente<sup>380</sup> a actividades

---

<sup>377</sup> Todo esto será visto con detenimiento más adelante.

<sup>378</sup> En ese sentido, HUERTA TOCILDO, S., «Principios básicos del Derecho Penal y el art. 325 del Código Penal», en *Revista Penal*, n.º 8, 2001, pp. 39-52; ver también MENDO ESTRELLA, A., *El delito...*, p. 99; MATELLANES RODRÍGUEZ, N., *Derecho penal...*, pp. 81 ss., sobre las consideraciones de esta autora nos detendremos más adelante; CORCOY BIDASOLO, M., «Los delitos relativos...», p. 91.

<sup>379</sup> Además de que con ello, como señala MENDO ESTRELLA, podrían evitarse algunos problemas de inconstitucionalidad e inseguridad jurídica que normalmente se imputan a la técnica de la ley penal en blanco (cuestión que será abordada más adelante), MENDO ESTRELLA, A., *El delito ecológico...*, p. 29.

<sup>380</sup> PANAGIA ha destacado que las formas más alarmantes de contaminación derivan, justamente, de la actividad empresarial (citado en MARTOS NÚÑEZ, J. A., *Derecho penal ambiental*, Exlibris, 2006, Madrid, p. 251). En similar sentido, HUERTA TOCILDO, cuando luego de analizar lo complicado que puede ser para la generalidad de la población tener acceso al entramado legal administrativo, deduce que el tipo penal

que pueden afectar realmente el medioambiente. Debido a ello, estos sujetos cuentan con recursos suficientes para conocer los riesgos a los que exponen al medioambiente y la normativa sectorial que regula su actividad. Asimismo, cuentan con la asistencia de profesionales especializados para asesorarlos.<sup>381</sup> Por tanto, considero que alegar la dificultad de conocimiento fehaciente de la normativa no es un argumento válido para tildar de ineficaz al DPMA.

En resumen, considero que el DPMA no es ineficaz y, por tanto, no encuadra en lo que se denomina «derecho penal simbólico».

## **f) Consideraciones finales**

Previo a avanzar en el análisis sobre la relación entre el DPMA y el derecho administrativo sancionador, resulta pertinente hacer una pequeña reflexión a modo de conclusión.

En la actualidad, el medioambiente está siendo objeto de terribles ataques, sobre todo de parte de las grandes potencias industrializadas que, en su afán de producir más bienes para obtener mayores beneficios económicos, ponen en peligro el equilibrio sostenible de los recursos naturales. Nos encontramos hoy en una batalla entre el progreso económico y la salvaguarda del medioambiente. De ahí que la explotación de los recursos debe ser sostenible. No puede apelarse al progreso económico a cualquier precio. Las emisiones de gases contaminantes, vertidos, explotación irracional de los recursos, etc., coloca a la Tierra en un punto crucial de su historia. Aquellos que consideramos que la protección del medioambiente es fundamental tanto para garantizarlo a generaciones futuras<sup>382</sup> como para nuestro propio futuro, en la actualidad nos encontramos con posturas negacionistas del deterioro ambiental, como por ejemplo la que tiene el actual presidente de los EE. UU., Donald TRUMP, quien niega el

---

protector del medio ambiente puede desplegar su función preventiva respecto de un núcleo delimitado de personas y no con carácter general; HUERTA TOCILDO, S., «Principios básicos del Derecho Penal...».

<sup>381</sup> Ver capítulo IV donde profundizo en este tema.

<sup>382</sup> En palabras de SCHÜNEMANN: «la explotación indiscriminada de hoy significa la miseria de mañana», «el Derecho penal tiene su lugar más indicado en la defensa de las bases de subsistencia, no solo de la sociedad actual, sino también de la sociedad futura». SCHÜNEMANN, B., *Temas actuales...*, p. 206 y 222.

fenómeno del cambio climático y el calentamiento global, generando gran incertidumbre en la comunidad mundial.<sup>383</sup>

Como señala SCHÜNEMANN, «[a]nte esta situación [se refiere a diferentes cuestiones como la explotación exhaustiva e indiscriminada de los recursos naturales] debería resultar evidente que corresponde a la esencia del derecho, entendido como el orden próspero de la convivencia humana, proteger la *conservación de las bases de la subsistencia de la humanidad* con los medios más enérgicos que él posee, es decir los del Derecho penal».<sup>384</sup> En concreto, no caben dudas de que la necesidad del DPMA se impuso, entre otras cosas, como consecuencia de la sociedad del riesgo, donde debe actuarse de modo preventivo y controlando los riesgos especialmente graves con anterioridad a la producción de la lesión del bien jurídico-penal.<sup>385</sup>

Por otra parte, los países que más padecen los efectos nocivos de los ataques contra el medioambiente son aquellos de menos recursos, los denominados países en desarrollo o del tercer mundo.

Esta situación, sumada a la falta de conciencia de la sociedad en muchos aspectos medioambientales y falta de colaboración en la protección del medioambiente, agrava la situación. Pareciera que hay una especie de sesgo cognitivo en el colectivo social por el cual se asentó la creencia —falsa, desde luego— de que los únicos que contaminan son las grandes empresas. Si bien esto es parcialmente cierto, ya que las grandes empresas son las únicas que podrían ocasionar grandes desastres naturales,<sup>386</sup> estas no son las únicas que contaminan. La acumulación de conductas contaminantes individuales en el núcleo de la sociedad, por mínimas que sean, en su conjunto son poderosas armas contra el medioambiente. A esto se le suma, muchas veces, la desidia de la propia Administración a la hora de realizar el tratamiento adecuado de desechos, ya sea por falta de recursos o por destinarlos a otros fines.

Se debe agregar a lo anterior la existencia de márgenes permitidos de contaminación. En ese sentido, nos encontramos con cuotas de contaminación admitidas por la Administración. Por ejemplo, las emisiones de los automotores, los topes a los

<sup>383</sup> Ver por ejemplo [http://internacional.elpais.com/internacional/2016/11/10/actualidad/1478776033\\_938523.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2016/11/10/actualidad/1478776033_938523.html),

[http://internacional.elpais.com/internacional/2016/12/08/estados\\_unidos/1481165064\\_394182.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2016/12/08/estados_unidos/1481165064_394182.html),  
<http://www.elperiodico.com/es/noticias/opinion/trump-cambio-climatico-acuerdo-paris-5748828>»

<sup>384</sup> SCHÜNEMANN, B., *Temas actuales...* ob. cit., p. 203.

<sup>385</sup> En ese sentido, SERRANO TÁRRAGA, M. D., SERRANO MAÍLLO, A./VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Tutela penal ambiental*, Dykinson, 2º ed., 2013, Madrid, p. 107.

<sup>386</sup> Por ejemplo, ver capítulo 1.

ruidos, cantidad de desechos que se tiran, etc. Desde el punto de vista del DPMA, estos límites configuran el grado de riesgo permitido<sup>387</sup> por la Administración.

En esta tesis se sostiene que la función del DPMA es, desde un punto de vista de política criminal, eminentemente preventiva.<sup>388</sup> Esto significa que su objetivo es evitar los ataques más graves al medioambiente. Ya hemos explicado que, desde esta concepción, el DPMA es necesario. Sobre todo porque las herramientas jurídicas menos lesivas para los derechos de los ciudadanos se muestran insuficientes a los fines preventivos. Esto se debe a distintos factores, entre ellos (como veremos en capítulos siguientes): la sanción de multa no resulta lo suficientemente disuasoria, ya que las grandes empresas pueden imputar su monto a los costos propios del giro comercial, incluso traspasarlo a los precios de los productos que, luego, pagarán los consumidores. Por otro lado, la propia Administración tiene interés en la explotación ambiental. De esa manera otorga autorizaciones y licencias con el objeto de que se radiquen industrias (de los más variados tipos) con un fin claramente recaudatorio. Asimismo, en no pocos casos, los *lobbies* de presión empujan a funcionarios electos a votar leyes donde los límites mínimos de contaminación no resultan «tan mínimos».

Es claro que el recurso de la sanción penal tiene un poder disuasorio mayor que la multa administrativa<sup>389</sup> (más allá de la discusión sobre la certeza de ser sancionado). En ese sentido, el derecho penal evoluciona lentamente, mejorando su potencialidad preventiva. Desde la perspectiva que se propone en esta investigación, el DPMA se configura como parte de un sistema preventivo. Así, el sistema está compuesto por los delitos contra el medioambiente propiamente dichos (ejemplo: en el derecho penal español, arts. 325 ss.), la responsabilidad penal de la persona jurídica y la normativa del

---

<sup>387</sup> Crítico de que el riesgo permitido por la Administración afecte al DPMA, se presenta MUÑOZ CONDE, entendiendo que el riesgo permitido en el derecho penal debe determinarlo la ciencia del derecho penal (MUÑOZ CONDE, F., LÓPEZ PEREGRÍN, C. Y GARCÍA ÁLVAREZ, P., *Manual...* p. 72).

<sup>388</sup> Crítico de esta postura se muestra QUINTERO OLIVARES. Al respecto, reconoce que vivimos en mundo que aceptó y adoptó el peligro como medio natural en el que se desarrolla la vida cotidiana. Posteriormente, se adapta la dogmática a esa nueva realidad, en la que cada día contaminamos y sostenemos que luchamos contra la contaminación. Según la óptica del autor citado, los movimientos legislativos españoles introducen tipicidades en las que se renuncia a cualquier prueba de la efectividad del peligro, despreciándose el principio de ofensividad. Concluye que, si bien el derecho penal positivo ha realizado un gran esfuerzo por acoger fórmulas que den respuesta a la aparición de nuevas fuentes de peligro, la verdad es que cuesta aceptar que el derecho penal sea el instrumento apto para ofrecer a la ciudadanía esa seguridad que tanto espera; QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho penal ambiental...*, pp. 75-76.

<sup>389</sup> Este punto será tratado más adelante.

derecho administrativo sancionador<sup>390</sup> que operará como límite del principio de subsidiariedad, *ultima ratio* y fragmentariedad; como indicio, ante su infracción, de la comisión de un delito ambiental y como fenómeno garantizador de la coordinación y armonía jurídica que debe reinar en un Estado de derecho.<sup>391</sup>

Asimismo, para considerar legitimada la irrupción del DPMA, debe adecuarse a las garantías<sup>392</sup> y principios que rigen al derecho penal.<sup>393</sup> Ya se desarrollaron los fundamentos por los cuales el DPMA se adecúa a los principios de necesidad, utilidad, subsidiariedad, lesividad y exclusiva protección de bienes jurídicos, dejándose para puntos posteriores la cuestión, también debatida, sobre el principio de legalidad.

En referencia al debate en torno a la configuración del DPMA como un mero derecho penal simbólico, ya se ha sostenido que esas críticas no son válidas. Sin embargo, no puede dejarse de lado que todos los delitos tienen una porción de simbolismo en su función. Así, la producción de efectos simbólicos es consubstancial a la pena y expresión de una función pedagógica que debe cumplir.<sup>394</sup> Pero, obviamente, no puede ser esta su única función, ya que tornaría ilegítima su intervención.

---

<sup>390</sup> Con tono dramático, SCHÜNEMANN sostiene que la civilización moderna, incluyendo a la humanidad, no podrá sobrevivir «sin un doble control del aprovechamiento del medio ambiente». El primer control será ejercido por la Administración, pero entiende que es indispensable que esté seguido de un control adicional que solo podrá ser asumido por el derecho penal. En SCHÜNEMANN, B., *Temas actuales...* ob. cit., p. 223. Por su parte, MUÑOZ CONDE entiende que la eficacia del derecho penal dependerá de que el funcionamiento administrativo sea correcto, ya que la intervención penal dependerá de una actuación administrativa previa (Muñoz Conde, F., López Peregrín, C. y García Álvarez, P., *Manual...*, p. 71).

<sup>391</sup> De forma parecida, BLANCO LOZANO, C., *La protección...*, pp. 127-129, sostiene que «[l]os estatutos jurídico-penales y jurídico-administrativos ambientales, especialmente en materia sancionadora, deben hallarse coordinados, facilitándose así la aplicación de ambas normativas y evitándose el cruce entre los órganos administrativos y los jurisdiccionales [...] El régimen jurídico-penal en materia ambiental debe, además, formar en sí mismo un sistema homogéneo y coordinado, lejos de las habituales duplicidades y complejidades, lagunas e imperfecciones, de forma que tal sector normativo pueda ser fácilmente conocido y aplicado, favoreciéndose así su eficacia». Para RODRÍGUEZ RAMOS, la protección penal del medioambiente sin reglamentaciones precisas y actuales de índole administrativa, es más inviable que ineficaz (RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Presente y futuro de la protección penal del medio ambiente en España», en *Documentación administrativa*, n.º 190, 1981, pp. 229-256).

<sup>392</sup> HUERTA TOCILDO, S., «Principios básicos...», entiende que el dilema del derecho penal moderno se centra en la batalla de «eficacia *versus* garantías» y que el primero habría vencido. Colocado dentro del catálogo del Derecho penal moderno al DPMA.

<sup>393</sup> MENDOZA BUERGO, B., «Exigencias...», entiende que la idea de la eficacia en la prevención no puede ser el fin primordial de una política jurídica en un Estado democrático, sino que la consecución de esta debe encontrar su límite en los principios de garantía. En ese sentido señala que «[l]a decisión sobre la intervención o no del Derecho penal, o la forma y medida de la misma en un determinado ámbito no puede tomarse solo en atención a criterios de obtención de mayor eficacia, sino que debe tener en cuenta que la intervención penal está y debe estar sometida a numerosos requisitos y límites propios de un Estado de Derecho, que han de ser necesariamente respetados, aunque ello pueda suponer una cierta disminución o entorpecimiento de la efectividad total del Derecho penal».

<sup>394</sup> GRACIA MARTÍN, L., *La polémica en...*, p. 90.



Por último, hay que destacar que la tutela penal del medioambiente debe contar con los medios y recursos suficientes para lograr su cometido y facilitar su eficacia.<sup>395</sup> Por ello, no resultará justo culpar al DPMA de ineficaz por ausencia de, por ejemplo, la tecnología necesaria o la asistencia de profesionales capacitados en las áreas pertinentes.

---

<sup>395</sup> Cfr. MENDO ESTRELLA, A., *El delito ecológico...*, p. 31; en ese sentido también CORCOY BIDASOLO, M./VIVES-REGO, J., «La evaluación del riesgo...».

### III. El DPMA como tipo penal en blanco. Concepto. Justificación

**E**n la mayoría de los países donde se encuentra regulada la protección del medioambiente, se le considera un bien jurídico autónomo y se recurre a la «ley penal en blanco» como forma de tipificación. Siguiendo a MIR, entendemos por ley penal en blanco aquellos preceptos penales principales que, excepcionalmente, no expresan los elementos específicos del supuesto de hecho de la norma secundaria, sino que remiten a otro u otros preceptos o autoridades para que completen la determinación de esos elementos faltantes.<sup>396</sup> Según MUÑOZ CONDE las normas penales en blanco son las que configuran su supuesto de hecho, total o parcialmente, por remisión a disposiciones de otras ramas del ordenamiento jurídico y se exige la infracción de la normativa extrapenal.<sup>397</sup>

Dentro del concepto de ley penal en blanco cabe distinguir tres supuestos: a) los casos de remisión a un precepto del mismo cuerpo legal; b) los supuestos de remisión a un precepto del mismo rango; y c) la remisión hacia una norma de instancia inferior a la ley remitente.<sup>398</sup> Siguiendo a MIR, debe optarse por este último sentido más estricto,<sup>399</sup> volviendo al punto de partida histórico del concepto de ley penal en blanco.<sup>400</sup>

MARTÍNEZ BUJÁN también realiza la distinción entre dos conceptos: por un lado se encuentra el entendimiento estricto, coincidiendo este autor con las enseñanzas de

<sup>396</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal...* p. 66. Recordemos que para este autor la «norma secundaria» es aquella dirigida al juez, obligándolo a castigar. La norma secundaria es la que se identifica con el texto legal. Lo que MIR entiende por norma primaria es la forma de comunicación al ciudadano de que algo está prohibido. Ver también, GÓRRIZ ROYO, E. M., *Delitos...*, p. 137.

<sup>397</sup> MUÑOZ CONDE, F./LÓPEZ PEREGRÍN, C./GARCÍA ÁLVAREZ, P., *Manual...*, p. 30. Según QUINTERO OLIVARES, esta normativa extrapenal tendrá la función de concretar cuáles de todas las acciones posibles, pueden tener la significación cuantitativa o cualitativa necesarias para poder integrarse en el delito ambiental (cfr. QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho penal...*, p. 146).

<sup>398</sup> Cfr. MATELLANES RODRÍGUEZ, N., *Derecho penal...*, pp. 64-65.

<sup>399</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, p. 67. Este autor desarrolla un interesante resumen histórico sobre la evolución del concepto de ley penal en blanco, coincidiendo el sentido estricto, con el originario de ley penal en blanco.

<sup>400</sup> En su origen, la noción de ley penal en blanco sirvió en Alemania como forma de explicación de aquellos casos en que la ley del imperio dejaba que los estados federales o los municipios, determinaran los supuestos de hecho. De esta forma, la ley penal en blanco se concibe como una «autorización» o «delegación» por parte de un órgano legislativo superior a uno de menor jerarquía. Esa norma resultante solo es válida en virtud de la jerarquía de las fuentes, por virtud de la autorización concedida por la ley penal en blanco. Esta concepción fue ideada por BINDING (cfr. *Ibidem*, p. 66); refiriéndose también a la historia del concepto MATELLANES RODRÍGUEZ, N., *Derecho penal...*, p. 64.

MIR; y por otro lado nos encontramos ante un sentido amplio, que se caracteriza por abarcar, además de las posibilidades del sentido estricto, todos aquellos casos en que la ley penal se remite a otra norma extrapenal que posee rango de ley. Este concepto es de creación dogmática, toda vez que se argumenta que el empleo de la ley penal en blanco se fundamenta en la existencia de una íntima vinculación de la misma con la normativa extrapenal que le sirve de base.<sup>401</sup>

También pueden clasificarse las leyes penales en blanco como *totalmente en blanco*, donde existe una absoluta ausencia de concreción en el tipo penal ya que se delega la determinación de todo el ámbito punible a una instancia inferior; y, por otro lado; y como leyes *parcialmente en blanco*, donde el legislador remite a otras instancias solamente algunos aspectos del tipo.<sup>402</sup>

Evidentemente, el legislador español tipificó el art. 325 CPE recurriendo a la técnica de la ley penal en blanco.<sup>403</sup> En efecto, leemos en ese artículo una cláusula usual para este tipo normas «...contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente...». De esta forma, la descripción típica no se agota en el propio precepto sino que queda abierta, pendiente de lo que disponga una normativa ajena.<sup>404</sup>

Como ya hemos visto, el derecho penal no es la única herramienta de protección del medioambiente. Por el contrario, convive con otras ramas del ordenamiento jurídico con un fin similar, dentro de las cuales se destacó en esta investigación al derecho administrativo sancionador como la principal. Sin embargo, este último se caracteriza por su dispersión y falta de organicidad.

La mayor parte de la doctrina entiende que acudir a la ley penal en blanco para tipificar este tipo de delitos es inevitable.<sup>405</sup> En ese sentido, se señala que en la protección penal del medioambiente el derecho administrativo es el que determina el

---

<sup>401</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal...*, p. 245. También, cambiando simplemente la denominación, pueden clasificarse en leyes penales *propias* —coincidiendo con el concepto *estricto*— e *impropias* —en sentido *amplio*— (cfr. BRANDARIZ GARCÍA, J. A., «Relaciones...» ob. cit., p. 107).

<sup>402</sup> Cfr. BRANDARIZ GARCÍA, J. A., «Relaciones...», p. 107. Siendo en estos últimos supuestos donde se presentará la problemática analizada más adelante.

<sup>403</sup> Como señala SÁNCHEZ MELGAR, no resulta extraño que el legislador decida elevar a la categoría de delitos determinados comportamientos muy graves que ya se encuentran en el ámbito del derecho administrativo, para conferirles un lugar en el CPE por razones de política criminal (Cfr. SÁNCHEZ MELGAR, J., «La Jurisprudencia penal en materia medioambiental», en BERBEROFF AYUDA, D. (Dir.), *Incidencia medioambiental y derecho sancionador*, CDJ, VIII, 2006, p. 76).

<sup>404</sup> Cfr. BLANCO LOZANO, C., *La protección...*, p. 145.

<sup>405</sup> Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J., «Artículo 325 del Código Penal. Lecturas jurisprudenciales», en TERRADILLOS BASOCO, J. (Dir.), *Técnicas de investigación e infracciones medioambientales*, Estudios de Derecho judicial, n.º 75, 2005, p. 137.

marco básico de lo ilícito y por ello el recurso a la técnica de leyes penales en blanco es inevitable.<sup>406</sup> También se sostiene que dado el carácter accesorio del DPMA al derecho administrativo, resulta inevitable la utilización de la ley penal en blanco.<sup>407</sup> Por ello, puede afirmarse que el empleo de este tipo de normas en el ámbito medioambiental se ha convertido en el paradigma de utilización y justificación de esta técnica normativa.<sup>408</sup>

Otros sostienen que la utilización de la ley penal en blanco es imprescindible en este tipo de materias para evitar que la legislación penal quede obsoleta al poco tiempo.<sup>409</sup>

En esta tesis, se considera que la técnica de la remisión a la normativa extrapenal es necesaria. Esta necesidad se justifica por varios motivos. El primero de ellos es la imposibilidad de abarcar en un solo tipo penal la enorme cantidad de conductas con sus diversas variables que puedan afectar al medioambiente.<sup>410</sup> El segundo se refiere a los cambios periódicos que se observan en él. Así, vemos que surgen tecnologías nuevas, formas de agresiones al medioambiente que se modernizan con relativa velocidad, nuevos descubrimientos científicos que nos indican valores o índices de toxicidad, etc., que llevan a una mutabilidad<sup>411</sup> periódica de las normas administrativas. En efecto, la remisión administrativa proporciona a la regulación penal un carácter flexible y dinámico, permitiendo su continua adaptación a nuevas directrices sin necesidad de reformas.<sup>412</sup> Por tanto, de no recurrirse a este mecanismo de remisión, la normativa penal sufriría variaciones constantemente. En tercer lugar, por un requisito de todo ordenamiento jurídico: su armonía y coordinación. En ese sentido, no puede el DPMA

---

<sup>406</sup> QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho penal...*, p. 59.

<sup>407</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Medio ambiente...* ob. cit., p. 303. Este autor también hace referencia a la inevitabilidad de la utilización por parte del legislador de la ley penal en blanco para evitar que pueda sancionarse penalmente algo admitido por el derecho administrativo.

<sup>408</sup> Cfr. GÓMEZ RIVERO, M., «El delito ecológico...», p. 71.

<sup>409</sup> MUÑOZ CONDE, F., LÓPEZ PEREGRÍN, C. Y GARCÍA ÁLVAREZ, P., *Manual...*, p. 83.

<sup>410</sup> Tampoco es posible, como señala SÁNCHEZ MELGAR, incorporar en el tipo penal la extensísima legislación administrativa sobre la materia medioambiental (cfr. SÁNCHEZ MELGAR, J., «La Jurisprudencia...», p. 76.).

<sup>411</sup> Cfr. ABOSO, G. E., *Derecho penal...*, p. 185. Según el autor, el problema central se circunscribe a las modificaciones frecuentes que sufre el derecho administrativo, lo que deja un amplio margen para el desconocimiento concreto del contenido y alcance de la conducta prohibida (él mismo, p. 188). Al respecto, señala HEINE, G., «Accesoriedad administrativa en el Derecho penal del Medio Ambiente», en *Anuario de Derecho penal y Ciencia sociales*, Tº 46, 1993, pp. 299-300, que las normas medioambientales ya no pueden imaginarse hoy como «una obra para siglos», ni los valores-límite, ni autorizaciones estatales que afectan al medioambiente pueden tener validez eterna. Por ello, para contar con un derecho penal actualizado, este debe acoger tipos que son tendencialmente abiertos, posibilitando la adaptación de la norma a los cambios sociales y técnicos sin tener que realizar intervenciones legislativas constantes en el CP».

<sup>412</sup> Cfr. GÓMEZ RIVERO, M., «El delito ecológico...», p. 72.

sancionar lo que el derecho administrativo sancionador permite; no se admiten contradicciones entre los distintos sectores del ordenamiento. Por el contrario, debe haber coordinación entre las distintas ramas del ordenamiento jurídico. De este modo, el reenvío a la norma administrativa garantiza que las actuaciones dentro de lo autorizado administrativamente no sean sancionadas penalmente.<sup>413</sup> También, por respeto al principio de *ultima ratio* del DPMA. Así, el DPMA intervendrá luego de que el derecho administrativo sancionador fracase. De este modo, se respeta al derecho administrativo sancionador como el primer nivel de protección del medioambiente. Por último, el derecho administrativo sancionador provee al DPMA de los límites mínimos tolerados o riesgo permitido, facilitando (en principio) la determinación de la conducta típica. Como señala ALASTUEY, al ser el uso de los recursos naturales inevitable y cualquier conducta que implique su utilización, por mínima que sea, resulta dañina para el medioambiente, el DPMA debe auxiliarse por los límites de tolerabilidad que establece el derecho administrativo, de este modo se asegura que su intervención no exceda de sus competencias.<sup>414</sup>

Por tanto, entendemos que el recurso a la ley penal en blanco es la única técnica posible para tipificar esta clase de delitos.<sup>415</sup>

### **1. ¿Qué debe entenderse por «carácter general» y «protectoras del medioambiente»?**

Se señaló en el apartado anterior que el actual art. 325 CPE, como tipo penal en blanco, hace referencia a «leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del

---

<sup>413</sup> Cfr. Idem. También, en ese sentido RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Medio ambiente...* ob. cit., p. 304; MUÑOZ CONDE, F., LÓPEZ PEREGRÍN, C. Y GARCÍA ÁLVAREZ, P., *Manual...*, p. 261; ALASTUEY DOBÓN, M. C., *El delito de contaminación...*, p. 123.

<sup>414</sup> ALASTUEY DOBÓN, M. C., *El delito...* ob. cit., p. 123. Sobre el punto, leemos que «la contravención de la normativa administrativa como punto de partida de la intervención penal confirma el modelo relacional entre ambas ramas del ordenamiento jurídico. De esta forma queda claro, en efecto, que la justificación de la intervención penal se conforma sobre la base de un plus de la previa normativa administrativa, en cuanto expresión de los límites de tolerabilidad que se plasman en la búsqueda del siempre difícil equilibrio entre la preservación medioambiental y la utilidad social de las actividades económicas. El derecho penal no podría prescindir de esa previa valoración salvo que desconociera que la unidad del ordenamiento jurídico prohíbe que un comportamiento que a nivel administrativo ha sido considerado como socialmente positivo o, al menos, tolerable, pudiera convertirse en objeto de desvalor de una norma penal» (GÓMEZ RIVERO, M., «El delito ecológico...», pp.71-72).

<sup>415</sup> En ese mismo sentido, CORCOY BIDASOLO, M., «Protección penal del medio ambiente...», p. 622.

medio ambiente», por ello, antes de avanzar, debemos delimitar qué comprende el adjetivo *general* que caracteriza a las leyes y disposiciones a donde nos remite. En este punto, y siguiendo a SILVA/MONTANER, no parece que la alusión a disposiciones generales excluya de la remisión a las normas sectoriales, ni las de las comunidades autónomas<sup>416</sup> pues, como señalan los autores citados «tanto unas como otras constituyen fuentes esenciales del Derecho ambiental y descartar su integración en el precepto penal carecería de todo sentido teleológico».<sup>417</sup> En ese sentido, la referencia a disposiciones generales implica la inclusión, junto a las normas de origen estatal, autonómico y o local, de las surgidas de la Unión Europea.<sup>418</sup> Como señala MENDO ESTRELLA, el concepto «leyes» resulta inequívoco, y por tanto no debe existir problema en incorporar como disposiciones generales protectoras del medioambiente a los tratados y convenios internacionales válidamente celebrados y suscritos por el Estado español, incorporados al ordenamiento interno.<sup>419</sup> Por otro lado, debe entenderse que el término *general* no se contrapone al de *especial*, sino al de *particular*. Esto último significa que la contravención debe ser de una norma dictada con carácter general y no de una actuación singular, como resultado de un acto particular.<sup>420</sup> En efecto, deben excluirse aquellos actos o disposiciones que no se encuentran dirigidos a la generalidad de los ciudadanos, como autorizaciones administrativas, los planes de descontaminación gradual para determinada empresa o las disposiciones locales destinadas a una zona o empresa en particular.<sup>421</sup>

En cuanto a la segunda cuestión, referida al significado de «protectoras del medio ambiente», MENDO ESTRELLA cree que la respuesta dependerá de lo que se entienda por derecho ambiental. En su opinión, «tal rama del Ordenamiento jurídico está integrada por aquellas normas jurídicas que tienden directamente a proteger, conservar y mejorar aquellos elementos que representan una riqueza natural digna de tutela por sus especiales valores estéticos o sistemáticos, entre los que se encuentra la

---

<sup>416</sup> En contra de una posición minoritaria que opone disposición general a disposición especial, en el sentido de sectorial, con la finalidad de excluir las normas dictadas para sectores específicos (contaminación del aire, del agua, etc.). Por otro lado, otra posición minoritaria enfrenta la disposición general con la autonómica o local. Ello supondría desconocer las competencias de las comunidades autónomas (Cfr. SÁNCHEZ MELGAR, J., «La jurisprudencia...», p. 84).

<sup>417</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Los delitos...*, p. 81.

<sup>418</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>419</sup> Cfr. MENDO ESTRELLA, A., *El delito ecológico...*, p. 83.

<sup>420</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Los delitos...*, p. 82; en el mismo sentido MATELLANES RODRÍGUEZ, N., *Derecho penal...*, pp. 70 y 71.

<sup>421</sup> Cfr. nota n.º 138.

contribución a la mejora de la calidad de la vida y el desarrollo de la persona a través de un disfrute inmediato de los mismos, sustrayendo de su ámbito de aplicación los elementos naturales que carecen de tales valores». <sup>422</sup>

Como señalan SILVA/MONTANER, parece que existe un cierto consenso en cuanto a que la norma de que se trate no ha de ser formalmente protectora del medioambiente, sino que basta con que materialmente detente esa finalidad. Tampoco es necesario que la ley o disposición tenga esa finalidad, sino que es suficiente con que alguno de sus capítulos o artículos pueda integrar el tipo penal. Sin embargo, es necesario que el precepto extrapenal tenga esa finalidad de modo general o abstracto, encontrándose vedado utilizar como complemento del tipo en el caso concreto de una remisión cuyo carácter de protección del medioambiente surge *ad hoc*. <sup>423</sup>

## 2. Naturaleza jurídica de la remisión

El debate sobre la naturaleza jurídica de la contravención a las normas protectoras del medioambiente se centra en discernir si nos encontramos frente a una condición objetiva de perseguibilidad o frente a un elemento normativo del tipo. Esta cuestión no resulta menor ya que, según la postura que se adopte, dependerá su incorporación en el dolo o no.

Sin embargo, en España, esta discusión se encuentra absolutamente zanjada, siendo mayoritarias las posiciones que sostienen que la naturaleza jurídica de la contravención se identifica como elemento normativo del tipo y núcleo esencial del injusto. En ese sentido, la remisión no es una condición objetiva de perseguibilidad, ni un elemento formal o accidental, sino que es necesaria para descubrir las condiciones y los volúmenes de las emisiones o vertidos que se quiera prohibir e integrar así la materia de la prohibición. <sup>424</sup>

---

<sup>422</sup> Cfr. MENDO ESTRELLA, A., *El delito ecológico...*, pp. 84-85 (la cursiva y negrita son originales).

<sup>423</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Los delitos...*, p. 82. En sentido similar, MENDO ESTRELLA, A., *El delito ecológico...*, p. 85; también SÁNCHEZ MELGAR, J., «La Jurisprudencia...», p. 84)

<sup>424</sup> MENDO ESTRELLA, A., *El delito ecológico...* p. 82.

Dentro de esta postura encontramos a SILVA/MONTANER,<sup>425</sup> BLANCO LOZANO,<sup>426</sup> MUÑOZ CONDE,<sup>427</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN,<sup>428</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ,<sup>429</sup> y HUERTA TOCILDO,<sup>430</sup> entre otros.

Por su parte, GÓMEZ RIVERO indica que la contravención a la norma protectora medioambiental supone una alusión a la antijuridicidad del comportamiento ya que se incorpora como elemento de la descripción típica, por tanto pasa a formar parte del supuesto de hecho de la norma.<sup>431</sup>

Para GÓRRIZ ROYO, el requisito de la contravención puede entenderse como un elemento típico de índole normativa, cuya función es de *necesaria premisa previa* a la demostración de la propia conducta. De ese modo, si la concreta acción típica no comporta una infracción administrativa contra el medioambiente, los hechos enjuiciados no podrán subsumirse en el art. 325 CPE.<sup>432</sup>

También se observa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español la adscripción a la postura que considera la contravención a la normativa extrapenal protectora del medioambiente como elemento normativo del tipo. En ese sentido, se sostiene: «[E]l segundo requisito se refiere a la infracción de una norma extrapenal. En efecto, como elemento normativo del tipo, se exige que la acción típica se verifique “contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente”». <sup>433</sup>

---

<sup>425</sup> Los autores sostienen que la contravención a normas administrativas es un elemento normativo del tipo, por lo tanto no es una condición objetiva de punibilidad, respecto de la cual pueda afirmarse la no exigencia de constatar el dolo (SILVA SÁNCHEZ, J. M./MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Los delitos...* ob. cit. p. 93.).

<sup>426</sup> Señala BLANCO LOZANO, C., *La protección...*, p. 157, que «[p]or lo que respecta a la acción de contravenir, debe, en atención de la prolijidad y dispersidad de la normativa implicada y en aras de los principios de motivación de la norma penal y culpabilidad, interpretarse no como una condición objetiva de punibilidad, sino como un elemento de la acción típica, de forma que sean exigibles, en orden a la comisión dolosa, el conocimiento y la voluntad de infracción de la normativa ambiental, y teniendo en cuenta las consecuencias que ello puede acarrear en el ámbito del error».

<sup>427</sup> Este autor considera que la contravención de la normativa administrativa se configura como un elemento típico (MUÑOZ CONDE, F./LÓPEZ PEREGRÍN, C./GARCÍA ÁLVAREZ, P., *Manual...* ob. cit., p. 261).

<sup>428</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4º ed., Tirant lo Blanch, 2013, Valencia, p. 1001.

<sup>429</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Medio ambiente...* ob. cit., p. 306.

<sup>430</sup> HUERTA TOCILDO, S., «Principios básicos...», p. 43.

<sup>431</sup> GÓMEZ RIVERO, M., «El delito ecológico», en MARTOS NÚÑEZ, *Derecho penal ambiental*, Exlibris, 2006, Madrid, p. 73.

<sup>432</sup> Cfr. GÓRRIZ ROYO, E. M., *Delitos...*, p. 135.

<sup>433</sup> STS 291/2007 de 19 de marzo. Ver, también, STS 1035/2004 de 27 de septiembre, STS 916/2008 de 30 de diciembre, STS 926/2016 de 14 de diciembre.



### 3. Problemática

Si bien se encuentra consolidada la postura que admite el recurso a la ley penal en blanco para los delitos contra el medioambiente, ello no significa que no se denuncien distintos tipos de problemas que surgen de las características propias del delito medioambiental y de su relación con el derecho administrativo sancionador.

Los tres principales reclamos que se efectúan desde la doctrina son los relacionados con el principio de legalidad, el principio de igualdad y la división de poderes. A continuación se analizará cada uno de ellos.

#### a) Principio de legalidad

En principio, por las características propias de este tipo de normas (ley penal en blanco) es necesaria la remisión a otro precepto ubicado en el ámbito extrapenal. Esto es así ya que se prevé una sanción pero el supuesto de hecho se encuentra incompleto y, por lo tanto esa norma extrapenal tendrá la función de completarlo. Esto permite afirmar que, a priori, las leyes penales en blanco plantean un problema de legalidad penal.<sup>434</sup>

Dentro de este punto problemático, las dudas que generaron mayor interés en la doctrina son las referidas a:

**1) La categoría de la norma:** sobre este punto existe prácticamente unanimidad en requerir la categoría de ley orgánica para la ley penal y sus eventuales modificaciones.<sup>435</sup> Por ello, complementar la ley penal con otra ordinaria o, incluso, reglamento sin rango de ley, podría permitir que normas de rango inferior determinen qué es, o qué no es, delito.<sup>436</sup>

---

<sup>434</sup> Cfr. GÓRRIZ ROYO, E. M., *Delitos...* ob.cit., p. 137.

<sup>435</sup> Firme respecto a esta postura se muestra MATELLANES RODRÍGUEZ, N., *Derecho penal...*, pp. 65-68. La autora desarrolla sus argumentos para concluir que en derecho penal existe reserva absoluta de ley orgánica. Así, afirma que esto se debe a que la norma penal supone un límite a un derecho fundamental, refuerza su postura con la sentencia del TC 140/1986. Continúa señalando que la norma penal es la más severa al momento de afectar o limitar derechos fundamentales y libertades públicas, por tanto debe respetarse el principio de intervención mínima y *ultima ratio*. En ese sentido entiende que la reserva de ley orgánica es absoluta porque únicamente una ley orgánica, y nunca otras fuentes del derecho, puede servir a la labor de delimitar las conductas punibles. Desde esta óptica estima posible rechazar la presencia de otros instrumentos normativos distintos a la ley orgánica en el campo penal. Asimismo, desprende estas conclusiones del art. 81.1. de la CE.

<sup>436</sup> Cfr. RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Medio ambiente...*, p. 305.

**2) Multiplicidad de normas:** un problema agregado a la ley penal en blanco es que la función de protección del medioambiente es atribuida por la CE no solo al derecho penal sino, también, al derecho administrativo sancionador (ver inicio de este capítulo). Como ya se vio, esto implica no solo tener en cuenta la normativa estatal, sino que deben contemplar, también, las normas emanadas de las comunidades autónomas, provincias, municipios, etc. En ese mismo sentido, debe considerarse a los fines de complementar el tipo penal a las normativas de instancias superiores, como reglamentos comunitarios y cumplimiento de directivas comunitarias. Esta situación puede entrar en colisión con el mandato de taxatividad impuesto a las normas penales, ya que se dificulta el conocimiento de la materia de prohibición y pone en peligro la seguridad jurídica. En efecto, como ya se dejó entrever, la normativa extrapenal se caracteriza por un volumen y una dispersión tal que resulta inmanejable para el ciudadano.<sup>437</sup>

#### **b) Principio de igualdad**

La problemática básica sobre esta cuestión se relaciona con la posibilidad que tienen las comunidades autónomas, provincias y municipios de intervenir en la protección del medioambiente. En ese sentido, se plantea una situación particular que consiste en que una conducta que se permite en una comunidad autónoma, no sea permitida en otra. Esta situación puede generar un fenómeno por el cual una persona pueda ser considerada autor de un delito contra el medioambiente en una zona de España, y en otra no. Por esto, se denuncia que el mecanismo de remisión, como está planteado en España, puede vulnerar el principio de igualdad. Así, se señala que mediante la técnica de ley penal en blanco, las comunidades autónomas pueden asumir de manera indirecta competencias en la incriminación de conductas punibles, vulnerando el principio de uniformidad de la legislación penal, principio que si bien no se encuentra plasmado en la CE, se deduce del principio de igualdad.<sup>438</sup>

---

<sup>437</sup> Cfr. BRANDARIZ GARCÍA, J. A., «Relaciones entre el derecho penal y el derecho administrativo», en FARALDO CABANA, P. (Dir.) y PUENTE ABA, L. (coord.), *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el código penal y la legislación especial*, Tirant lo Blanch, 2011, Valencia, p. 109. En ese mismo sentido se manifiesta MENDO ESTRELLA (MENDO ESTRELLA, A., *El delito...*, p. 88); BLANCO LOZANO, C., *La protección...*, p. 149.

<sup>438</sup> DE LA MATA, N., «Delitos contra el medio ambiente: accesoriadad administrativa», en TERRADILLO BASOCO (Dir.), *Técnicas de investigación e infracciones medioambientales*, Estudios de Derecho Judicial, N.º 75, 2005, Madrid, p. 33; TRABADO ÁLVAREZ, C., *Protección penal...*, p. 70; SCHÜNEMANN, B.,

### c) Principio de división de poderes

Desde una dimensión política del principio de legalidad, se llegó a cuestionar que la utilización de un instrumento normativo que no procede del órgano legislativo compuesto por los representantes del pueblo implica, además de vulneración del principio de reserva de ley orgánica, la infracción a otro postulado fundamental del Estado de derecho: la división de poderes.<sup>439</sup> En consecuencia, tal principio puede contravenirse ante la posibilidad de completar el precepto en blanco con reglamentos u órdenes emanadas del Poder Ejecutivo.<sup>440</sup>

## 4. Solución a la problemática

### a) Legalidad:

Ya se dijo que el recurso a la técnica de la ley penal en blanco en este tipo de delitos resulta necesario por las características propias del bien jurídico-penal protegido y el dinamismo de las circunstancias relacionadas con sus eventuales ataques (nuevas tecnologías, procedimientos, etc.). Sin embargo, como se vio, existe espacio para el debate respecto al cumplimiento del principio de legalidad.

Al respecto, en España ya se ha expedido el TC, declarando que las leyes penales en blanco son conciliables con el principio de legalidad consagrado en el art. 25.1 de la CE. En efecto, en la STC 127/1990 del 5 de julio.<sup>441</sup> el TC sostuvo que «las leyes penales en blanco son constitucionalmente admisibles siempre que el reenvío

---

*Temas actuales...* pp. 157 ss., el autor se muestra muy crítico con el mecanismo de la ley penal en blanco y hace hincapié en el problema constitucional relacionado con la violación del principio de división de poderes.

<sup>439</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>440</sup> Cfr. MENDO ESTRELLA, A., *El delito...*, p. 89; TRABADO ÁLVAREZ, C., *Protección penal...*, p. 69. Asimismo, PAREDES CASTAÑÓN, agrega a esta problemática, y con razón, que resulta especialmente peligroso en el ámbito de la delincuencia medioambiental, donde una de sus características es la convivencia -en no pocos casos- entre delincuentes y sus supervisores (Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «El derecho penal español del medio ambiente: una visión crítica», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y otros (coord.), *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, 2013, Valencia, p. 768; ABOSO, G. E., *Derecho penal...*, p. 182.

<sup>441</sup> En ese sentido, también, STC 62/1990 y STC 120/1998.

normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido; que la ley además de señalar la pena contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza, es decir, que se dé la suficiente concreción para la conducta calificada de delictiva quedando suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal remite y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada». <sup>442</sup>

Los requisitos que surgieron de esta sentencia han sido doctrina jurisprudencial consolidada, tanto en el TC como en el TS.

En consecuencia, lo que el TC exige para considerar el reenvío normativo como válido dentro de los parámetros del principio de legalidad, en primer lugar es que el reenvío normativo se encuentre previsto en la norma de forma expresa. Esto quiere decir, que el reenvío no puede ser algo que deba deducirse o sobreentenderse tácitamente. <sup>443</sup> En segundo término, la utilización de la técnica de la ley penal en blanco por parte del legislador debe estar justificada por el bien jurídico protegido, lo que implica, evidentemente, que deba estar protegido por más de una rama del ordenamiento. <sup>444</sup> Por último, se exige que el tipo contenga el núcleo esencial de la prohibición. Ello significa que contenga un elemento diferenciador que distinga — además de la sanción— el ilícito penal de la infracción de otra rama del ordenamiento jurídico. Debe exigirse, pues, la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal, con el plus de desvalor que justifique la sanción más grave, es decir: la penal. <sup>445</sup>

En este sentido, los artículos 325.1 y 325.2 CPE encuadran dentro de los requisitos impuestos por el TC. En efecto, el reenvío normativo es expreso («contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medioambiente»); el bien jurídico-penal lo justifica, ya que por su propia naturaleza se encuentra protegido por distintas ramas del ordenamiento jurídico, en especial el derecho administrativo sancionador, de carácter preventivo, difuso y mutable. Asimismo, el tipo contiene el núcleo esencial de la conducta punible, exigiendo que los vertidos, emisiones, radiaciones, excavaciones, etc., realizados directa o indirectamente, posean un grado de peligrosidad respecto del bien jurídico («cause o pueda causar daños

---

<sup>442</sup> Esta sentencia se refería, en aquella oportunidad, al derogado art. 347 bis, antecesor del actual art. 325. Sobre los requisitos exigidos por el TC ver GÓRRIZ ROYO, E. M., *Delitos...*, pp. 137-138.

<sup>443</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, F./LÓPEZ PEREGRÍN, C./GARCÍA ÁLVAREZ, P., *Manual...* ob. cit., p. 83.

<sup>444</sup> *Ibidem*, p. 84.

<sup>445</sup> *Idem*.

sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas», «que pueda perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales») y la conducta prohibida se encuentra definida en el tipo de manera precisa.<sup>446</sup>

En relación al rango que debe ostentar la ley sobre la que recae la remisión, CARBONELL MATEU sostiene que la remisión a una ley de rango inferior no vulnera el principio de legalidad. Para ello utiliza distintos argumentos, entre ellos, comienza por reconocer que las leyes que se remiten a otras de igual rango no generan conflicto de técnica legislativa alguno; el problema de legalidad auténtico se produciría cuando nos enfrentamos a una remisión normativa a una ley de rango inferior o incluso a la valoración judicial. Así, estima el autor que para estos casos debe reservarse la denominación de ley penal en blanco.<sup>447</sup> Esto mismo propone MATELLANES. La autora sostiene que la ley quedará en blanco cuando rompa con la exclusividad de ley orgánica, es decir, cuando contenga remisiones a otras fuentes del derecho no permitidas en el derecho penal, ya sean leyes ordinarias, normas del Gobierno con rango de ley o disposiciones de rango inferior.<sup>448</sup>

CARBONELL sostiene que, para la reserva exclusiva de ley orgánica,<sup>449</sup> debe quedar tan solo aquello que verdaderamente afecta al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas. Esto sería el verdadero núcleo esencial de la conducta, junto con la sanción prevista. Para el autor, una norma de rango inferior puede encargarse de regular detalles que, si bien pueden afectar la delimitación de la conducta prohibida, no constituyen aspectos esenciales de la misma. En este supuesto, la remisión no puede considerarse un quiebre del principio de legalidad. Con razón, afirma el autor bajo análisis, que incluso este tipo de remisiones en muchos casos supone garantizar una mayor concreción de la conducta prohibida ya que, de no existir la norma inferior, el tipo quedaría mucho más abierto.<sup>450</sup> En conclusión, cuando la

---

<sup>446</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>447</sup> Cfr. CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal*: ..., p. 122.

<sup>448</sup> Cfr. MATELLANES RODRÍGUEZ, N., *Derecho penal*..., p. 68-69.

<sup>449</sup> Ver sobre la cuestión de la reserva de ley orgánica en esta materia, SÁNCHEZ MELGAR, J., «La Jurisprudencia...», pp. 84 ss. Sobre este punto Quintero Olivares entiende que, de los peligros que atañen a la ley penal en blanco, el más grave es el de la violación al principio de ley orgánica. Sin embargo, interpreta como algo *comprensible* que el derecho penal requiera en materia medioambiental —dada su complejidad— acudir a la ley penal en blanco (cfr. QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho penal*..., p. 59.). Crítico de esta postura se muestra PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «El derecho penal...», p. 768, quien reclama a los legisladores que no se dejen abrumar ni engañar por lo que él llama «el mito de complejidad técnica de los problemas ambientales». Si bien el autor no descarta la existencia de esta complejidad, considera que no es mayor que la existente en materia de estafa o de insolvencias punibles.

<sup>450</sup> Cfr. MATELLANES RODRÍGUEZ, N., *Derecho penal*..., pp. 122-123.

remisión a una norma de rango inferior tenga por objeto restringir el ámbito de lo prohibido, no puede considerarse que sea contraria al principio de legalidad, ni a la reserva de ley. Y como ya dejó plasmado el TC, la remisión a norma inferior, cuando no afecta el núcleo esencial de la prohibición, no vulnera el principio de legalidad.<sup>451</sup>

Una cuestión que también es cierta es la multiplicidad de normas de carácter administrativo protectoras del medioambiente que existen, caracterizadas por su mutabilidad, dispersión, lenguaje técnico, etc. Evidentemente, ello dificulta el acceso al conocimiento del ciudadano medio y genera un terreno fértil, en sede del derecho penal,<sup>452</sup> para el error. Al respecto, la propuesta que creo acertada, y que reclama gran parte de la doctrina, es la creación de una ley general del medioambiente,<sup>453</sup> o por lo menos un cuerpo legal armonizado que facilite el conocimiento de la normativa protectora del medioambiente a la que remite el CPE. En este sentido, señala GÓMEZ RIVERO<sup>454</sup> que la concreta configuración administrativa en la materia ambiental empaña sus efectos favorables. Advierte la autora sobre la dispersión y su complejidad, manejando en muchos casos fórmulas para el cálculo de índices de permisibilidad a las que solo los expertos pueden tener acceso y, además, poseen elementos normativos necesitados de valoración. Recuerda, por último, que a esto se le suma la inexistencia en España de una ley general del medioambiente. En efecto, con la creación de una Ley General del Medio Ambiente se facilitarían la remisión por parte del CPE, ya que esta gozaría de un contenido más preciso, integrando un elemento esencial del injusto penal, y dejando a instrumentos normativos inferiores la regulaciones de cuestiones accidentales o adicionales, respetándose el principio de legalidad, ya que esta ley emanaría del mismo cuerpo legislativo que el CPE. De este modo, se respetaría la taxatividad y seguridad jurídica, dado que la remisión será precisa y no diversa.<sup>455</sup>

---

<sup>451</sup> Al respecto, MATELLANES RODRÍGUEZ, N., *Derecho penal...*, p. 69, deduce por exclusión que el TC admite la remisión a ley de rango inferior. Así, leemos que «[referida a la definición del TC sobre ley penal en blanco] las define como aquellas normas en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentre agotadamente prevista en ellas, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta. Al no exigir que esa otra norma a la que alude sea una norma determinada y, más concretamente, una norma reglamentaria, está admitiendo la posibilidad de que sea cualquiera otra distinta a la que en exclusiva se ha de encargar de la materia penal, con lo cual no ciñe el espacio de la ley penal en blanco a las normas de rango inferior a la ley sino que también da cabida a esta última».

<sup>452</sup> Sobre todo, si tomamos en cuenta que la norma penal requiere la contravención a cualquier norma general protectora del medio ambiente.

<sup>453</sup> Cfr. RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Medio ambiente...*, p. 323. Allí, el autor entiende que este anhelo es cada vez más difícil de lograr, tanto por las dificultades técnicas propias de la materia, como por la rápida evolución de la normativa y la asunción de competencias por las comunidades autónomas.

<sup>454</sup> GÓMEZ RIVERO, M., «El delito ecológico...», p. 72.

<sup>455</sup> Cfr. MENDO ESTRELLA, A., *El delito ecológico...*, p. 99.

Sobre este punto, consideramos oportuno traer a colación la propuesta de MATELLANES. La autora es una ferviente propulsora de la Ley General de Medio Ambiente. Entiende esta autora que hay varias razones que exigen y justificarían la sanción de una ley de este estilo. Entre ellos enumera los siguientes: 1) el favorecimiento de una conciencia social medioambiental. Este tipo de ley general operará —según la autora— como «un poderoso revulsivo en las conciencias de los sujetos privados y de las distintas administraciones públicas, capaz de realizar un cambio de mentalidad sobre las cuestiones ambientales que las circunstancias actuales requieren»; 2) favorecimiento de la aceptación global del medioambiente, ya que se unificaría su concepción y no se presentaría al mundo como algo parcelado; 3) favorecimiento de la coordinación normativa, en oposición al caos que, entiende MATELLANES, es hoy la normativa administrativa protectora del medioambiente; 4) favorecimiento de la coordinación normativa de las diferentes instancias con tal capacidad; 5) se favorecería la aceptación del medioambiente como principio rector de la política social y económica y, por tanto, de principio informador del ordenamiento jurídico; 6) se respetaría mejor el principio de intervención mínima y sería más clara la relación derecho penal-derecho administrativo. Según este argumento, la creación de esta ley serviría para coordinar la tipificación administrativa y penal, así como para fijar un criterio diferenciador entre infracciones penales y administrativas acudiendo a la gravedad de las conductas, superando aspectos puramente formales de los tipos; 7) la Ley General del Medio Ambiente sería muy valiosa para conocer cuáles son las normas que conforman la remisión del tipo.<sup>456</sup>

Otros autores entienden que la respuesta a la problemática planteada debe buscarse por otros cauces. Por ejemplo, encontramos en BLANCO LOZANO una propuesta contraria a la remisión normativa. En ese sentido, el autor sostiene que si existe una alternativa menos lesiva al principio de legalidad, debería optarse por ella. Entiende este autor que el elemento normativo que exige la contravención de la normativa extrapenal para mantener la unidad del ordenamiento jurídico no es necesaria ya que puede acudir, como lo será la mayoría de las veces, al nivel de la antijuridicidad, para ser más precisos a la circunstancia n.º 7 del art. 20 CPE, en cuanto a la verificación de la relevancia o irrelevancia jurídico-penal de la conducta. De ese modo, la mayoría de las veces las actividades industriales o domésticas van a encontrar amparo en tal expediente

---

<sup>456</sup> Cfr. MATELLANES RODRÍGUEZ, N., *Derecho penal...*, pp. 90-93.

legal. Por ello, sostiene que «en la mayoría de los casos, la actividad contaminante sobre el medio ambiente se constituirá como ejercicio legítimo de un derecho que al amparo de la normativa sectorial administrativa le ha sido conferido, tras la tramitación del correspondiente expediente administrativo al titular de la actividad. Se tratará por tanto de una conducta típica, pero no antijurídica».<sup>457</sup> El autor parece interpretar que por más que no se haga remisión expresa, igualmente la relevancia penal de la conducta dependerá de la instancia administrativa. Por tanto, BLANCO LOZANO propone que el tipo penal del delito medioambiental se configure como tipo completo, interpretando este como la mejor opción. Asimismo, considera que la configuración deberá ser como un tipo de peligro concreto, restrictivo del peligro abstracto, ya que de esta manera se aprovecharía para eliminar el reenvío normativo que tantos problemas y críticas plantea desde la óptica de los principios constitucionales.<sup>458</sup>

Otra postura que podríamos llamar intermedia es la solución propuesta por MENDO ESTRELLA. Este autor critica, en primer lugar, que el núcleo esencial de la conducta se encuentra fuera del CPE, por lo que se incumple el principio de legalidad. Resalta el autor la cantidad de normas jurídicas —más de 14 mil— ambiguas, dispersas, contradictorias y confusas, que se multiplican hasta el infinito si se consideran las infracciones que contemplan los regímenes sancionadores.<sup>459</sup> Propone este autor, como solución, la denominada *doble estándar*, en la que junto a un valor de contaminación que justificaría la sanción administrativa, conviviría un valor intolerable que legitimaría la intervención del derecho penal. A este último remitiría el legislador penal, y la superación de dicho valor, o límite, sería reprochable penalmente. Para que funcione este sistema, siempre desde la óptica de MENDO ESTRELLA, la fijación de los valores límites debe ser establecida por la ley penal, ya que de lo contrario resurgirían las mismas objeciones que recaen en la configuración actual. En definitiva, lo que propone es la sustitución de la actual remisión en bloque por una referencia a límites intolerables a la par que, para aquellos supuestos de configuración difícil, una *remisión recepticia* más respetuosa de los principios constitucionales que la remisión vigente.<sup>460</sup>

No obstante lo anterior, existen algunos aspectos que deben considerarse: ¿puede completarse el tipo penal del art. 325 con normas técnicas?

<sup>457</sup> BLANCO LOZANO, C., *La protección...*, p. 166. La cursiva es original.

<sup>458</sup> *Ibidem*, p. 168.

<sup>459</sup> Cfr. MENDO ESTRELLA, A., *El delito ecológico...*, p. 102.

<sup>460</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 104-106. No obstante, el autor reconoce las dificultades que implicaría configurar de este modo el delito ambiental.



Aquí nos detendremos a evaluar una cuestión que ha surgido no hace mucho tiempo, relacionada con la función de las reglas técnicas y con su posibilidad, o no, de ser destinatarias del reenvío del art. 325. Antes de profundizar este punto, debemos partir de una realidad: el derecho penal de la actualidad, como medio de control de riesgos, interviene cada vez más en ámbitos de actividad técnica y científica complejas, en un mundo donde reina la incertidumbre<sup>461</sup> (en muchos de los casos a causa de la propia ciencia). Asimismo, el ordenamiento jurídico protector del medioambiente se encuentra con otra cuestión que dificulta su objetivo: la denominada tecnociencia se apoya en las estructuras empresariales, que la desarrollan y promueven. Es justamente en las estructuras empresariales articuladas en torno a la técnica donde se desarrollaron los rigurosos procesos de autorregulación y autoorganización con el fin de establecer referencias comunes, facilitar el intercambio de productos y, lo más importante, imponer sus propios criterios reguladores<sup>462</sup>.

Las normas administrativas, en su gran mayoría, también son leyes en blanco. Con una particularidad: también reenvían a normativas técnicas sectoriales que, como denuncia ESTEVE PARDO, muchas veces están impuestas por organizaciones amparadas en la expansión, complejidad técnica e incertidumbre científica, superando al ámbito público<sup>463</sup> —que son legitimadas para decidir sobre estas cuestiones—. Un ejemplo de este mecanismo lo observamos en el art. 30.2.e L34/2007 de 15 de noviembre<sup>464</sup>, cuando al tipificar las infracciones como muy graves, leemos: «incumplir con los requisitos técnicos que le sean de aplicación a la actividad, instalación o producto cuando ello haya generado o haya impedido evitar, una contaminación atmosférica...». En concreto, en el caso de una contaminación atmosférica provocada por incumplir con requisitos técnicos de una actividad determinada (infracción de la ley administrativa), que pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, o pudiera perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales, encuadraría en el delito del art. 325.1 o 325.2 CPE. Para graficarlo de otro modo: el delito del art. 325 CPE nos reenvía a la norma administrativa, y esta última a las reglas técnicas.

En definitiva, como entienden SILVA/MONTANER, en la actualidad ni siquiera el derecho administrativo está capacitado para abarcar en soledad la delimitación y control

---

<sup>461</sup> Sobre la cuestión de la incertidumbre, ver en extenso ESTEVE PARDO, J., *El desconcierto del Leviatán...*, pp. 1-35.

<sup>462</sup> Cfr. *Idem*, p. 17.

<sup>463</sup> *Idem*.

<sup>464</sup> De Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera (Boe nº 275, de 15 de noviembre de 2007).

de los ámbitos o actividades considerados peligrosos para el medioambiente. De ello se deriva que la regulación de estos sectores sea cada vez más formal o procedimental, relegando el contenido a normas de carácter técnico vinculadas a ellas. De este modo, el derecho penal se remite mediante las normas penales en blanco a un derecho que utiliza la remisión a pautas o normas no jurídicas<sup>465</sup>.

Entonces, el interrogante es el siguiente: el incumplimiento de una norma técnica ¿puede servir de complemento al art. 325 CPE?

Comenzaremos el estudio del asunto bajo debate analizando cuál es la función de las reglas técnicas (o, en terminología de CORCOY, «reglas generales de cuidado»). A este fin, creo oportuno seguir los lineamientos de esa autora por su claridad y profundidad. En ese sentido, la catedrática de la Universidad de Barcelona entiende que las reglas generales de cuidado —reglas técnicas— expresan únicamente principios de experiencia sobre la ligazón de concretas formas de conducta con concretos peligros característicos de ellas y sobre las medidas para eludir esos peligros. Su función específica se simplifica en la exclusión de peligros abstractos que, de acuerdo con la experiencia, pueden producir la realización típica<sup>466</sup>. Asimismo, la regla técnica protege los bienes jurídicos de manera indirecta, disminuyendo o excluyendo los peligros previsibles inherentes a una empresa o conducta<sup>467</sup>. De acuerdo con la autora, la lesión de una de estas reglas no tiene repercusión inmediata en la infracción de la norma de cuidado, sino solo mediata. Su función en relación con la infracción de la norma de cuidado deriva de que permite determinar el deber objetivo de cuidado en el caso concreto, lo que permitirá también saber si se ha infringido la norma de cuidado<sup>468</sup>.

Ahora bien, es una realidad inexcusable la que enfrentamos: en la actualidad, las industrias desarrollan sus actividades en sectores especializados con una elevada complejidad técnica. Esta última es imposible de abarcar por normas del ordenamiento jurídico como leyes o reglamentos administrativos.<sup>469</sup> Sin embargo, si la intención del

---

<sup>465</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M./MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Los delitos...*, pp. 90-91.

<sup>466</sup> Cfr. CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, IBdeF, 2º ed., 2013, Montevideo, p. 86.

<sup>467</sup> *Ídem*, p. 87.

<sup>468</sup> *Ídem*. Por su parte, en sentido similar, MONTANER FERNÁNDEZ, R., «La autorregulación normativa en el derecho penal ambiental: problemas desde la perspectiva del principio de legalidad», en MONTIEL, J. P. (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Marcial Pons, 2012, Madrid, p. 296., sostiene que «las reglas técnicas (*regulae artis* o *lex artis*) son métodos de proceder comúnmente reconocidos como idóneos en el sector profesional de que se trate, cuya función es definir el nivel razonablemente exigible, el deber de cuidado o el estándar de diligencia en una concreta prestación» (

<sup>469</sup> Cfr. ESTEVE PARDO, J., *Derecho...*, p. 127.

ordenamiento jurídico es cumplir su objetivo en el ámbito medioambiental, previniendo su contaminación y diversos ataques, es necesario que conozca las características de las actividades que desarrollan los potenciales atacantes del medioambiente, los materiales que utilizan, los procesos tecnológicos, las tecnologías reductoras de la contaminación, etc.

Teniendo en cuenta esas consideraciones, debemos detenernos en el fenómeno de la llamada «autorregulación», por el cual son los propios sectores industriales, las empresas que en ellos operan y asociaciones de estas empresas, las que habitualmente acuerdan las normas y especificaciones sobre los procesos de producción, calidad de productos, etc., luego de estudios y análisis de los conocimientos existentes sobre las actividades del sector.<sup>470</sup>

Al mismo tiempo, observamos cómo el ordenamiento jurídico se enfrenta a un ordenamiento técnico que se expande y se impone como referencia material en lo concerniente al medioambiente, por ejemplo, en materia de niveles tolerables de emisiones, medidas técnicas correctoras de contaminación en instalaciones, etc. De este modo, las leyes y reglamentos tienden a una concentración procedimental, ofreciendo referencias materiales o de contenido en materia ambiental. Por ello, en este ámbito eminentemente técnico las referencias más importantes son las que ofrecen las normas técnicas. Estas pueden ser entendidas como una clase especial de regla técnica con la particularidad de encontrarse plasmadas por escrito.<sup>471</sup>

No obstante, debe tenerse presente que estas normas técnicas no son normas jurídicas que deban ser observadas por la generalidad de los ciudadanos. Únicamente, forman parte del proceso autorregulador de un sector privado —o varios—, por tanto su aceptación es de carácter voluntario por parte de esos sectores, ya sean industriales, profesionales o de mercado.<sup>472</sup>

MONTANER FERNÁNDEZ se plantea si es legítimo que el incumplimiento de normas no jurídicas puede fundamentar la imposición de consecuencias de naturaleza jurídico-penal. También, se cuestiona si la normativa técnica puede servir para determinar el deber objetivo de cuidado y, en definitiva, si la infracción de esa

---

<sup>470</sup> *Ibidem*, p. 128.

<sup>471</sup> Cfr. MONTANER FERNÁNDEZ, R., «La autorregulación...», p. 297.

<sup>472</sup> Cfr. ESTEVE PARDO, J., *Derecho...*, p. 129. En ese sentido, también, MONTANER FERNÁNDEZ, R., «La autorregulación...», p. 298.

normativa genera un riesgo jurídico-penalmente desaprobado<sup>473</sup>. Asimismo, de este planteamiento surge el interrogante, que ya nos hemos hecho, respecto de la posibilidad de la norma técnica de naturaleza ambiental como complemento de ley penal en blanco.

Ya se ha visto en páginas anteriores, que la remisión del art. 325 CPE lo es a leyes y disposiciones de carácter general protectoras del medioambiente. Dentro de este concepto se incluyen las leyes estatales, las dictadas por las comunidades autónomas, las locales y las comunitarias —con las excepciones analizadas—. Pues bien, a raíz de este análisis, las normas técnicas de carácter extrajurídico no podrían servir directamente como complemento de la norma en blanco.<sup>474</sup>

Sin embargo, señala MONTANER, que ello no significa que las normas técnicas no puedan incidir de algún modo en la determinación del tipo penal. Sobre ello, haciendo referencia a la doctrina administrativista, reconoce que las normas técnicas pueden desplegar efectos públicos reconocidos por el propio ordenamiento jurídico. Así, la brillante discípula de SILVA trae a colación diversos efectos de las normas técnicas, a saber: 1) efectos *indiciarios*, ya que el cumplimiento de ciertas fórmulas de autorregulación puede apreciarse como un indicio sobre el grado de diligencia de un sujeto determinado en el desarrollo de su actividad; 2) efectos *presuntivos*, cuando la observancia de la norma técnica se convierta en presunción de diligencia reconocida legalmente por el ordenamiento jurídico; 3) efectos *periciales*, ya que lo dispuesto por una norma técnica muchas veces puede consistir en un dictamen pericial anticipado; 4) efectos *integradores*, ya que podrían integrar o cubrir ciertos segmentos o espacios de la regulación pública. Esto sucedería cuando sean objeto de remisión desde una norma jurídica o resolución administrativa; 5) efectos *transformadores*, derivados del efecto anterior. En ese sentido, las referencias desde el ordenamiento jurídico a la normativa técnica puede realizarse a través de cláusulas como, por ejemplo, «según el estado de la técnica» o, para completar su contenido, a lo conveniente según «las mejores técnicas o tecnologías disponibles». Siguiendo a la autora citada, son estos últimos efectos los que entran en consideración con relación a las leyes penales en blanco; esto es, cuando las normas y reglas técnicas son reconocidas legalmente mediante remisiones desde la normativa administrativa.<sup>475</sup>

---

<sup>473</sup> Ver nota nº 470, p. 300.

<sup>474</sup> Ver nota nº 470, p. 302.

<sup>475</sup> Cfr. MONTANER FERNÁNDEZ, R., «La autorregulación...», pp. 303-304.

Para continuar por el camino hasta la respuesta al planteamiento hecho, debemos detenernos en la ya mencionada autorregulación. Dentro de este concepto podemos distinguir dos tipos distintos. Por un lado, la que puede denominarse «autorregulación en sentido estricto» y, por otro lado, la «autorregulación regulada» o «corregulación».

La «autorregulación en sentido estricto» puede definirse como aquella regulación que es creada por los sujetos privados que se someten voluntariamente a ella, al margen de cualquier tipo de intervención de los poderes públicos<sup>476</sup>. Entre estas encontramos las reglas técnicas o *lex artis* autoimpuestas por las personas u organizaciones privadas.<sup>477</sup> Como se adelantaba más arriba, esta *lex artis* cumple la función de pauta orientadora para delimitar el deber de cuidado exigible jurídicamente.

Por su parte, la «autorregulación regulada» es aquella que se encuentra condicionada, en alguna medida, por la regulación estatal. Esta es la clase de autorregulación que puede tener relevancia en el derecho público.<sup>478</sup> Desde una óptica exclusiva del delito ambiental, la modalidad de autorregulación regulada más relevante toma forma a través de la remisión normativa.<sup>479</sup>

Ahora bien, la cuestión continúa siendo si, por la remisión, el contenido de las normas técnicas pasa a formar parte del ordenamiento jurídico y, por lo tanto, podrían operar como complemento indirecto de la ley penal en blanco.

Tres son las formas más utilizadas de remisión:

- 1) **Remisión estática:** se produce cuando la norma jurídica se remite a una norma técnica determinada, identificándola correctamente, y centrándose en el contenido de la norma técnica de ese momento. Mediante esta modalidad, podría considerarse a la norma técnica incorporada en el ordenamiento jurídico, con una única reserva que podría ser opuesta, según el caso, referida a la falta de publicidad de la norma remitida.<sup>480</sup>
- 2) **Remisión dinámica:** es producto de una norma jurídica que remite a una norma técnica, pero no solo a su enunciado y contenido en ese momento, sino también a las eventuales modificaciones y adaptaciones que pueda sufrir

---

<sup>476</sup> *Ídem*.

<sup>477</sup> Cfr. MONTANER FERNÁNDEZ, R., «La autorregulación...», p. 305.

<sup>478</sup> *Ibidem*, p. 307.

<sup>479</sup> *Ídem*. Sobre el tema, también ver HORTAL IBARRA, J. C., «El desarrollo tecnológico y su repercusión en la actuación del poder legislativo, ejecutivo y judicial», en CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.)/LARA GONZÁLEZ, R. (coord.), *Derecho penal de la empresa*, 2002, Navarra, pp. 525 ss.

<sup>480</sup> Cfr. ESTEVE PARDO, J., *Derecho...*, p. 131. En ese mismo sentido, SCHÜNEMANN, B., *Temas actuales...* p. 165.

esa norma técnica. Como ya hemos visto, estas modificaciones, sobre todo en materia ambiental, serán frecuentes por las permanentes innovaciones y novedades referidas al desarrollo industrial y tecnológico.<sup>481</sup> Este tipo de remisión no es admisible,<sup>482</sup> ya que el ordenamiento jurídico pierde el dominio de la norma que incorpora en su seno.

- 3) **Remisión genérica:** este tipo de remisión se caracteriza por ser general, y se refiere al estado de la técnica. En efecto, se presenta con diferentes enunciados como, por ejemplo, «estado de la técnica», «mejor tecnología disponible», «mejores técnicas conocidas» y semejantes. Se conoce también como «cláusula técnica».<sup>483</sup> Sin embargo, esta cláusula no es una remisión *stricto sensu*, sino que se tratará en cada caso de concretar los conceptos jurídicos indeterminados que se expresan bajo la cláusula. En caso de identificarse una norma técnica determinada, servirá como indicio relevante, pero no han de ser la referencia relevante.

Luego de lo anterior, estamos en posición de emitir una opinión respecto de esta cuestión. Por un lado, está claro que las reglas técnicas, en cuanto la definición aportada al inicio del planteamiento, no pueden cumplir la función de complemento de la norma penal en blanco. En concreto, no se tratan de normas jurídicas, sino que solo sirven para regular —hasta cierto punto— una determinada actividad industrial, empresarial o profesional, cumpliendo la función preventiva propia de la *lex artis*, ayudando a determinar cuál es el deber de cuidado en un sector determinado.

---

<sup>481</sup> *Ibidem*, p. 132; MONTANER FERNÁNDEZ, R., «La autorregulación...», g. 309; HORTAL IBARRA, J. C., «El desarrollo tecnológico...», p. 529. Este último autor identifica tres inconvenientes de carácter jurídico-constitucional: en primer lugar, un grave problema de inseguridad jurídica, ya que el ordenamiento jurídico pierde el dominio de la norma técnica que incorpora (en el mismo sentido que ESTEVE PARDO); en segundo lugar, un probable ataque al principio democrático y una alteración del sistema constitucional del derecho, ya que se puede ceder un ámbito de la regulación del ordenamiento jurídico a sujetos privados; y en tercer lugar, la violación al principio de publicidad de las normas. En ese mismo sentido, ver nota nº 218.

<sup>482</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, B., *Temas actuales...* p. 163. Según el autor, la remisión dinámica a regulaciones privadas es, sin excepción, jurídico-constitucionalmente inadmisibles. También realiza una crítica a quienes defienden un «derecho autónomo de la técnica», ya que considera que existe un conflicto de intereses entre ese sector social que debe ser resuelto normativamente; conflicto basado sobre en qué medida se permitirá a las empresas que pongan en peligro los bienes jurídicos protegidos penalmente, siendo estas mismas las que se ocupan de la aplicación de la técnica moderna. En su entendimiento, sería poner al lobo a cuidar a las ovejas, ya que se atribuiría al titular del potencial de peligro el poder de decisión sobre la medida permitida en los riesgos que él mismo crea. (ob. cit., p. 164).

<sup>483</sup> Cfr. MONTANER FERNÁNDEZ, R., «La autorregulación...», p. 309.

Por su parte, las normas técnicas, si bien cuentan con un grado de materialización mayor, tampoco pueden completar el tipo penal en blanco. Como se vio, se trata de una autorregulación autoimpuesta por quienes desarrollan una determinada actividad, pero no son una norma jurídica. Al igual que las reglas técnicas, pueden tenerse en cuenta con el objeto de determinar el deber de cuidado exigible desde un punto de vista jurídico. Como señala MONTANER, «su infracción no puede tenerse en cuenta directamente para la desvaloración penal de la conducta. Por lo que se refiere al delito ecológico, las reglas y normas técnicas que surgen de la autorregulación en sentido estricto tampoco pueden ser tomadas en consideración en el juicio sobre la tipicidad penal de la conducta [...] sus efectos no trascienden al marco jurídico, ni tampoco al jurídico-penal. En tanto ni siquiera el derecho administrativo medioambiental se remite a esta clase de regulación privada, tampoco el derecho penal puede tenerlas en consideración a los efectos de complementar las normas penales en blanco».<sup>484</sup>

Respecto de la «autorregulación regulada» (en términos de MONTANER) puede concluirse que, si la como aquella norma técnica en la cual intervino la Administración de algún modo, ya sea «*ex ante* con el fin de fijar las líneas maestras que debe seguir el sistema autorregulador, o *ex post* para comprobar si la autorregulación tiene el grado de calidad necesario»,<sup>485</sup> entonces, en estos supuestos puede considerarse legítimo que el derecho considere esas normas técnicas autorreguladoras a los efectos de fundamentar el deber de cuidado objetivo exigible jurídicamente.<sup>486</sup>

Sin embargo las normas técnicas, salvo que en alguna oportunidad el CPE contenga una remisión expresa a estas, no podrán complementar el tipo penal salvo indirectamente. En efecto, la norma de complemento natural del tipo penal será aquella ley o disposición general protectora del medioambiente. Esto no quita que la ley remitida pueda, a su vez, remitir a una norma técnica. No obstante, para que esta última remisión administrativa surta efectos, debe ser del tipo estático a una norma técnica de autorregulación regulada. De este modo, la norma técnica ingresa al mundo jurídico por la puerta del derecho administrativo. En definitiva, lo que complementará al tipo penal del art. 325 es la normativa administrativa y no la norma técnica. Por ello, en esta

---

<sup>484</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, R., «La autorregulación...», p. 306.

<sup>485</sup> *Idem*, citando a NIETO MARTÍN.

<sup>486</sup> *Ibidem*.

investigación se sostiene que —por parte del derecho penal— la mera infracción de la norma técnica no constituirá objeto de remisión ni legitimará la intervención penal.

### **1) Cuando el Derecho penal y el Derecho Administrativo hablan en distinto idioma. Crítica.**

Sin ánimo de introducirme en este momento en la discusión referida a la distinción entre la naturaleza del ilícito administrativo y penal (discusión que, en la actualidad, parece zanjada en favor de una distinción cuantitativa), sí considero oportuno hacer una breve referencia a la terminología utilizada por las normas administrativas y el tipo del art. 325 CPE. Entiendo que este punto es importante ya que, desde una óptica de semántica léxica, la interpretación diferenciadora entre delito e infracción administrativa se torna difusa, incluso desde el punto de vista cuantitativo.

Para comenzar, lo haremos destacando una característica de las infracciones administrativas referidas a su graduación. En efecto, no todas las infracciones poseen la misma potencia sancionadora. Así, observamos que las infracciones administrativas pueden calificarse según su intensidad en «muy graves», «graves» y «leves».<sup>487</sup> La primera pregunta que surge de este hecho es: ¿se encuentra el derecho penal legitimado para actuar ante cualquiera de las tres infracciones?

No es esta una pregunta de sencilla respuesta. En principio pareciera que, de acuerdo al reenvío normativo del tipo del art. 325 CPE, cualquier infracción a la ley o disposición de carácter general protectora del medioambiente, sin importar su graduación, legitimaría la acción del derecho penal. Esto resulta más claro aún si analizamos la situación desde una óptica diferenciadora de cada uno de los ilícitos. *A priori*, cualquier infracción a la normativa administrativa que cause o pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o animales o plantas (art. 325.1 CPE), o pudieran perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales (art. 325.2 CPE), daría lugar a la intervención penal. Esto, obviamente, por tratarse de infracciones diferenciadas desde un punto de vista cuantitativo.<sup>488</sup> En concreto, la conducta del tipo del delito ambiental se vería completada con la infracción

<sup>487</sup> Ver por ejemplo L34/2007, de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera, art. 30; L16/2002, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación, art. 31.

<sup>488</sup> Por lo menos en esta instancia sostendremos, como hace mayoría, que la diferencia entre uno y otro ilícito es de carácter cuantitativo.



administrativa más la posibilidad de perjudicar gravemente el bien jurídico-penal protegido. Hasta aquí no habría conflicto alguno.

Sin embargo, considero que probablemente lo expuesto no esté tan claro. En ese sentido, propondremos una respuesta a esta cuestión diferente a la que pareciera ser la regla general.

En concreto, aparenta que el derecho penal y el derecho administrativo sancionador no se encuentran del todo armonizados. Sostenemos esto por lo siguiente: en primer lugar, parece que el término «grave», en instancia penal, tiene un significado diferente al que parece tener en el ámbito del derecho administrativo sancionador. En segundo lugar, según la literalidad de ambas normas (de derecho penal y derecho administrativo), surge que el segundo es más exigente que el primero. Entendemos esto porque mientras el delito ambiental está tipificado como de peligro,<sup>489</sup> la infracción administrativa se encuentra tipificada exigiendo, en una de sus modalidades, un daño concreto al bien jurídico protegido. Para graficarlo, pongo como ejemplo el art. 30.2 L34/2007<sup>490</sup> que reza lo siguiente: «Son infracciones muy graves: a) ... siempre que ello haya generado o haya impedido evitar una contaminación atmosférica que haya puesto en peligro grave la seguridad o salud de las personas o haya producido un daño o deterioro grave para el medio ambiente». Como puede apreciarse, de la simple lectura del artículo surge la exigencia de daño concreto para el medioambiente. Es decir, esta norma sancionadora no se viola únicamente con un incumplimiento, sino que se exige un resultado. Luego, las sanciones graves en sede administrativa son tipificadas con el método de exclusión. Es decir, será grave sino está tipificada como muy grave. Lo mismo sucede con las infracciones de carácter leve. En consecuencia, la misma legislación administrativa cuenta con un orden de prelación de las infracciones.

De acuerdo al análisis efectuado, es oportuna la siguiente reflexión. Ya hemos dicho en páginas anteriores que el DPMA, para encontrarse legitimado, debe cumplir con los principios limitadores del *ius puniendi*. Dentro de estos principios nos detuvimos en los de subsidiariedad, fragmentariedad y *ultima ratio*. Pues bien, en esa oportunidad se dejó claro que el DPMA debe actuar ahí donde ramas del ordenamiento menos lesivas han fracasado y cuando no exista otra rama jurídica o herramienta que pueda cumplir con el objetivo de protección del medioambiente. En ese sentido, y

---

<sup>489</sup> No es este el momento para entrar en la discusión sobre la naturaleza del peligro, que se hará más adelante.

<sup>490</sup> de Calidad del aire y Protección de la Atmósfera.

haciendo una interpretación restrictiva del principio de subsidiariedad y *ultima ratio*, no sería ilógico pensar que el derecho penal debe intervenir únicamente cuando la infracción administrativa contravenida sea de carácter «muy grave» o, por lo menos, la más grave de las tipificadas en el cuerpo legal remitido<sup>491</sup>.

Consideramos, que esta es, probablemente, la solución más acorde con los principios mencionados. Ello se puede aclarar con el siguiente argumento: el propio legislador es quien tasó o graduó en distintos escalafones, de acuerdo a su gravedad, las infracciones administrativas. Y, como ya se dijo las infracciones administrativas están graduadas «por descarte» excepto las calificadas como «muy graves». Con esto apunto a lo siguiente: si, por ejemplo, ante una infracción leve interviniera el derecho penal, se estaría vulnerando el principio de *ultima ratio*. Ello se debería a que la propia norma administrativa contiene en su articulado un escalón superior de sanción que, a su vez, posee una norma sancionadora más grave (leve, grave, muy grave). Siguiendo este razonamiento, la conducta infractora será leve siempre y cuando no sea grave, y será grave cuando no esté tipificada como muy grave. Por tanto, en este orden de ideas, puede afirmarse que lo que es leve para el derecho administrativo no puede ser grave para el derecho penal. Lo mismo sucede con las infracciones graves, no corresponde que intervenga automáticamente el derecho penal cuando el propio legislador estipuló una infracción con su sanción específica superior a la grave. Sin embargo, no existe otra norma en un escalón superior a la calificada como «muy grave» en derecho administrativo sancionador, por tanto será esa la infracción que debe tomar como parámetro el derecho penal para el reenvío normativo.

De esta forma se respeta de mejor manera el principio de subsidiariedad y *ultima ratio* del derecho penal, dejando la intervención punitiva de este para los casos realmente más graves.

---

<sup>491</sup> En un sentido similar, ROYO, E. M., *Delitos...*, p. 157, sostiene que «se exige una *infracción* de aquellas leyes o disposiciones. Ello ha podido interpretarse en diversos sentidos: desde una postura material, que requeriría que la aludida infracción revistiera cierta gravedad para integrar el tipo; o desde un punto de vista formal que, sin más, admitiría integrar cualquier contravención a las concretas normas administrativas. Creo, no obstante, que conforme a una interpretación objetiva del art. 325 CP se pueden conciliar ambas posiciones, pues si bien es cierto que el precepto no exige una especial gravedad para admitir que determinada infracción integre el tipo, lo normal es que “de facto” solo las contravenciones que revistan este carácter permitirán acreditar una puesta en peligro al medio ambiente que sea *grave*. De modo que el tipo penal de este precepto, se cierra a infracciones “de bagatela” no tanto porque formalmente no puedan integrar la remisión normativa sino porque, a la postre, no van a ser idóneas para hacer que la concreta conducta ocasione un peligro *grave al medio ambiente*».

En otro orden de ideas, es oportuno resaltar la dificultad interpretativa a la que nos somete la terminología utilizada, tanto en la infracción administrativa como en el delito del art. 325 CPE. Como se aprecia de la letra de la normativa administrativa, la infracción de carácter «muy grave» exige para su consumación, entre otras cosas, que se «haya producido un daño o deterioro grave para el medio ambiente».<sup>492</sup> Mientras, en el art. 325 CPE se exige para la consumación que se «puedan causar daños sustanciales»<sup>493</sup> y/o que se «pudiera perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales».<sup>494</sup> Entonces pareciera que, de acuerdo a la manera en que están redactadas las normas, en ambas instancias se requeriría básicamente lo mismo para consumarse. Aún más, el derecho administrativo sancionador demandaría más que el derecho penal al exigir el deterioro concreto grave para el medioambiente, mientras que el delito ambiental solo exige peligro para su consumación.

Sin entrar en la polémica respecto a la diferencia meramente cuantitativa entre ambas figuras, lo que parece desprenderse de lo antedicho es que tal diferencia cuantitativa parece no existir.

Una postura crítica del sistema de tipificación utilizado por el art. 325 CPE, sostiene que el legislador no solo ha optado por el recurso a la técnica de ley penal en blanco, sino que también se incorporan al tipo elementos normativos que dificultan el rendimiento interpretativo del tipo. En efecto, el empleo de elementos normativos como los utilizados suscitaría mayores problemas materiales para las garantías del principio de legalidad que el uso de la propia ley penal en blanco. Ejemplo de esta situación es la utilización de la expresión peligro «grave».<sup>495</sup> Consecuentemente, MORALES PRAT sostiene que «desde el punto de vista formal de las garantías del principio de legalidad, el empleo de las referidas cláusulas puede dejar tranquila o aletargada la “conciencia garantista”, pero, desde la perspectiva material y efectiva de tales garantías de legalidad penal, la alarma es máxima, por cuanto se trata de conceptos absolutamente indeterminados e indomeñables por vía interpretativa, cuya apreciación queda en la más absoluta discrecionalidad del juzgador, por no hallar referente de determinación ni en

---

<sup>492</sup> Ver Ley 34/2007, de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera, art. 30.

<sup>493</sup> Art. 325.1 CPE.

<sup>494</sup> Art. 325.2 CPE.

<sup>495</sup> Cfr. MORALES PRATS, F., «El delito de contaminación ambiental: análisis del artículo 325.1 CP», en *Estudios de derecho ambiental. Libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, QUINTERO OLIVARES, G. Y MORALES PRATS, F. (coord.), Tirant lo Blanch, 2008, Valencia, pág. 1055.

los propios postulados valorativos del derecho penal ni en la normativa extrapenal, que constituye la *prima ratio* de tutela de medio ambiente». <sup>496</sup>

En el sentido interpretativo, el TS nos dice que «semánticamente grave es lo que produce o puede producir importantes consecuencias nocivas, lo que implica un juicio de valor. Para encontrar el tipo medio de gravedad a que se refiere el art. 325 CPE habrá que acudir a la medida en que son puestos en peligro, tanto el factor antropocéntrico, es decir, la salud de las personas, incluida la calidad de vida por exigencia constitucional, como a las condiciones naturales del ecosistema (suelo, aire, agua) que influyen por tanto, en la gea, la fauna y la flora puestas en peligro». <sup>497</sup>

En conclusión, la realidad nos demuestra que la tarea de determinar la gravedad requerida por el tipo penal no es sencilla <sup>498</sup>. Por lo tanto, la distinción entre infracción administrativa y delito, tampoco lo será. En este sentido, el sistema de accesoriadad entre el derecho penal y el derecho administrativo (que se verá en el punto siguiente) no se encuentra del todo armonizado o coordinado. Así, consideramos que, probablemente, en futuras reformas el legislador deba encontrar un modo que genere menos tensión con el principio de legalidad a la hora coordinar el reenvío del delito medioambiental a la infracción administrativa y facilitar la distinción entre ambos ilícitos. De la forma en que se encuentran tipificadas las conductas, tanto en sede administrativa como penal, se empaña, también, el principio de *ultima ratio*, dificultando (no impidiendo) la determinación concreta de cuándo nos encontramos ante delito y cuándo ante infracción administrativa.

Asimismo, agrava esta situación la redacción del nuevo art. 325 CPE. En efecto, el legislador incorporó en la última reforma el inciso 1, donde se desvirtúa categóricamente el bien jurídico protegido, otorgándole entidad de bien jurídico penal protegido directamente a los objetos materiales como aire, suelo, agua, animales y plantas. Ni siquiera se exige en este punto un grado determinado de gravedad, sino que,

---

<sup>496</sup> *Ibidem*.

<sup>497</sup> Cfr. STS 410/2013 de 13 de mayo, en ocasión de un delito por contaminación acústica, también STS 370/2016 de 28 de abril.

<sup>498</sup> Como señala SILVA SÁNCHEZ, J. M./MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Los delitos...*, pp. 107-108, respecto de dónde se halla el criterio de la gravedad del peligro, teniendo en cuenta que se trata de un elemento valorativo ambiguo, la aplicación del delito por parte de jueces y tribunales no abandonó el ámbito de lo inseguro. Sin embargo son los propios tribunales quienes proporcionan los criterios generales que permiten otorgar la necesaria seguridad en la aplicación de la norma. Por su parte, QUINTERO OLIVARES G., *Derecho penal...*, p. 60, reconoce como positivo que exista un punto diferenciador entre infracción administrativa y delito penal, pero considera riesgoso que ello quede fiado a un elemento tan indeterminado como la «gravedad» del peligro.

simplemente, el legislador introdujo un nuevo elemento normativo: «daño sustancial». Esta última construcción legislativa dificulta, aún más, la diferenciación entre la infracción administrativa y la penal. En concreto, si la diferenciación entre una y otra cuando afecten al equilibrio de los sistemas naturales ya era de por sí difícil, con la nueva redacción del art. 325 se torna casi imposible, incluso pudiendo considerarse que el inciso 1 del art. 325 vulnera el principio de fragmentariedad y de *ultima ratio* (sobre esto volveremos *infra* al tomar posición respecto de la diferencia existente entre la infracción administrativa y delito contra el medioambiente).

## **2) Modificación de normativa administrativa: ¿retroactividad de la ley penal en blanco?**

Una de las situaciones que pueden plantearse cuando se recurre a la técnica de la ley penal en blanco es la modificación de la ley que opera como complemento. Entonces cabe preguntarse por los efectos de esa modificación y en qué medida alteran la aplicación del derecho penal. En principio, se debe evidenciar que nos referiremos al supuesto en el cual la modificación de la normativa administrativa redunda en un beneficio para el infractor; ya que una vez que la normativa extrapenal complementaria integra el tipo penal del art. 325 CPE, se constituye una «ley nueva», por lo tanto en los casos en que ello importe un cambio en detrimento para el reo, la retroactividad de esta norma se encuentra vedada (arts. 9.3, 25.1 CE y art. 2.1 CPE).<sup>499</sup>

Se trata, entonces, de comprobar si las modificaciones mencionadas permiten constatar el nacimiento de una nueva ley penal más favorable y determinar el efecto retroactivo que regula el art. 2.2 CPE.<sup>500</sup>

En efecto, el planteamiento posee gran importancia en el ámbito medioambiental. De conformidad con lo que ya se ha visto, la normativa administrativa protectora del medioambiente se modifica periódicamente siguiendo los avances tecnológicos, nuevos desarrollos productivos, aparición de nuevos conocimientos, etc. Con frecuencia, estos cambios tienden a atenuar la regulación extrapenal, ya sea con carácter general o en supuestos concretos.

---

<sup>499</sup> Cfr. GÓRRIZ ROYO, E. M., *Delitos...*, p. 158.

<sup>500</sup> Cfr. BRANDARIZ GARCÍA, J. A., «Relaciones...», p. 118.

Al respecto, la doctrina mayoritaria rechaza las posturas maximalistas que niegan que la reforma de la norma extrapenal, en cualquier caso, pueda conformar una nueva ley penal más favorable con operatividad retroactiva. Lo correcto es analizar en cada caso si, desde un punto de vista político-criminal, puede afirmarse la presencia de esa nueva norma más favorable.<sup>501</sup>

En ese sentido, la doctrina mayoritaria acogió recientemente la moderna doctrina alemana que impone una tesis intermedia o diferenciadora<sup>502</sup> que sostiene que la modificación de la normativa extrapenal que beneficia al infractor debe entenderse como fundamento de una ley penal más favorable con eficacia retroactiva cuando la misma implica la desaparición de la necesidad preventiva general y especial de penar el supuesto de hecho, es decir, cuando ese cambio en normativa extrapenal se motive por un cambio en la valoración jurídica del hecho.<sup>503</sup> O, desde otro punto de vista, cuando mantener la sanción la convierte en un recurso desproporcionado desde la perspectiva jurídico-penal.<sup>504</sup>

Por otra parte, un sector minoritario, que posee una visión amplia al respecto, considera que, al formar las normas complementarias parte indisociable de la norma penal, de su injusto, las modificaciones que resulten favorables al reo implican una flexibilización de la norma penal, haciéndola más favorable y, por ende, de aplicación retroactiva.<sup>505</sup>

Por su parte, MENDO ESTRELLA rechaza la retroactividad cuando la ley de complemento sea modificada y resulte beneficiosa para el reo, ya que esto haría «temblar los más profundos cimientos del derecho penal» por afectar a la prevención general, el principio de lesividad y el de exclusiva protección de bienes jurídicos.

---

<sup>501</sup> *Ibidem.*, pp. 118-119.

<sup>502</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal...* p. 251.

<sup>503</sup> En ese sentido, señala GÓRRIZ ROYO, E. M., *Delitos...*, p. 159, que «se podría establecer algún límite a la aplicación retroactiva a favor del reo en medio ambiente, en casos en que con posterioridad a determinada agresión medioambiental, se produjera un cambio en la normativa extrapenal que viniera fundamentado en mejoras coyunturales o en simples elementos fácticos pero que no afecten al carácter ilícito o injusto del hecho».

<sup>504</sup> Suscribe esta última postura LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A., *Sobre la retroactividad penal más favorable*, Civitas, 2000, Madrid, pp. 70 ss. y 107 ss., quien entiende que el criterio para aplicar la retroactividad de la ley penal más favorable habrá que buscarlo en el principio de proporcionalidad. En ese sentido, lo verdaderamente relevante para rechazar la aplicación penal vigente al momento de la comisión del delito es que resultara desproporcionada desde la perspectiva jurídica-penal del enjuiciamiento.

<sup>505</sup> Cfr. MENDO ESTRELLA, A., *El delito...*, p. 109.

Considera el autor que sería distinta la solución si el bien jurídico hubiera dejado de tener relevancia penal.<sup>506</sup>

SILVA/MONTANER nos recuerdan sobre este punto que debe respetarse el principio de jerarquía de las normas. Por ello, consideran que «no pueden estimarse beneficiosas a los efectos de integrar el tipo penal y aplicarse retroactivamente en favor del reo ciertas disposiciones emanadas de direcciones generales que amplían el límite permitido de emisiones de ciertos gases, pero lo hacen vulnerando los criterios establecidos en normas de rango superior».<sup>507</sup>

## b) Igualdad

La problemática planteada sobre esta cuestión no puede ser resuelta tan fácilmente. Según CARBONELL, el hecho de que una conducta pueda ser delictiva en un lugar y no serlo en otro, es una clara consecuencia del sistema de fuentes normativas compartidas contempladas por la CE. Según este autor, resulta obvio que es cuestión de cada comunidad autónoma determinar el ámbito de sus infracciones administrativas en materia de sus competencias.<sup>508</sup> En efecto, las exigencias medioambientales no tienen por qué ser idénticas en distintos lugares. Puede resultar lógico que en una zona sea necesario proteger con mayor intensidad los recursos hídricos (por distintos factores, por ejemplo: por contar con ellos, por ser escasos, por formar parte de un ecosistema donde habitan especies en extinción, etc.) y en otros no. Lo mismo puede predicarse de la tierra, aire, etc. Desde esta óptica, no parece reñido con el principio de igualdad que una persona pueda ser sancionada penalmente en una comunidad autónoma y en otra no. Si bien es cierto que el CPE debe aplicarse en todo el territorio y a todos los ciudadanos, no es menos cierto que el delito medioambiental tiene particularidades propias que exigen que el bien jurídico-penal protegido sea preservado de manera más intensa en distintas zonas. En ese sendero, la igualdad en sentido constitucional implica tratar por igual a los iguales y desigual a los desiguales. Como señala CARBONELL, «[n]o es

---

<sup>506</sup> *Idem*. Sobre esta cuestión, el autor apoya su argumento en la STS de 24 de mayo de 2003, donde, entre otras cosas se lee que «[n]o está permitido aplicar retroactivamente disposiciones administrativas más tolerantes y permisivas con el funcionamiento de las industrias o focos de contaminación [...] No se puede concebir que la modificación de la legislación administrativa contribuya a legitimar la contaminación ya irremediadamente producida».

<sup>507</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M./MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Los delitos...*, p. 80, con referencia a la STS de 30 de noviembre de 1990.

<sup>508</sup> Cfr. CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: ...*, p. 126.

contrario al principio de igualdad, sino su más absoluta afirmación, contemplar la distinta significación de las conductas iguales en distintas zonas del territorio: tratar de manera desigual a lo que tiene significación distinta». <sup>509</sup>

Coincidentes con este resultado se muestran SILVA/MONTANER al sostener que tan legítimo es integrar el tipo penal con una ley extrapenal autonómica como con cualquier otra norma extrapenal de procedencia estatal. Según estos autores, se posibilita de este modo la adaptación parcial de la normativa penal a las circunstancias peculiares de cada comunidad autónoma que integra el Estado. En consecuencia, estas peculiaridades pueden exigir mayor o menor intensidad en la protección de bienes jurídicos, explicando, de este modo, la configuración del ámbito de lo punible en términos parcialmente diferentes. En definitiva, mientras las remisiones cumplan con los requisitos exigidos por el TC, serán legítimas aunque remitan a preceptos autonómicos y, por lo tanto, no habrá vulneración del principio de igualdad. <sup>510</sup> Como nos recuerda DE LA MATA, el TC ha reiterado que es la arbitrariedad, y no la desigualdad en sí, la que vulnera el principio de igualdad. <sup>511</sup>

Asimismo, grafica muy bien la cuestión el ejemplo ofrecido por MUÑOZ CONDE, donde podría admitirse que la realización de una emisión de gases a la atmósfera sea constitutiva de delito en una comunidad autónoma y no en otra debido a la diferencia de permisión de niveles admitidos por la Administración que puedan existir en una u otra comunidad autónoma (en respuesta a diferentes realidades). Sin embargo, para que sea delito la emisión, además de infringir la normativa administrativa, deberá significar un peligro que «pueda perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales» o «cause o pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire» (siguiendo el ejemplo) y en ambos casos, sea cual fuere el nivel permitido por la Administración en el supuesto de verificarse la exigencia del tipo penal, se estará cometiendo un delito. <sup>512</sup>

---

<sup>509</sup> *Idem.*

<sup>510</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Los delitos...* pp. 88-89. Por su parte, GÓRRIZ ROYO también reconoce que las normas que integrarían, como complemento, la remisión en blanco pueden pertenecer a la regulación estatal y autonómica para la protección del medioambiente (con citas jurisprudenciales, GÓRRIZ ROYO, E. M., *Delitos...* p. 144 ss.). A solución similar arriba DE LA MATA, N., «Delitos...», p. 34, al sostener que debe reconocerse que en la regulación de materias complejas en las que resulta esencial una actuación positiva de los poderes públicos, que se caracteriza por ser eminentemente preventiva, que se materializa en una compleja normativa administrativa, la remisión a normas específicas de rango inferior puede ayudar a cerrar el tipo redundando en una mayor certeza. En ese sentido también ver DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Cuestiones dogmáticas relativas al delito de contaminación ambiental», en *Revista Penal*, 4, 1999, pp. 30-41.

<sup>511</sup> Cfr. DE LA MATA, N., «Delitos...», p. 34.

<sup>512</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, F., LÓPEZ PEREGRÍN, C. Y GARCÍA ÁLVAREZ, P., *Manual...*, p. 87.



### **c) División de poderes (principio democrático)**

Sobre esta cuestión también se manifestó el TC<sup>513</sup> al aclarar que, además de las leyes autonómicas, los reglamentos también pueden cumplir la función de complemento de las leyes penales en blanco. Sobre ello, la sentencia indica que «... la reserva de ley que rige para las disposiciones penales no excluye la posibilidad de que estas contengan remisiones a los Reglamentos administrativos [...] pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, pues esto último supondría degradar la garantía esencial que el principio de legalidad entraña». En ese sentido, al reglamento le quedará un ámbito limitado a la fijación de meros detalles de la conducta ilícita que por su carácter cambiante y técnico no encuentren lugar en la ley orgánica penal, pero resultan indispensables para incorporar todos los comportamientos que de un modo más grave puedan atacar al medioambiente.<sup>514</sup>

## **5. El ordenamiento de la Unión Europea como normativa extrapenal de carácter general**

Como se ha visto, la normativa extrapenal puede consistir en disposiciones estatales o autonómicas, no obstante, puede incorporarse un tercer grupo compuesto por normas del ordenamiento de la UE que regulan la materia medioambiental y, por tanto, podrían integrar una ley penal en blanco.<sup>515</sup>

En ese sentido, si bien la UE no es competente en materia de derecho penal, ello no impide que dicte normas relacionadas con este para que los Estados miembros garanticen la aplicación de la normativa destinada a proteger el medioambiente. Así, se han dictado directivas requiriendo a las autoridades de los Estados miembros la aplicación de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias, considerándose

---

<sup>513</sup> STC 120/1998 de 15 de junio.

<sup>514</sup> Cfr. Nota n.º 167, p. 83.

<sup>515</sup> Sobre este punto se recomienda ver GÓRRIZ ROYO, E. M., *Delitos...*, pp. 141 ss.

que constituyen una medida indispensable para combatir los atentados más graves contra el medioambiente.<sup>516</sup>

La UE ejerce sus competencias relativas al medioambiente a través de reglamentos y directivas. En ese sentido, los reglamentos tendrán valor general y serán obligatorios en todas sus partes y de aplicación directa a cada uno de los Estados miembros.<sup>517</sup> Esto significa que son directamente aplicables sobre los Estados miembros y, por ello, no necesitan transposición para ser efectivos, sino que son equiparables a cualquier norma nacional.<sup>518</sup> Por este motivo, las normas dictadas por la UE mediante reglamento cuya finalidad es la protección del medioambiente pueden integrar, complementándolo, el tipo penal del delito contra el medioambiente.

Sin embargo, esta automaticidad no puede predicarse de las directivas debido a que ellas obligan a los Estados miembros en cuanto al resultado que debe conseguirse, dejándose a las autoridades de la nación la elección de las formas y los medios.<sup>519</sup> Por lo tanto, esto implica que los Estados deben transponer la directiva a su legislación interna y, una vez que el contenido se encuentre incorporado en la legislación nacional, podrá completar el art. 325 CPE.

Una cuestión que se plantea respecto de la directiva radica en su no transposición al derecho interno o su transposición incorrecta. Sobre esta cuestión son, por demás, clarificadoras las teorías de PRATS CANUT, autor al que seguiré en los siguientes pasajes.

Este autor distingue dos hipótesis: la primera de ellas denominada «supuesto de transposición correcta», la segunda —al contrario de la anterior— es la llamada «transposición incorrecta».

El primero de los supuestos, es decir la trasposición correcta, no presenta problemas. Esto se debe a que la norma comunitaria abandona esa naturaleza, pasando a ser normativa interna (o nacional) cuando un Estado (o comunidad autónoma) cumple con la obligación de transposición en el plazo impuesto y respetando los extremos que constituyen el resultado de la directiva. Por lo tanto, al encontrarnos con una norma interna, su función de complemento en nada se diferenciará de las otras normas

---

<sup>516</sup> Cfr. Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medioambiente mediante el derecho penal.

<sup>517</sup> Cfr. art. 288.2 del Tratado de Funcionamiento de la UE.

<sup>518</sup> Cfr. Matellanes Rodríguez, N., *Derecho penal...*, p. 106. La autora no encuentra problemas a la hora de aplicarlo directamente y, en lo que respecta a este punto, de utilizarlo como complemento de la norma penal en blanco.

<sup>519</sup> Cfr. art. 289 del Tratado de Funcionamiento de la UE.

nacionales del mismo rango normativo. En consecuencia, la problemática que pueda surgir será la misma en un caso o en el otro.<sup>520</sup>

En los supuestos de transposición incorrecta o defectuosa de directiva comunitaria se abre la puerta a que las facultades interpretativas del juez penal adquieran mayor trascendencia a los efectos de integración de la norma penal por vía interpretativa. Dentro de este tipo de transposición hallamos dos subtipos: de un lado la transposición incorrecta *stricto sensu* que se manifiesta cuando la transposición se hace de una forma que no corresponde con los fines de la directiva; y de otro nos encontramos con una transposición incorrecta por doble transposición. Este supuesto se evidencia cuando el Estado y una comunidad autónoma realizan una transposición de directiva, careciendo alguno de ellos de competencia para hacerlo.

En los supuestos de incorrección *stricto sensu*, el juez penal se encuentra ante un conflicto entre la norma comunitaria y la norma interna, pues la norma de transposición de la directiva tiene ya la consideración de norma interna posterior a la norma comunitaria.<sup>521</sup> Según PRATS CANUT, el conflicto se debe solucionar con base en el principio de supremacía, que debe conducir al intérprete penal a la aplicación prioritaria de la directiva como norma de complemento del tipo penal.<sup>522</sup>

En la segunda hipótesis, de transposición incorrecta por doble transposición, el juez nacional deberá encontrar los criterios necesarios que le permitan encontrar cuál es la norma interna de referencia ante un conflicto con la norma comunitaria. La cuestión se centrará en cuál de las normas internas es la aplicable; y ello nos llevará a la cuestión de la ejecución del derecho comunitario.<sup>523</sup> Debe destacarse que en España, por el sistema de competencias autónomas (ver primer punto del capítulo), se admite que una comunidad autonómica pueda transponer una directiva comunitaria siempre que se cumpla con los requisitos constitucionales de reparto competencial.<sup>524</sup>

Sin embargo, si bien es cierto que las directivas no gozan de un efecto directo en su aplicación por los Estados miembros, el TJCE ha reconocido que es admisible la eficacia directa de la *directiva no transpuesta* por el eventual perjuicio para los intereses de cualquier persona cuyas expectativas se basan en la correcta y adecuada aplicación

---

<sup>520</sup> Cfr. PRATS CANUT, J.M; MARQUÉS I BANQUÉ, M Y MORÁN MORA, C., *Derecho penal ambiental y Derecho comunitario. La Directiva IP*, Aranzadi, 2002, Navarra, pp. 135-136.

<sup>521</sup> *Ibidem*, pp. 136-137.

<sup>522</sup> *Ibidem*, p. 137. Se recomienda la lectura ya que cuenta con referencias jurisprudenciales del TJCE.

<sup>523</sup> *Ibidem*, p. 139.

<sup>524</sup> *Ibidem*, pp. 140-141.

del derecho comunitario. Esto puede suceder cuando: a) la directiva erige un principio jurídico suficientemente claro y preciso, es decir, se encuentran definidos los supuestos de hecho y derecho; b) los términos de la directiva aparecen expuestos de forma incondicional, sin dejar margen de apreciación para el legislador nacional. En estos supuestos se admite que el particular alegue frente al Estado y ante los tribunales el reconocimiento de derechos derivados de la directiva no transpuesta.<sup>525</sup> Esto resulta lógico ya que los Estados miembros no pueden cobijarse en su propio incumplimiento de la obligación de transponer la directiva para negar un derecho.<sup>526</sup> No obstante, esta invocación de la directiva no transpuesta no puede ser utilizada entre particulares. Es lo que en doctrina se conoce como admisión de efecto directo *vertical* de la directiva no transpuesta y rechazo de efectos *horizontales*.

También ha de señalarse que, cuando es el Estado quien pretende responsabilizar penalmente a un particular en base a obligaciones que derivan de su propio incumplimiento (no transposición de la directiva), se debe negar la eficacia directa de la disposición comunitaria conforme a jurisprudencia del TJCE. Estos supuestos son conocidos como de efecto *vertical inverso*.<sup>527</sup>

Sin embargo, existe la posibilidad de que las directivas no transpuestas formen parte del bloque normativo interno, pudiendo ser destinatarias del reenvío del art. 325 CPE. Este fenómeno se produce, según MATELLANES y de acuerdo con la doctrina, cuando para el caso del medioambiente se concretan los siguientes extremos: a) la directiva fija valores límites, valores máximos o concentraciones de sustancias en un medio ambiental o en otra sustancia o producto; b) prohíbe determinadas actividades o la utilización de determinados productos, y c) establece que personas o grupos de

---

<sup>525</sup> Ver por ejemplo la sentencia *Ratti*, donde se planteó una cuestión relativa al plazo de transposición de la directiva. El acusado había adecuado su comportamiento a lo establecido por la directiva no transpuesta en su país, y sin embargo, en Italia continuaban aplicando una normativa más restrictiva de la directiva. El TJCE resuelve que el Estado miembro no puede seguir aplicando una norma interna de carácter penal a un ciudadano que adecúa su conducta a una norma comunitaria no transpuesta cuando el plazo para hacerlo ya ha vencido (STJCE de 5 de Abril de 1979). También en la Sentencia *Kolpinghuis Nijmegen* (STJCE de 8 de octubre de 1987), referida a un ciudadano que adecuó su conducta a lo establecido por una directiva que aún no había sido transpuesta, el TJCE sostuvo que no tiene sentido castigar a un ciudadano por una conducta que en poco tiempo dejará de ser punible (Cfr. PRATS CANUT, J.M; MARQUÉS I BANQUÉ, M Y MORÁN MORA, C., *Derecho penal...*, p. 146).

<sup>526</sup> Cfr. Matellanes Rodríguez, N., *Derecho penal...*, p. 107. También PRATS CANUT, J.M/MARQUÉS I BANQUÉ, M/MORÁN MORA, C., *Derecho penal...*, pp. 143-145.

<sup>527</sup> Cfr. PRATS CANUT, J.M/MARQUÉS I BANQUÉ, M./MORÁN MORA, C., *Derecho penal...*, p. 145. Con cita de la Sentencia *Pretore di Saló*, relativa a un caso de delito ecológico en Italia, donde se planteó si una directiva no transpuesta o defectuosamente transpuesta puede imponer a los ciudadanos obligaciones de comportamiento cuya infracción pudiera ser sancionada penalmente por el derecho interno. A ello respondió el Tribunal con un rotundo no.

población afectados deben ser informados u oídos.<sup>528</sup> Sin embargo, para la autora en cita, estos requisitos solos no alcanzan. En efecto, considera que se debe distinguir entre el incremento o restricción de la esfera de libertad del individuo, dando en el primer caso una reducción o atenuación de la responsabilidad penal, o un agravamiento de la misma en el segundo. En el primero de los supuestos no existiría inconveniente en la incorporación directa de la directiva como complemento del tipo del art. 325, mientras que, en el segundo supuesto, por redundar en una elevación de la responsabilidad penal sería conveniente mantener su rechazo.<sup>529</sup>

Además de lo anterior, existe una sólida doctrina jurisprudencial en España que deja en claro que las normas del derecho comunitario son aptas para servir de complemento de las leyes penales en blanco. Así lo vemos, por ejemplo, en la STC 120/1998, de 15 de junio, donde se indica que «una norma de Derecho comunitario, originaria o derivada, en atención a su primacía en el orden interno, es susceptible de integrar el supuesto de hecho de una norma penal, incluso si esta exige para su complemento que tenga rango legal». Por su parte, el TS en Sentencia 52/2003, de 24 de febrero, sostiene que «[e]n consecuencia, para la integración del tipo penal del artículo 325 del Código Penal han de tenerse en cuenta, como normativa administrativa cuya infracción integra el tipo, los Reglamentos de la Comunidad Europea que tienen aplicación directa y primacía sobre el Derecho interno, mientras que las Directivas pueden tener eficacia exclusivamente para restringir el tipo pero no para ampliarlo».

En conclusión, a los fines del reenvío del art. 325, deben tenerse en cuenta los reglamentos de la Unión Europea que poseen aplicación directa y priman por sobre el derecho interno. Por su parte, las directivas podrán tener eficacia en aquellos supuestos en que restrinjan el tipo, siendo ineficaces cuando lo amplíen.<sup>530</sup> Además, se debe tener presente que las directivas tendrán efecto estatal una vez incorporadas al derecho interno. Sin embargo, también tendrán efecto en el derecho interno cuando la transposición ha sido incorrectamente incorporada (o no lo haya sido), si recogen disposiciones claras, precisas e incondicionadas. En estos casos, los particulares podrán alegarlas contra el Estado; impidiéndose tal cosa de forma inversa o entre particulares

---

<sup>528</sup> *Idem* nota n.º 182.

<sup>529</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 108. Uno de los argumentos que utiliza la autora para admitir que un aumento de las cotas de responsabilidad con base en una directiva no transpuesta equivaldría a una inmisión en el *ius puniendi* por parte de una instancia normativa carente de la representatividad democrática que la incriminación demanda.

<sup>530</sup> Cfr. SÁNCHEZ MELGAR, J., «La Jurisprudencia...», p. 88. Sobre este tema se recomienda como lectura complementaria y fundamental, RODRÍGUEZ MEDINA, Mª M., *Tutela jurídico...*, pp. 190 ss.

(horizontal). Por último cabe agregar que se encuentra vedado todo tipo de interpretación basado en normativa comunitaria cuando ello implique —en el ámbito penal— una analogía contraria al acusado que se utilice para agravar o fundamentar su responsabilidad.

#### IV. Accesoriedad del DPMA respecto del derecho administrativo

**E**n el punto anterior hemos analizado la cuestión referida al sistema de remisión que utiliza el DPMA a la normativa —principalmente— administrativa, mediante el empleo de la técnica de la ley penal en blanco. Asimismo, más allá de las críticas que puedan efectuarse a este sistema, es cierto que se muestra necesario e inevitable el recurso a la ley penal en blanco por distintos motivos ya analizados. Ahora bien, en este acápite nos detendremos a evaluar la vinculación que existe entre el DPMA y el derecho administrativo. En ese sentido, se dice que el DPMA es accesorio del derecho administrativo.

##### 1. Modelo de la autonomía (como independencia absoluta) del DPMA

Este modelo se caracteriza por prever una protección penal absolutamente independiente de la normativa administrativa. De acuerdo a este modelo, las conductas dignas de penas se describen con cierto grado de exhaustividad pero evitando la remisión a conceptos administrativos.<sup>531</sup> No existiría, entonces, ninguna relación entre las tipificaciones del DPMA y las contempladas por la normativa administrativa.<sup>532</sup>

Como es de suponer, este sistema de accesoriedad es merecedor de varias críticas. En efecto, PRATS CANUT (*et al*) entiende que el derecho penal no puede interpretarse como una porción de independencia absoluta del resto del ordenamiento jurídico, ya que el derecho penal apela, entre otros, al principio de necesidad de la intervención en su doble manifestación de intervención mínima y carácter fragmentario.<sup>533</sup> Por su parte, ESTEVE PARDO<sup>534</sup> encuentra en este modelo dos

---

<sup>531</sup> Cfr. DE LA MATA, N., «Delitos contra el medio ambiente...», p. 19; BRANDARIZ GARCÍA, J. A., «Relaciones...», p. 94.

<sup>532</sup> Cfr. ESTEVE PARDO, J., «Protección penal y accesoriedad administrativa en la nueva regulación para la protección del medio ambiente», en BERBEROFF AYUDA, D. (Dir.), *Incidencia medioambiental y derecho sancionador*, CDJ, VIII, 2006, p. 122.

<sup>533</sup> Cfr. PRATS CANUT, J.M; MARQUÉS I BANQUÉ, M Y MORÁN MORA, C., *Derecho penal...*, p. 81.

inconvenientes graves: el primero radica en la dificultad de caracterización y tipificación mínimamente precisa, de las conductas cuyo agravio al medioambiente se consideren delictuales. El segundo, se identifica con la ruptura del ordenamiento jurídico, o la propensión a la incoherencia o la contradicción que esta opción produce. Es perfectamente factible que existan contradicciones entre lo tipificado por el CPE y lo que establecen las normas administrativas. Podría suceder, por ejemplo, que conductas consideradas delitos no sean sancionadas por el derecho administrativo (rama del ordenamiento jurídico más próxima a la realidad que el derecho penal) y, por el contrario, podría darse la situación por la cual una conducta considerada de gravedad por el derecho administrativo no constituya delito. Por último, el autor citado recuerda que la normativa administrativa sufre modificaciones con mayor periodicidad que la penal, adaptándose a los nuevos avances tecnológicos y conductas novedosas de particular gravedad, que incorpora a sus cuerpos legales; conductas estas que pasarían desapercibidas para el derecho penal. Lo grafica el autor de forma magistral al decir que «[e]l Derecho penal queda así como ciego, incapaz de encararse con conductas graves que merecerían su intervención. El Derecho penal ve a través de los anteojos del Derecho administrativo».<sup>535</sup>

## 2. Sistema de dependencia del derecho penal respecto del administrativo

Este sistema, de forma opuesta al anterior, se identifica con una dependencia absoluta del derecho penal respecto de los actos o normas administrativas. En ese sentido, las normas del derecho penal serían completamente en blanco, careciendo de cualquier ingrediente definidor de conductas relacionadas con la protección del bien jurídico protegido. De este modo se castigaría únicamente el incumplimiento de las normas administrativas protectoras del medioambiente.<sup>536</sup> Este modelo también es denominado como de «accesoriedad absoluta o extrema», donde existe una

---

<sup>534</sup> Cfr. ESTEVE PARDO, J., «Protección penal...», p. 123.

<sup>535</sup> *Ibidem*, p. 124.

<sup>536</sup> Cfr. DE LA MATA, N., «Delitos contra el medio ambiente...», p. 19, BRANDARIZ GARCÍA, J. A., «Relaciones...», p. 94; en ese sentido también MUÑOZ CONDE, F./LÓPEZ PEREGRÍN, C./GARCÍA ÁLVAREZ, P., *Manual...*, p. 57, este autor sostiene que se trata de «una incriminación indiferenciada de las conductas que constituyen ilícitos administrativos, identificándose la conducta delictiva con el mero incumplimiento de la normativa administrativa».



subordinación absoluta del derecho penal respecto de la normativa o actuación de la Administración.<sup>537</sup> En concreto, se trataría de delitos de mera desobediencia,<sup>538</sup> significando una incriminación indiferenciada de las alteraciones al bien jurídico protegido que haya definido el derecho administrativo. El legislador penal solo necesitaría comprobar que, en orden a los criterios de tolerabilidad del derecho administrativo, cuando en este último una conducta sea ilícita, también lo será en sede penal.<sup>539</sup>

Entre las principales críticas a este modelo encontramos las efectuadas por DE LA MATA, quien entiende que con la adhesión a este sistema estaríamos frente a un derecho penal absolutamente dependiente cuya función se reduciría, únicamente, al control o ejecución de la Administración, llegando a afirmarse que el bien jurídico-penal protegido sería la capacidad de control de la Administración Pública en materia medioambiental. Asimismo, sostiene el autor citado que, al permitirse que el derecho penal solo cumpla la función de sancionar incumplimientos formales de la normativa administrativa, el delito contra el medioambiente sería puramente formal, y en ese caso no debiera intervenir el derecho penal. Por ello no se admite una penalización de todo el derecho administrativo.<sup>540</sup> En ese mismo sentido, ya hemos señalado al tratar la legitimidad del DPMA que este debe cumplir con el principio de *ultima ratio* (entre otros) para que su intervención sea legítima. Por tanto, de acuerdo a este modelo, no se defendería un auténtico bien jurídico-penal sino simples decisiones administrativas.<sup>541</sup> Además, el injusto penal debe contener un *plus* en el desvalor de la acción, o de resultado, por sobre el administrativo, ya que el injusto penal debe poseer un contenido lesivo diferente al de la mera infracción administrativa.<sup>542</sup>

Según MUÑOZ CONDE, en un sentido similar a la crítica expuesta en el párrafo anterior, señala que este sistema de accesoriadad extrema subordina completamente el derecho penal a la función y objetivos del derecho administrativo. También se solapan

---

<sup>537</sup> Cfr. BRANDARIZ GARCÍA, J. A., «Relaciones...», p. 94.

<sup>538</sup> Cfr. PRATS CANUT, J.M/MARQUÉS I BANQUÉ, M./MORÁN MORA, C., *Derecho penal...*, p. 85.

<sup>539</sup> Cfr. GÓMEZ RIVERO, M., «El delito ecológico», p. 73. Allí, la autora pone como ejemplo de este modelo al §324 del Código Penal alemán en relación a la protección de las aguas. Este artículo castiga a quien «sin autorización contamine las aguas, o de cualquier modo altere perjudicialmente su cualidades propias».

<sup>540</sup> Cfr. DE LA MATA, N., «Delitos contra el medio ambiente...», p. 28. En ese sentido, también, HEINE, G., «Accesoriadad...», pp. 295-296, allí el autor sostiene que el derecho penal no solamente se retrae, sino que se subordina completamente a la función y objetivos del derecho administrativo.

<sup>541</sup> En ese sentido, *idem*.

<sup>542</sup> *Ibidem*.

las infracciones penales y las administrativas. Evidentemente, este modelo implicará una ley penal absolutamente en blanco, cosa por demás rechazable, ya que priva de autonomía al derecho penal a la hora de delimitar qué conductas han de ser constitutivas de delito.<sup>543</sup> En efecto, el derecho penal debe proceder de conformidad con sus parámetros propios, seleccionando y definiendo claramente cuál es el interés que merece y necesita su tutela y considerarlo bien jurídico-penal. También debe diseñar tipos que contengan elementos que introduzcan un nivel de antijuridicidad acorde al carácter fragmentario hecho referencia anteriormente.<sup>544</sup>

### **3. Modelo de accesoriad moderada, o limitada, del DPMA respecto del derecho administrativo**

Este modelo se caracteriza por la existencia de una relativa subordinación de la intervención penal respecto de la regulación administrativa. En ese sentido, el injusto penal se construye partiendo de la infracción de normas administrativas y, de ese modo, la violación de la norma administrativa se configura como un elemento más del tipo penal.<sup>545</sup>

Asimismo, este parece ser el modelo de mayor aceptación por la doctrina y los legisladores (por lo menos en el ámbito español).<sup>546</sup>

Mediante este modelo, el derecho penal efectúa una descripción general del comportamiento que pretende incriminar, pero el injusto se completará con una remisión a la regulación administrativa. Este es el caso del art. 325 CPE, así el derecho administrativo determinará, en cierto modo, los límites de la penalidad.<sup>547</sup>

Este modelo utiliza la técnica de la remisión mediante la ley penal en blanco, punto que ya ha sido analizado en el punto anterior, y a cuya problemática me remito. Pudiéndose agregar, como lo hace HEINE, que mediante esta modalidad el derecho penal debe adoptar, en algunos casos, estructuras ajenas, como por ejemplo la tendencia a la

<sup>543</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, F., LÓPEZ PEREGRÍN, C. Y GARCÍA ÁLVAREZ, P., *Manual...*, p. 58.

<sup>544</sup> Cfr. BRANDARIZ GARCÍA, J. A., «Relaciones...», p. 100.

<sup>545</sup> *Ibidem*, p. 94.

<sup>546</sup> Vid. por todos, ESTEVE PARDO, J., «Protección penal...», p. 126; PRATS CANUT, J.M/ MARQUÉS I BANQUÉ, M./MORÁN MORA, C., *Derecho penal...*, pp. 85-86; BRANDARIZ GARCÍA, J. A., «Relaciones...», p. 94; DE LA MATA, N., «Delitos contra el medio ambiente...», p. 20; MENDO ESTRELLA, A., *El delito ecológico...*, p. 87; SILVA SÁNCHEZ, J. M./MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Los delitos...*, p. 77.

<sup>547</sup> Vid. DE LA MATA, N., «Delitos contra el medio ambiente...», p. 20.

negociación de la ejecución administrativa; y su *soft-law* debilita al ordenamiento penal que es de aplicación obligatoria como «pilar del orden de valores de la sociedad», constatando esto cuando la Administración actúa informalmente.<sup>548</sup>

Sin embargo, más allá de los reproches que se le puedan hacer a este modelo (coincidentes con los de la ley penal en blanco), siguiendo a DE LA MATA podemos enumerar algunos fundamentos para la adopción de este modelo de accesoriidad moderada (o limitada): a) en la actualidad, la prioridad absoluta en la tutela del medioambiente se concreta en la actividad preventiva y de control de la administración, que determina los límites permitidos de actuación; b) al incorporarse al derecho penal nuclear la protección de numerosos bienes de carácter supraindividual, la garantía de la no contradicción del orden jurídico requiere que el derecho penal en alguna medida respete los preceptos del derecho administrativo, tolerando las conductas que sean permitidas por este último; c) dado el carácter fragmentario del derecho penal, únicamente conjugando la ley penal con un control político y administrativo riguroso, puede protegerse adecuadamente el bien jurídico-penal protegido. De esta forma el derecho penal culmina un proceso sancionador que se inicia con el derecho administrativo (o incluso antes); d) desde la óptica del principio de unidad del ordenamiento jurídico, y teniendo en cuenta la necesidad de protección ambiental por parte del derecho administrativo, este representa un límite a la amenaza penal de comportamientos permitidos en ese ámbito, por ello no puede prohibirse penalmente lo que administrativamente está permitido.<sup>549</sup>

En concreto, con la opción de esta modalidad de accesoriidad, se intenta configurar el derecho penal desde la vertiente preventiva ante la lesión de bienes jurídicos. No se trata, como el modelo anterior, de proteger la normativa administrativa *per se*, sino que se protege al medioambiente por su propia relevancia.<sup>550</sup> Asimismo, debe existir lesión al bien jurídico-penal, es decir una cierta idoneidad para dañarlo, por ello lo que es merecedor de sanción penal no son las lesiones contra el derecho administrativo, sino las acciones al menos potencialmente lesivas contra el

---

<sup>548</sup> Cfr. HEINE, G., «Accesoriidad...», p. 296.

<sup>549</sup> Cfr. DE LA MATA, N., «Delitos contra el medio ambiente...», pp. 22-25. Agrega el autor, que la política criminal, al pertenecer a la política legislativa en general, tendrá como consecuencia práctica por un lado el intento de coordinación de los diferentes sectores del ordenamiento y, por otro, a la integración, en el sentido de que si la normativa administrativa forma parte de la protección de un interés determinada, esta habrá de ser observada en la creación y aplicación de los preceptos penales (Idem.). Al respecto, HEINE, G., «Accesoriidad...», p. 296, resalta la garantía de coordinación no contradictoria de las decisiones del derecho administrativo y el derecho penal.

<sup>550</sup> *Ibidem*, p. 29. En idéntico sentido vid. HEINE, G., «Accesoriidad...», p. 295.

medioambiente. Las disposiciones administrativas indicarán los márgenes de actuación individual.<sup>551</sup> Así, la infracción de la normativa administrativa se constituye como condición necesaria pero no suficiente para la sanción penal.<sup>552</sup> Como señala HEINE, el derecho penal no puede olvidarse del derecho administrativo del medioambiente, ya que las autoridades (como ya se ha visto) pueden permitir acciones contrarias al bien jurídico-penal protegido, por lo tanto el DPMA actuará solo si se contravino una prohibición jurídico-administrativa protectora del medioambiente.<sup>553</sup>

#### 4. Modalidades de accesoriadad

Dentro de la categoría «accesoriadad», la doctrina mayoritaria distingue tres tipos distintos. En primer lugar, la denominada accesoriadad conceptual; en segundo, la accesoriadad de normas o de derecho; por último, la accesoriadad de acto.<sup>554</sup>

Una cuarta categoría parece irrumpir, lentamente, en este ámbito: la accesoriadad de derecho y normas técnicas.<sup>555</sup>

##### a) Accesoriadad conceptual

Mediante este subtipo de accesoriadad, el tipo penal se relaciona con conceptos administrativos mediante la inclusión de elementos normativos. En ese sentido, consiste en incorporar conceptos del derecho administrativo dentro del precepto penal. Esta

---

<sup>551</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>552</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, F./LÓPEZ PEREGRÍN, C./GARCÍA ÁLVAREZ, P., *Manual...*, p. 58; PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «La accesoriadad administrativa de la tipicidad penal como técnica legislativa: efectos políticos y efectos materiales», en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (coord.), *Estudios de derecho ambiental. Libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, Tirant lo Blanch, 2008, Valencia, p. 659; DE LA MATA, N., «Delitos contra el medio ambiente...», p. 30.

<sup>553</sup> Cfr. HEINE, G., «Accesoriadad...», p. 296.

<sup>554</sup> Vid. por todos, PRATS CANUT, J.M/MARQUÉS I BANQUÉ, M./MORÁN MORA, C., *Derecho penal...*, p. 86 ss.; BRANDARIZ GARCÍA, J. A., «Relaciones...», p. 100 ss.; ESTEVE PARDO, J., «Protección penal...», pp. 129 ss.; DE LA MATA, N., «Delitos contra el medio ambiente...», p. 20.

<sup>555</sup> Cfr. ESTEVE PARDO, J., «Protección penal...», pp. 135-136.

accesoriedad se basa en la conexión que existe entre ambos sectores en referencia a una misma materia.<sup>556</sup>

De lo que surge de la mayoría de las obras consultadas, este tipo de accesoriedad no trae aparejado ningún tipo de conflicto a nivel doctrinal.

## **b) Accesoriedad de derecho o normativa**

Este tipo de accesoriedad es la que pone en relación al derecho penal con la normativa administrativa (en el caso que nos ocupa). En efecto, esta accesoriedad supone la remisión normativa de uno al otro.<sup>557</sup> El mecanismo utilizado para tal remisión —ley penal en blanco— ya ha sido visto en páginas anteriores junto con su problemática, por lo que no nos detendremos en ese punto nuevamente.

En consonancia con lo visto hasta este punto, se puede afirmar que el DPMA se encuentra cobijado por el principio de accesoriedad normativa o del derecho administrativo.<sup>558</sup>

## **c) Accesoriedad de acto**

La accesoriedad denominada «de acto» es aquella que se vislumbra cuando el tipo penal acaba siendo delimitado por un acto administrativo. En palabras de PAREDES CASTAÑÓN, «un tipo penal está configurado como un tipo accesorio respecto de actos administrativos cuando el tenor literal del mismo condiciona explícitamente la tipicidad de las conductas al hecho de que esas mismas conductas no hayan sido explícitamente (y legalmente) autorizadas por parte de un órgano administrativo (o, más en general, por parte de un órgano estatal) competente para ello por disposición del Ordenamiento jurídico».<sup>559</sup> En ese sentido, estaríamos frente a la producción del injusto cuando el

---

<sup>556</sup> Cfr. DE LA MATA, N., «Delitos contra el medio ambiente...», p. 31; BRANDARIZ GARCÍA, J. A., «Relaciones...», p. 101; PRATS CANUT, J.M/MARQUÉS I BANQUÉ, M./MORÁN MORA, C., *Derecho penal...*, p. 86.

<sup>557</sup> Vid. BRANDARIZ GARCÍA, J. A., «Relaciones...», p. 101; PRATS CANUT, J.M/MARQUÉS I BANQUÉ, M./MORÁN MORA, C., *Derecho penal...*, p. 86.

<sup>558</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, B., *Temas actuales...*, p. 209. El autor aclara allí que siempre que se entienda, por derecho administrativo, las leyes que regulan el aprovechamiento del medioambiente.

<sup>559</sup> PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «La accesoriedad administrativa de la tipicidad penal como técnica legislativa: efectos políticos y efectos materiales», en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F.

comportamiento enjuiciado lesione concretamente un acto prohibitivo de la autoridad o no se encuentre cubierto por una autorización.<sup>560</sup> Esto puede operar como elemento típico o como elemento integrante de la exclusión de antijuridicidad.<sup>561</sup>

Evidentemente, este tipo de accesoriedad es la que más reparos y debate trae. Nos detendremos en ellos a continuación.

De acuerdo con la postura de BRANDARIZ, el primer reparo que trae esta técnica de accesoriedad está relacionado con el principio de legalidad; ya que la accesoriedad de acto pone en cuestión el fundamento político-constitucional de este principio. En efecto, estaríamos frente a una remisión de *facto* a la autoridad administrativa para que esta seleccione los comportamientos que podrán generar responsabilidad penal.<sup>562</sup> Evidentemente, y sobre todo, en los casos de las autorizaciones administrativas que se configuran como actos discrecionales de la Administración, esta adquiere un rol fundamental en la determinación de la tipicidad penal. Por lo tanto, sería —en estos casos— la propia Administración la que puede en cada caso dar lugar a delitos o, por el contrario, impedir su aparición, ya sea denegando la autorización u otorgándola.<sup>563</sup>

En otro orden de ideas, la accesoriedad de acto, nos lleva a la problemática que surge respecto a la validez o invalidez de los actos administrativos y su consecuente eficacia a los efectos de la exclusión de la responsabilidad penal. En resumidas cuentas, ya que el tema da para un análisis profundo que excede el marco de esta investigación puede decirse lo siguiente: en un derecho penal formulado bajo la modalidad de la accesoriedad de acto, la fórmula prototípica de tipificación será: «El que *sin*

(coord.), *Estudios de derecho ambiental. Libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, Tirant lo Blanch, 2008, Valencia, p. 631.

<sup>560</sup> Cfr. ESTEVE PARDO, J., «Protección penal...», p. 130.

<sup>561</sup> Ver nota n.º 290, p. 101.

<sup>562</sup> *Ibidem*, p. 103. Agrega este autor que esta técnica merece las mismas críticas que recibe el modelo de accesoriedad absoluta, dado que tiende a construir tipos carentes de una antijuridicidad material propiamente penal, sancionando la mera desobediencia administrativa. Luego de ensayar una crítica similar a la del autor precitado, ESTEVE PARDO, J., «Protección penal...», p. 131, encuentra un aspecto favorable que podría desprenderse de la accesoriedad del acto. Se refiere a la seguridad jurídica que puede significar en cuanto a potencial de concreción de una normativa administrativa que puede ayudar, dentro del complemento indispensable, a definir la tipicidad. Asimismo, exigir la previa autorización para desarrollar actividades con un alto impacto ambiental impide la realización de esas conductas, lo que redundaría en beneficios a la sociedad. En el mismo sentido DE LA MATA, N., «Delitos contra el medio ambiente...», p. 31, señala que «en estos supuestos, la ley penal no remite a una determinada ley o reglamento, ni a ningún tipo de regulación de carácter general, sino que lo que hace es acoger como elemento, normalmente típico, un acto administrativo singular. Ese acto determina para cada supuesto concreto el ámbito de lo socialmente aceptado. Con ello “en cierta medida”, se produce un desplazamiento hacia la autoridad administrativa en la selección de conductas que a través del tipo penal corresponde al legislador».

<sup>563</sup> PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «La accesoriedad...», pp. 639-640.

*autorización* (del órgano A) *hiciera B...*». En este supuesto, la mera ausencia de autorización estatal constituirá el núcleo esencial de la conducta típica.<sup>564</sup> Sobre este particular, creo que, probablemente, cuando el acto autorizante resulta nulo, es decir, inválido desde su propio nacimiento (lo que implica que no tuvo ningún efecto material), y el sujeto realiza la acción que lesione al bien jurídico protegido, esta deberá ser considerada una acción típica. Por otro lado, en el supuesto en el cual el sujeto actúe amparado por una autorización anulable, los actos realizados bajo el amparo de aquella, mientras dure su vigencia temporal hasta su anulación, no podrá ser considerada una conducta típica.

#### **d) Confluencia: accesoriedad de derecho y autorización**

Ahora bien, como se adelantaba, pueden existir conductas agraviantes del medioambiente que se encuentren amparadas por una autorización. Así, la concurrencia de una autorización administrativa *prima facie* convalida la actividad autorizada. De ahí que la pregunta en el derecho penal es si la concurrencia de una autorización lícitamente adquirida es suficiente para eliminar la tipicidad del delito<sup>565</sup>. En relación a esto último, destaca DE LA MATA que puede ocurrir que la Administración, actuando con negligencia<sup>566</sup> en la inspección y persecución de los ilícitos detectados o concesión fraudulenta de permisos, impida la sanción de un comportamiento potencialmente dañoso que se encuentre en el ámbito de lo que penalmente se haya considerado merecedor de pena.<sup>567</sup>

Pero la problemática mayor en el ámbito del DPMA es que este se caracteriza por su accesoriedad normativa o de derecho y no de acto. Por lo tanto, al convivir, sin embargo, con un sistema de autorizaciones, se presentan distintas situaciones conflictivas. En efecto, podrían darse tres situaciones, para analizar, relativas a la problemática que acarrea la existencia de autorizaciones administrativas en el ámbito de la protección ambiental.

---

<sup>564</sup> *Idem*, p. 631.

<sup>565</sup> Vid. PRATS CANUT, J.M/MARQUÉS I BANQUÉ, M./MORÁN MORA, C., *Derecho penal...*, p. 92.

<sup>566</sup> Vid. SCHÜNEMANN, B., *Temas actuales...*, p. 213.

<sup>567</sup> Cfr. DE LA MATA, N., «Delitos contra el medio ambiente...», p. 37; en sentido similar Cfr. GÓMEZ RIVERO, M. C., *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*, Tirant lo Blanch, 2000, Valencia, p. 48.

A la primera de ellas nos enfrentamos cuando se realiza una conducta comprendida dentro del tipo del art. 325 CPE, pero el autor se encuentra amparado por una autorización irregular. Esto puede suceder, por ejemplo, en supuestos como los descritos anteriormente (funcionamiento irregular de la Administración, ya sea imprudente o dictadas a sabiendas de que se trata de una regulación contraria al ordenamiento jurídico). La cuestión será dilucidar si puede responsabilizarse a quien actuó conforme a la autorización para el ejercicio de la actividad. En relación a ello, GÓMEZ RIVERO considera que el juez deberá, en estos casos, constatar la infracción de la normativa general junto con el peligro exigido, para considerar realizado el tipo. Para la autora, el hecho será típico con independencia de la validez de ese acto administrativo. Sobre este aspecto, el TS en sentencia de 30 de noviembre de 1990, condenó a un particular que, pese a contar con una autorización, lesionó el medioambiente. Se sostuvo allí que la presencia de una autorización no excluye la tipicidad del hecho.<sup>568</sup> Ahora bien, de conformidad al principio de unidad del ordenamiento jurídico, el comportamiento amparado por una autorización no puede considerarse antijurídico desde la perspectiva penal.<sup>569</sup> Sin embargo, DE LA MATA distingue dos casos en los cuales la autorización se relaciona con la antijuridicidad y con la tipicidad. Sobre esto, considera que cuando el permiso o autorización libera de una prohibición represiva, debe concebirse como una causa de justificación, mientras que si elimina una prohibición preventiva, se considera causa de exclusión de la tipicidad.<sup>570</sup> Evidentemente GÓMEZ RIVERO, al considerar que la conducta penada por el delito medioambiental resulta típica, aún con autorización, se plantea la posibilidad de que estemos ante una causa de justificación, ya que la Administración habría permitido una actividad contaminante, contraviniendo lo dispuesto en la legislación.<sup>571</sup> La autora, partiendo del art. 20.7 del CPE, hace hincapié en que la exigencia se trata del ejercicio legítimo de un derecho. Por lo tanto, ante esta exigencia de legitimidad del ejercicio del derecho, debe evaluarse qué sucede cuando la autorización resulta nula de pleno derecho o anulable. En ese sentido, se entiende que son nulos de pleno derecho aquellos actos que carecen de efectos desde su nacimiento, mientras que los actos anulables

---

<sup>568</sup> GÓMEZ RIVERO, M. C., *El régimen...*, pp. 48-49.

<sup>569</sup> Cfr. DE LA MATA, N., «Delitos contra el medio ambiente...», p. 38.

<sup>570</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>571</sup> Cfr. GÓMEZ RIVERO, M. C., *El régimen...*, p. 50.



mantienen vigencia temporal, surtiendo efectos jurídicos que deben repercutir de algún modo en el derecho penal.

En concreto, las autorizaciones nulas no suponen una complicación interpretativa en virtud del art. 20.7 CPE. Sin embargo, será distinta la cuestión respecto de las autorizaciones anulables. En ese sentido, la autora últimamente citada considera que las autorizaciones anulables podrían ser consideradas legítimas a los efectos de apreciar la eximente, en tanto el vicio no es tan grave como para negar efectos retroactivos a la legitimidad del acto, tampoco debe serlo para excluir la justificación de la conducta de quien actuó amparado por este.<sup>572</sup> Esto, siempre que se evidencie la buena fe del autor. Por el contrario, cuando el autor actúe de mala fe, es decir, conociendo la irregularidad o causa de anulabilidad de la autorización, y aprovechándose de la misma, no será acreedor de la impunidad porque la detección de desvalor en su conducta no resulta compatible con la justificación del hecho.<sup>573</sup>

Por su parte, SCHÜNEMANN<sup>574</sup> tiene una visión particular sobre esta cuestión. Así, reconoce que no es habitual la existencia de autorizaciones nulas, pero sí anulables, es decir eficaces hasta el momento de su anulación. De esta circunstancia podría concluirse que una conducta ecológicamente perjudicial amparada por una autorización administrativa contraria a la ley pero eficaz, no puede ser antijurídica. Sin embargo, este autor nos recuerda que ya en 1986 alertó sobre la equivocación de esta tesis sobre la accesoriadad total respecto del acto administrativo, al menos en lo referente a autorizaciones contrarias a derecho anulables retroactivamente. Su concepción es que esta consideración vincula indebidamente la cuestión de la antijuridicidad material a una construcción de antijuridicidad formal del derecho administrativo, ignorándose de este

---

<sup>572</sup> *Idem*, p. 51.

<sup>573</sup> *Ibidem*, pp. 51-52. Al respecto es muy claro SCHÜNEMANN, B., *Temas actuales...*, p. 213, al sostener que «[al hacer referencia al otorgamiento de autorizaciones] esta protección puede ser fácilmente otorgada en el marco del concepto de imprudencia del Derecho penal, porque naturalmente el ciudadano, por principio, puede confiar en los actos de una autoridad administrativa competente. Solo partiendo de estrictos presupuestos se le podrá reprochar su imprudencia por aprovechar una autorización materialmente contraria a Derecho, especialmente si disponía de mejores conocimientos que la autoridad o si no informó por completo a la autoridad sobre los hechos relevantes para el otorgamiento de la autorización, violando así el cuidado requerido. En tales casos no merece protección la fe de quien contamina el medio ambiente aprovechando una autorización contraria a Derecho». También en ese sentido, PUENTE ABA, L. M., «Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», en FARALDO CABANA, P. (Dir.)/PUENTE ABA, L. (coord.), *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el código penal y la legislación especial*, Tirant lo Blanch, 2011, Valencia, p. 242, sostiene que el sujeto que actúa amparado por la autorización ilegal ni siquiera podría alegar que su conducta se encuentra amparada por una causa de justificación, ya que no puede considerarse legítimo el derecho concedido por un acto administrativo que vulnera la ley (cfr.).

<sup>574</sup> SCHÜNEMANN, B., *Temas actuales...*, p. 211.

modo, justamente, la antijuridicidad material del derecho administrativo, es decir la anulabilidad retroactiva de la autorización.

Otra hipótesis que puede surgir es aquella en la cual el particular realiza la actividad contaminante sin autorización. Según GÓMEZ RIVERO, esta situación no genera ningún tipo de problema, ya que si, al no contar con autorización, se infringe la normativa administrativa, se estaría cumpliendo con el reenvío de la ley penal en blanco al contravenirse lo dispuesto en las leyes y reglamentos.<sup>575</sup> En sentido similar, SILVA/MONTANER sostienen que si bien el sistema español es de accesoriadad de norma y no de acto y, por lo tanto, la vulneración de actos administrativos no integran, *per se*, el tipo delictivo; cuestión diferente será cuando el sistema normativo administrativo protector del medioambiente se conforme con remisiones en cadenas de modo que, al final, la ausencia de autorización pueda dar lugar a la infracción de la norma.<sup>576</sup>

En otra línea interpretativa, PRATS CANUT (*et al*) sostiene que en los supuestos de accesoriadad normativa (como es el caso del art. 325 CPE), tanto la concreta autorización como sus posibles vicisitudes no tendrán trascendencia sobre el carácter típico de la acción. Además, señala que mientras el tipo básico del art. 325 del CPE se configura como norma penal en blanco, el legislador considera en el art. 326 CPE la ausencia de la autorización como una agravante específica. De ello deduce el autor que el legislador no quiso considerar la infracción de las normas que regulan la obtención de las autorizaciones ambientales entre las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medioambiente. Por ello considera que sancionar la falta de autorización como delito ecológico implicaría castigar una mera desobediencia administrativa y, además, se admitiría en fase interpretativa casos de superposición de la legalidad en el CPE.<sup>577</sup>

Por último, también podría plantearse un caso inverso a los desarrollados, donde si bien un sujeto actúa careciendo de autorización, esta última hubiera sido otorgada en caso de ser solicitada. De acuerdo al criterio sostenido hasta aquí, en este supuesto no correspondería la actuación del derecho penal ya que, como se vio, la relación que lo une con el derecho administrativo es de accesoriadad normativa —o de derecho— moderada. En base a ello, la reacción penal no surge de la mera infracción de la

---

<sup>575</sup> GÓMEZ RIVERO, M. C., *El régimen...*, p. 47.

<sup>576</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Los delitos...*, p. 83. Los autores denominan a este fenómeno «sistema indirecto de accesoriadad de acto» (con cita a DE LA MATA).

<sup>577</sup> Cfr. PRATS CANUT, J.M/MARQUÉS I BANQUÉ, M./MORÁN MORA, C., *Derecho penal...*, p. 94.

normativa administrativa, sino que es necesaria una situación de riesgo o actitud lesiva contra los objetos protegidos en el inc. 1 del art. 325 o contra el bien jurídico del inc. 2. En consecuencia, y como la relevancia penal existirá cuando se den aquellos extremos, lo normal será que tampoco se hubiera concedido la hipotética autorización o licencia.<sup>578</sup>

#### **e) Accesoriedad de derecho y normas técnicas**

Íntimamente relacionado con este acápite se encuentra lo visto al momento de analizar la remisión a normas técnicas. En efecto, como señala ESTEVE PARDO, el derecho administrativo en materia ambiental en la actualidad se aplica mediante referencias tecnológicas que no acaban de integrar plenamente su sistema. Así, cada vez con mayor frecuencia, las referencias al riesgo permitido no las ofrecen ni el derecho administrativo ni la Administración, sino que son referencias ofrecidas por lo que el autor denomina «sistema de la técnica».<sup>579</sup> En efecto, en virtud del vaciamiento de contenido y referencias materiales de la normativa administrativa, el derecho penal debe buscar las referencias al riesgo no permitido en las normas técnicas a las cuales remite el derecho administrativo. Por ello, se abre aquí una nueva accesoriedad del derecho administrativo a lo que establezcan unas normas técnicas cada vez más desarrolladas.<sup>580</sup>

Por otra parte, el elemento tecnológico también condiciona las autorizaciones. Ello se debe a que, como también señala ESTEVE PARDO, en la actualidad «las autorizaciones administrativas sobre actividades con incidencia ambiental no ofrecen una definición cerrada de la actividad a desarrollar sino que se remiten a lo que sea exigible según “la mejor tecnología disponible”».<sup>581</sup>

---

<sup>578</sup> Cfr. GÓMEZ RIVERO, M. C., *El régimen...*, p. 56.

<sup>579</sup> Cfr. ESTEVE PARDO, J., «Protección penal...», p. 134.

<sup>580</sup> *Idem*, p. 136.

<sup>581</sup> *Idem*, p. 137. Ver también, en extenso, ESTEVE PARDO, J., *Derecho del medio ambiente*, pp. 40 ss.

## 5. El error sobre la normativa extrapenal

Otra de las cuestiones problemáticas que evidencia del DPMA, a causa de su accesoriidad al Derecho administrativo y la utilización del mecanismo de la ley penal en blanco, es la relativa al error. Evidentemente, por lo ya analizado hasta este punto, el DPMA se muestra como campo fértil para inducir a error a quien cometa un delito medioambiental.

En concreto puede suceder que, ante la presencia de una conducta típica, sea posible apreciar un error en la actuación del sujeto que defiende la buena fe en su obrar; esto es, desconociendo que su conducta contravenía las leyes o disposiciones a las que remite el CPE.<sup>582</sup>

En este punto, siguiendo a SILVA/MONTANER (quienes, a su vez, siguen lo que sostiene la doctrina mayoritaria), el error sobre las normas extrapenales que integran el tipo penal puede tener una doble configuración. Por un lado el error puede recaer sobre los presupuestos de hecho de la norma infringida, por ejemplo, quien ignora el grado de concentración de sustancias tóxicas en el vertido o emisión que realiza. Por otro lado, el error puede recaer sobre el alcance de la norma extrapenal. Ejemplo de ello sería el caso de alguien que conoce plenamente el grado de toxicidad existente en el vertido que realiza, pero desconoce que la normativa prohíbe tal concentración.<sup>583</sup>

Al respecto, la doctrina mayoritaria considera que un error de las características expuestas por SILVA/MONTANER responde al error de tipo. Ello debido a la naturaleza propia de la remisión (ya vista *supra*) que, como hemos dicho, se trata de un elemento normativo del tipo. En ese sentido, si el dolo típico requiere el conocimiento de que se está realizando la conducta descrita en el tipo, el desconocimiento de alguno o todos los elementos del tipo de injusto, determinará su ausencia.<sup>584</sup>

Por otra parte, un sector de la doctrina también admite que cuando el error se configura por la creencia de que la composición de determinado vertido, emisión o radiación está permitida por alguna norma, se trata de error de prohibición.<sup>585</sup> El

<sup>582</sup> Cfr. GÓMEZ RIVERO, M. C., *El régimen...*, p. 50.

<sup>583</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Los delitos...*, pp. 121-122.

<sup>584</sup> Vid. MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, p. 278.

<sup>585</sup> Vid. GÓRRIZ ROYO, E. M., *Delitos...*, p. 203.

fundamento de esta postura la hallamos en que la conducta del sujeto que cree erróneamente que su actuación cumple con las exigencias impuestas por el ordenamiento jurídico, supondría una duda acerca del alcance del derecho.<sup>586</sup>

Así, el error sobre la prohibición extrapenal es error de tipo penal. El sujeto que no sabe que su conducta se encuentra prohibida por el derecho administrativo yerra sobre un hecho integrante de la infracción penal: el hecho de «estar contraviniendo Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente».<sup>587</sup>

Asimismo puede suceder, también, que el error caiga sobre una autorización, o haya sido generado a causa de la existencia de esta. Por ejemplo —en casos como los ya expuestos— puede suceder que un sujeto actúe amparado por una autorización irregular, vulnerando la normativa medioambiental extrapenal, configurándose el tipo del art. 325 del CPE. En ese supuesto, cabría admitir —en caso de alegarse y comprobarse— la presencia de un error en el sujeto provocado por la existencia de la autorización administrativa que lo lleve a pensar que su conducta es lícita. Según PUENTE ABA, estaríamos frente a un error de tipo, ya que la concesión de la autorización puede llevar al sujeto a creer que no infringe la normativa administrativa protectora del medioambiente,<sup>588</sup> por lo tanto, nuevamente, el error caería sobre el mismo elemento del tipo que el caso anterior.

No obstante, un sector de la doctrina considera que en esta situación nos encontraríamos ante un error de prohibición. En ese sentido, por ejemplo GÓRRIZ ROYO, quien considera que si la obtención de la autorización pudo generar en el administrado la falsa creencia de que su actividad era adecuada al ordenamiento jurídico o era convalidada por este nos enfrentaríamos a ese tipo de error.<sup>589</sup>

Un punto relacionado con todo lo anterior es el relacionado con la vencibilidad o invencibilidad. Más allá de que el error analizado sea de tipo o de prohibición, ambos pueden ser vencibles o invencibles. En resumidas cuentas, sus efectos serían los

---

<sup>586</sup> Vid. MATELLANES RODRÍGUEZ, N., *Derecho penal...*, p. 124.

<sup>587</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Los delitos...*, p. 123. Ver también, SÁNCHEZ MELGAR, J., «La Jurisprudencia...», p. 92; GÓMEZ RIVERO, M. C., *El régimen...*, p. 50; MENDO ESTRELLA, A., *El delito ecológico...*, p. 151, este autor entiende que la alegación del desconocimiento de la normativa extrapenal, muchas veces, puede ser utilizado como recurso defensivo del acusado; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Cuestiones...».

<sup>588</sup> Cfr. PUENTE ABA, L. M., «Los delitos...», pp. 242-243. En idéntico sentido, SILVA SÁNCHEZ, J. M./MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Los delitos...*, pp. 125-126; ALASTUEY DOBÓN, M. C., *El delito...*, p. 120; MENDO ESTRELLA, A., *El delito ecológico...*, p. 153; MUÑOZ CONDE, F./LÓPEZ PEREGRÍN, C./GARCÍA ÁLVAREZ, P., *Manual...*, p. 268.

<sup>589</sup> Cfr. GÓRRIZ ROYO, E. M., *Delitos...*, p. 205.

siguientes: el error de tipo invencible torna atípica la conducta, mientras que el vencible convierte al tipo doloso en imprudente. Por su parte, el error de prohibición invencible excluye la responsabilidad penal, mientras que el vencible atenúa la sanción.<sup>590</sup> Sobre esto, resulta interesante analizar lo que GÓRRIZ ROYO llama los límites subjetivos para admitir la categoría del error, ya que, evidentemente, el carácter de invencible o vencible deberá predicarse de manera distinta respecto de profesionales o particulares.<sup>591</sup> Al respecto, pareciera que el error invencible no podría ser alegado por el grupo denominado «profesionales»,<sup>592</sup> incluyendo en este conjunto a los profesionales en sentido estricto, como ingenieros, técnicos medioambientales, etc., y a los profesionales en sentido amplio que hacen de la conducta riesgosa para el medioambiente su fuente de ingresos, representando una actividad lucrativa. En estos supuestos, existe una obligación de conocer la normativa reguladora del sector, tanto empresarial como ambiental, originada en la posición de garante de los que realizan conductas peligrosas para el bien jurídico-penal protegido. En ese sentido, nos vemos conminados, por su claridad conceptual y contundencia argumental, a seguir a CORCOY. Sobre este tópico, la autora alerta que cuando el error se produce en actividades profesionales (en el sentido amplio aquí expuesto), al asumirse el ejercicio de la actividad, el sujeto debe conocer por sí, o a través de técnicos que lo asesoren, los problemas y riesgos de la actividad. Por ese motivo, un error sobre un hecho constitutivo de infracción penal implicará la calificación del hecho por imprudencia grave profesional.<sup>593</sup> Por otra parte, debe tenerse presente que en los delitos medioambientales de mayor envergadura se requerirá un mínimo de profesionalidad, y ello determina una cierta presunción de que los sujetos que realizan y participan en esas actividades conocen, al menos eventualmente, el significado antijurídico de su comportamiento. En consecuencia, recae sobre ellos un deber de información mayor que el que obliga, generalmente, a todos los ciudadanos.<sup>594</sup>

En resumidas cuentas, cuando el delito ambiental es producto de actividades profesionales, el error no deberá considerarse invencible.

---

<sup>590</sup> Ver MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, pp. 279-280; CEREZO MIR, J., *Derecho penal...*, p. 441.

<sup>591</sup> Vid. nota n.º 329, p., 207.

<sup>592</sup> *Idem*.

<sup>593</sup> Cfr. CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro...*, p. 314.

<sup>594</sup> *Idem*, pp. 316-317.

## V. La duplicidad de sanciones. *Non bis in idem*

Después de lo anterior, debemos detenernos a analizar qué sucede cuándo, a raíz de la relación existente entre el DPMA y el derecho administrativo, se produce una duplicidad de sanciones, es decir, cuando se sanciona a un mismo sujeto por un mismo hecho tanto en sede administrativa como penal.

Como se ha visto, el DPMA se caracteriza por la confluencia con el derecho administrativo. Por ello, este es un ámbito propicio para vulnerar el principio de *non bis in idem*. De forma sintética, este principio consiste en la prohibición de que un mismo hecho resulte sancionado más de una vez. Como señala PRAT GARCÍA (*et al*) el principio *non bis in idem* posee un doble significado: por un lado su correcta aplicación impediría que una persona sea sancionada o castigada dos veces por la misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento. Por otro lado, como principio procesal impide que un mismo hecho sea objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, impide que puedan darse dos procesos con el mismo objeto.<sup>595</sup>

En consecuencia, el delito contra el medioambiente resulta un caso paradigmático ya que, como se vio, la tutela penal confluye con la regulación administrativa que, como se advirtió en páginas anteriores, resulta confusa y no es sencillo establecer una línea divisoria entre el ilícito administrativo y el ilícito penal ambiental, por lo tanto el *non bis in idem* en este ámbito tiene un significado particular.<sup>596</sup>

Una característica de este principio es su falta de inclusión explícita en la CE, por lo que su construcción ha sido producto de la delimitación jurisprudencial de sus

---

<sup>595</sup> Cfr. PRAT GARCÍA, J. M. y SOLER MATUTES, P., *El delito ecológico*, Cedecs Ed., 2000, Barcelona, p. 76.

<sup>596</sup> PRATS CANUT, J.M/MARQUÉS I BANQUÉ, M./MORÁN MORA, C., *Derecho penal...*, p. 101; ver también MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., «El principio *non bis in idem*», en PÉREZ ALONSO, E. y otros (eds.), *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Tirant lo Blanch, 2012, Valencia, p. 738; RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Relaciones entre el derecho penal y el derecho administrativo», en FARALDO CABANA, P. (Dir.) y PUENTE ABA, L. (coord.), *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el código penal y la legislación especial*, Tirant lo Blanch, 2011, Valencia, p. 120.

contornos. En ese sentido, el TC ha entendido que este principio se encuentra implícito en el art. 25.1 de la CE e íntimamente ligado al principio de tipicidad y legalidad.<sup>597</sup>

## 1. Requisitos

La jurisprudencia constitucional ya asentada requiere, para poder aplicar el principio *non bis in idem*, que concurra lo que se denomina la triple identidad. Esto significa que para considerarse idénticas las infracciones sancionadas en doble instancia —penal y administrativa—, deben poseer identidad objetiva o de hecho, subjetiva, e identidad de fundamento. Estos tres requisitos deben presentarse de forma conjunta según la STC 2/1981. En ese sentido, supondrá una clara vulneración del *non bis in idem* la acumulación de sanciones penal y administrativa por el mismo hecho, cuando el fundamento de las sanciones sea el mismo interés tutelado; es decir; el mismo bien jurídico protegido.<sup>598</sup>

Se entiende que por identidad de sujeto se hace referencia a la igualdad subjetiva del infractor cuya conducta configura dos —o más— tipos legales de distintas ramas del ordenamiento jurídico. En definitiva, que la misma persona con su conducta comete una infracción tanto administrativa como penal. En un principio, se presentó como una cuestión compleja la sanción en sede administrativa de una persona jurídica y de persona física en penal por el mismo hecho. En la actualidad, en principio, por la sanción a la persona jurídica en sede penal esta situación se encontraría zanjada.

En relación a la identidad de hecho, no parece existir grandes conflictos a nivel doctrinal. Al respecto PÉREZ MANZANO<sup>599</sup> entiende que no debe entenderse «hecho» desde una perspectiva naturalista, sino aquella conducta que cumple con las circunstancias y elementos que el legislador eligió para configurar el supuesto de hecho de una sanción. Así, el legislador considera que esas circunstancias y elementos son portadores del desvalor jurídico merecedor de una sanción, ya que al realizarse la conducta se pone en peligro al bien jurídico. Por ello, habrá identidad fáctica cuando la

<sup>597</sup> STC 2/1981 de 30 de enero.

<sup>598</sup> Cfr. CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal...*, p. 155.

<sup>599</sup> Vid. PÉREZ MANZANO, M., «El derecho fundamental a no padecer *bis in idem* y las sanciones en protección del medio ambiente», en JORGE BARREIRO, A., *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, Ed. Comares, 2005, Granada, p. 83.



infracción penal contemple el conjunto de los hechos que son presupuesto de la infracción administrativa, independientemente de que la tipificación penal cuente con algún otro elemento.<sup>600</sup> En consecuencia, si los hechos son el objeto de valoración, en la medida en que los elementos del tipo de la infracción administrativa no coincidan con los del tipo penal, el objeto de valoración necesariamente será distinto.<sup>601</sup>

Sin embargo, en lo relativo a la identidad de fundamento, su determinación no disfruta de la misma paz que los otros requisitos. En ese sentido hayamos dos posturas similares, pero diferentes; por un lado están quienes entienden por fundamento el interés jurídico protegido en la norma sancionadora aplicada,<sup>602</sup> entre ellos encontramos a PRATS CANUT (*et al*) que entiende que, en general, «suele reconducirse a la semejanza de los bienes jurídicos protegidos por las distintas normas sancionadoras o entre los intereses tutelados por ellas, de forma tal que, como sucede en el ámbito penal criminal, si los bienes jurídicos afectados por un mismo hecho resultan heterogéneos existirá diversidad de fundamento, mientras que si son homogéneos, no procederá la doble punición aunque las normas jurídicas vulneradas sean distintas».<sup>603</sup> Por otro, están aquellos que consideran que el fundamento de una sanción no es el interés o bien jurídico protegido, sino el desvalor jurídico concreto que la conducta representa. Así, este desvalor no se determina únicamente por el bien jurídico protegido, sino también por la forma de afección del mismo mediante la conducta.<sup>604</sup> Asimismo, esta regla no resulta sencilla al momento de aplicarla cuando se trata de sanciones penales y administrativas.<sup>605</sup>

La cuestión a dilucidar será, entonces, si las sanciones administrativas relativas a un mismo bien tutelado que las penales poseen el mismo fundamento, o no.

En principio, consideramos que no existe una divergencia de intereses protegidos entre las infracciones penales y las administrativas en materia ambiental.<sup>606</sup>

---

<sup>600</sup> Cfr. RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Relaciones...», p. 135.

<sup>601</sup> Vid. CORCOY BIDASOLO, M./GALLEGO SOLER, J. I., «Infracción administrativa e infracción penal en el ámbito del delito medioambiental: *ne bis in idem* material y procesal (comentario a la STC 177/1999, de 11 de octubre)», en *Actualidad penal*, n.º 8, 2000.

<sup>602</sup> Vid. cita n.º 339; también MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., «El principio...», p. 745; asimismo, este parece ser el criterio del TC en STC 2/2003 de 16 de enero.

<sup>603</sup> PRATS CANUT, J.M/MARQUÉS I BANQUÉ, M./MORÁN MORA, C., *Derecho penal...*, p. 102.

<sup>604</sup> PÉREZ MANZANO, M., «El derecho fundamental...», p. 85.

<sup>605</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, F./LÓPEZ PEREGRÍN, C./GARCÍA ÁLVAREZ, P., *Manual...*, p. 61.

<sup>606</sup> Cfr. RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Relaciones...», p. 137. Aquí el autor asume esta postura, señalando que es la mayoritaria. Por su parte, CORCOY BIDASOLO, M./GALLEGO SOLER, J. I., «Infracción...», parten de que si bien a la luz del art. 45.3 CE podría afirmarse que tanto la sanción administrativa como la penal tienen como finalidad la protección del mismo interés (el medioambiente), esta argumentación sería muy

Sin embargo, existen excepciones a esta similitud de interés protegido como lo son las sanciones fundamentadas en la autotutela o autoprotección y la sujeción especial del administrado.

Nos enfrentamos a una sanción de autotutela en aquellos casos en que la Administración actúa en defensa de sus intereses propios. Este aspecto adquiere especial relevancia cuando se trata del establecimiento del régimen disciplinario (con sus consecuentes sanciones) al que se someten algunos ciudadanos como funcionarios, demás empleados públicos, incluso personas con una vinculación específica temporal con la Administración. Se trataría, por tanto, de la potestad disciplinaria de la Administración.<sup>607</sup> En estos casos se admite la imposición de sanción administrativa (de carácter disciplinario) y sanción penal, sin vulnerar el principio *non bis in idem*.<sup>608</sup> Esto porque la Administración perseguiría únicamente su propia protección como organización o institución exclusivamente frente a quienes se encuentran relacionados directamente con su funcionamiento y no contra los ciudadanos en general.<sup>609</sup>

Crítico de esta «excepción» se muestra BENLLOCH PETIT al entender que con la misma no se respetarían los principios de proporcionalidad y subsidiariedad innatos al principio de *non bis in idem*.<sup>610</sup> Asimismo, ante la dificultad de encontrar un bien jurídico distinto entre la sanción disciplinaria y de aquellos delitos en que la condición de funcionario o de profesional constituye un elemento del tipo (vgr. prevaricato de funcionario), el autor en cita, entiende que nos encontramos ante una manifestación de la libertad del legislador.<sup>611</sup> Pareciera, según BENLLOCH PETIT que «no se valora y castiga doblemente un mismo injusto sino que el castigo único y total por el único injusto se subdivide en forma de dos consecuencias parciales en órdenes sancionadores distintos». <sup>612</sup> En relación a ello, la similitud que existe entre las sanciones disciplinarias y las penales respecto de funcionario público pueden llevar a incoherencias prácticas.

---

formalista. La autora entiende que debe considerarse que el art. 325 CP requiere la infracción administrativa como elemento del tipo.

<sup>607</sup> Cfr. CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal...*, p. 96.

<sup>608</sup> *Idem*.

<sup>609</sup> Ver nota n.º 343, p. 65. Señala allí el autor que ante un delito ecológico, o se impone la sanción administrativa o la penal, pero no ambas. Sin embargo, pueden acumularse pena y sanción administrativa si el sancionado tiene una «relación de sujeción especial» con la Administración.

<sup>610</sup> Vid. BENLLOCH PETIT, G., «El principio de *non bis in idem* en las relaciones entre el derecho penal y el derecho disciplinario», en *Revista del Poder Judicial*, n.º 51, 1998, pp. 349.

<sup>611</sup> *Ibidem*, p. 360.

<sup>612</sup> *Idem*, p. 361. Esta solución para el autor resulta inaceptable. Solo podría defenderse si el legislador dividiera su reacción punitiva entre la sanción disciplinaria y la penal coherentemente con el principio de subsidiariedad, cosa que en la práctica no se evidencia, ya que las sanciones disciplinarias poseen gran parecido y homogeneidad con las penales.

Por ello, podemos enfrentarnos a una situación en la que «junto con la suspensión o inhabilitación profesional como pena criminal aparece la sanción disciplinaria de suspensión de empleo o separación del servicio por el mismo hecho, lo cual nos indica que el legislador ni siquiera se ha planteado en qué medida la primera permitiría ya alcanzar total o parcialmente los fines de la segunda y, consiguientemente, en qué medida conviene prescindir o moderar esta última».<sup>613</sup>

## 2. Doble vertiente: material y formal (procesal)

La garantía que emerge del principio de *non bis in idem* se configura como un derecho fundamental que se advierte desde dos ópticas.

La primera de ellas es la denominada vertiente material, que impide sancionar más de una vez el mismo hecho con el mismo fundamento (triple identidad). Es decir, prohíbe la duplicidad de sanciones cuando se observe la concurrencia de la triple identidad de sujeto, objeto y fundamento. Así, no sería posible que una persona sea sancionada doblemente, en vía administrativa y penal (cuando se evidencien los supuestos de triple identidad).<sup>614</sup> Al encontrarse relacionada esta vertiente con los principios de tipicidad y legalidad, su finalidad es evitar una reacción punitiva desproporcionada.<sup>615</sup> Sobre esto último señala MATELLANES que «[h]oy día la doctrina va más allá al conectarlo (el principio *nib*) no solo con las exigencias de ley formal y ley cierta que integran el principio de legalidad, sino que lo extienden hasta los contornos configuradores de la proporcionalidad, pues la autoridad muy bien podría dictar diferentes leyes en relación a un mismo hecho y todas ellas cumplirían con las exigencias de *previa, stricta* y *scripta* y sin embargo, de esa manera el Estado acumularía sobre una misma persona un conjunto de sanciones en relación a un mismo

---

<sup>613</sup> *Idem*, p. 362.

<sup>614</sup> TRABADO ÁLVAREZ, C., *Protección penal...*, p. 45. La autora señala la excepción a la que nos referimos anteriormente al indicar que tanto los tribunales contencioso-administrativos y TS excluyen este principio en la vertiente material en los procedimientos disciplinarios, permitiendo que un mismo acto sea sancionado en vía administrativa y penal; en ese sentido GÓRRIZ ROYO, E., «Sentido...», p. 265.

<sup>615</sup> Ver MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., «El principio...», p. 741; PÉREZ MANZANO, M., «El derecho fundamental...», p. 79.

hecho que producirían una exacerbación punitiva y, por tanto, una violación del principio de proporcionalidad».<sup>616</sup>

Sin embargo, una excepción a esta vertiente la encontramos en aquellos casos en los que, si bien se produce una alteración al *non bis in idem*, por sancionarse posteriormente en sede penal, se realiza un descuento de la sanción administrativa ya impuesta.<sup>617</sup>

La segunda concepción del *non bis in idem* es la vertiente formal (o procesal). Desde esta óptica, el principio en estudio impide una doble sustanciación, ya sea simultánea o sucesiva, de distintos procesos respecto de la misma infracción. Esta vertiente debe interpretarse a la luz del derecho a una tutela judicial efectiva<sup>618</sup>, ya que la misma no sería efectiva si pudiera reabrirse la causa. En principio, por esta vertiente, una vez recaída una resolución en un procedimiento sancionador, se impide la posibilidad de que, posteriormente, pueda iniciarse otro proceso sancionador por los mismos hechos y mismo fundamento. En nuestro caso concreto, se prohíbe duplicidad de procedimientos, penal y administrativo.<sup>619</sup>

Respecto a esta vertiente, debe tenerse en cuenta que, en caso de existir una infracción administrativa que pueda dar lugar a un proceso penal, debe tener preferencia este último. De esto surge que los órganos administrativos deberán abstenerse de avanzar en las actuaciones o procedimientos sancionadores cuando los hechos puedan constituir delitos o faltas o exista proceso penal en curso por los mismos.<sup>620</sup> De este modo, el proceso sancionador administrativo quedará en suspenso a la espera del resultado de la jurisdicción penal. Como señala MUÑOZ CONDE<sup>621</sup> (*et al*), la actuación administrativa debe subordinarse a la de los tribunales penales,<sup>622</sup> en consecuencia, su

<sup>616</sup> MATELLANES RODRÍGUEZ, N., *Derecho penal...*, p. 109 (la aclaración entre paréntesis me pertenece, la cursiva es original), también véase GÓRRIZ ROYO, E., «Sentido...», p. 263.

<sup>617</sup> Sobre esto ver SÁNCHEZ MELGAR, J., «La Jurisprudencia...», p. 58.

<sup>618</sup> Como señala GÓRRIZ ROYO, E., «Sentido...», p. 263, el *non bis in idem* procesal se justificaría en el derecho fundamental a un proceso penal con todas las garantías (art. 24.2 CE), integrado por los límites derivados del valor de libertad y de la seguridad jurídica.

<sup>619</sup> Ver nota n.º 353, p. 48.

<sup>620</sup> LOZANO CUTANDA, B., «La inspección y la represión administrativa y penal de los ilícitos ambientales», en LOZANO CUTANDA, B./ALLI TURRILLAS, J.C., *Administración y legislación ambiental, adaptado al EEES*, Dykinson, 9º ed. actualizada, 2016, Madrid, p. 393; también MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., «El principio...», p. 741; SÁNCHEZ MELGAR, J., «La Jurisprudencia...», pp. 58-59.

<sup>621</sup> MUÑOZ CONDE, F./LÓPEZ PEREGRÍN, C./GARCÍA ÁLVAREZ, P., *Manual...*, p. 63; en ese mismo sentido PRAT GARCÍA, J. M./SOLER MATUTES, P., *El delito...*, p. 78.

<sup>622</sup> Según GÓRRIZ ROYO, E., «Sentido...», p. 264, la subordinación no se desprende del propio principio de *non bis in idem*, ni el *non bis in idem* se desprende de esa subordinación, sino que se trata de máximas independientes, si bien conectadas en cuanto que dicho principio en su vertiente procesal requiere de una

forma de proceder debe ser la siguiente: cuando, tramitándose un procedimiento administrativo, surjan indicios de delito: a) la potestad sancionadora administrativa cede ante los tribunales de Justicia, y solo podrá intervenir cuando se hayan pronunciado aquellos; b) cuando el proceso finalice en condena, el procedimiento administrativo será archivado; c) cuando la jurisdicción penal considere que no existe delito en la conducta imputada o si no llegan a iniciarse las actuaciones penales, se reiniciarán las actuaciones administrativas. En estos supuestos la Administración deberá respetar la declaración de hechos probados en el proceso penal. En ese sentido, si la sentencia penal determina que los hechos enjuiciados no existieron o que el imputado, existiendo, no participó en ellos, no cabría imponer sanción administrativa. No obstante, los hechos que no hayan sido probados en el proceso penal, ya que no interesaban en él, pueden ser objeto de estudio en sede administrativa en caso de tener relevancia.

Sobre este último punto cabe destacar que, en la actualidad, la mayoría de las leyes protectoras del medioambiente poseen en su articulado una cláusula específica referida a la eventual concurrencia de sanciones. Tal es el caso por ejemplo del art. 33 L16/2002 LPCIC, que reza textualmente: «cuando por unos mismos hechos y fundamentos jurídicos, el infractor pudiese ser sancionado con arreglo a esta Ley y a otras leyes que fueran de aplicación, de las posibles sanciones se les impondrá la de mayor gravedad».<sup>623</sup> Asimismo encontramos, también, otro tipo de cláusulas en la normativa administrativa referidas a la responsabilidad penal. Ejemplo de esto último es el art. 33 de la Ley 34/2007 LCPA donde leemos que «1.-[c]uando la infracción pudiera ser constitutiva de delito o falta, la Administración instructora lo pondrá en conocimiento del órgano jurisdiccional competente, suspendiéndose la tramitación del procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no hubiera dictado sentencia firme o resolución que ponga fin al proceso; 2.- [l]a sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, del hecho y del fundamento. De no haberse estimado la existencia de delito o falta, el órgano competente continuará la tramitación del expediente sancionador».

---

regla de salvaguardia para su efectividad. Asimismo, eso se debe a que en su ámbito material, la prohibición de *non bis in idem* no determina *per se* qué rama del *ius puniendi* debe prevalecer. Es a estos efectos un principio valorativo neutro.

<sup>623</sup> En idénticos términos se expresa el art. 34 de la Ley 34/2007 de 15 de noviembre.

### 3. Doctrina del Tribunal Constitucional Español

Evidentemente el principio de *non bis in idem* resulta de vital trascendencia en un Estado de derecho. Quizás por este motivo el TC se ocupó inmediatamente<sup>624</sup> de establecer sus contornos y requisitos. En efecto, fue en la STC 2/1981 de 30 de enero cuando se introdujo la prohibición de doble sanción —administrativa y penal— como principio general del derecho, cuando concurra, entre dos ilícitos, la triple identidad del sujeto, hecho y fundamento de la sanción; aclarando «sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración —relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.— que justificase el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración».<sup>625</sup>

Asimismo, esta sentencia admite que, si bien el *non bis in idem* no se encuentra plasmado en el texto de la CE, «va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el art. 25 de la Constitución».<sup>626</sup> Al encontrarse este principio incluido en el art. 25.1 CE, goza de la máxima protección que concede la Constitución a los derechos fundamentales.<sup>627</sup>

Más adelante el TC, en la sentencia 77/1983 de 3 de octubre, luego de repetir los conceptos esgrimidos en la STC 2/1981, introduce las ya vistas vertientes material y procesal en los siguientes términos: «[e]l principio *non bis in idem* determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado».<sup>628</sup>

<sup>624</sup> Vale recordar que se trató de su segunda sentencia.

<sup>625</sup> STC 2/1981 de 30 de enero.

<sup>626</sup> *Idem*.

<sup>627</sup> PRAT GARCÍA, J. M./SOLER MATUTES, P., *El delito...*, p. 76.

<sup>628</sup> STC 77/1983 de 3 de octubre (la cursiva me pertenece).

En esta sentencia se deja establecida la subordinación de la Administración al ámbito jurisdiccional, y en ese sentido manifiesta que «puesto en conexión con la regla de la subordinación de la actuación sancionadora de la Administración a la actuación de los Tribunales de justicia es que la primera, como con anterioridad se dijo, no puede actuar mientras no lo hayan hecho los segundos y deba en todo caso respetar, cuando actúe *a posteriori*, el planteamiento fáctico que aquellos hayan realizado, pues en otro caso se produce un ejercicio del poder punitivo que traspasa los límites del art. 25 de la Constitución y viola el derecho del ciudadano a ser sancionado solo en las condiciones estatuidas por dicho precepto».<sup>629</sup>

Sin embargo, la claridad de estos pronunciamientos se opacó cuando el TC debió resolver una situación particular: un ciudadano recibió primero una sanción administrativa y luego una sanción penal por los mismos hechos. Frente a esta situación, dos han sido las respuestas esenciales que brindó el TC. La primera de ellas mediante la controvertida STC 177/1999 de 11 de octubre, para luego «corregir» su postura en la STC 2/2003 de 16 de enero.

En la primera de las sentencias citadas, el TC, ante un caso de acumulación de delito penal e infracción administrativa ambiental, concede el amparo al ciudadano condenado por el delito del art. 347 bis CPE (hoy 325), aunque ya había sido sancionado en sede administrativa previamente. Al respecto, el TC considera que vulnera el principio de *non bis in idem* la posterior sanción penal, más allá del descuento de la pena de la cuantía de la multa administrativa. En ese sentido surge de la sentencia que la vertiente procesal del principio cobra sentido a partir de la vertiente material, ya que la exigencia de *lex praevia* y *certa* que impone el art. 25.1 CE obedece a «la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho ilícito, ese cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta ilícita»<sup>630</sup> y que «la interdicción del *bis in idem* no puede depender del orden de preferencia que normativamente se hubiese establecido entre los poderes constitucionalmente legitimados para el ejercicio del derecho punitivo y sancionador del Estado, ni menos aún de la eventual inobservancia, por la

---

<sup>629</sup> *Ibidem*.

<sup>630</sup> STC 177/1999, FJ 3.

Administración sancionadora, de la legalidad aplicable, lo que significa que la preferencia de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa sancionadora ha de ser entendida como una garantía del ciudadano, complementaria de su derecho a no ser sancionado dos veces por unos mismos hechos, y nunca como una circunstancia limitativa de la garantía que implica aquel derecho fundamental». <sup>631</sup> En síntesis, el TC se apoya fuertemente en la legalidad y seguridad jurídica, sumado al *status* de sancionado que otorga cualquier sanción, no pudiendo ser alterado por las irregularidades cometidas por la propia Administración, <sup>632</sup> en este caso, no haber paralizado el procedimiento y dar vista a la jurisdicción penal.

Esta sentencia generó polémica en la doctrina mayoritaria y fue objeto de varias críticas. La principal radica en que la irregular actuación de la Administración veda el acceso a una posterior sanción penal, por aplicación del principio *non bis in idem*. <sup>633</sup> Con esta concepción, el TC hace primar la vertiente material por sobre la formal y, por tanto, el aspecto material sería preferente ante el orden jurisdiccional penal. <sup>634</sup> En sentido similar, se critica a esta sentencia por permitir que el ciudadano pueda «blindarse» frente a la sanción penal, admitiendo sin dilaciones la sanción administrativa. <sup>635</sup> Por otra parte, este fallo nos enfrenta ante la imposibilidad de que los tribunales puedan lograr su cometido de impartir justicia en todos los casos en que la Administración no se inhiba de sancionar conductas que también pueden constituir delito, <sup>636</sup> subordinando la jurisdicción penal al proceso administrativo.

Leemos en GÓRRIZ ROYO, también, una postura crítica de esta sentencia. En efecto, la autora considera que frente a la doctrina de la STC 177/1999 sería más acertado seguir afirmando la preferencia del orden jurisdiccional penal tal y como venía entendiendo el TC desde la STC 77/1983. En efecto, es este el aspecto más criticable de

<sup>631</sup> *Ibidem* (la cursiva es agregada).

<sup>632</sup> Cfr. MATELLANES RODRÍGUEZ, N., *Derecho penal...*, p. 111.

<sup>633</sup> Cfr. RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Relaciones...», p. 129.

<sup>634</sup> Vid. GÓRRIZ ROYO, E., «Sentido y alcance del *ne bis in idem* respecto de la preferencia de la jurisdicción penal, en la jurisprudencia constitucional (en especial, la STC 2/2003, de 16 de enero)», EPC n.º XXIV, 2002-2003, pp. 213-214, en ese sentido señala RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Medio ambiente...*, p. 299, que esta sentencia «declara la subordinación de la sanción penal a la previa sanción administrativa, pues impide la condena penal, por existir una sanción administrativa firme». En sentido crítico, TRABADO ÁLVAREZ, C., *Protección...*, p. 51, entiende que sostener la prevalencia del derecho administrativo por sobre el derecho penal marca un camino peligroso.

<sup>635</sup> *Ibidem*, nota n.º 369. Al respecto, algún autor ha sostenido que el TC aplicó de una manera tan peculiar el principio del *ne bis in idem*, que podría quedar trasfigurado en el principio de «quien no corre vuela» (cfr., ALENZA GARCÍA, J. F., «Las sanciones administrativas y penales en materia ambiental: funciones y problemas de articulación», en CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.)/LARA GONZÁLEZ, R. (coord.), *Derecho penal de la empresa*, 2002, Navarra, p. 602).

<sup>636</sup> Cfr. RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Medio ambiente...*, p. 299.



la sentencia según esta postura. Ante la gravedad de los hechos constitutivos de la infracción, considera la autora en cita que podrían ser considerados constitutivos de delitos; de esta manera en *non bis in idem* quedó salvaguardado en detrimento del bien jurídico medioambiente.<sup>637</sup>

También críticos de esta sentencia se mostraron CORCOY/GALLEGRO,<sup>638</sup> quienes, luego de un detallado análisis (muy recomendable por cierto), llegaron a las siguientes conclusiones: en la opinión de los autores, en el caso que se trataba, no existía la triple identidad de sujetos, hechos y fundamento entre el procedimiento administrativo sancionador y el procedimiento penal, por lo tanto no podía haber vulneración del *non bis in idem*. Los autores citados tienen una visión particular del fundamento del principio *non bis in idem*, descartando que este se encuentre en la triple identidad sino en la configuración del delito medioambiental como ley penal en blanco, ya que la existencia del delito requiere la constatación de una infracción administrativa, por lo que al sancionar en ambos niveles se estaría castigando dos veces. Entienden los autores, al igual que la doctrina mayoritaria, que la actuación jurisdiccional penal es prevalente a la actuación administrativa.

Por su parte, SILVA/MONTANER consideran que en esta sentencia no se aplicó realmente el principio de *non bis in idem* material en el sentido de prohibición de doble sanción por los mismos hechos; sino más bien el *non bis in idem* en su vertiente procesal, como interdicción de doble enjuiciamiento. En el caso, sostienen los autores, no podía imputarse que la sentencia penal vulnerara el principio de proporcionalidad de la sanción, ya que se había cometido una infracción penal. Asimismo, como se descontó la sanción administrativa de la penal, no podía hablarse de vulneración de la prohibición de exceso en este punto.<sup>639</sup>

No obstante las posturas críticas a la STC 177/1999, existen autores que encontraron positivo el resultado arrojado por esta. En esa línea encontramos a PRATS CANUT (*et al*), en cuya opinión «la sentencia marca un cambio de dirección significativa

---

<sup>637</sup>GÓRRIZ ROYO, E., «Sentido y alcance...», pp. 217-224. La autora efectúa un planteamiento respecto a la falta de análisis más detallado sobre la identidad subjetiva, ya que la sancionada en sede administrativa fue la Empresa IRM Lloreda S.A, persona jurídica, mientras que el condenado por la jurisdicción penal fue un director, persona física. Sin embargo, considero inocuo el debate al respecto en esta oportunidad dado el tiempo transcurrido desde la fecha de la sentencia (casi veinte años) y las posteriores modificaciones al CPE donde ya existe la responsabilidad penal de la persona jurídica para este tipo de delitos (ver pp. 210 ss.; también se refiere a la falta de identidad subjetiva CORCOY BIDASOLO/M./GALLEGRO SOLER, J. I., «Infracción administrativa...»).

<sup>638</sup> Vid. CORCOY BIDASOLO, M./GALLEGRO SOLER, J. I., «Infracción administrativa...», *passim*.

<sup>639</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M./MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Los delitos...*, p. 95.

y que en la mayoría de sus extremos compartimos, ya que la vigencia del principio de primacía del orden jurisdiccional penal no puede aparecer como un principio absoluto y debe necesariamente articularse con el conjunto de derechos y libertades en general y con los de legalidad y tutela judicial efectiva e interdicción de la arbitrariedad particular». <sup>640</sup> En esta misma línea se ubica PRAT GARCÍA al entender que la STC 177/1999 no hizo más que llevar los conceptos de la STC 77/1983 a sus últimas y lógicas consecuencias. Para ello, considera el autor, el TC parte de una concepción «unitaria» del *ius puniendi* estatal, según la cual las faltas o equivocaciones de la Administración en la coordinación con otras administraciones públicas o la jurisdicción penal no pueden afectar los derechos básicos de los ciudadanos. <sup>641</sup>

Un tiempo después, el TC dictó la sentencia 152/2001 de 2 de julio. Allí comenzó a visualizarse una nueva tendencia en la interpretación del principio *non bis in idem*, alejándose lentamente del criterio sostenido en la STC 177/1999.

En efecto, esta última sentencia se dedicó a resolver un amparo interpuesto motivado por una situación análoga a la planteada en ocasión de resolver la STC 177/1999. Aquí, nuevamente se condenó al recurrente vulnerando el principio *non bis in idem* —cuestión admitida por la sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife— aunque, sin embargo, se atemperó la pena a imponer. En consecuencia, fue constatada la vulneración al *non bis in idem*, pero en el momento resolutorio se tuvo en cuenta la sanción administrativa para imponer la pena. Por ello, se rebajó la pena impuesta en la primera instancia. En concreto, como se dijo, se trata de un caso análogo al de la sentencia anteriormente analizada. <sup>642</sup> Al momento de resolver, el TC tiene muy en cuenta este aspecto y ya desliza una concepción, aparentemente diferente a la sostenida en la sentencia 177/1999. En ese sentido se desprende de la sentencia que «la pena impuesta en la Sentencia penal recurrida tuvo en

---

<sup>640</sup> PRATS CANUT, J.M./MARQUÉS I BANQUÉ, M./MORÁN MORA, C., *Derecho penal...*, p. 107.

<sup>641</sup> Cfr. PRAT GARCÍA, J. M./SOLER MATUTES, P., *El delito...*, pp. 83-84; en sentido similar se señala que, paradójicamente, en algunos casos la sanción penal es más benigna que la administrativa y, en todo caso, el ciudadano no tiene por qué pagar por la actuación negligente de la Administración (Cfr. RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Relaciones...», p. 130).

<sup>642</sup> Al respecto, GÓRRIZ ROYO, E., «Sentido...», pp. 228-229, advierte que el problema jurídico se asemeja al de la sentencia 177/1999 en cinco aspectos. 1) la Administración no paralizó el procedimiento sancionador a pesar de que existían indicios de que los hechos podían constituir delito, vulnerando, de ese modo, la regla de primacía de la jurisdicción penal; 2) la sanción administrativa adquirió firmeza al no ser revisada por la jurisdicción contencioso-administrativa; 3) a pesar de que el sancionado alegó la violación del *nib*, el órgano judicial penal lo sancionó con pena igualmente; 4) el tribunal penal dedujo de la pena a imponer la multa ya abonada por la sanción administrativa; 5) se apoyó en la STC 177/1999 para no revisar la triple identidad entre las infracciones administrativas y penales.

cuenta la precedente sanción administrativa, según se dice en ella, por razones de equidad, para rebajar la pena impuesta por el Juzgado de lo Penal en la medida de la sanción administrativa. Con tal modo de proceder lo que pudiéramos considerar como la medida de la intensidad cuantitativa de la acción sancionadora del Estado, sumadas la sanción administrativa y la pena, no solo no excedió el límite posible de la pena legalmente asignada al delito (arresto mayor o multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas y privación del permiso de conducción por tiempo de tres meses y un día a cinco años), sino que se mantuvo en el grado mínimo de dicha pena, y dentro de él incluso en un nivel mínimo». <sup>643</sup> Párrafo seguido, el TC plantea qué hubiese sucedido si el amparo tuviera acogida, dejando entrever —tácitamente— que dicha solución estaría reñida con el ordenamiento jurídico ya que «[e]l planteamiento del recurrente supone, de prosperar, que el efecto de la aplicación del principio *non bis in idem* en el sentido reclamado sería el de limitar el gravamen punitivo de la conducta del recurrente a un nivel muy inferior al que hubiera sido posible, de haberse ejercitado la potestad punitiva penal como única, cual era obligado según el régimen legal vigente en el caso de confluencia entre la potestad administrativa sancionadora y la potestad punitiva penal. En otros términos, que la sanción administrativa más exigua, incorrectamente impuesta y tolerada con su pasiva actuación, le serviría de escudo frente a la correcta imposición de la sanción penal más grave». <sup>644</sup>

Como se verá en los siguientes fragmentos de la sentencia que se transcribirán, el TC advierte, como lo hizo la doctrina crítica de la STC 177/1999 que, siguiendo ese criterio, el sancionado en sede administrativa puede manipular el principio *non bis in idem* a su antojo, alterando su funcionalidad cuando consienta la sanción administrativa y utilice ese extremo como defensa, invocando la vulneración del *non bis in idem* para escapar de la sanción penal. En efecto, con claridad dice el TC que «[e]l silencio del actor en el proceso penal durante el tiempo en el que la vulneración estaba teniendo lugar, y podía ser remediada, y el aplazamiento de la reacción defensiva al momento en que la sanción administrativa se había impuesto, puede encontrar explicación, que no justificación, en una táctica defensiva, consistente en tolerar la vulneración actual del principio *non bis in idem* para utilizar la sanción administrativa como defensa ulterior frente a la condena penal; pero una explicación tal lo que evidencia es una manipulación

---

<sup>643</sup> STC 152/2001 de 2 de julio.

<sup>644</sup> *Idem* (la cursiva es añadida).

de la funcionalidad del principio *non bis in idem* en vez de una atendible reclamación de su respeto». <sup>645</sup>

Es decir, si nos dejamos llevar por la letra del TC, evidentemente, estaba de acuerdo con el resultado arribado en la instancia anterior. Sin embargo, el amparo no es rechazado por esos motivos, sino por una cuestión de carácter procedimental relacionada con la oportunidad procesal para efectuar el planteamiento de vulneración del principio de *non bis in idem*. <sup>646</sup> Es por ello que GÓRRIZ ROYO entiende que se introduce un nuevo criterio para salvaguardar el derecho a no padecer *bis in idem*, y este sería «alegar la violación del derecho fundamental tan pronto se conozca y sin demoras inaceptables que pudieran preconstituir indebidamente situaciones de *bis in idem*». <sup>647</sup>

Poco tiempo después, más precisamente el 16 de enero de 2003, el TC dicta la STC 2/2003. En esa oportunidad se realiza una avocación del pleno para revisar la doctrina constitucional de la STC 177/1999 y la STC 152/2001. <sup>648</sup> En esta oportunidad se trató de hechos materialmente similares a los de las sentencias anteriores, <sup>649</sup> aunque en el ámbito de los delitos e infracciones relativas a la conducción viaria.

En esta ocasión el TC se pronunció de manera inversa a lo dispuesto en las sentencias revisadas, aceptando una condena posterior pese a la concurrencia de una sanción administrativa previa, con la condición de que se descuente la última —ya abonada— de la primera. El argumento del TC en este caso es que «[e]l órgano judicial penal tomó en consideración la sanción administrativa impuesta para su descuento de la pena en fase de ejecución de la Sentencia penal, tanto en lo referido al tiempo de duración de la privación del carné de conducir como en lo que atañe a la cuantía de la multa, e intentó impedir cualquier otro efecto de la resolución administrativa

<sup>645</sup> *Ibidem* (la cursiva es añadida).

<sup>646</sup> «Y es el caso que la vulneración del principio *non bis in idem* derivada de esa duplicidad de procedimientos sancionadores, administrativo y penal (considerada como tal vulneración en la STC 77/1983, de 3 de octubre, FFJJ 2 y 4), estaba teniendo lugar desde el inicio de ambos procedimientos, y de modo indiscutible (si es que alguna duda pudiera haberle cabido al recurrente sobre la continuidad del procedimiento administrativo en ese inicial momento, habida cuenta de lo dispuesto en los arts. 5.1 y 7.2 del Real Decreto 429/1993, citados antes - FJ 2) desde que en el administrativo se formuló el pliego de cargos. Era en ese momento en el que inequívocamente la vulneración ya se había producido en la vertiente procedimental, cuando el demandante pudo, y por tanto debió, invocar el derecho vulnerado para procurar el remedio de la violación» (STC 152/2001).

<sup>647</sup> Cfr. GÓRRIZ ROYO, E., «Sentido...», p. 232 (la cursiva es original).

<sup>648</sup> STC 2/2003 de 16 de enero.

<sup>649</sup> Uno de los rasgos comunes entre ambas sentencias fue justamente la colisión entre la vía administrativa y la jurisdicción penal y no entre esta y la jurisdicción contencioso-administrativa. Al respecto señala GÓRRIZ ROYO, E., «Sentido...», p. 238, que no se trata, en estos supuestos, de discutir la primacía del orden penal sobre el contencioso-administrativo, sino de aquel sobre la potestad sancionadora de la Administración.

sancionadora poniendo en conocimiento de la Administración la resolución penal. De modo que no puede sostenerse que materialmente el recurrente haya sufrido exceso punitivo alguno». <sup>650</sup> Como señala MATELLANES, el TC consideró en este caso que más allá de la existencia de la triple identidad de sujeto, objeto y fundamento, <sup>651</sup> no existieron dos sanciones, sino una, por lo tanto si bien existió *idem*, no hubo *bis*. <sup>652</sup> Por lo tanto como se lee en la sentencia bajo análisis: «no basta la mera declaración de imposición de la sanción si se procede a su descuento y a evitar todos los efectos negativos anudados a la resolución administrativa sancionadora para considerar vulnerado el derecho fundamental a no padecer más de una sanción por los mismos hechos con el mismo fundamento. En definitiva, hemos de precisar que en este caso no hay ni superposición ni adición efectiva de una nueva sanción y que el derecho reconocido en el art. 25.1 CE en su vertiente sancionadora no prohíbe el “doble reproche afflictivo”, sino la reiteración sancionadora de los mismos hechos con el mismo fundamento padecida por el mismo sujeto».

Otro punto fundamental de esta sentencia es que el TC resuelve la polémica relacionada con la posibilidad de que este pueda examinar si concurre la triple identidad de fundamento, sujeto y hecho que se requiere para aplicar el principio de *non bis in idem*, modificando la doctrina de la STC 177/1999. En aquella oportunidad el TC rechazó la posibilidad de analizar en esa instancia tales requisitos. <sup>653</sup> Sin embargo, en la novedosa STC 2/2003 el TC considera que «esta afirmación no puede compartirse, pues la triple identidad constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en *bis in idem*, sea este sustantivo o procesal, y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE, ya que estos no impiden la concurrencia de cualesquiera sanciones y procedimientos sancionadores, ni siquiera si estos tienen por objeto los mismos hechos, sino que estos derechos fundamentales consisten precisamente en no padecer una doble sanción y en no ser

---

<sup>650</sup> *Ibidem*.

<sup>651</sup> Sobre este punto discrepa PÉREZ MANZANO, M., «El derecho...», p. 85, ya que entiende que no existió identidad de fundamento, pues el desvalor jurídico que materializaban las conductas era distinto (ver también, sobre esta cuestión el apartado, de esta tesis, referido al fundamento).

<sup>652</sup> Cfr. MATELLANES RODRÍGUEZ, N., *Derecho penal...*, p. 112. En efecto, el TC sostuvo que «en el caso no puede afirmarse que se hayan impuesto dos sanciones al recurrente, una en vía administrativa y otra en vía penal, pues materialmente solo se le ha impuesto una sanción» (STC 2/2003).

<sup>653</sup> Dijo el TC que «no corresponde a este Tribunal revisar la determinación de los hechos realizada por los órganos judiciales en el proceso penal precedente [art. 44.1.b) LOTC] ni, por tanto, su convicción acerca de la identidad existente respecto del sujeto, hechos y fundamento de la conducta que había sido administrativamente sancionada» (STC 177/1999).

sometido a un doble procedimiento punitivo, por los mismos hechos y con el mismo fundamento».<sup>654</sup>

Esta STC también hace referencia a la eventual vulneración del principio *non bis in idem* cuando la Administración sanciona por una infracción previamente al proceso penal. Como ya se ha adelantado en páginas anteriores, la Administración debe suspender el trámite administrativo hasta tanto exista una sentencia en sede penal cuando los hechos investigados puedan ser constitutivos de delitos o faltas. En ese sentido, contrariamente a lo sostenido en la STC 177/1999,<sup>655</sup> cuando eso no haya sucedido, la doctrina del TC en esta sentencia sostiene que la jurisdicción penal puede dictar sentencia condenatoria posterior a la imposición de sanción administrativa, sin vulnerarse por ello el *non bis in idem*. El fundamento de esto último radica en que la jurisdicción penal prevalece sobre la potestad sancionadora de la Administración y, por ello, no puede inhibirse de actuar, ni anularse una sanción penal bajo la excusa de la existencia de un pronunciamiento administrativo.<sup>656</sup> Al respecto, el TC considera que entre un procedimiento de naturaleza penal y otro administrativo sancionador existen diferencias esenciales, por lo cual no existiría violación del *non bis in idem* procesal, ya que para que ello suceda, debe tratarse de procesos similares, especialmente en lo referido al grado de complejidad y a las garantías que los caracterizan.<sup>657</sup>

A su vez, como nos recuerda PÉREZ MANZANO, la STC efectúa otra restricción a la prohibición de doble procedimiento punitivo: la prohibición de doble procedimiento punitivo requiere una primera resolución firme.<sup>658</sup> En consecuencia, una tramitación simultánea de los procedimientos administrativos y penales no es en sí misma lesiva del

<sup>654</sup> STC 2/2003 (la cursiva es añadida). Contraria a este criterio se muestra PÉREZ MANZANO, M., «El derecho...», p. 82. En efecto, la autora entiende que es claro que el TC no puede modificar, en el sentido de sustituir, la declaración de hechos probados realizada por los órganos sancionadores, porque ello forma parte de las tareas atribuidas a los órganos judiciales en el marco de su función jurisdiccional. La autora deduce que el TC no puede sustituir los hechos probados por otros, ni la formulación de una calificación jurídica alternativa (se recomienda leer todos los argumentos).

<sup>655</sup> Recordemos que, en esa sentencia, uno de los pilares era la idea de que el orden de actuación de los órganos sancionadores era irrelevante y que una vez que se aplicaba una sanción se vedaba cualquier otra intervención punitiva (Cfr. RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Relaciones...», p. 133).

<sup>656</sup> Cfr. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., «El principio...», p. 754.

<sup>657</sup> Leemos en la sentencia que «la interdicción constitucional de apertura o reanudación de un procedimiento sancionador cuando se ha dictado una resolución sancionadora firme, no se extiende a cualesquiera procedimientos sancionadores, sino tan solo respecto de aquellos que, tanto en atención a las características del procedimiento —su grado de complejidad— como a las de la sanción que sea posible imponer en él —su naturaleza y magnitud— pueden equipararse a un proceso penal, a los efectos de entender que el sometido a un procedimiento sancionador de tales características se encuentra en una situación de sujeción al procedimiento tan gravosa como la de quien se halla sometido a un proceso penal» (STC 2/2003). Sobre este tópico ver PÉREZ MANZANO, M., «El derecho...», pp. 90-91.

<sup>658</sup> PÉREZ MANZANO, M., «El derecho...», p. 97.

*non bis in idem*; la lesión se producirá cuando exista sentencia firme. En esa línea, el TC desconoce el carácter de firmeza de la sanción administrativa en los siguientes términos: «[e]n cuanto al reconocimiento de efecto de cosa juzgada de la resolución administrativa, se ha de señalar que, en sentido estricto, dicho efecto es predicable tan solo de las resoluciones judiciales, de modo que solo puede considerarse vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, en cuyo haz de garantías se ha reconocido el respeto a la cosa juzgada (por todas, SSTC 67/1984, de 7 de junio, FJ 2; 159/1987, de 26 de octubre, FJ 2; 189/1990, de 26 de noviembre, FJ 1; 151/2001, de 2 de julio, FJ 4), el desconocimiento de lo resuelto en una resolución judicial firme, dictada sobre el fondo del litigio. De otra parte, se ha de tener presente que uno de los requisitos de la legitimidad constitucional de la potestad sancionadora de la Administración es la necesaria viabilidad del sometimiento de la misma a control judicial posterior (art. 106 CE; STC 77/1983, de 3 de octubre). De modo que, sin haberse producido dicho control judicial ulterior por la jurisdicción contencioso-administrativa, al haber desistido el sancionado del recurso interpuesto, la resolución administrativa carece de efecto de cosa juzgada».

Al respecto de esto último, PÉREZ MANZANO realiza algunas consideraciones. La primera de ellas es que el *non bis in idem* no exige que la resolución firme sea sancionatoria, sino que puede tratarse de una resolución absolutoria. Asimismo, según la opinión de la autora, en estos casos no se habría substanciado más que un único procedimiento sancionador en varias fases. Una ante la jurisdicción penal y otra ante la Administración sancionadora. Esto lo avalaría que los hechos se determinan en el proceso penal y vinculan a la Administración.<sup>659</sup> En ese hilo argumental, sostiene la autora citada, se trata del ejercicio de un único *ius puniendi* mediante distintos órganos sancionadores, dada la falta de la jurisdicción penal para imponer sanciones administrativas.<sup>660</sup>

No está demás aclarar que esta sentencia ha tenido una acogida favorable por la doctrina mayoritaria y ha sido reiterada en fallos sucesivos, siendo hasta el día de hoy la doctrina constitucional vigente sobre el principio *non bis in idem*. No obstante, algunos autores no terminan de quedar conformes con el resultado arribado por la STC 2/2003 aduciendo, por ejemplo, que aunque se efectúe una compensación en la jurisdicción

---

<sup>659</sup> Vid. STC 77/1983. Asimismo remito a lo visto en el acápite referido a la vertiente formal del *non bis in idem*.

<sup>660</sup> Vid. PÉREZ MANZANO, M., «El derecho...», pp. 97-98.

penal del monto de la multa impuesta en sede administrativa, y sea cierto que ello no constituye materialmente una doble sanción, formalmente sí se han impuesto dos sanciones.<sup>661</sup> Otra postura crítica se centra en que en definitiva sí existieron dos procedimientos y dos sanciones y que al quedar la menor de las sanciones embebida en la mayor, esto supone un flagrante *bis in ídem*.<sup>662</sup>

#### 4. Límite entre delito e infracción administrativa

Ya hemos visto que el medioambiente como bien jurídico es protegido no solo por el derecho penal sino también por otras ramas del ordenamiento jurídico. De ellas, nos hemos detenido en el derecho administrativo sancionador (ver inicio de este capítulo). De esto se evidencia claramente una convergencia de protección de un mismo bien jurídico de esas dos ramas del ordenamiento jurídico, cuya principal característica de ambas es su perfil sancionador.

Esta existencia dual de defensa del medioambiente por parte del Estado, ha llevado a la gran mayoría de los tópicos abordados en este capítulo, como por ejemplo la remisión normativa del derecho penal al administrativo sancionador para evitar, entre cosas, la ruptura de la armonización y coordinación del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, esta situación no es pacífica. En ese sentido, vemos cómo un sector de la doctrina denuncia el fenómeno de la administrativización del derecho penal.<sup>663</sup> Evidentemente existe entre la infracción administrativa y el delito medioambiental sustanciales similitudes. Sin embargo, es necesario trazar una diferencia entre ambos ya que, en virtud de los principios de subsidiariedad, *ultima ratio* y fragmentariedad del derecho penal, no correspondería a este último proteger un bien jurídico tutelado correctamente por una rama del ordenamiento jurídico menos lesiva, lo que tornaría ilegítima su intervención. Pero, como ya se adelantó en páginas anteriores, en este trabajo se defiende la legitimidad del derecho penal en la protección del

---

<sup>661</sup> Cfr. GÓRRIZ ROYO, E., «Sentido...», p. 248. Aunque la autora considera que a falta de mecanismo legal expreso que permita al juez penal anular la sanción administrativa como solución transitoria, valora positivamente la rectificación de la STC 177/1999.

<sup>662</sup> Vid. RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Relaciones...», p. 137. Se plantea el autor también qué sucederá cuando la sanción y administrativa y penal sean de naturaleza distinta.

<sup>663</sup> Al respecto *vid.* capítulo I, la postura de SILVA SÁNCHEZ.



medioambiente como bien jurídico-penal. Por tanto, se sostendrá aquí una postura diferenciadora entre infracción administrativa e ilícito penal.

No obstante, el debate referido a la diferenciación entre delito e infracción administrativa no es nuevo. En efecto, la distinción entre lo ilícito penal y administrativo se planteó por primera vez en el Estado liberal.<sup>664</sup> Fue con el arribo del liberalismo cuando el derecho penal se convirtió en uno de los pilares más importantes del Estado de derecho, atento a la vinculación del ejercicio del *ius puniendi* al principio de legalidad de los delitos y de las penas. En ese entonces, al presentarse la pena como un instrumento coactivo efectivo, surgió la idea de emplearla en todos los ámbitos en los que se pretendía reforzar las directrices estatales.<sup>665</sup> Fue entonces cuando la distinción entre delito e ilícito administrativo se hizo necesaria.<sup>666</sup>

GOLDSCHMIDT propuso en Alemania, para evitar una hipertrofia del derecho penal, la segregación de un derecho penal meramente administrativo del cuerpo del derecho penal criminal, sugiriendo para ello varios criterios sustanciales de distinción entre ilícito penal e ilícito administrativo.<sup>667</sup> Así, según la doctrina de ese autor, el derecho sancionatorio administrativo no sirve para la evitación de peligros, sino al Estado que fomenta el bienestar. Asimismo, el bienestar nunca puede convertirse en Estado, sino que es siempre una meta, un anhelo no alcanzado; el delito administrativo no produce daño alguno sino que solamente hace perder una ganancia y, en qué consiste esa ganancia, solo puede ser definido por la Administración. Para GOLDSCHMIDT, como injusto del delito administrativo «solo queda, pues, la característica omisión del reforzamiento de la Administración estatal dirigido al fomento del bien público o del Estado, o bien lo que aparece ficticiamente como tal fomento. En esto consiste la infracción administrativa».<sup>668</sup>

Estos principios esbozados por GOLDSCHMIDT fueron recogidos casi tres décadas después por WOLF, expresándolos en los términos de la filosofía de los valores, y medio

---

<sup>664</sup> Cfr. CEREZO MIR, J., *Derecho penal, parte general*, IBdF, 2008, Montevideo, p. 40. En ese sentido, advierte el autor citado que en el Estado de policía del despotismo ilustrado no era posible distinguir con claridad entre derecho penal y derecho administrativo.

<sup>665</sup> Vid. STRATENWERTH, G., *Derecho penal...*, p. 47.

<sup>666</sup> Vid. nota n.º 403.

<sup>667</sup> *Idem*.

<sup>668</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2º ed., Trad. CUELLO CONTRERAS, J./SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., Marcial Pons, 1997, Madrid, pp. 64-65, con citas a GOLDSCHMIDT.

siglo después influyen en SCHMIDT.<sup>669</sup> Así, ante la oposición de la teoría del derecho a la práctica de criminalizar conductas que no vulneran intereses elementales, se intentó encontrar diferencias conceptuales entre el verdadero ilícito criminal, reprochable «en sí» y el ilícito administrativo como mera desobediencia ante disposiciones estatales.<sup>670</sup> En virtud de ello, en el año 1949, el legislador Alemán, con la Ley Penal Económica, creó la infracción administrativa conminada con una pena específica de multa.<sup>671</sup> En concreto, para los autores citados el criterio de distinción ha de ser, por un lado, si los efectos del hecho permanecen en el ámbito interno de la Administración (contravenciones) o si por el contrario poseen idoneidad para menoscabar la capacidad productiva del orden económico protegido por el Estado. Con este criterio se visualiza una diferencia cuantitativa, pero no cualitativa. Por otra parte, según esta concepción, lo determinante será la actitud del autor, por ello el límite ya no dependería del de las especialidades del ámbito de regulación del derecho penal económico —en ese caso— sino de valoraciones específicas.<sup>672</sup> Al respecto, indica CEREZO MIR que según los autores alemanes citados, lo ilícito administrativo se agotaría en la desobediencia de los mandatos y prohibiciones establecidos positivamente por el legislador. Se trataría de un ilícito puramente formal. De esta forma lo ilícito de la infracción administrativa no significaría una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sino solamente por la lesión de un interés de la Administración.<sup>673</sup> Esta sería, entonces, una distinción cualitativa entre ambos tipos de ilícitos.

Luego de lo anterior, podemos ingresar en la discusión actual de la cuestión que, resumida en pocas palabras por JAKOBS, podría sintetizarse en «si las relevantes especialidades de Derecho material (multa en lugar de la pena) y procesal (procedimiento administrativo regido por el principio de oportunidad en lugar de procedimiento judicial regido por el principio de legalidad) que presentan las contravenciones se basan en una diferencia solo cuantitativa en relación con las

---

<sup>669</sup> Vid. *idem*, p. 65; CEREZO MIR, J., *Derecho penal...*, p. 41. Este último autor refiere que también ayudaron al desenvolvimiento de los criterios de distinción —además de los mencionados— LANGE/MICHEL/BOCKELMANN.

<sup>670</sup> Como señala CEREZO MIR, J., *Derecho penal...*, p. 43, para esos autores los delitos del derecho penal criminal serían «naturales *per se*», «de Derecho natural», «previamente dados», o «metapositivos», mientras que los delitos administrativos sería «delitos artificiales», o «creados solo por la voluntad del Estado»; distinción que, considera el autor, es inadmisibles.

<sup>671</sup> Cfr. STRATENWERTH, G., *Derecho penal...*, p. 47.

<sup>672</sup> JAKOBS, G., *Derecho penal...*, p. 65.

<sup>673</sup> Vid., con múltiples citas, CEREZO MIR, J., *Derecho penal...*, p. 47.

infracciones penales, o si las contravenciones muestran un injusto y una culpabilidad cualitativamente propios». <sup>674</sup>

### a) Diferencia cuantitativa

Lo cierto es que en la actualidad las voces que defienden esta tesis son las mayoritarias. Y en principio no les faltaría razón dado que sostienen su argumentación principal en que el único criterio que establece el CPE para marcar la frontera entre la infracción penal y la administrativa es la gravedad (recordemos que el art. 325 CPE requiere que la conducta, para ser típica, «cause o pueda causar daños sustanciales» <sup>675</sup> o «pudiera perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales»). <sup>676</sup>

Dentro de este grupo encontramos voces autorizadas como la de ROXIN. Este autor rechaza que los hechos punibles y las contradicciones se distingan por la presencia o falta de una lesión de un bien jurídico, ya que en ambos supuestos se lesiona un bien jurídico. Según este autor el principio de subsidiariedad es el criterio que debe seguirse como delimitador. Asimismo, ROXIN sostiene que en la mayoría de los casos la sanción por infracción administrativa puede ser una posibilidad adecuada cuando es necesaria una reacción estatal, pero por su menor peligrosidad social no es necesario acudir al derecho penal. <sup>677</sup> De esto se deriva que no existe una diferencia cualitativa para distinguir delitos de infracciones administrativas; por ello, la diferencia entre delitos e infracciones administrativas es predominantemente cuantitativa y no cualitativa. <sup>678</sup>

En esta misma línea, JAKOBS cree que el derecho positivo se resiste a una delimitación cualitativa tajante de infracción penal y contravención. Por tanto no cabe determinar diferencias cualitativas entre delito e infracción administrativa contrastables con claridad en la práctica. <sup>679</sup>

Predica también esta postura CEREZO MIR. Según su concepción, desde el núcleo central del derecho penal hasta las últimas faltas penales o infracciones administrativas «discurre una línea continua de un ilícito material que se va atenuando, pero que no

---

<sup>674</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, p. 66.

<sup>675</sup> Art. 325.1 CPE.

<sup>676</sup> Art. 325.2 CPE.

<sup>677</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho penal...*, pp. 71-72.

<sup>678</sup> *Ibidem*, p. 74.

<sup>679</sup> JAKOBS, G., *Derecho penal...*, p. 67.

llega a desaparecer del todo». <sup>680</sup> Al igual que ROXÍN, quien considera que la exclusión del concepto del bien jurídico del ámbito administrativo carece de fundamento. En efecto, sería imposible trazar una diferencia entre los intereses de la Administración tutelados por el derecho y el resto de los bienes jurídicos, esto porque el delito y la infracción administrativa poseen un contenido material semejante y la misma estructura lógica. <sup>681</sup> Entonces, «la pena o sanciones del llamado Derecho penal administrativo encontrarán su justificación únicamente en su proporción a la gravedad y en su necesidad, como la pena del Derecho penal criminal [...] Entre las penas y las sanciones administrativas existen únicamente diferencias cuantitativas». <sup>682</sup>

En consonancia con los anteriores autores citados GÓRRIZ ROYO, partiendo de la premisa de que el principio de unidad del derecho sancionador es casi universalmente reconocido, sostiene que no pueden admitirse ámbitos propios de legalidad de la Administración, sino que esta tutela intereses de la misma naturaleza que los tutelados por otros sectores del ordenamiento jurídico. Por este motivo, entre los intereses tutelados por la Administración mediante las infracciones y en los tutelados por el derecho penal no deben advertirse diferencias ontológicas o cualitativas, sino únicamente diferencias de carácter cuantitativas. Esta diferencia se apreciará generalmente en la gravedad de las sanciones y, en algunos casos, en el contenido del injusto de las correspondientes conductas o incluso en el grado de culpabilidad que se exige para cometer el delito. <sup>683</sup>

En conclusión, las tesis que sostienen la diferencia cuantitativa <sup>684</sup> entre infracción administrativa y delito penal se apoyan, básicamente, en la gravedad del delito y la levedad de la infracción. En ese sentido, el derecho penal estará legitimado a intervenir en la defensa del medioambiente cuando la gravedad de la conducta merezca una sanción cuantitativamente mayor. En el medioambiente, esa gravedad se

---

<sup>680</sup> CEREZO MIR, J., *Derecho penal...*, p. 44.

<sup>681</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>682</sup> *Idem*. En ese sentido, también MUÑOZ CONDE, F./LÓPEZ PEREGRÍN, C./GARCÍA ÁLVAREZ, P., *Manual...*, pp. 61 y 62, sostienen que sanciones que puede prever la Administración no se diferencian cualitativamente de las sanciones penales, pues las prohibiciones en ambas ramas poseen la misma naturaleza. La diferencia entre sanción penal y sanción administrativa es más bien cuantitativa, en cuanto el derecho penal debe ocuparse de supuestos de mayor gravedad y prever las sanciones más graves.

<sup>683</sup> Cfr. GÓRRIZ ROYO, E., «Sentido...», p. 204.

<sup>684</sup> Además de los autores citados expresamente, adscriben a esta postura —entre otros— TERRADILLOS BASOCO, J., «Protección...», p. 305; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Viejo...*, pp. 219-221; CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal...*, p. 98; ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L., *El medio ambiente...*, p. 383.

evidenciará por la superación de límites determinados legalmente más el requisito de la gravedad exigido por el art. 325.

## **b) Diferencia cualitativa**

Por lo ya visto en el punto anterior, esta postura resulta minoritaria, y tiene como principales exponentes en la doctrina española a CORCOY/GALLEGO SOLER. En efecto, los autores citados destacan la exigencia del elemento de lesividad para que un hecho adquiera relevancia penal, especificando que para ello un hecho requiere en cada caso concreto un determinado grado de afectación de un bien.<sup>685</sup> Para ellos el elemento que diferencia cualitativamente al delito de la infracción administrativa medioambiental radica en la idoneidad de la lesión del objeto del delito, equiparado a la producción de un resultado material en sentido estricto. Así, distinguen que la infracción administrativa únicamente requiere para su configuración superar determinados límites cuantitativos mientras que el delito ecológico requiere que esa conducta infractora además sea idónea para afectar al objeto material del delito. Es decir, la infracción administrativa no requeriría afectación *ex post* del bien jurídico, mientras que el delito sí.

Siempre en la misma senda, los autores consideran que la diferencia entre la infracción administrativa y la penal en materia medioambiental se fundamenta también en consideraciones teleológicas, dado que el ámbito propio del injusto penal persigue distintas finalidades que el del ilícito administrativo. Así, el derecho penal debe perseguir la protección de bienes jurídico-penales concretos en situaciones concretas cumpliendo con el principio de lesividad; para los ilícitos administrativos basta con seguir criterios de afectación estadísticos o con que se describan situaciones de peligro estandarizadas.<sup>686</sup> Por ello concluyen que la diferencia analizada no es meramente cuantitativa y, en el ámbito medioambiental, podemos apreciar quizás el más claro exponente de defensa del medioambiente por dos ramas del ordenamiento jurídico pero de modo cualitativamente distinto.<sup>687</sup>

---

<sup>685</sup> Cfr. CORCOY BIDASOLO, M./GALLEGO SOLER, J. I., «Infracción...».

<sup>686</sup> Cfr. CORCOY BIDASOLO, M. y GALLEGO SOLER, J. I., «Infracción...».

<sup>687</sup> *Idem.*

Al igual que los autores anteriores, QUINTERO OLIVARES<sup>688</sup> se adhiere a este tipo de tesis. En ese sentido, considera que las diferencias entre infracción administrativa y delito son dos: una primera cualitativa (significado del injusto) y otra cuantitativa (dimensión del injusto). Sin embargo, este autor considera que el criterio fundamental de separación debe ser la creación de peligro concreto para el equilibrio de los sistemas naturales o de las personas, ya que se trata de componentes de la conducta que no tienen que exigirse en las infracciones administrativas. Asimismo, considera QUINTERO OLIVARES, en la línea de posición subsidiaria del derecho penal respecto del administrativo, que para evitar una protección del medioambiente vicaria ajena al sentido de intervención del sistema punitivo, no puede apoyarse en conductas que sean «exactamente las mismas» aunque las tome en consideración de otra rama «necesariamente precedente».

De este modo, QUINTERO concluye en que la intervención penal se producirá siempre y solo porque habrá concurrido en el hecho algo que no estaba contemplado y valorado por la norma administrativa, transformando a ese hecho en cualitativamente más grave. Por tanto, el paso de la infracción administrativa al delito debe basarse en diferencias cualitativas entre una y otra, especialmente en la causación de daño o en la creación de grave y concreto peligro. Serán esas últimas las condiciones que determinarán la existencia de delito.<sup>689</sup>

### c) Toma de posición

Sin duda, por la posición adoptada en esta tesis, existen diferencias entre la infracción administrativa protectora del medioambiente y el delito contra el medioambiente. En caso contrario, daría exactamente lo mismo defender al medioambiente con cualquiera de las dos ramas del ordenamiento jurídico, cuestión que ya ha sido analizada al cuestionarnos respecto al principio de subsidiariedad, *ultima ratio* y fragmentariedad del derecho penal. Como ya se advirtió, el incumplimiento de tales límites tornaría la intervención del derecho penal en ilegítimo.

No obstante, trazar un límite entre la infracción administrativa medioambiental y el delito no es una tarea que resulte sencilla. Como se vio, existen dos grandes bloques

---

<sup>688</sup> Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho penal...*, pp. 53-55.

<sup>689</sup> *Idem*, p. 55.

que podrían aportarnos diferencias: por un lado, un aspecto cuantitativo, y otro cualitativo. Me referiré a ambos tratando de lograr, con las herramientas con las que contamos, trazar la frontera entre la infracción administrativa y el delito medioambiental.

Consideremos partir primero de una similitud que creo indudable: ambas ramas del ordenamiento jurídico se encargan de la protección del mismo bien jurídico, que en este caso particular es el medioambiente. De ese modo lo estipula la CE en su art. 45.3 donde se preceptúa que se establecerán sanciones penales o administrativas destinadas a la protección del medioambiente. Entonces, la primera deducción a la que se llega es que ambas protegen al medio ambiente, pero de manera distinta.

Sin embargo, desde un baremo cuantitativo creemos que es posible intentar diferenciar dos aspectos, ambos relacionados con el término «gravedad». En primer lugar, la gravedad del resultado (desde un punto de vista *ex post*) y, en segundo lugar, la gravedad de la sanción. Al respecto, el primer problema que se nos presenta es que el baremo utilizado como diferenciador es un concepto jurídico indeterminado que, a pesar de los intentos de la jurisprudencia por esclarecerlo, sigue dejando un amplio margen interpretativo, lo que genera ambigüedad y por tanto inseguridad jurídica en un ámbito tan delicado como el derecho penal.<sup>690</sup>

De acuerdo con el TS, semánticamente grave es lo que produce o puede producir importantes consecuencias nocivas, lo que implica un juicio de valor.<sup>691</sup>

Ahora bien, respecto a la gravedad del resultado, el TS considera que para encontrar el tipo medio de gravedad al que se refiere el art. 325 CPE habrá que acudir a la medida en que son puestas en peligro las condiciones naturales del ecosistema (suelo, aire, agua,) que influyen por tanto en la gea, la fauna y la flora puestas en peligro.<sup>692</sup> Asimismo, el TS sostiene que «el artículo 325 exige como elemento de tipicidad, la gravedad del peligro a que se somete al equilibrio de los sistemas naturales [...] De no alcanzar ese nivel, el comportamiento solo podrá dar lugar, en su caso, a reacciones sancionadoras administrativas».<sup>693</sup> Por último, agrega que «parece referir el criterio de la gravedad del perjuicio a la intensidad del acto contaminante, a la probabilidad de que el peligro se concrete en un resultado lesivo, en definitiva, a la magnitud de la lesión en

---

<sup>690</sup> Cfr. LOZANO CUTANDA, B., *Derecho Ambiental Administrativo*, 7º ed., Dykinson, 2006, Madrid, p. 521.

<sup>691</sup> STS 105/1999 de 27 de enero.

<sup>692</sup> STS 1803/2016 de 27 de abril. En la sentencia se hace referencia también al factor antropocéntrico.

<sup>693</sup> *Idem*, con cita de la STS 916/2008 de 30 de diciembre.

relación con el espacio en que se desarrolla, la prolongación del tiempo, la afectación directa o indirecta, la reiteración de la conducta, de los vertidos, emisiones, etc., a la dificultad para el restablecimiento del equilibrio de los sistemas naturales, y a la proximidad de las personas o de elementos de consumo».<sup>694</sup>

Una vez visto lo anterior, se presenta el primer dilema respecto a la —ya adelantada— «falta de identidad idiomática» entre el derecho administrativo y el derecho penal. Con esto nos referimos a lo siguiente: si comenzamos a analizar la diferencia cuantitativa existente entre infracción administrativa y delito desde la perspectiva de la gravedad del resultado chocaremos, en primer lugar, con el obstáculo que surge de la interpretación literal de ambas disposiciones. Utilizando ese criterio interpretativo, leemos, por ejemplo, que algunas infracciones administrativas «muy graves» exigen un resultado lesivo del bien jurídico y, al igual que en el art. 325 CPE, se exige su gravedad.<sup>695</sup> Por tanto, parece que existe, al menos, una gran similitud —rozando lo idéntico— entre la infracción administrativa y el delito. De aquí podemos sacar una primera conclusión: la diferencia fundamentada en que la infracción administrativa no requiere un resultado lesivo del bien jurídico, mientras que el delito sí lo exige, debe ser desechada porque, contrariamente, sí se exige en sede administrativa la lesión concreta o puesta en peligro del bien jurídico medioambiente. No obstante, esta diferencia sí puede predicarse de aquellas infracciones inferiores en la escala de la «gravedad» utilizada por las propias leyes.<sup>696</sup>

Entonces, desde el punto de vista de los principios de legalidad y lesividad, nos encontramos con un primer obstáculo: tanto las infracciones administrativas como el delito medioambiental exigen un resultado de afectación del bien jurídico. Asimismo, en ambos supuestos se exige que ese resultado de la conducta tenga el carácter de grave.

---

<sup>694</sup> *Idem.*

<sup>695</sup> Ejemplo claro de esto es el art. 30. 2 LCPA, donde leemos que son infracciones muy graves distintos tipos de conductas que poseen como rasgo común que «**hayan generado** o hayan impedido evitar una contaminación atmosférica **que haya puesto en peligro grave** la seguridad o la salud de las personas o **haya producido un daño o deterioro grave para el medio ambiente**». Asimismo en la Ley 16/2002 LPCIC, art. 30, leemos que son infracciones muy graves diversas conductas cuando «se haya **producido un daño o deterioro grave para el medio ambiente...**». La Ley 25/1964, de 29 de abril LSEN, en el art. 85 detalla las infracciones muy graves, describiendo conductas de las cuales, en la mayoría de los casos, «se derive **peligro grave** para la seguridad o salud de las personas o **daño grave** a las cosas o **al medio ambiente**». Advertimos esta forma de tipificar la infracción, también que en la Ley 22/2011 de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados, en el art. 46.2 las infracciones muy graves se describen con diferentes conductas que hayan «supuesto **peligro grave** o **daño** a la salud de las personas, se haya **producido un daño o deterioro grave** para el medio ambiente...».

<sup>696</sup> Recordar lo visto en páginas anteriores en esta misma investigación respecto a la distinta graduación de las infracciones administrativas en muy graves, graves y leves.



Sin duda, esta situación nos llevará a una encrucijada interpretativa: de un lado, la gravedad exigida por el art. 325 CPE no podría servir como parámetro cuantitativo diferenciador de la infracción administrativa y, de otro, el concepto indeterminado “grave” posee diferente significado en ambas ramas del ordenamiento jurídico. Evidentemente, si tuvieran el mismo significado, el resultado en ambas instancias sería el mismo, o incluso podría llegar a pensarse que lo más grave se lo reserva para la infracción administrativa ya que no solo incluye en su letra el «peligro» si no el «daño o deterioro grave». Entonces, la redacción elegida por el legislador para tipificar las infracciones administrativas, especialmente la última reforma realizada al art. 325 CPE, nos lleva a concluir que en este ámbito, dudosamente se respeten los principios de *ultima ratio* y subsidiariedad.

Por ello, el criterio utilizado por el TS hasta ahora, probablemente, no resulte del todo efectivo al momento de trazar un límite entre infracción administrativa y delito ambiental. En efecto, la actual redacción de las normas administrativas protectoras del medioambiente y el art. 325 CPE, convierten en un objetivo casi imposible delimitar una de la otra, a causa del esfuerzo interpretativo que debe llevarse a cabo. Lo que surge en el razonamiento como algo instintivo, se torna complejo al analizar y comparar los textos legales. De *lege ferenda*, sería apropiado, para armonizar ambos ilícitos y facilitar la tarea interpretativa, que el legislador adopte algún tipo de parámetro objetivo más claro para delimitar la infracción administrativa del delito medioambiental.

El segundo punto diferenciador que se menciona, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia del TS, es la que gira en torno a la gravedad de la consecuencia jurídica. Como señala, por ejemplo, SÁNCHEZ MELGAR,<sup>697</sup> según la jurisprudencia, hay un elemento nuclear común entre la norma penal y la administrativa: proteger el medioambiente en cumplimiento del mandato constitucional. En ese sentido, la jurisprudencia del TS tiene dicho que «la doctrina moderna europea es prácticamente unánime: entre el ilícito del delito, de las faltas y de las infracciones administrativas no existe más que una diferencia externa, constituida por la especie de consecuencia jurídica que se prevé para tales ilícitos y que depende de un decisión del legislador».<sup>698</sup> No obstante, la diferencia sustentada en la gravedad de la sanción (recordemos que la sanción penal incluye la privación de la libertad, mientras que eso se encuentra vedado

---

<sup>697</sup> SÁNCHEZ MELGAR, J., «La Jurisprudencia...», p. 55.

<sup>698</sup> STS 1197/2001, de 26 de junio.

para las infracciones administrativas) no debería encuadrarse en el conjunto de diferencias cuantitativas, sino en las cualitativas. Esto último porque el tipo de sanción (más allá de que la penal resulte efectivamente más grave) es una característica formal de la infracción que únicamente diferencia ambos tipos de ilícitos desde un aspecto cualitativo o característico determinado. En ese sentido, sería apropiado hablar de diferencia exclusivamente cuantitativa si ambas infracciones —penal y administrativa— fueran de la misma naturaleza pero con escalas diferentes. En este caso puntual, la sanción penal posee una característica esencial diferente a la administrativa y ello debería conllevar de *lege ferenda* una diferencia cualitativa en el supuesto de hecho. No puede compararse cuantitativamente dos cosas que cualitativamente son diferentes. Por ello, para apreciar cuantitativamente la diferencia entre una sanción y otra debiera existir identidad de sanción, cosa que no sucede entre la infracción administrativa y el delito penal.

Continuando con estos razonamientos, entendemos que puede servir de ayuda realizar una interpretación bajo criterios sistemáticos y teleológicos.

Desde un entendimiento teleológico se desprende, de lo ya visto en esta investigación, que el DPMA se fundamenta —entre otras cosas— en el fracaso e insuficiencia del derecho administrativo sancionador para prevenir conductas atentatorias contra el medioambiente. En ese sentido, y resumidamente, podemos afirmar que el fin del DPMA es evitar, previniendo, aquellas conductas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Por ello, como primer punto a destacar, debe remarcarse que una gran diferencia entre las infracciones administrativas y el delito medioambiental se ubica en el momento *ex ante* del resultado.

Consecuentemente, el delito contra el medioambiente intervendrá evitando conductas *ex ante* más graves que las tipificadas en las infracciones administrativas. Por tanto, la diferencia cuantitativa no debe buscarse en el resultado más grave, sino en la conducta. Como dice el TS en la STS410/2013 de 13 de mayo ya citada previamente, «grave es lo que produce o puede producir importantes consecuencias nocivas». Y en esa línea, lo que produce o puede producir, será la conducta determinada de alguien. Evidentemente, la gravedad del peligro es un requisito del tipo inexcusable pero, como se vio, también lo es de la infracción administrativa. Entonces, desde esta perspectiva, la diferencia cuantitativa que importará para diferenciar la infracción administrativa del

delito, será la gravedad de la conducta, del núcleo del injusto: cuando nos encontremos ante un comportamiento que implique un grado mayor de gravedad en relación a la potencialidad de producción de consecuencias nocivas, estaremos frente a un delito medioambiental.

Esta interpretación cuadra con la letra de la ley actual y, por eso, puede suceder que exista un resultado como los exigidos en el tipo del art. 325 CPE y, sin embargo, constituir una infracción administrativa de las calificadas como muy graves.

Asimismo, si partimos de una interpretación sistemática, considerando la unidad del ordenamiento jurídico, vemos que existe cierta coherencia entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal. En concreto, el propio derecho administrativo cuenta con cláusulas por las cuales debe suspender su accionar cuando la conducta infractora puede ser constitutiva de delito. Asimismo, la sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa en los casos de triple identidad (ver *supra non bis in idem*), lo que es, a su vez, coherente con las cláusulas que disponen la aplicación de la sanción mayor cuando exista concurrencia de sanciones.<sup>699</sup> Por tanto, la diferencia cualitativa respecto a la gravedad de la sanción es asumida por el ordenamiento jurídico como parámetro de distinción entre ambas ramas.

Para finalizar este acápite, sostendremos que basándonos en lo que surge de la propia letra legal, y de las interpretaciones efectuadas: tanto el fin del derecho administrativo sancionador como el del DPMA es la protección del medioambiente; sin embargo entre ellos existe una diferencia cuantitativa relevante centrada en la gravedad de la conducta. Así, para las conductas más graves se reserva la intervención del delito contra el medioambiente, reservándose las infracciones administrativas para las de menor entidad. De este modo se respetan los principios de subsidiariedad, *ultima ratio* y, sobre todo, fragmentariedad del derecho penal. Luego, existe una diferencia cualitativa en cuanto a la sanción que corresponda a la infracción correspondiente, donde ontológicamente la privación de la libertad es cuantitativamente más grave que la multa.

---

<sup>699</sup> Ver por ejemplo arts. 33 y 34 LCPA; art. 33 LPCIC; art. 120 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas.

## **CAPÍTULO III**

### **Fin de la pena en el derecho penal del medioambiente**

#### **Análisis económico del derecho**

##### **I. Introducción**

**E**n el presente capítulo analizaremos dos cuestiones principales. La primera de ellas es la referida al fin de la pena en el marco de la protección penal del medioambiente. Así, dejaremos constancia de cuál es, para nosotros, el enfoque adecuado que debe darse a la función de la sanción penal en este ámbito. Seguidamente, desarrollaremos diferentes conceptos relacionados con el análisis económico del derecho en cuanto método de estudio de las cuestiones jurídicas. Luego, nos centraremos en los aspectos básicos relacionados con la disuasión, en cuanto fin de la sanción penal.

Estos aspectos resultan relevantes para la investigación dado que luego haremos un análisis del rendimiento de la disuasión en el marco del DPMA utilizando las herramientas que nos brinda el análisis económico.

##### **II. Esquema de la teoría de la pena**

###### **1. Teorías absolutas**

**L**as teorías llamadas «absolutas» reciben este nombre ya que comprenden a la pena como una exigencia absoluta e inseparable de la justicia sobre aquel que ha cometido un delito. En

consecuencia, la pena se impone a causa de un delito cometido en el pasado<sup>700</sup> como una exigencia propia de la justicia. Desde esta óptica, se trata de la pena con un valor en sí misma, separada de cualquier fin que le resulte ajeno. El término absoluto, proviene del latín *absolutus*, que significa «desvinculado», «independiente», en este caso —de la pena— de cualquier otro fin que no sea el de hacer justicia. En concreto, las teorías absolutas son aquellas que desvinculan la legitimación de la pena de efectos preventivos o sociales.<sup>701</sup>

La evolución tradicional de las teorías absolutas ha recorrido el siguiente camino histórico: ya en la antigüedad se discutía sobre el principio de retribución. Sin embargo, fue sobre las bases del cristianismo que se desarrolló la idea de la responsabilidad individual del infractor, entendiendo a la pena como la respuesta a una culpabilidad moral. La unión de ambas ideas se produjo en el Idealismo alemán, con KANT y HEGEL como estandartes.<sup>702</sup>

FERRAJOLI define de la siguiente manera a las teorías absolutas: «Son teorías absolutas, todas las doctrinas *retribucionistas*, que conciben la pena como *fin* en sí mismo, es decir, como castigo, compensación, reacción, reparación, o retribución del delito, justificada por su valor axiológico intrínseco; por consiguiente no un medio, y menos aún un coste, sino un deber metajurídico que tiene en sí mismo su fundamento».<sup>703</sup> Para estas teorías la pena es compensación, ya sea como reparación o como retribución, agotándose en esas funciones.<sup>704</sup>

Sus partidarios llegan a la conclusión de que la pena, aunque sea socialmente útil, si es injusta, carece de legitimidad. Por ese motivo se puso el énfasis en que el que sufra la pena, la merezca (merecimiento de pena como retribución justa por el injusto que se cometió), tomando énfasis la idea de que nadie puede ser sacrificado arbitrariamente por razones preventivas. Por

<sup>700</sup> Se dice que las teorías absolutas insisten en un principio básico: *punitur, quia peccatum est*. Sin embargo esta frase no debe buscarse en los partidarios de estas teorías, sino siglos antes. Ella deriva de Protágoras, luego adoptada por Séneca y Grocio; MAURACH, R./ZIPF, H., vid. últ. cit.

<sup>701</sup> Cfr. FEIJOO, B. *La legitimidad de la pena estatal. Un breve recorrido por las teorías de la pena*, Iustel, 2014, Madrid, p. 24; ver también, ROXIN, C. *Derecho penal, parte general, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (trad. LOUZÓN PEÑA, D.M./DÍAZ Y GARCÍA, M./DE VICENTE REMESAL, J.), Civitas, 2008, p. 81 ss.; MIR PUIG, *Derecho penal...*, p. 77 ss.; MIR PUIG, S., *Bases constitucionales del Derecho penal*, Iustel, 2011, Madrid, pp. 33 ss.; JAKOBS, G., *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2º ed., Trad. CUELLO CONTRERAS, J./SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., Marcial Pons, 1997, Madrid, pp. 20 ss.; STRATENWERTH, G., *Derecho penal, parte general I, el hecho punible* (trad. CANCIO MELIÁ, M./SANCINETTI, M.), Thomson Civitas (Aranzadi), 2005, Navarra, p. 25 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, B. *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*, IB de F, 2007, Bueno Aires, pp. 66-126; JESCHECK, H.-H., *Tratado de derecho penal. Parte general*; Trad. MIR PUIG, S./MUÑOZ CONDE, F., vol. 1, Bosch, 1981, Barcelona, p. 96 ss.

<sup>702</sup> Cfr. STRATENWERTH, G., *Derecho penal...*, pp. 25-26. Se encontraba presente ya como precepto divino en la tradición hebraica, transmitida a pesar del precepto evangélico del perdón a la tradición católica desde san Pablo, san Agustín y santo Tomás hasta Pío XII. Esta concepción se centra en tres ideas elementales de tinte religioso: la venganza, la de expiación y la de reequilibrio entre delito y pena; FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, 2016, Madrid, p. 254.

<sup>703</sup> FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón...*, *ibidem*, p. 253 (la cursiva es original).

<sup>704</sup> Cfr. MAURACH, R. y ZIPF, H., *Derecho penal...*, p. 86.

esto, lo decisivo es, sin embargo, como señala FEIJOO, el merecimiento y ya no la tradicional idea de venganza.<sup>705</sup>

Existen dos versiones principales de esta teoría.<sup>706</sup> La primera de ellas, llamada teoría de la retribución moral, fundamenta el sentido de la pena en el principio de culpabilidad (en el sentido tradicional o clásico). El basamento de esta teoría se halla en la libre voluntad o libre albedrío. Así, a causa de la libertad del hombre, al hacerse un uso negativo de esta (optándose por cometer un delito), el individuo que de esa forma actúa se hace acreedor y culpable del mal de la pena. Desde este punto de vista, la pena —retribución por el mal uso de la libertad— es porque debe ser, porque debe imperar la justicia.<sup>707</sup> La segunda postura es la denominada teoría de la retribución jurídica, que considera al delito como la negación del derecho y a la pena como la negación del delito; por ello la pena se constituye como la afirmación del derecho, encontrando allí su fundamentación.

Las principales características de las teorías absolutas de la pena son las siguientes:

a) La pena se encuentra desvinculada y, por tanto, en ningún caso la pena debe perseguir fines útiles de prevención del delito ya que, de ser así, se afectaría la dignidad humana en un doble sentido: por un lado, si la pena es aplicada para que el hombre no vuelva a delinquir, el ser humano sería tratado como un animal; por otro lado, si la pena tuviese como fin que, con su aplicación, los demás no delincan a causa de la intimidación que pueda provocar en la generalidad la aplicación de pena al que ha delinquido, se sacrificaría al individuo en favor de la generalidad.

b) La pena debe entenderse como un valor absoluto; la pena que corresponda al delito cometido debe ejecutarse siempre en su totalidad. En ese sentido, la no ejecución de la pena o su ejecución parcial no puede imaginarse en el contexto teórico de las teorías absolutas de la pena ya que ello impediría la exigencia irrenunciable de la justicia y el derecho.

Dentro de estas posturas sobresalen las del Idealismo alemán de KANT y HEGEL.

Para KANT, la pena judicial (la que distingue de la pena natural) por la que el vicio se castiga a sí mismo, no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien. Al contrario, la pena debe imponerse solo porque ha delinquido. De esta definición surge una primera

---

<sup>705</sup> Cfr. FEIJOO, B., *La legitimidad...*, p. 24.

<sup>706</sup> Las teorías absolutas deben su origen, en gran parte, a planteamientos religiosos, donde se parte de un paralelismo entre la justicia divina y la penal. En ese sentido, MIR PUIG, *Derecho penal...*, p. 78, nos recuerda el mensaje de Pío XII al VI Congreso Internacional de Derecho Penal, que contenía el siguiente pasaje: «Pero el Juez supremo, en su juicio final, aplica únicamente el principio de la retribución. Este ha de poseer, pues, un valor que no cabe desconocer». Ver también, JESCHECK, H., ob. cit., p. 97.

<sup>707</sup> Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Fundamentos de derecho penal*, 3º ed., Tirant lo Blanch, 1993, Valencia, p. 67.

característica del castigo como retribución: la existencia de un delito previo, por tanto, de culpabilidad.<sup>708</sup>

Como señala RODRÍGUEZ HORCAJO, la teoría de la pena de KANT puede considerarse una síntesis de tres conceptos fundamentales: la visión absoluta de la pena, donde el castigo se encarga de mirar al pasado ya que el hombre es fin en sí mismo y no un medio para conseguir finalidad futuras que le son ajenas; el criterio de justicia como fundamento de la pena, y la igualdad entre el delito y la pena para su ponderación.<sup>709</sup>

La tesis de KANT respecto de la pena es denominada por la doctrina como retributiva ética o moral.<sup>710</sup>

La denominada teoría de la retribución jurídica de HEGEL comparte gran parte de los presupuestos de la teoría kantiana por tratarse, también, de una teoría retributiva donde debe imperar equivalencia entre el delito y su reparación.<sup>711</sup> Sin embargo, este autor rechaza la igualdad entre el mal del delito y la pena, ya que la aplicación estricta del talión conduciría a un absurdo. HEGEL parte de un principio valorativo flexible, le importa el valor como igualdad intrínseca de las cosas.<sup>712</sup>

Halla su fundamento en el silogismo según el cual el delito (tesis) supone la negación del derecho y, por su lado, la pena (antítesis) será la negación del delito, ergo afirmación del derecho. En consecuencia, la pena significará la reafirmación del ordenamiento ya que niega la negación del derecho que supone la conducta delictual.<sup>713</sup>

En ese sentido, si la «voluntad general» es negada por la voluntad del delincuente, habrá que negarse esta negación a través del castigo penal para que se afirme nuevamente la voluntad general.<sup>714</sup>

---

<sup>708</sup> Cfr. FALCÓN Y TELLA, M<sup>a</sup> J. y FALCÓN Y TELLA, F. *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, Marcial Pons, 2005, Barcelona, p. 166.

<sup>709</sup> Cfr. RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Marcial Pons, 2016, Barcelona, p. 33.

<sup>710</sup> Ver por ejemplo MIR PUIG, S., *Derecho Penal, parte general*, p. 78; FALCÓN TELLA, ob. cit., p. 165; CASTRO MORENO, ob. cit., p. 20;

<sup>711</sup> Cfr. FALCÓN TELLA, ob. cit., p. 171.

<sup>712</sup> Cfr. SOUTO, ob. cit., p. 27.

<sup>713</sup> JAKOB, entiende que la postura absoluta de HEGEL posee una configuración que resulta similar la prevención general positiva propuesta por él, JAKOBS, G., *Derecho penal...*, p. 22.

<sup>714</sup> Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal...*, p. 78.

## 2. Teorías relativas

Cuando nos referimos a teorías relativas,<sup>715</sup> lo hacemos respecto de aquellas que justifican el castigo en base a su utilidad; por ello también son denominadas teorías utilitarias y su foco está puesto en los fines de la pena: la prevención general y especial. En concreto, las teorías de la prevención ponen su foco en prevenir delitos como medio de protección de intereses sociales determinados.<sup>716</sup>

En efecto, la justificación de la pena se halla en la necesidad de evitar la comisión de nuevos delitos. Por ello su imposición será justificada solo en aquellos casos en que fuera necesaria para cumplir esos fines. En caso contrario, la pena inútil<sup>717</sup> sería una expresión de tiranía y de venganza injustificada.<sup>718</sup> Para estas teorías, la pena es un instrumento destinado a prevenir futuros delitos. Así, cuando la retribución mira al pasado, la prevención mira al futuro.

En la época de la Ilustración, como consecuencia de las doctrinas basadas en el contrato social como fundamento del Estado y del derecho liberal, cuya finalidad utilitaria era la protección de la sociedad mediante la prevención del delito, fue cuando se desarrolló con énfasis el fortalecimiento de las teorías relativas.

Dentro de las teorías de la pena nos encontramos con dos subgrupos: la teoría de la prevención general y teoría de la prevención especial. A ambos nos referiremos a continuación.

### a) Teoría de la prevención general

Esta teoría se centra en la influencia sobre la comunidad, que mediante las amenazas penales y la ejecución de las sanciones recibe un mensaje sobre las prohibiciones legales y, en consecuencia, busca que la generalidad no se aparte de estas. Al actuar sobre la generalidad de la

---

<sup>715</sup> Al respecto de la denominación, señala MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, p. 81, que las teorías preventivistas son llamadas relativas, ya que, a diferencia de la Justicia, que es absoluta, las necesidades preventivas son relativas y circunstanciales.

<sup>716</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, p. 81. Para FERRAJOLI, estas teorías, consideran a la pena como a un medio en mira de fines futuros, cfr. FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón...*, p. 258.

<sup>717</sup> Sobre esto, FERRAJOLI, L., *Derecho...*, p. 259, señala que el utilitarismo, en cuanto excluyente de las penas socialmente inútiles, es un presupuesto necesario de cualquier doctrina penal acerca de los límites de la potestad punitiva del Estado. Por ello no es casualidad que constituya un elemento constante y esencial de toda la tradición penal liberal.

<sup>718</sup> Cfr. CASTRO MORENO, ob. cit., p. 35.



comunidad, se denomina «de prevención general».<sup>719</sup> Asimismo, al centrarse la pena en la generalidad de los integrantes de la sociedad, lo está haciendo respecto de individuos que aún no han delinquido.

Esta teoría, a su vez, posee dos variantes:

### **b) Teoría de prevención general negativa**

Es la prevención general de la intimidación. Mediante la pena se anuncia un mal a los miembros de la sociedad, que deberán soportar en caso de cometer un delito. En ese sentido, el temor a padecer dicho mal debe neutralizar los impulsos criminales del destinatario de la norma. De este modo, el temor a sufrir la pena opera como un factor disuasorio de la realización de comportamientos asociados a ella. Se trata, en consecuencia, de la pena como un desaliento del comportamiento infractor.<sup>720</sup>

### **c) Teoría de la prevención general positiva**

Esta teoría, también llamada integradora, estabilizadora, etc., pretende evitar la comisión de delitos conformando la conciencia jurídica de la ciudadanía para fomentar en ellos la adhesión y fidelidad al derecho. De ese modo, busca aumentar la confianza de los ciudadanos en el ordenamiento jurídico. Según ZUGALDÍA ESPINAR, se encarga de recordar y hacer presente, de manera constante, la vigencia efectiva de las normas penales contraponiendo al delito (expresión «simbólica» de una falta de fidelidad al derecho) con la contrapartida «simbólica» de la pena. Este mecanismo, según el autor citado, refuerza la convicción colectiva respecto a la vigencia de aquellas normas, fomenta y encauza los lazos de integración y de solidaridad social frente a eventuales infractores, afianzando la confianza institucional en el sistema.<sup>721</sup>

Las funciones de la prevención general positiva se clasifican en tres:<sup>722</sup>

a. Función explicativa de la pena, ya que esta teoría explica el funcionamiento de la pena en el cuerpo social.

---

<sup>719</sup> Cfr. ROXIN, C. *Derecho penal...*, p. 89.

<sup>720</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, p. 26.

<sup>721</sup> Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. *Fundamentos...*, p. 72.

<sup>722</sup> Cfr. CRESPO, E. D., *Prevención...*, p. 124, con cita a PÉREZ MANZANO.

b. Función legitimadora de la pena y del derecho penal, ya que la pena estaría justificada en tanto que es necesaria para mantener la confianza de los ciudadanos en el ordenamiento jurídico.

c. Función limitadora de necesidades preventivo-especiales y preventivo-negativas o intimidatorias.<sup>723</sup>

La pena, considerada bajo el prisma que estamos analizando, tendría tres efectos principales:<sup>724</sup>

a. Un efecto sociopedagógico de aprendizaje o de ejemplaridad, de manera que esta configura el conocimiento sobre la juridicidad de la generalidad de la población. De este modo los ciudadanos interiorizarían que la opción por el delito no es rentable, conservando, de ese modo, la lealtad por el derecho.

b. Un efecto de confianza en la protección dispensada por el ordenamiento y las normas.

c. En último lugar, la combinación de los dos anteriores genera una sensación de integración de una comunidad jurídica que funciona, y eso consigue el restablecimiento de la paz jurídica o un efecto de pacificación social con efecto preventivo en sí mismo.

JAKOB entiende que la sanción penal posee una función de mantenimiento de la norma como modelo que oriente las relaciones sociales. Según este autor, en los contactos sociales solo es posible una orientación cuando los comportamientos de las personas no son imprevisibles. De lo contrario, cada contacto social se convertiría en un riesgo impredecible.<sup>725</sup> De ese modo, se afectarían los contactos sociales cuando una parte decepciona la expectativa de otra de que se cumplan las normas vigentes. Así, es necesario que todos mantengan en orden su círculo de organización, respetando las expectativas de los demás, para evitar que se produzcan efectos exteriores mediante los cuales podrían resultar dañados otros.<sup>726</sup>

---

<sup>723</sup> Aquí, el autor da el siguiente ejemplo: «El Código Penal alemán en los párrafos 47, 56 y 59, alude a la defensa del ordenamiento jurídico como criterio limitador en los supuestos en que por razones de prevención especial se aplica la no imposición de una pena de menos de seis meses, la remisión condicional de la condena de penas de entre seis meses y dos años de privación de libertad, o la amonestación con reserva de pena como sustitutivo de las penas de multa de hasta 180 días», CRESPO, E. D., *Prevención...*, p. 124.

<sup>724</sup> Cfr. FEIJOO, B., *La legitimidad...*, p. 85.

<sup>725</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, p. 9.

<sup>726</sup> *Ibidem*, p. 11. El autor insiste en que esa expectativa posee un contenido negativo: los círculos de organización deben permanecer separados. La decepción de la expectativa conduce a delitos de dominio o delitos en virtud de la responsabilidad por organización. Por otro lado, también es necesaria una expectativa de que las instituciones elementales funcionen ordenadamente. Esta expectativa posee un contenido positivo, es decir, que las instituciones se encuentran en armonía con las esferas de organización de los individuos particulares. La decepción de esta expectativa conduce a los delitos de infracción de un deber.

#### d) Teoría de la prevención especial

Contrariamente a lo que sucede con las teorías preventivas de carácter general, que se dirigen a la colectividad, la «especial» se propone evitar la comisión de delitos por parte de una persona determinada. En se sentido, cuando se intenta mediante la pena, se hace respecto del sujeto que ya ha delinquido; así, la pena busca evitar que quien la sufre vuelva a delinquir. Como este tipo de prevención no se dirige a la generalidad de la población, sino a individuos determinados, es decir a los delincuentes, a veces se la denomina prevención individual.<sup>727</sup>

Ya no se persigue el fin ilustrado de castigar menos, sino el disciplinar y tecnológico de castigar mejor.<sup>728</sup> Para lograr esos fines, se plantea la corrección —para los delincuentes corregibles— mediante la educación o socialización intentando convencer al sujeto de que debe respetar las normas sociales; o la intimidación, que opera en la memoria del sujeto que ha sufrido la pena con el fin de que se abstenga de recaer en el futuro en la conducta delictual. Se llama a estas dos variantes «prevención especial positiva» (a la primera) y «prevención especial negativa» (a la segunda). Por último, otro de los fines de la prevención especial, consiste en la inocuización del delincuente, impidiendo físicamente que reincida. En definitiva, la prevención especial se puede llevar adelante mediante la resocialización, la intimidación o la inocuización.

La idea de prevención especial, si bien ya se encontraba en pensamientos antiguos como el de PLATÓN, podemos afirmar que se extendió a partir del último tercio del siglo XIX. Como alternativa a la prevención general, fue defendida por distintas posiciones: el correccionalismo en España, la escuela positivista en Italia y la teoría «moderna» de VON LISZT en Alemania.<sup>729</sup>

<sup>727</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, p. 84. Denominación utilizada, también, por JESCHECK, ver JESCHECK, H-H., *Tratado...*, p. 95.

<sup>728</sup> Cfr. FALCÓN Y TELLA, M<sup>a</sup> J. Y FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento...*, p. 191.

<sup>729</sup> A los fines de esta investigación, nos detendremos únicamente en las posturas mencionadas, ya que un estudio de todas las teorías, más allá del enriquecimiento teórico que seguramente implicaría, excedería el marco de estudio. Entendemos que desarrollar las teorías ya anunciadas resulta suficiente a los efectos de esta tesis. No obstante, si al lector le resulta un tema interesante que desea seguir profundizando, existen otras teorías o visiones respecto de la prevención especial, por ejemplo: las doctrinas pedagógicas de la enmienda: la *poena medicinalis* en la tradición católica y en la idealista, cuyo origen podemos ubicar en Platón y luego seguida por santo Tomás, según la cual los hombres que delinquen pueden ser no solo castigados, sino también constreñidos a hacerse buenos. Esta visión pedagógica de la pena no se ignoró en el derecho romano y la observamos en la época medieval en el derecho canónico. En el proyecto penal de santo Tomás Moro, en los umbrales de la Edad Moderna, vemos la primera concepción de la privación de la libertad personal como pena orientada a la reeducación (para mayor abundamiento ver FERRAJOLI, L., *Derecho...*, p. 265). También nos encontramos con la denominada *new penology*: surge a finales del siglo XIX en Estados Unidos, cuando en 1870 el Congreso de Cincinnati proclamó la insensatez de la «pena determinada». Esta corriente se basa en la práctica de la *non fixed sentence*, desarrollando medidas alternativas a la cárcel y al mismo tiempo el libre espacio dejado a penas ejemplares, tanto más elevada que reducible en sede ejecutiva; FERRAJOLI, L., *Derecho...*, p. 269. A su vez, inspirados en V. LISZT, surgió el movimiento de la defensa social, iniciado en Italia por GRAMATICA y continuado en Francia gracias a la línea moderada de la nueva defensa social de MARC ANCEL; Cfr. FERRAJOLI, L., *Derecho...*, p. 269; MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, p. 85. Para un

### 3. Teorías de la unión

Estas teorías, también llamadas eclécticas o mixtas, surgen frente a las teorías absolutas y relativas analizadas anteriormente. Se presentan como teorías intermedias que concilian las diferentes finalidades de la pena según el momento en el que esta actúe. Esta tendencia se presenta como mayoritaria en la actualidad.<sup>730</sup>

Las teorías de la unión conocen dos variables diferentes, dependiendo la importancia que se le otorgue a la idea de realización de justicia (planteamiento retribucionista) o a las exigencias preventivas. La primera es la denominada teoría aditiva o conservadora; y, la segunda, teoría ecléctica o progresista.<sup>731</sup>

#### a) Teoría de la unión aditiva. Planteamiento retribucionista

Esta teoría halla su fundamento de la pena en la idea de justicia, y es esta misma idea la que fija el contorno de la pena a imponer. En ese marco (de la pena justa) el juez tendrá libertad para moverse atendiendo las exigencias de la prevención y elegir la pena útil para el delincuente concreto. El principio de culpabilidad, se sostiene, poseería una función de garantía, fundamentando la pena dado que la única pena lícita sería la adecuada a la gravedad de la culpabilidad del autor.<sup>732</sup> En suma, esta tesis ve en la retribución el fundamento de la pena, y los fines preventivos solo adquieren un mero papel complementario dentro del marco de la retribución.

#### b) Teoría dialéctica de la unión. Planteamiento preventivo

---

análisis en profundidad de esta última corriente se recomienda la lectura de MUÑAGORRI, I., *Sanción penal y política criminal*, ed. Reus, 1977, Madrid., pp. 82 ss.

<sup>730</sup> Cfr. FALCÓN Y TELLA, M<sup>a</sup> J. Y FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento...*, p. 208; CASTRO M., A., *El por qué...*, p. 114. Como señala STRATENWERTH, G., *Derecho penal...*, p. 40, estas teorías dominantes, intentan vincular entre sí los distintos fines de la pena, al menos en el plano pragmático, sobre todo proponiendo que las necesidades de prevención sean tenidas en cuenta en el marco de la pena ajustada a la culpabilidad.

<sup>731</sup> Vemos la diferenciación entre conservador y progresista en MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, p. 88.

<sup>732</sup> Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Fundamentos...*, p. 82.

Esta teoría, en el fondo, es una teoría relativa de la pena que acepta a la culpabilidad como límite en la individualización judicial.

De ese modo, ROXIN nos recuerda que, en la actualidad, el punto de partida de toda teoría que se defiende debe basarse en el entendimiento de que el fin de la pena solo puede ser preventivo. De acuerdo a la postura de este autor, la prevención especial y la general deben figurar conjuntamente como fines de la pena. Ya que los hechos delictivos pueden evitarse mediante la influencia sobre el particular como sobre la colectividad.<sup>733</sup>

ROXIN diferencia tres momentos en el proceso de aplicación del derecho penal en los cuales se acentúan los significados de la prevención general y la prevención especial. En primer lugar, el fin de conminación penal, donde predomina absolutamente la prevención general. Este es un estadio temprano donde el delito aún no se ha cometido y donde únicamente actúan los efectos intimidatorios y de aprendizaje.<sup>734</sup>

Un segundo momento es el de la imposición de la pena mediante la sentencia, donde hay que tomar en cuenta las necesidades preventivas especiales en la misma medida que las generales. Así, mientras más grave sea el delito, tanto más exige la prevención general un agotamiento de la medida de culpabilidad. Por otra parte, en los delitos leves y de mediana gravedad, puede practicarse más tolerancia cuando esto sea necesario en virtud de la prevención especial.<sup>735</sup>

Por último, en la ejecución de la pena pasa al primer plano la prevención especial.<sup>736</sup> No obstante, el autor citado deja en claro que no se trata de una división de los fines de la pena en los diferentes estadios de la aplicación del derecho penal. Se trata, por tanto, de una ponderación diferenciada, pues si la conminación penal conserva su función motivadora, la ejecución tampoco perderá totalmente el efecto preventivo-general.<sup>737</sup>

Según lo anterior, la teoría bajo análisis acoge en su seno tanto los enfoques preventivos-generales como los especiales, pasando uno u otro al primer plano según el momento de aplicación del derecho penal.<sup>738</sup>

Según ROXIN, en la teoría de la unión, como la tratada en este apartado, no puede entrar en consideración la retribución, ni siquiera como un fin atendible junto a la prevención.<sup>739</sup>

---

<sup>733</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho penal...*, p. 95.

<sup>734</sup> Cfr. ROXIN, C., «Cambios en la teoría de la pena», en *La teoría del delito en la discusión actual*, trad. Abanto Vásquez, M., Ed. Grijley, 2013, Lima, p. 82.

<sup>735</sup> *Ibidem*, p. 83.

<sup>736</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho penal...*, p. 97.

<sup>737</sup> *Idem*.

<sup>738</sup> *Ibidem*, p. 98.

<sup>739</sup> *Idem*. Aquí ROXIN menciona que esta postura se ha objetado con el ejemplo de los condenados por los crímenes nazis, ya que solo una concepción de la pena retributiva podría justificar dichas condenas, puesto que no

Por último, la postura de ROXIN considera al principio de culpabilidad como limitación de la intervención. Por ello, más allá de la renuncia a toda retribución, un elemento decisivo de la teoría de la retribución debe ser considerado en la teoría de la prevención mixta: el principio de culpabilidad como límite de la pena.<sup>740</sup>

#### 4. La pena en el DPMA

A los efectos de la presente investigación, este punto puede ser tomado como una pequeña conclusión e introducción a las cuestiones que se tratarán en las páginas siguientes.

En el camino que estamos transitando ya hemos visto, entre otras cosas, que el medioambiente es un bien jurídico que posee entidad suficiente para recibir la tutela penal frente a sus ataques; también se ha visto que el DPMA resulta necesario ante la insuficiencia del derecho administrativo sancionador a los efectos de la protección del medioambiente y que el objeto del derecho penal es la protección de bienes jurídicos.

En relación al punto en que nos encontramos, por lo que ya se ha adelantado en el capítulo II —al tratarse la necesidad del DPMA—, el fin de la pena en el DPMA no es otro, en principio, que la prevención general. En efecto, el DPMA, como parcela del derecho penal del riesgo<sup>741</sup> o derecho penal moderno, cumple un rol permanente de control y prevención de riesgos. Como señala CORCOY en un reciente trabajo, «estamos en una sociedad consciente, en general, de que la prevención es más adecuada que la intervención cuando ya se ha producido el resultado [...] En consecuencia, sería lógico que también sería lo idóneo que el Derecho penal cumpliera finalidades preventivas».<sup>742</sup>

No obstante, descartaremos los demás fines de la pena por los siguientes motivos. Más allá de que la concepción retribucionista de la pena no ha sido seguida en sus términos estrictos ni por la ciencia penal ni por las legislaciones,<sup>743</sup> acudir a ella para proteger el medioambiente sería algo ilógico. Si partimos de que la pena retributiva mira al pasado y carece de todo fin utilitarista, es decir, es ciega hacia el futuro, el medioambiente como bien jurídico-penal protegido estaría en

---

representaban ningún peligro al momento de juzgarlos. Sin embargo, ROXIN refuta esos dichos al entender que el castigo por esos hechos era necesario desde fundamentos preventivos generales.

<sup>740</sup> *Ibidem*, p. 99. Para un análisis más profundo de esta postura se recomienda ver, en la misma obra, las páginas siguientes y el §5, 25 y 26.

<sup>741</sup> Al respecto, ver capítulo I.

<sup>742</sup> CORCOY BIDASOLO, M., «Prevención limitada vs. Neo-retribucionismo», en *Estudios de Derecho penal: Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, IBdF, 2017, Buenos Aires, p. 296.

<sup>743</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, 2012, p. 80.

permanente peligro ya que el fin de la pena no conllevaría la evitación *ex ante* del eventual ataque. Por otra parte, debemos considerar que al encontrarnos analizando una parcela del llamado derecho penal del riesgo, los delitos que los representan, entre ellos los ataques al medioambiente, se configuran como bienes jurídicos supraindividuales o colectivos. En efecto, las nuevas necesidades y exigencias de las sociedades modernas llevan a afrontar complejidades criminales que pueden derivar en delitos sin víctimas individualizadas.<sup>744</sup> Incluso el adelantamiento de la reacción penal, típica en de los delitos de peligro abstracto, llevarán a la aplicación de pena en casos en que no se haya materializado daño en el bien jurídico protegido (aunque sí se haya afectado). Estas circunstancias dificultan notoriamente cualquier intento de retribución. En ese mismo camino, debe resaltarse que los ataques al medioambiente no siempre producen efectos inmediatos, sino que podrán encontrarse consecuencias de ataques medioambientales en el futuro.

Más acá en el tiempo, especialmente en la literatura anglosajona, surgieron nuevas concepciones retribucionistas, denominadas neo-retribucionismo o simplemente retribucionismo moderno. Sintéticamente, esta corriente puede dividirse en dos líneas<sup>745</sup>: la primera de ellas, de corte liberal, se basa en la idea de una ganancia o ventaja injusta obtenida por aquel que ha cometido un delito. La idea central de esta teoría radica en la compensación de la ventaja injusta producida por el delito. Ello se debe a que el infractor de la norma, con ese actuar, obtuvo una ventaja que le permitió disfrutar de beneficios que aquellos que cumplen con la norma no poseen. Lo que busca esta corriente es conseguir un reparto equitativo de los costes y beneficios que trae aparejado el cumplimiento de la ley. La segunda línea es la comunitarista, que considera que la lealtad a la ley es un precio que debemos pagar todos los ciudadanos por disfrutar de la paz, la libertad, la seguridad y protección que el derecho nos ofrece. Cuando un ciudadano incumple o delinque, deberá abonar un precio o prestación equivalente a la que no ha prestado. En este marco conceptual —muy resumidamente— la pena vendría a compensar el incumplimiento y quebrantamiento del ordenamiento jurídico que todo ciudadano debe cumplir para, de ese modo, mantener la juridicidad y el sistema de libertades vigentes.

Sin embargo, este tipo de propuestas no pueden tener acogida en la protección del medioambiente. En ese sentido, como señala FEIJOO,<sup>746</sup> estas nuevas teorías retributivas no tienen en cuenta los efectos reales del delito y su lesividad para la sociedad. Asimismo, estas perspectivas al entender la sanción como un precio<sup>747</sup> o una tasa que debe abonarse para restaurar

---

<sup>744</sup> Cfr. FEIJOO, B., *La legitimidad...*, p. 104.

<sup>745</sup> Ver FEIJOO, B., *La legitimidad...*, ob. cit., pp. 110 ss.

<sup>746</sup> *Idem*, p. 114.

<sup>747</sup> Este tema es tratado más adelante al analizarse la disuasión.

el orden jurídico que previamente ha sido alterado por la comisión de un delito, tergiversa el sentido del derecho penal. En concreto, el derecho penal no reacciona ante la modificación o alteración de un *status quo*, sino que penal debe actuar para prevenir la comisión de delitos.

Respecto de la prevención, también debemos realizar algunas consideraciones que a los fines de esta investigación resultan importantes y serán abordadas más adelante. Desde un punto de vista subjetivo, el ataque contra el medioambiente se encuentra ideado como un delito común, es decir que encuentra a su destinatario en la generalidad de la población. Esta particularidad nos permite desglosar a los receptores de la norma penal en tres grupos: el primero de ellos compuesto por las grandes empresas dedicadas a la explotación de recursos naturales y/o transporte, manufacturación y todo tipo de servicios que puedan afectar el medioambiente. Este grupo se caracteriza por contar con la capacidad potencial de ocasionar grandes catástrofes (ver por ejemplo las citadas en el capítulo D); asimismo poseen un elevado poder económico, entereverada organización societaria, asesoramiento técnico especializado; etc. En el segundo grupo se encuentran los pequeños grupos contaminantes. Se caracterizan por ser pequeñas empresas constituidas, generalmente, por sociedades limitadas formadas por grupos reducidos de personas. Incluso hay personas que de manera individual desarrollan tareas, como el transporte y depósito de sustancias potencialmente perjudiciales para el medioambiente, con ánimo de lucro. Este segmento no cuenta, en general, con el poder económico del primer grupo; tampoco cuenta con los asesores técnicos ni poder potencial para ocasionar una catástrofe ambiental. Sin embargo, sí pueden ocasionar alteraciones en el medioambiente. En el tercer grupo se encuentra el ciudadano común. Este último segmento no dedica su actividad comercial a la obtención de utilidades por explotación del medioambiente; no posee, tampoco, el poder potencial de contaminar de tal manera que afecte al bien jurídico protegido; y su conocimiento sobre medioambiente resulta limitado a lo que surge de las noticias.

Ahora bien, tomando como base esta resumida estructura de los destinatarios de la ley penal protectora del medioambiente, podemos adelantar lo siguiente: en principio (y aclaro de esta manera ya que más adelante intentaremos verificar si lo que se especula se concreta en la realidad) el fin de la pena en el DPMA será la prevención general negativa respecto de los grupos 1 y 2. Sin adentrarnos en profundidad en la cuestión, en este punto diremos que aquí es donde se cumplirían los argumentos esgrimidos en el capítulo anterior, donde se consideraba que la sanción penal resultaría más eficiente a los fines preventivos que la mera sanción administrativa ya que las empresas podrían evadir la sanción, entre otros modos, trasladando el monto de la multa a los precios de los productos o servicios que ofrece. Sin embargo, que el fin de la norma sea la



prevención no significa que ello se materialice en la realidad. Más adelante veremos la cuestión relativa a la disuasión donde se analizarán varios aspectos relacionados a esa cuestión.

No obstante, el fin de la pena del DPMA no podrá ser el preventivo general negativo para el grupo 3. En primer lugar porque este segmento no posee aptitud para cometer el delito. Es decir, en principio, bajo ningún motivo se vería motivado por la norma para no hacer algo que fácticamente no puede. En segundo lugar, y como se verá más adelante, diversos estudios han arrojado que los ciudadanos en general no conocen la normas vigentes, o a lo sumo poseen un conocimiento sesgado por sus propias suposiciones de lo que consideran delito. Por ello, si tenemos en cuenta la complejidad del delito medioambiental, tipificado como una ley penal en blanco, la dificultad de conocimiento de la norma por el ciudadano común será aún mayor. Sin embargo, es cierto que existe una consciencia general positiva respecto de la protección del medioambiente. Así, el ciudadano promedio sabe o tiene una idea de que contaminar está mal<sup>748</sup> y se siente más seguro al saber que el Estado protege al medioambiente que lo rodea. Por esto, aquí sí podemos afirmar que la norma penal que sanciona los ataques al medioambiente, para el grupo 3, opera con una finalidad que ya no es la prevención general negativa, sino que se trata de una prevención general positiva.

En otro orden de ideas, la prevención especial no resulta compatible con el DPMA. En primer lugar porque, con la instauración de la responsabilidad penal de la persona jurídica, este tipo de prevención no podría llevarse adelante cuando —como lo será en la mayoría de los casos— una persona jurídica resulte condenada. En segundo lugar, este tipo de delito puede considerarse como una especie de delito de cuello blanco, donde el delincuente no necesita de una prevención especial positiva que lo reinserte en la sociedad, es decir, sería innecesaria y, como señala MIR, la impunidad sería absurda.<sup>749</sup>

Además, como ya se vio, de la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el derecho penal, surge del considerando n.º 5 que «para lograr una protección eficaz del medio ambiente, es necesario en particular aplicar sanciones más disuasorias a las actividades perjudiciales para el medio ambiente...»; asimismo, en el art. n.º 5, al referirse a las sanciones ordena que «[l]os Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los delitos a los que se hace referencia en los artículos 3 y 4 se castiguen con sanciones penales eficaces, proporcionadas y disuasorias».

---

<sup>748</sup> Ver *infra* capítulo IV.

<sup>749</sup> Cfr. Mir Puig, S., *Derecho Penal...*, 2012, ob. cit., p. 86.

En concreto, por mandato de la directiva citada, el fin de las sanciones penales destinadas a castigar los delitos cometidos contra el medioambiente debe estar focalizado en disuadir al potencial delincuente para que desista de cometerlo. Y, como hemos visto, queda claro que la disuasión es el fin buscado por las teorías que abogan por una prevención general negativa. Sobre la teoría de la disuasión nos abocaremos en profundidad en los apartados siguientes de este capítulo. Por ahora solo diré que no se encuentran exentas de críticas y de reproches empíricos.

Sin embargo, esto no significa que el Estado posea una autorización para ampliar indiscriminadamente el marco de sanciones penales contra las conductas que atenten contra el medioambiente. Al contrario, de la propia directiva se desprende que las sanciones deben ser proporcionadas. En efecto, la sanción penal en el ámbito ambiental estará restringida, como también lo hemos visto en el capítulo II, por los principios limitadores del *ius puniendi*. En concreto, se tratará de una prevención general negativa limitada, evitando de este modo los abusos del Estado a la hora de sancionar las conductas que atenten contra el medioambiente como bien jurídico-penal.

### III. El análisis económico del derecho penal

#### 1. Conceptos básicos

Como hemos visto, el fin de la pena que más se adecúa, en principio, al DPMA, es el que se ocupa de la prevención general negativa, particularmente orientado hacia la disuasión de aquellas conductas que atenten contra el bien jurídico penal medioambiente.

Ahora bien, cabe preguntarse —como ya lo han hecho otros autores— si la pena disuade al destinatario de cometer actos contrarios a lo que la ley dispone o si, por el contrario, no disuade.

Una respuesta a este interrogante es vital. De la conclusión a la que se arribe podrá sostenerse que el DPMA es eficiente, necesario y útil o, en contra, podrá afirmarse que el DPMA no funciona, no resulta útil, no es necesario, etc.

En ese sentido, para comenzar a transitar el camino de la disuasión, lo haremos adoptando como método el análisis económico del derecho (en adelante AED).

Cuando nos referimos al AED lo hacemos respecto de una disciplina que consiste en aplicar principios y técnicas habituales del análisis económico al estudio de situaciones y problemas característicos del ordenamiento jurídico. El eje central de este enfoque radica en que las normas jurídicas crean incentivos que hacen que las personas actúen o se comporten de una forma u otra, induciendo resultados que pueden ser buenos o malos desde el punto de vista social.<sup>750</sup>

Como señalan COOTER/ULEN, la economía habría encontrado un hueco intelectual para introducirse en el ámbito jurídico y lo ocupó con rapidez. De ese modo, la economía aporta una teoría científica destinada a pronosticar los efectos de las sanciones sobre el comportamiento. En efecto, para los economistas las sanciones son como los precios, y los individuos destinatarios de las sanciones responden a ellas sanciones de manera similar a como responden ante los precios.

---

<sup>750</sup> Cfr. PASTOR PRIETO, S., *Sistema Jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del derecho*, Tecnos, 1989, Madrid, p. 31.

Así, en principio —y se aclara de este modo porque como luego se verá no resulta ser tan lineal— los individuos responden al aumento de un precio consumiendo menos del bien más caro, de ese modo, supuestamente, se espera que los individuos respondan a las sanciones más severas disminuyendo la actividad sancionada.<sup>751</sup> Siguiendo a los autores citados, puede afirmarse, con carácter general que la economía ofrece una teoría del comportamiento para pronosticar cómo responderán los individuos ante las leyes.<sup>752</sup>

En suma, el AED es una disciplina consistente en la aplicación de los principios y técnicas habituales del análisis económico al estudio de los asuntos jurídicos y se configura como un instrumento poderoso de análisis jurídico que puede ofrecer algunas respuestas y/o propuestas que el análisis jurídico tradicional no ha profundizado lo suficiente.<sup>753</sup>

Así, la importancia del AED radica en la aplicación del método económico al análisis del derecho. Por ello, el derecho se transforma en objeto de estudio a través del método económico. Como señala ORTIZ DE URBINA, en el AED lo jurídico pasa de instrumento de análisis a objeto analizado.<sup>754</sup>

Ahora bien, debemos continuar haciendo una descripción —breve— del método económico. En concreto, el campo de la economía es más amplio que el del derecho, como lo entiende POSNER: «la economía es la ciencia de la elección racional en un mundo donde los recursos son limitados en relación con las necesidades humanas». Por ello la tarea de la economía radica en explorar la implicancia de suponer que el hombre va a procurar de forma racional aumentar al máximo sus fines en la vida, sus propias satisfacciones, es decir un interés propio<sup>755</sup>.

El método económico empleado para el AED podría resumirse en la combinación entre individualismo metodológico, lógica deductiva y empirismo, características propias del paradigma neoclásico.<sup>756</sup> En la generalidad de los casos, el procedimiento de análisis económico parte de hipótesis presupuestas muy simples y, mediante distintos modelos, se llega a conclusiones que, de ser posibles, serán contrastadas con la realidad. Esta contrastación podrá determinar el grado de validez de las teorías y conclusiones finales. Entre esos supuestos o postulados, los más importantes son los siguientes:

---

<sup>751</sup> Cfr. COOTER, R. D./ULEN, T., *Derecho y economía*, trad. Suárez, E., Fondo de Cultura Económica, 6º ed., 2016, México, p. 16.

<sup>752</sup> *Idem*.

<sup>753</sup> Cfr. ORTIZ DE URBINA, I., «Análisis económico del derecho y política criminal», en *RDPC*, 2º época, n.º extraordinario 2, 2004, p. 33. Para este autor el AED es rechazado sumarisimamente por desconocimiento de su método y sus propuestas.

<sup>754</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>755</sup> Cfr. POSNER, R. A., *El análisis económico del Derecho*, Fondo de cultura económica, 2013, México D. F., p. 25.

<sup>756</sup> Cfr. PASTOR PRIETO, S., *Sistema Jurídico...* p. 32.

a) Los individuos son interesados e intentan maximizar su bienestar dentro de ciertas restricciones. Esta hipótesis de maximización y racionalidad significa que la persona posee capacidad para ordenar sus preferencias y optar por la que más le satisfaga.<sup>757</sup> Se entiende que el comportamiento es racional cuando se conforma al modelo de elección racional. Los economistas hablan de utilidad al referirse a las preferencias e «interés propio». Para POSNER, «el hombre se esfuerza por aumentar racionalmente al máximo la utilidad en todas las áreas de la vida, no solo en asuntos “económicos”». <sup>758</sup>

b) Existe estabilidad entre los valores que los individuos otorgan a los costes y beneficios no varían muy rápidamente ni se ven afectados por la política del Estado u otro agente externo; ejemplo: el gusto de una persona por algo, como un río limpio y no contaminado, no depende de que se le otorgue un derecho a ello. <sup>759</sup>

c) Nadie conoce mejor que los individuos el valor que poseen para ellos las cosas.

d) Existe un principio de equilibrio que expresa lo siguiente: siempre que en las relaciones sociales los individuos crean que pueden ver mejorada su situación, tenderán a cambiarla. <sup>760</sup>

Básicamente, el AED se basa en los principios de la teoría de la microeconomía. Entendemos que resulta esencial para avanzar en la investigación hacer un breve repaso sobre la estructura de la teoría microeconómica para, de ese modo, familiarizar al lector con la terminología propia de la materia.

La microeconomía se ocupa de la toma de decisiones de individuos y grupos pequeños, como familias, clubes, empresas, etc. <sup>761</sup> Como ya se adelantó, para los economistas, los actores económicos maximizan algo: los consumidores la utilidad (entendida como felicidad o satisfacción), las empresas maximizan los beneficios, etc. Desde esa óptica, es común oír a economistas que los modelos que suponen un comportamiento de maximización funcionan porque la mayoría de los individuos son racionales, y la racionalización necesita maximización. En ese sentido, la elección de la mejor alternativa permitida por las restricciones puede describirse matemáticamente como maximización.

Si bien no ingresaremos en el tema, sí dejaremos especificado que el análisis económico utiliza herramientas matemáticas. Quien se introduce en el AED se encontrará con dos instrumentos muy utilizados: la función y la gráfica. Una función es una relación entre dos

---

<sup>757</sup> *Idem.*

<sup>758</sup> POSNER, R. A., *El análisis...* p. 26.

<sup>759</sup> Cfr. PASTOR PRIETO, S., *Sistema Jurídico...* p. 32.

<sup>760</sup> *Idem.*

<sup>761</sup> Cfr. COOTER, R. D./ULEN, T., *Derecho...*, p. 27. En lo que sigue de este tramo, seguiremos básicamente esta obra citada, pp. 28-53. Se realiza esta aclaración para evitar incomodidad tanto de quien escribe (de citar página por página) como la del lector (de encontrarse con una referencia inmediatamente después de otra).

conjuntos de números, tal que cada número de un conjunto corresponda exactamente un número de otro conjunto. La gráfica, por su parte, es una herramienta utilizada para mejorar el entendimiento intuitivo de una relación funcional.

Por otro lado, nos encontramos con la teoría de la elección racional,<sup>762</sup> que trata sobre la forma en que los individuos hacen elecciones. En efecto, el enfoque de la elección racional puede ser, y es, aplicado a casi cualquier objeto de estudio en el que se toman decisiones, incluyendo — como se verá más adelante— las actividades delictivas.

En ese sentido, de la racionalidad característica de las elecciones, pueden desprenderse diversas conclusiones. Entre ellas, la primera que destaca es la relación entre un precio cobrado y su demanda, denominada ley de la demanda.<sup>763</sup> La conclusión de esta teoría es que el aumento del precio de un producto se traduce en la disminución de la cantidad demandada. Sin embargo, lo interesante de esta teoría es que no opera únicamente respecto de los bienes que poseen un precio explícito. En efecto, se dice que el delincuente condenado ha purgado su sentencia, ha pagado su deuda con la sociedad. Esta es una metáfora que a un economista le resultará apropiada, por lo menos desde el punto de vista del delincuente. Por tanto, el castigo se transforma en el precio que la sociedad cobra por una ofensa criminal. De este modo, el economista pronostica que un aumento en la severidad del castigo o de la probabilidad de su imposición elevará el precio del delito y, en consecuencia, disminuirá su incidencia.

Se dice que para los economistas, el costo es «costo de oportunidad»: el beneficio sacrificado al emplear un recurso en una forma que impide su uso por alguien más. Por tanto, se incurre en un costo solo cuando se impide a otro el uso de un recurso. El ejemplo clásico es el siguiente: dado que puedo respirar todo el aire que desee sin privar a nadie de nada, nadie me pagará por renunciar a mi aire en su favor, de modo que el aire no tiene ningún costo.

Asimismo, cabe distinguir entre el costo social y el costo privado: el primero disminuye la riqueza de la sociedad; un costo privado reordena esa riqueza.

### **a) AED positivo y normativo**

El AED, puede ser enfocado desde dos ángulos distintos, uno positivo o descriptivo y otro normativo:

---

<sup>762</sup> Que desarrollaremos más adelante.

<sup>763</sup> Cfr. POSNER, R. A., *El análisis...* p. 26. A continuación, al igual que lo anunciado en la cita n.º 159, continuaremos con la obra de POSNER. Por ese motivo, se deja asentado en este punto que las páginas utilizadas serán las comprendidas entre la 26 y la 53.

**1) Enfoque positivo o descriptivo:** desde esta perspectiva, se intenta explicar el mundo tal cual es, de exponer lo que es o ha sido, incluso de predecir lo que será.<sup>764</sup> El AED se enfoca en el impacto de las normas legales en el comportamiento de los agentes económicos (por ejemplo: individuos, empresas, Estado) prestando atención a sus decisiones en pos de su propio interés.<sup>765</sup> Así, parte del punto de vista de la racionalidad económica, del funcionamiento real y efectivo del derecho en la sociedad, estudiando fundamentalmente los efectos económicos de las normas jurídicas en la realidad social. De este modo facilitará la realización de pronósticos válidos respecto de determinados fenómenos.<sup>766</sup> Desde este ángulo, serán tareas del AED: 1) explicar los conceptos y categorías con contenido económico en el derecho; 2) la verificación del grado de eficiencia económica (relación coste-beneficio) del funcionamiento del sistema jurídico; 3) la evaluación cuantitativa (econometría, estadística y jurimetría), y en su caso predecir, los costes y efectos económicos del funcionamiento del derecho.<sup>767</sup>

Así, esta postura, partiendo de la consideración del ser humano racional que procura maximizar sus beneficios y minimizar las pérdidas, se presenta como radical en la medida en que intenta comprender y explicar la realidad de la sociedad en lugar de mejorarla. Desde esta óptica, basada en la economía como ciencia de la conducta humana racional, el análisis del AED positivo será el estudio de la normativa que regula la conducta legal mediante métodos económicos considerándolos estrictamente una ciencia, despojándolo de toda ideología y consideraciones éticas.<sup>768</sup>

**2) El enfoque normativo del AED:** desde este enfoque, los analistas económicos del derecho se encargan de otorgar una visión respecto a la mejor opción, en cuanto a sus ventajas, entre distintas posibilidades legislativas en términos de bienestar social. Es decir, se encarga ya no de analizar y explicar cómo es y cómo funciona el derecho, sino que intenta diseñar cómo debería ser y funcionar. Así, desde este enfoque, se ocuparía, entre otras tareas de: 1) recomendar los

---

<sup>764</sup> Cfr. ROEMER, A., *Introducción al análisis económico del derecho*, ITAM, México, 2001, pp. 12-13.

<sup>765</sup> Cfr. QUEROL A., N., *Análisis económico del derecho*, Dykinson, 2014, Madrid, p. 16.

<sup>766</sup> Ver KERKMEESTER, H., «Methodology: general», en de GEEST, G./BOUCKARET, B., *Encyclopedia of law and economics*, 2000, published by ELGAR, E., p. 390.

<sup>767</sup> Cfr. MONTORO B., A., «Incidencia del análisis económico del derecho en la teoría jurídica: la reducción del derecho a la regla técnica», en [Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos](#), N.º 40, 1999, pp. 425-444. Como señala SHAVELL, se tiene en cuenta el futuro, ya que se considera al ser humano como ser racional, que actúa tratando de hacer máxima su utilidad esperada. De este modo, podemos determinar la influencia ejercida por las normas legales sobre su comportamiento, cfr. SHAVELL, S., *Fundamentos del análisis económico del Derecho*, Ed. universitaria Ramón Areces, Trad. Franco, Y., 2016, Madrid, p. 1.

<sup>768</sup> Cfr. DURÁN Y LALAGUNA, P., *Una aproximación al análisis económico del derecho*, Comares, 1992, Granada, p. 88.

medios<sup>769</sup> más adecuados y eficientes para alcanzar los fines buscados por el derecho; 2) análisis, evaluación y diseño de las reformas que sean necesarias para tener un sistema jurídico más eficiente; 3) elaboración racional del derecho conforme al principio de «eficiencia económica».<sup>770</sup>

Sin embargo, es necesario intentar desentrañar el contenido del término «eficiencia» utilizado por esta vertiente normativa. Sobre todo si la construcción jurídica habrá de ser valorada positivamente por su grado de eficiencia.

Tradicionalmente se ha entendido por eficiencia, en una delimitación sencilla, la capacidad de producir más al mínimo coste, pudiéndose interpretar como el logro (o logros) de un fin (o varios fines) agotando la menor cantidad de medios posibles. También puede entenderse, como lo hace POSNER, que la eficiencia es un parámetro, un criterio limitador de la toma de decisiones por las cuales se maximiza el valor.<sup>771</sup> Evidentemente, estos son sentidos de eficiencia de corte racional, donde el individuo toma decisiones buscando la maximización de sus beneficios.

Otros criterios de eficiencia que se ofrecen habitualmente en las obras destinadas al AED son los siguientes:

#### **a. La eficiencia paretiana:**

Este criterio considera que una situación es eficiente u óptima cuando no es posible encontrar otra situación en que alguien consiga una posición mejor sin que para ello al menos otra persona vea empeorada la suya.<sup>772</sup> En este sentido, una situación es mejor (Pareto-superior a otra), cuando todos los individuos involucrados mejoran su situación o alguno mejora y los demás mantienen su posición.

CHIASSONI<sup>773</sup> distingue entre «optimalidad paretiana» y «superioridad paretiana». Para este autor, en la primera opción una determinada asignación de los recursos **A** es eficiente u óptima si no resulta posible pasar a una asignación distinta **B**, tal que: a) al menos un individuo esté mejor

---

<sup>769</sup> Al respecto, ORTIZ DE URBINA, I., «Análisis...», pp. 42-43, realiza una diferenciación entre análisis normativo-ético y AED normativo-técnico. El primero se ocuparía de temas morales, de la determinación de qué es justo; normativo porque opera como prescripción —cómo hay que comportarse— y ético ya que la prescripción tiene ese objetivo —nos dice cómo debemos comportarnos para hacerlo de forma éticamente correcta—. El segundo, técnico, parte de lo que se quiere obtener y se establecen las pautas de conducta (el uso de los medios) que permiten operar de un modo racionalmente instrumental en su consecución. Este tipo de análisis no opera con valores, sino con conocimientos empíricos.

<sup>770</sup> Cfr. MONTORO B., A., «Incidencia...».

<sup>771</sup> Cfr. POSNER, R. A., *El análisis...* p. 37. Para este autor, el término valor en sentido económico se refiere a lo que un individuo está dispuesto a pagar por un objeto, o a lo que está dispuesto a recibir para privarse de él; en la misma obra, p. 36.

<sup>772</sup> Cfr. PASTOR PRIETO, S., *Sistema Jurídico...* p. 34.

<sup>773</sup> Ver CHIASSONI, P., *El análisis Económico del Derecho*, trad. Morales Luna, F., Palestra, 2013, Lima, pp. 232-233.



que antes (disponiendo de un conjunto de recursos más amplio que el que disponía en **A**) y; b) ningún otro individuo debe estar peor que antes, es decir, que disponga de un conjunto menos amplio de recursos que en **A**. Asimismo, de acuerdo con la segunda opción ofrecida, una asignación de recursos **A** es más eficiente que (o Pareto-superior respecto a) una asignación de recursos en **B**, si pasando de **A** a **B**: a) al menos un individuo esté mejor que antes, o sea, disponga de un conjunto más amplio de recursos que el que tenía en **A** y; b) que ningún otro sujeto esté peor que antes, o sea disponga de un conjunto de recursos menos amplio que el que disponía en **A**.

Al respecto, JULES COLEMAN afirma que la primera<sup>774</sup> opción es un criterio «del estado final»: independientemente de cómo se llegue, una situación es óptimo-paretiana si no existe una asignación distinta en la cual todos los individuos estén mejor. Sobre la segunda, entiende que es un criterio procedimental o «histórico»: fija las condiciones que deben darse para que la asignación de recursos esté justificada en términos de eficiencia económica paretiana.

Sin embargo, la concepción paretiana de eficiencia resulta de difícil (o imposible) aplicación en la vida real. En efecto y, como señala POSNER, el criterio de superioridad de Pareto implica la unanimidad de las personas afectadas, situación que en escasos supuestos podrá lograrse ya que en el mundo real la mayoría de las transacciones tiene efectos sobre terceros.<sup>775</sup>

**b. Eficiencia de KALDOR-HICKS:** este es un criterio más flexible y amplio que el anterior. Según esta postura existe eficiencia potencial cuando toda situación en la que la mejora de un individuo es más de lo que ha de empeorar el resto para ello. O sea, cuando los beneficios totales (sociales) netos son máximos, o cuando sería posible «comprar» la aquiescencia de los perdedores con lo que consiguen los ganadores.<sup>776</sup>

Esta postura recibe el sugerente nombre de «superioridad potencial de Pareto». En ese sentido, los ganadores podrían compensar a los perdedores, sin interesar que lo hagan o no.<sup>777</sup>

## b) Críticas

---

<sup>774</sup> *Ibidem*.

<sup>775</sup> Cfr. POSNER, R. A., *El análisis...* p. 39. En ese sentido, también, ORTIZ DE URBINA, I., «Análisis...», p. 45.

<sup>776</sup> Cfr. PASTOR PRIETO, S., *Sistema Jurídico...* p., 34; QUEROL A., N., *Análisis...*, p. 18. Así, se entiende que la eficiencia de KALDOR-HICKS surge cuando una acción aumenta el bienestar neto de la sociedad, pero perjudica al menos a una persona. En esas circunstancias, las partes beneficiadas podrían compensar a las personas que sufren pérdidas y todavía encontrarse, los primeros, en una mejor situación *a posteriori* de lo que lo estaban *a priori*; cfr. DEVLIN, A., *Fundamental principles of law and economics*, Routledge, 2015, Londres y Nueva York, p. 33.

<sup>777</sup> Cfr. POSNER, R. A., *El análisis...* p. 40.

Más allá de que algunos autores consideren que el AED debe ser rechazado sumárisimamente por desconocimiento de su método y sus propuestas,<sup>778</sup> lo cierto es que, al igual que muchas otras intromisiones de ciencias no jurídicas en el estudio, evaluación, análisis, etc. del derecho, el AED recibe diversas críticas. Entre ellas se rescatan las siguientes:

1) El primer reproche que suele hacerse en contra del AED es su reduccionismo economicista. Esto implica la limitación del estudio, comprensión, explicación y valoración del sistema jurídico a las categorías propias de la teoría económica y, especialmente, de conformidad con el principio de eficiencia económica.<sup>779</sup> A esto debemos adicionar que no siempre los economistas han entendido bien los criterios de eficiencia como los examinados<sup>780</sup> dado que los abogados y los jueces no hablan el idioma de las ciencias económicas.<sup>781</sup>

2) Otra crítica que se le señala al AED es que manifiesta un sesgo político conservador. Estos críticos sostienen sus ataques al AED en hallazgos propios de la materia como la disuasión provocada por la pena de muerte; que la legislación pensada para la protección de los consumidores culmina por perjudicarlos con frecuencia; que la regulación de la bolsa de valores puede ser una pérdida de tiempo; etc.<sup>782</sup>

3) Otro punto crítico del que se hacen eco los detractores del AED se basa en el sistema metodológico aplicado, ya que desde el punto de vista moral y ético es reprochable que en algunos casos se otorgue una determinada valoración monetaria a la vida o la salud humana. Algo análogo sucede con la libertad de los condenados, al considerarlos únicamente como un gasto que el Estado debe afrontar al igual que lo hace con los animales de un zoológico. Así, se dice que se produce un «desplazamiento de la idea del fin del derecho por la idea de función». En efecto, la idea del fin en el derecho posee un contenido ético-material dirigido al qué o al para qué del derecho. Sin embargo, la noción de función no posee *per se* un significado material, sino formal y técnica; no se hace referencia al qué, sino al cómo.<sup>783</sup>

4) También se realiza prioritariamente el concepto de eficiencia por sobre el de la justicia. Uno de los campos donde este conflicto se vería más patente es en ámbito del derecho sancionador, donde se debate el tema de la «sanción óptima». En efecto, algunos autores realizan planteamientos puramente economicistas (en términos de costos y beneficios) de la sanción y, por

---

<sup>778</sup> Cfr. ORTIZ DE URBINA, I., «Análisis...», p. 33.

<sup>779</sup> Cfr. MONTORO B., A., «Incidencia...».

<sup>780</sup> Cfr. CHIASSONI, P., *El análisis...*, p. 246.

<sup>781</sup> Cfr. POSNER, R. A., *El análisis...*, p. 60.

<sup>782</sup> *Ibidem*, p. 61.

<sup>783</sup> Cfr. MONTORO B., A., «Incidencia...».

ello, injustos en muchos casos. Ejemplo de esto último es la propuesta de la pena capital por sobre penas de largas duración para abaratar costos.<sup>784</sup>

## 2. Evolución histórica del AED penal

### a) Los clásicos

Como se vio, el AED posee una doble vertiente: la positiva, que parte de la consideración del ser humano como ente racional que toma decisiones en busca de su propio beneficio, maximizando sus recursos y posición en una situación de escasez, y en ese marco analiza, estudia y evalúa el funcionamiento del sistema jurídico. La normativa se inclina por ofrecer respuestas a las necesidades jurídicas ofreciendo las mejores opciones para satisfacerlas.

Partiendo de esta generalísima conceptualización, existe acuerdo prácticamente unánime en ubicar la semilla del AED en los pensamientos de BECCARIA y BENTHAM.<sup>785</sup>

BECCARIA publicó su obra *De los delitos y de las penas* en el año 1764, influyendo de gran manera en el pensamiento penal de su época —y en la actualidad sigue siendo una obra de consulta— más allá de haber sido incorporado dentro de los libros prohibidos por la Iglesia católica.<sup>786</sup> Esta obra fue realmente una propuesta revolucionaria para su tiempo, ya que se enfrentaba a la arbitrariedad y abusos de poder que caracterizaban a la justicia en esos tiempos.

Para este autor, el origen de las penas se encuentra en el contrato social, donde los individuos sacrifican parte de su libertad para gozar de la restante en tranquilidad. Así, las penas son entendidas como motivos sensibles necesarios contra aquellos que infringen las leyes.<sup>787</sup> Asimismo, el pensamiento de BECCARIA es preventivo por lo tanto, para él, el fin de la pena consiste en impedir que el delincuente cause nuevos daños a los ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales.<sup>788</sup>

---

<sup>784</sup> *Idem.*

<sup>785</sup> Más allá de que se encuentren pensamientos, varios siglos antes, que consideran al hombre un ser racional. Ver por ejemplo citas al tratar la prevención general negativa.

<sup>786</sup> Cfr. GARRIDO, V./STANGELAND, P., REDONDO, S., *Principios...*, p. 177.

<sup>787</sup> Cfr. BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas, con el comentario de Voltaire*, trad. DE LAS CASAS, Alianza, 3º ed., 2014, Madrid, pp. 41-42.

<sup>788</sup> *Ibidem*, p. 64.

En el pensamiento beccariano la pena será más justa y útil cuánto más pronta fuere y más cercana al delito cometido. Vemos en BECCARIA, y es necesario recalcarlo, una de las ideas fundamentales de la teoría de la disuasión moderna (que analizaremos más adelante) y que en la actualidad se encuentra en estudio. Concretamente, cuando se pregunta por la eficacia disuasoria de la sanción, suele ponderarse por un lado la gravedad de la pena y por otro la certeza y/o celeridad en la recepción del castigo por parte del delincuente. Dada la importancia y trascendencia, por lo novedoso, de las palabras del autor bajo análisis se cita textualmente: «[H]e dicho que la prontitud de la pena es más útil porque cuanto es menor la distancia del tiempo que pasa entre la pena y el delito, tanto es más fuerte y durable en el ánimo la asociación de estas dos ideas: *delito y pena...*». <sup>789</sup>

Debemos destacar, también, por su brillo intelectual, cómo BECCARIA aplicaba la idea del razonamiento basado en la ponderación de costo-beneficio típico de la economía en la psiquis del delincuente. En ese sentido escribía que «[e]s, pues, de suma importancia la proximidad de la pena al delito si se quiere que en los rudos entendimientos vulgares a la pintura seduciente de un delito ventajoso asombre inmediatamente la idea asociada de la pena». <sup>790</sup> Sin decirlo expresamente, pero utilizando una extraordinaria metáfora, lo que está diciendo BECCARIA es que un delito, evidentemente, podrá suponer una ventaja (beneficio) para el delincuente y, por lo tanto, a ello debe oponérsele un costo. Es decir, podemos ver aquí una idea embrionaria de la pena (más precisamente, su prontitud) como un costo que deberá tener en cuenta el delincuente a la hora de cometer su actividad ilícita.

Asimismo este autor, claramente preventivista, sostuvo que «[e]s mejor evitar los delitos que castigarlos» y una de las condiciones para que esto pueda llevarse a cabo sin inconvenientes es que las leyes sean claras y simples. <sup>791</sup>

Por último, en BECCARIA, ya se observaba el recurso argumental de las ciencias exactas al tratar temas relacionados con la pena, como por ejemplo la proporción entre delitos y penas. Así leemos, por poner un ejemplo, un pasaje donde advierte de la imposibilidad de prevenir todos los desórdenes sociales: «[e]s necesario en la aritmética política sustituir el cálculo de la probabilidad a la exactitud matemática». <sup>792</sup>

---

<sup>789</sup> *Ibidem*, p. 83 (la cursiva es original).

<sup>790</sup> *Ibidem*, p. 84.

<sup>791</sup> *Ibidem*, pp. 136-137. Si bien aún no hemos ingresado de lleno en el análisis puntual de la disuasión, todos estos conceptos serán rememorados más adelante ya que podría decirse que toda la teoría disuasoria de la pena —en su sentido económico— podría sostenerse sobre estas ideas.

<sup>792</sup> *Ibidem*, p. 51.

BENTHAM, iniciador del movimiento utilitarista, encontró en la ley, en el código penal y en las instituciones políticas de su época suficientes temas de reflexión, entre ellos —y el que nos interesa—, el referido a los fines de las leyes en general y de la pena en particular. Este autor consideraba que el sistema penal de la época era irracional e incapaz de alcanzar su fin para servir al bien común.<sup>793</sup> Así, veinticinco años después de que viera la luz la obra de BECCARIA, publicó su *Introducción a los principios de la moral y la legislación*, menos conocida que *De los delitos y de las penas*, pero no por ello menos importante. El benthanismo tenía como fundamento el hedonismo psicológico, esto significa que el ser humano busca por naturaleza el placer y evita el dolor.<sup>794</sup> Por ello, comienza su obra delimitando el principio de utilidad, para luego dedicarse a las sanciones o fuentes de dolor y de placer, su medición y clases.<sup>795</sup>

Como hemos visto al tratar la prevención general negativa, BENTHAM adhiere a esta parcela intelectual y por ello considera que el objetivo de la sanción penal es intentar que no se cometa ningún tipo de delito. Este autor estructura la prevención del siguiente modo: a) prevenir, en lo posible, toda clase de delitos; b) en caso de no ser posible esa prevención, intentar inducir al delincuente a cometer un delito menos dañino; c) si el individuo se dispone a cometer un delito, intentar que no haga más daño del necesario; d) que la prevención sea del modo más barato posible.<sup>796</sup>

Al igual que lo hacía BECCARIA, en BENTHAM se observan claramente principios de corte típico economicista que él considera necesarios para la proporción entre los delitos y las penas. En ese sentido, considera que:

a) El valor de la pena no debe ser nunca menor que el suficiente para compensar el beneficio del delito. Para BENTHAM, si lo fuera, toda pena sería superflua, convirtiéndose en globalmente ineficaz. Aquí vemos reminiscencias a lo planteado anteriormente por BECCARIA, pero igualmente esta regla alumbró con su brillo las futuras construcciones de la teoría de la disuasión moderna.

b) Cuanto mayor sea el daño del delito, mayor es la gravedad de la pena con la que podrá ser compensado.<sup>797</sup>

---

<sup>793</sup> Cfr. COPLESTON, F., *Historia de la filosofía*, vol. 4, Ariel, trad. Camps, V., 2011, Barcelona, p. 10. Se recomienda al lector la obra citada para obtener información biográfica de BENTHAM y sobre sus ideas y pensamiento filosófico en general.

<sup>794</sup> Así, leemos la primera oración de la *Introducción a los principios de la moral y la legislación*: «La naturaleza ha situado a la humanidad bajo el gobierno de dos dueños soberanos: *el dolor y el placer*»; cfr. BENTHAM, J., «Antología»..., p. 45.

<sup>795</sup> *Ibidem*, pp. 55 ss., 58 ss., 60 ss.

<sup>796</sup> *Ibidem*, p. 66.

<sup>797</sup> *Ibidem*, p. 67.

c) Cuando dos delitos entran en competencia, la pena por el delito mayor debe ser suficiente para inducir a un hombre a preferir el menor.<sup>798</sup>

d) La pena se debe ajustar de tal manera a cada delito concreto que para cada parte del daño debe haber un motivo que impida al delincuente la realización de este daño.<sup>799</sup>

Más adelante en la investigación volveremos sobre conceptos de BENTHAM. Para finalizar este apartado quisiéramos traer a colación la obra de BENTHAM *Defensa de la usura*, donde realiza un claro AED —con las limitaciones de la evolución de esta materia en esa época—. En concreto, realiza un análisis de la legislación que prohibía la usura llegando a la conclusión de que sancionar la usura no solo es ineficaz, sino que genera perjuicios económicos ya que se excluye a la gente de la posibilidad de obtener el dinero que necesitan para cubrir sus exigencias respectivas. Para llegar a estas conclusiones realiza estudios comparativos que abarcan a los destinatarios de la norma; distintas normas incongruentes e irracionales, como por ejemplo impedir que la obtención de un préstamo a una determinada tasa de interés, pero que no se prohíba la venta de los bienes a precio desventajoso.<sup>800</sup>

## b) El moderno AED

Como nos recuerda POSNER, hasta cerca de 1960 el AED era sinónimo del análisis del derecho antimonopólico, más allá de algunos trabajos que se habían desarrollado sobre el derecho tributario (Henry SIMONS), el derecho corporativo (Henry MANNE), derecho de patentes (Arnold PLANT), derecho de los contratos (Robert HALE) y regulación de los servicios públicos y los transportes comunales (Ronald COASE y otros).<sup>801</sup> A partir de estos estudios, en la década de 1960 surge la aplicación del análisis económico al sistema jurídico en su conjunto, a ámbitos del derecho común como los cuasidelitos, los contratos, derecho administrativo, procesal, y también —el que más nos interesa—, el derecho penal.

Considerando que existen varios autores que podrían ser citados como precursores del AED,<sup>802</sup> en esta investigación nos detendremos brevemente en cuatro de ellos que son reconocidos

---

<sup>798</sup> *Idem.*

<sup>799</sup> *Idem.*

<sup>800</sup> Cfr. BENTHAM, J., *Escritos económicos*, Selección y prólogo de STARK, W., trad. PIMENTEL, F., Fondo de Cultura Económica, 1965, México D.F., pp. 195 ss.

<sup>801</sup> Cfr. POSNER, R. A., *El análisis...* p. 55.

<sup>802</sup> Como por ejemplo F. KNIGHT/T.SCHULT/H.SIMMONS/M. FRIEDMAN.

por la doctrina como los innovadores en el ámbito del AED moderno. Ellos son Gary BECKER, Ronald COASE, Guido CALABRESI, y Richard POSNER.

GARY BECKER, reconocido por POSNER como un autor infaltable entre los fundadores del «nuevo» AED,<sup>803</sup> publicó en 1957 su tesis doctoral sobre la economía de la discriminación, que había defendido en 1955 bajo el título *La discriminación en el mercado*.<sup>804</sup> Este trabajo posee una particular importancia que radica en el tratamiento de la discriminación desde la óptica de la teoría económica, cuando no se consideraba como un objeto de mercado.<sup>805</sup> Sin embargo, a los fines de esta tesis, la obra trascendental de BECKER es «*Crime and Punishment: an Economic Approach*».<sup>806</sup> En este artículo realiza una interpretación económica del ámbito penal, donde la pena debe entenderse como un coste económico tanto individual como social. Divide el análisis en dos sentidos: por un lado la decisión de delinquir y por otro la asignación de recursos necesarios para la prevención del delito. Sobre estos puntos profundizaremos al momento de detenernos en el análisis de la disuasión.

Ronald COASE, considerado por algunos autores como el fundador del AED, es el autor del artículo titulado «*The problem of the Social Cost*».<sup>807</sup> Según este autor, si las transacciones pueden ser realizadas sin coste alguno y los derechos de apropiación se encuentran claramente establecidos, sea cual sea la asignación inicial de esos derechos, las partes llegarán a un acuerdo en el que se internalice la externalidad y se obtenga la máxima eficiencia. En definitiva, el teorema de COASE admite que en una sociedad de libre mercado y con competencia perfecta, información perfecta y sin costes de transacción, la distribución de los recursos será eficiente y no afectará a las disposiciones legales, respetando el impacto de los costes que resultan de las externalidades. En efecto, según el teorema, cuando estamos frente a una negociación exitosa, el uso de los recursos es eficiente independientemente de cuál sea la asignación inicial legal, por ello no es necesaria la intervención del Gobierno y lo que habrá que hacer es estructurar la ley para que se eviten los impedimentos a los acuerdos privados.

COASE presta especial atención al coste social como un problema que obliga a unificar los criterios jurídicos y los económicos.

---

<sup>803</sup> Cfr. POSNER, R. A., *El análisis...* p. 56.

<sup>804</sup> BECKER, G., *The economics of discrimination*, The University of Chicago Press, 1957 (1971, 2º ed.) Chicago-Londres.

<sup>805</sup> Así, por ejemplo, la ley de la demanda es apta para predecir que un aumento de precio reducirá la cantidad de demanda, ya se trate de cualquier bien material o, incluso, del aumento de la pena de un delito (su precio) que reduce la cantidad de delitos cometidos. MERCADO PACHECO, P., *El análisis económico del Derecho. Una reconstrucción teórica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 78.

<sup>806</sup> BECKER, G., «*Crime and Punishment: an Economic Approach*», en *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, eds. BECKER, G. S. & LANDES, M., NBER, 1974.

<sup>807</sup> COASE, RONALD. H., «*The problem of social cost*», en *Law and economics: an anthology*, 1998, pp. 81-112.

A partir del teorema de COASE, el AED se desarrolló en diferentes áreas, entre ellas el derecho criminal y el medioambiente. En efecto, en el mundo son frecuentes las situaciones en que los costes de la transacción dificultan el objetivo de la eficiencia. Por ejemplo, muchas empresas perjudican a un alto número de personas de forma poco eficiente, de este modo el valor de la suma de los perjuicios ocasionados es más elevado que el ahorro conseguido por la contaminación producida. Estas interferencias dañinas de las actividades empresariales sobre las actividades de otras empresas o privados es lo que en la terminología de COASE se denominan «externalidades negativas».<sup>808</sup>

Por su parte, GUIDO CALABRESI se detuvo a estudiar y analizar la relación entre reglas de responsabilidad (*liability rules*) y la distribución de las pérdidas («*The Cost of Accidents: A legal and Economic Analysis*»). Los estudios de este autor son considerados como el tercer hito que debe tenerse en cuenta en la historia del AED, incluyéndolo dentro del grupo de autores que estudia desde la óptica de la economía aspectos de la vida no incluidos en el mercado.<sup>809</sup> Su doctrina es considerada como el origen de la rama normativa del AED.<sup>810</sup>

Los estudios realizados por CALABRESI trataban los temas que ocupaban la atención de esa época. En efecto, los estudios sobre responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva se debaten en la doctrina jurídica desde finales del siglo XIX e inicios del siglo XX. Asimismo, la construcción de procedimientos indemnizatorios para las víctimas de accidentes de tránsito se remontan a los años 30, recuperando un nuevo impulso a partir de los 50, a raíz de los graves efectos sociales que producían los accidentes de tráfico rodado.<sup>811</sup>

Se sostiene, también, que los estudios de CALABRESI sobre responsabilidad civil produjeron un quiebre respecto de las corrientes doctrinarias y jurisprudenciales que dominaban la cultura jurídica americana de los años 50 y 60. Este quiebre se produjo por los siguientes aspectos: 1) utiliza los conceptos económicos de una nueva manera; 2) promueve una metodología jurídica prescriptiva de cuño racionalista; 3) realiza propuestas de política del derecho basadas en razonamientos económicos.<sup>812</sup>

Richard POSNER efectuó importantes aportes al desarrollo del AED y a su difusión. Así, en el año 1972, fundó el «*Journal of Legal Studies*» con el objetivo de «impulsar la aplicación de

<sup>808</sup> Cfr. CHIASSONI, P., *El análisis...*, p. 72. Las externalidades serían algo así como un fallo recurrente en el mercado y se manifiestan cuando un actor no experimenta los beneficios completos o los costos de su comportamiento. En particular, las externalidades negativas se producen cuando las entidades o actores del mercado no sufren el costo total de su comportamiento, cfr. DEVLIN, A., ob. cit., p. 30.

<sup>809</sup> Cfr. POSNER, R. A., *El análisis...* p. 55. Este autor sitúa a CALABRESI como uno de los iniciadores el nuevo AED con su artículo sobre los cuasidelitos «*Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*».

<sup>810</sup> Cfr. DURÁN Y LALAGUNA, P., *Una aproximación...*, p. 121.

<sup>811</sup> Cfr. CHIASSONI, P., *El análisis...*, p. 124.

<sup>812</sup> *Ibidem*, pp. 125-126.



métodos científicos en el estudio del sistema jurídico». <sup>813</sup> Asimismo, presta atención a tres áreas de interés: a) relación entre el ordenamiento económico y el jurídico ya que, según POSNER, resulta provechosa la utilización de instrumentos económicos de investigación para el estudio de los problemas jurídicos; <sup>814</sup> b) los efectos de las reglas jurídicas respecto de los comportamientos regulados; especialmente en las cuestiones referidas a las tomas de decisiones y la disuasión; <sup>815</sup> c) la búsqueda de una teoría destinada a la elaboración de reglas para la toma de decisiones judiciales. <sup>816</sup>

POSNER se caracteriza, y un fiel ejemplo de eso es su libro *El análisis económico del Derecho*, por un análisis global del estudio del sistema jurídico bajo el prisma de la teoría económica.

Las ideas rectoras en el pensamiento de POSNER pueden describirse muy sintéticamente en las siguientes: a) el libre mercado delimitará los criterios económicos que se utilizarán para reinterpretar el derecho; b) parte de la concepción del hombre como un ser racional, *Homo economicus*, que busca maximizar sus recursos en un mundo caracterizado por la escasez; c) la eficiencia se mide de acuerdo a la utilización de recursos en cuanto maximizan el valor (entendido este último por POSNER como algo que alguien está dispuesto a pagar un cosa, o lo que estaría dispuesto a recibir para privarse de su uso). <sup>817</sup>

### **c) AED y elección racional**

Ya hemos visto que la teoría económica parte de una idea básica: el agente económico es un ser racional. El ser humano se considera como un individuo calculador que se mueve en un escenario de recursos escasos, motivado por su propio interés, en busca de maximizar sus propios recursos. Así, dentro de este universo limitado, el individuo, dentro de las opciones que se le presentan, elegirá aquella que resulte beneficiosa a sus intereses. Esta elección estará guiada por la razón. No obstante, es necesario destacar que desde el punto de vista estrictamente económico, el comportamiento racional es considerado como tal desde su aspecto objetivo. Así, se ha llegado a decir que, en ese sentido, hasta el comportamiento de una rana sería «económicamente»

---

<sup>813</sup> Cfr. POSNER, R., *Volumen one of The Journal of Legal Studies. An Afterword*, 1972, pp. 437-440.

<sup>814</sup> *Ibidem*, pp. 438-439.

<sup>815</sup> *Ibidem*, p. 439.

<sup>816</sup> *Idem*.

<sup>817</sup> Ver en forma general POSNER, R. A., *El análisis...* pp. 36 ss.; POSNER, R., *A Reply to Some Recent Criticisms of the Efficiency Theory of the Common Law*, 9 Hoftra L., rev, 1981, 775-794.

racional.<sup>818</sup> Asimismo, la hipótesis de la racionalidad es esencial para el trabajo científico ya que es la única manera de poder predecir el comportamiento humano ya que, de lo contrario, la idea de regular la sociedad por leyes e incentivos se torna insostenible.<sup>819</sup>

Advierte ULEN que, en economía, la elección racional es un modelo de toma de decisiones que posee dos sentidos en los que puede utilizarse. El primero de ellos es el que denomina sentido informal, donde la elección se dice que es racional cuando es deliberativa y consistente. En efecto, según este sentido, quien toma una decisión ha pensado en su acción y puede exponer una justificación razonada de la elección. Sin embargo esta definición, según el autor citado, resulta altamente imprecisa.<sup>820</sup>

El segundo sentido, en términos profesionales, en que se utiliza elección racional, es más formal. Así, señala ULEN, los consumidores tienen preferencias transitivas y buscan maximizar la utilidad que se deriva de esas preferencias que, a su vez, se encuentran sometidas a diversas restricciones. Por ello, quien toma decisiones busca maximizar la utilidad sujeta a aquellas restricciones (como por ejemplo las impuestas por los ingresos, el tiempo, recursos cognitivos, etc.).<sup>821</sup>

Esta propuesta de hombre racional, denominado por los economistas como *Homo economicus*,<sup>822</sup> no es nueva. En efecto, BENTHAM ya hacía alusión a esta forma conductual del ser humano en su «Psicología del hombre económico».<sup>823</sup> El pensamiento de BENTHAM, en esa obra, nos refleja a un ser humano gobernado por su propio interés, donde este último es la única causa de sus elecciones.<sup>824</sup>

Siguiendo a ULEN,<sup>825</sup> a pesar de los problemas o críticas que puedan formularse a la teoría de la elección racional —como se verá más adelante—, los economistas han encontrado que se trata de un modelo muy útil para la formulación de hipótesis sobre el comportamiento de mercado.

<sup>818</sup> Cfr. POSNER, R. A., *El análisis...* p. 46. En sentido similar se manifiesta al entender como racionales a las ratas, en el sentido de que con sus acciones tienden a un determinado objetivo: «*Rats are at least as rational as human beings when rationality is defined as achieving one's ends (survival and reproduction, in the case of rats) at least cost*», en POSNER, R., «*Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law*», en *Stanford Law Review*, vol. 50, Issue 5 (mayo, 1998), pp. 1551-1576.

<sup>819</sup> Cfr. KERKMEESTER, H., ob. cit., p. 408. En ese sentido, el autor afirma que la concepción racional del ser humano permite la realización de predicciones sobre la conducta esperada ante los cambios en el entorno. Esta es la que se llama función o significación predictiva de la elección racional. Los economistas a menudo desean predecir cómo reaccionará la gente a un cambio en la ley, sobre este tema ver DEVLIN, A., *Fundamental...*, p. 34.

<sup>820</sup> Cfr. ULEN, T. S., «*Rational choice theory in law and economics*», en DE GEEST, G./ BOUCKARET, B., *Encyclopedia of law and economics*, 2000, published by Elgar, E., p. 791.

<sup>821</sup> *Ibidem*, p. 792.

<sup>822</sup> Llamado originalmente «Econ», a modo de abreviatura, por el reciente premio Nobel de economía, Richard THALER, en THALER, R. H., *Todo lo que he aprendido sobre la psicología económica*, trad. BARBEITOS, I., Deusto, 2016, Barcelona, p. 29.

<sup>823</sup> En BENTHAM, J., *Escritos económicos...*, pp. 3 ss.

<sup>824</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>825</sup> Cfr. ULEN, T. S., «*Rational...*», pp. 793-794.

Esto se encuentra fundado en cinco principales razones: la primera es que la teoría de la elección racional permite a los economistas realizar predicciones sobre el comportamiento económico, y generalmente esas predicciones se confirman con la evidencia empírica. Así, la teoría de la elección, predice; y el trabajo empírico, confirma. En segundo lugar, cada vez que se produce una desviación aparente de las predicciones de las teorías de los precios, por lo general los economistas explican estas desviaciones sin la necesidad de asumir que los involucrados que toman decisiones son irracionales. En tercer lugar, el economista puede explicar el comportamiento que parece anómalo a la teoría de la elección racional apelando a una pequeña enmienda de la teoría (por ejemplo, si aumenta el precio de un bien y el del resto se mantiene igual y, sin embargo, aumenta la demanda del bien que aumentó su precio, no significa que por ello se deje de aplicar la teoría de la elección racional; podría recurrirse a otros fenómenos como el denominado efecto *snob*).<sup>826</sup> En cuarto lugar, existe una presunción muy fuerte entre los economistas de la aptitud evolutiva del comportamiento racional al menos en el ámbito económico. En ese sentido, quien posea un comportamiento racional prosperará, mientras que quien adopte un comportamiento irracional despilfarrará sus recursos y será una fuente de dinero para los calculadores racionales.<sup>827</sup>

En definitiva, según ULEN, la teoría de la elección racional es útil y potente. Sus predicciones son con frecuencia precisas e importan una valiosa guía para la formulación de políticas públicas.<sup>828</sup>

Desde el punto de vista criminológico, la teoría de la elección racional (*rational choice*) podría considerarse una continuación evolutiva de las teorías esgrimidas por los autores de la escuela clásica (BECCARIA y BENTHAM como exponentes de mayor jerarquía). Así, desde el punto de vista criminológico, el delito no deja de ser una opción racional, basada en la maximización de ganancias y minimización de costes.

La teoría de la elección racional ve la luz en el año 1986 con la publicación de Ronald V. CLARKE y Derek CORNISH, mediante la edición del libro titulado *The Reasoning Criminal. Rational Choice Perspectives on Offending*, dando nombre a esta nueva perspectiva de análisis criminológico.<sup>829</sup> Sin embargo la presentación más completa de esta teoría se encuentra en el

---

<sup>826</sup> Cfr. ULEN, T. S., «*Rational...*», p. 794. Aquí el autor lo llama *snob effect*.

<sup>827</sup> En este punto el autor utiliza la siguiente metáfora: «*become money pumps for rational calculators*», *Idem. Ibidem*, p. 794.

<sup>828</sup> *Idem*.

<sup>829</sup> Cfr. CID MOLINÉ, J./LARRAURI PIJOAN, E., *Teorías criminológicas. Explicación y prevención de la delincuencia*, Bosch, 2001, Barcelona, p. 44. No obstante, a finales de 1970, una serie de criminólogos iniciaron una producción de libros y monografías que expusieron que los criminales son actores racionales que planifican sus crímenes, que tienen miedo al castigo y que saben que merecen ser penalizados por sus malas acciones. En 1975, el libro «Pensando en la

artículo de los mismos autores, titulado «*Modeling Offenders' Decisions: A Framework for Research and Policy*».

Estos autores comienzan destacando cuáles fueron sus influencias. En efecto, de la psicología de la desviación resaltan la importancia y necesidad de describir el acto criminal desde la perspectiva del actor; de ese modo podrá entenderse el carácter racional del acto criminal según la persona que lo realiza. De la criminología destacan el alejamiento del determinismo, buscando, ya no el origen del comportamiento criminal en la personalidad del delincuente, sino en las circunstancias inmediatas que rodean su ofensa. Los autores resaltan el comienzo del análisis del delito desde la comprensión de las recompensas del crimen, la relación entre las oportunidades y el delito y la forma en que el delito se convierte en parte de la vida cotidiana del delincuente<sup>830</sup>. Del enfoque económico, aprecian que ha revivido la óptica utilitaria de BECCARIA y BENTHAM. Estos enfoques comparten la idea de que las personas, sean criminales o no, toman decisiones racionales respondiendo a incentivos y disuasiones<sup>831</sup>. En ese sendero citan a Gary BECKER cuando dice que «una teoría útil del comportamiento criminal puede prescindir de teorías especiales de la anomia, psicológicas insuficientes, o herencia de rasgos especiales y simplemente extender el análisis de elección habitual del economista».<sup>832</sup> Por último, de la psicología cognitiva toman el modelo del aprendizaje social (*social learning theories*). De acuerdo a este se aprende por medio de esfuerzos y castigos. Asimismo, si bien en ese entonces los estudios sobre psicología cognitiva del delito no se encontraban desarrollados como en la actualidad, CLARKE/CORNISH, destacan que las investigaciones ya alertaban respecto a que las personas no siempre toman las decisiones «racionales» más acertadas, sobre todo por falta de atención a la información más importante, a los atajos que se toman en el procesamiento de la información y a que la toma de decisiones grupales puede ser diferente a la individual.<sup>833</sup>

De todas esas influencias y de sus propios análisis resulta la idea principal de su teoría: las decisiones que guían el comportamiento de los delincuentes surgen de una elección racional.<sup>834</sup>

---

delincuencia» (*Thinking about Crime*), del politólogo JAMES Q. WILSON, desacreditó la visión positivista de que el crimen era a causa de fuerzas externas, tales como la pobreza, y que podría ser modificado por programas de gobierno. Así, esta obra sostenía que las personas que son propensas a cometer el crimen demuestran una falta de inhibición contra la mala conducta, les emociona romper la ley y poseen más chances de cometer delitos que el resto de las personas, cfr. SIEGEL, L., *Criminology*, 9º ed., Thompson Learning, 2006, Canadá, p. 99.

<sup>830</sup> Cfr. CLARKE, R./CORNISH, D. B., *Modeling Offenders' Decisions: A Framework for Research and Policy*, *Crime & Justice*, n.º 6, 1985, pp. 147-186.

<sup>831</sup> *Ibidem*, pp. 155-156.

<sup>832</sup> *Ibidem*, p. 156; «a useful theory of criminal behavior can dispense with special theories of anomie, psychological inadequacies, or inheritance of special traits and simply extend the economist's usual analysis of choice».

<sup>833</sup> *Ibidem*, p. 160.

<sup>834</sup> *Ibidem*, p. 147.

Como se señaló, una característica de esta teoría es el análisis del delito desde la perspectiva del delincuente. En ese sentido, CLARKE/CORNISH proponen un diagrama de toma de decisiones de una persona ante la posibilidad de cometer un delito. A tal fin, usan como ejemplo el robo a una casa ubicada en un barrio de clase media. Según ellos, existen dos momentos fundamentales en la toma de decisiones.

El primero de ellos se observa cuando la persona reconoce que está preparado, listo o dispuesto<sup>835</sup> a cometer el delito con el fin de satisfacer alguna necesidad. Esta «preparación» implica que el individuo ha contemplado ese comportamiento delictivo como una solución a sus necesidades (ya sea obtener dinero o algún otro bien, o de cualquier otro tipo) y decide, por tanto, que bajo unas circunstancias concretas lo llevará a cabo. Evidentemente, antes de llegar a tomar la decisión de cometer el delito habrá evaluado otras opciones de satisfacer su necesidad, y esa evaluación se verá influenciada notablemente por su educación, experiencia, código moral, su propia visión de persona, etc. Sin embargo, estos factores y variables tendrán una función orientadora en la toma de decisión pero no determinarán el comportamiento delictivo ante ese delito concreto.<sup>836</sup>

El segundo momento consiste en la decisión propiamente dicha de cometer el robo. La persona se dispone a realizar una acción delictiva. Según los autores, este segundo momento puede precipitarse por algún suceso casual, como por ejemplo necesitar repentinamente dinero, o encontrarse bebiendo con otras personas que estén dispuestas a cometer el robo (situación que, según los autores, suele darse en grupos de jóvenes) o puede ver la oportunidad del atraco en un momento de sus actividades rutinarias. Asimismo, se destaca que, en la vida real, estos dos momentos suelen darse al mismo tiempo.<sup>837</sup>

En definitiva, para esta teoría el delito se cometerá cuando se presente ante el autor como la solución más rentable a sus necesidades. En palabras de los propios autores: «La decisión de

---

<sup>835</sup> Los autores utilizan el término *readiness*; ver *ibidem*, p. 167.

<sup>836</sup> *Ibidem*, p. 167.

<sup>837</sup> *Ibidem*, pp. 166-167. Los autores plantean que puede existir una continuidad en la decisión de delinquir. En efecto, en entrevistas con ladrones se llegó a la conclusión de que muchos de ellos pueden cometer cientos de robos. Esto sería consecuencia del refuerzo positivo. Las variables más importantes, según los autores, que predisponen a la permanencia en el delito son: a) el aumento de la profesionalidad del delincuente, que le proporciona mayores conocimientos y habilidades, lo que redundaría en una merma en los riesgos; b) los cambios en el estilo de vida, como por ejemplo una dependencia financiera del robo, elección de trabajos que le facilitan el robo; c) cambios en su «red» de compañeros y amistades, estas tendencias pueden acelerarse por condenas penales que lo alejan de oportunidades de conseguir un trabajo legítimo y rompe lazos familiares. Como contrapartida, las malas experiencias en los robos, los cambios en circunstancias de la vida ya sea personales (estado civil, situación financiera, edad, etc.) o sociales (nuevos vecinos, nueva vigilancia, etc.) pueden conllevar al abandono de la persistencia en el delito. *Ibidem*, pp. 170-172.

cometerlo será adoptada de forma racional. El cuándo y el cómo dependerá de distintas variables como por ejemplo la oportunidad, ausencia de vigilancia, necesidad repentina, etc.».<sup>838</sup>

Por último, para CLARKE/CORNISH es importante comprender los mecanismos de decisión respecto de cada delito o grupo de delitos en particular, ya que esto permitirá delinear las estrategias preventivas más eficaces, evaluando las características propias de cada delito, ya que las motivaciones y comportamientos pueden variar de un caso a otro. Esto ayudará a evaluar el proceso de decisión desde la perspectiva del propio delincuente.<sup>839</sup>

En suma, y en palabras de los propios autores, «La perspectiva de “elección racional” sobre el crimen supone que los delincuentes buscan su propio beneficio mediante su comportamiento criminal; esto implica la toma de decisiones y elecciones —por rudimentarias que sean estas elecciones—; y que estos procesos se encuentran limitados por el tiempo, por el conocimiento y habilidades del delincuente, y por la disponibilidad de información relevante, lo que muestra una racionalidad limitada más que una racionalidad normativa. Nuestra propia formulación de la teoría de la elección racional se fundó en la premisa adicional de que el proceso de decisión y los factores tomados en cuenta pueden variar mucho en las diferentes etapas de toma de decisiones y entre diferentes crímenes».<sup>840</sup>

De acuerdo son SIEGEL y en línea con lo anterior, se sostiene que existe una serie de factores personales que inclinan al delincuente a llevar adelante su empresa criminal. Entre los más importantes se hallan la oportunidad —ya señalada por CLARKE/CORNISH—; el aprendizaje y la experiencia, y el conocimiento de técnicas criminales.

Tales factores son:

**a. Oportunidad económica:** las percepciones de las oportunidades económicas influyen en la decisión de cometer un crimen. En efecto, el delito se convierte en atractivo cuando la persona se convence de que obtendrá beneficios excesivos con

---

<sup>838</sup> *Ibidem.*

<sup>839</sup> *Ibidem*, pp. 175-177.

<sup>840</sup> Cfr. CORNISH, D. B./CLARKE, R., *Understanding Crime Displacement: An Application of Rational Choice Theory*; en *Criminology*, n.º 25, 1987, pp. 933-948, «*This rational choice perspective on crime assumes that offenders seek to benefit themselves by their criminal behavior; that this involves the making of decisions and choices, however rudimentary on occasions these choices might be; and that these processes, constrained as they are by time, the offender's cognitive abilities, and by the availability of relevant information, exhibit limited rather than normative rationality. Our own formulation of rational choice theory was founded on the additional premise that the decision processes and the factors taken into account are likely to vary greatly at the different stages of decision making and among different crimes*».

pocos costes. En este sentido, la elección racional es una función de la percepción de una persona de alternativas y oportunidades convencionales.<sup>841</sup>

**b. Aprendizaje y experiencia:** tanto el aprendizaje como la experiencia pueden ser elementos importantes en la estructuración de elección criminal. De este modo, por ejemplo, criminales de carrera pueden aprender las limitaciones de sus poderes; saben cuándo tomar la oportunidad y el momento de ser cauteloso. Así, se entiende que la experiencia en la profesión da forma a la toma de decisiones criminales.<sup>842</sup>

**c. Conocimiento de las técnicas criminales:** este conocimiento ayuda a evitar la detección, y es una señal clara de pensamiento racional y planificación. Así, los delincuentes que aprenden las técnicas adecuadas pueden ser capaces de prolongar sus carreras criminales.<sup>843</sup>

Asimismo, debe existir una estructuración del crimen. Este punto consiste en elegir racionalmente dónde y cuándo cometer el crimen y contra quién dirigirse. Según el enfoque de la elección racional, la decisión para delinquir se estructura mediante el análisis de:

- a. **Tipo de crimen:** debe tenerse en cuenta que algunos delincuentes son especialistas en un determinado rubro. De este modo, su elección puede estar motivada por un análisis racional de las condiciones de mercado, por ejemplo el robo de autoestéreos para revenderlos en una determinada zona geográfica.<sup>844</sup>
- b. **Momento y lugar del crimen:** al respecto, existe evidencia de la existencia de racionalidad en la forma de elección del momento y lugar de los delitos por parte de los delincuentes. Por ejemplo, los ladrones parecen preferir desarrollar sus tareas delictivas entre las 9 am y las 11 am. y por la media tarde, que es cuando los padres no están y van a retirar a los niños a los colegios.<sup>845</sup>
- c. **Objetivo de la delincuencia (elección del blanco del delito):** existen estudios que afirman que el delincuente suele ser consciente de la vulnerabilidad del destinatario de su ataque. En ese sentido, por ejemplo, aquellos que llevan una

---

<sup>841</sup> Cfr. SIEGEL, L., *Criminology*, p. 101.

<sup>842</sup> *Idem*.

<sup>843</sup> *Ibidem*, pp. 101-102.

<sup>844</sup> *Ibidem*, p. 102.

<sup>845</sup> *Ibidem*, p. 103.

vida asocial o emparentada con la criminalidad suelen convertirse, con facilidad, en víctimas, ya que el delincuente presupone que su víctima, por su carácter también de criminal, no denunciará el hecho perpetrado en su contra.<sup>846</sup>

En concreto, y retornando puntualmente al AED penal, el análisis económico clásico se basa en la premisa por la cual el criminal maximiza sus propias utilidades. De ese modo, el criminal, al igual que cualquier otra persona, calcula los eventuales beneficios de su comportamiento delictivo y compara los eventuales costos con los beneficios esperados por su conducta<sup>847</sup>. Esos beneficios y costes no tienen por qué ser únicamente económicos, abarcan también aquellos de índole psicológico o espiritual.<sup>848</sup>

Por tanto, siguiendo a ORTIZ DE URBINA, el AED tiene mucho que aportar en el campo del derecho penal a partir de la formulación de hipótesis sobre cómo responderán los individuos a los estímulos que le ofrece el ordenamiento jurídico.<sup>849</sup>

#### **d) Objeciones y críticas. ¿Racionalidad o irracionalidad?**

El primer reproche que encontramos contra el modelo de la elección racional proviene de la misma teoría económica y radica, precisamente, en poner en duda la supuesta racionalidad que mueve los comportamientos de los seres humanos. En ese sentido, THALER resalta que todos somos simples *Homo sapiens*, humanos, y no *Homo economicus*. En efecto, la propuesta de este autor radica en que, si bien la premisa central de la teoría económica es que la gente elige motivada por la optimización, y que sus elecciones son imparciales, esto no es del todo correcto. En primer lugar plantea que esta supuesta optimización se encuentra restringida por un presupuesto limitado. Asimismo, las premisas antes mencionadas son imperfectas. Por un lado, los problemas de optimización a los que se enfrentan las personas normales, a menudo, son demasiado difíciles como para que los resuelvan. Por otro lado, las decisiones adoptadas por las personas no son imparciales ya que existen innumerables sesgos a la hora de tomarlas.<sup>850</sup>

---

<sup>846</sup> *Ibidem*, p. 103.

<sup>847</sup> Cfr. HAREL, A., *Economic analysis of criminal law: a survey*, en *Research Handbook on the Economics of Criminal Law*, ed. HAREL A./HYLTON, K. N., 2012, Boston, p. 13.

<sup>848</sup> Cfr. GARRIDO, V., STANGELAND, P., REDONDO, S., *Principios...*, p. 189.

<sup>849</sup> Cfr. ORTIZ DE URBINA, I., «Análisis económico...», p. 37.

<sup>850</sup> Cfr. THALER, R. H., *Todo...*, p. 31.



A este punto se le suma la objeción relativa a la ausencia en los individuos de la información necesaria para actuar racionalmente. También se objeta que algunos individuos no son plenamente racionales y que se alejan en ocasiones de la racionalidad.<sup>851</sup>

Asimismo, las propuestas de la economía del comportamiento alertan que la mayoría de los sujetos solemos caer en la falacia de los costos hundidos (*sunk costs*).<sup>852</sup> Asimismo, esta línea de investigación observa que las personas sucumben ante el efecto de la dotación,<sup>853</sup> es decir, valorar lo que tenemos en más de lo que valoraríamos la misma cosa si no la tuviésemos.

También se incurre en el descuento hiperbólico; esto significa que ponderamos los dolores y los placeres presentes con mayor intensidad que los futuros.

En un artículo realizado en conjunto con otros autores, donde se propone promover un enfoque para el análisis económico del derecho basado en un concepto más exacto o preciso de la elección racional, que refleje una mejor comprensión del comportamiento humano y sus fuentes, THALER plantea que si bien la teoría del análisis económico proviene del pensamiento neoclásico, existen muchas evidencias empíricas para poner en duda la racionalidad que caracterizaría el comportamiento humano. En primer término, los autores diferencian al supuesto *Homo economicus* de las personas reales. En ese sentido, los diferencia destacando tres importantes «límites» en el comportamiento humano que ponen en tela de juicio las ideas centrales de la maximización de la utilidad: preferencias estables, expectativas racionales y el óptimo procesamiento de la información.<sup>854</sup>

Lo primero que detectan es la presencia de una racionalidad limitada (*bounded rationality*). Se refieren con esto a una verdad obvia, y es que las capacidades cognitivas no son infinitas. Por ejemplo, poseemos problemas de memoria (a diferencia de lo que sucede con una computadora). Así, la gente puede responder en su comportamiento de acuerdo a estas falencias y, a raíz de ello, podría decirse que los individuos eligen racionalmente basados en sus propias limitaciones cognitivas minimizando las sumas de los costos existentes entre esa decisión y el error en el

---

<sup>851</sup> Cfr. POSNER, R. A., *El análisis...* p. 48.

<sup>852</sup> Ver THALER, R. H., *Todo...*, pp. 109 ss. En síntesis, un costo hundido (*sunk cost*), es aquel que realiza una persona en un determinado proyecto (puede verse como un gasto de dinero o esfuerzo) que le impide adoptar otro comportamiento o realizar otra actividad que le será más fructífera. Por ejemplo, que una persona haya gastado una cantidad de dinero considerable y años de esfuerzo en la carrera de medicina no tendría que ser un obstáculo para que cambie de carrera si considera que estudiando otra obtendrá mayores beneficios profesionales y económicos, Cfr. DEVLIN, A., *Fundamental...*, p. 36.

<sup>853</sup> Ver THALER, R. H., *Todo...*, capítulo 2 «El efecto de dotación», p. 39. Sobre el efecto de dotación se recomienda la lectura de CURRAN, C., «*The Endowment effect*» en DEGEEST, G./BOUCKARET, B., *Encyclopedia of law and economics*, 2000, publicado por ELGAR, E., pp. 819-829.

<sup>854</sup> Cfr. JOLLS, C./SUNSTEIN, C. R./THALER, R., «*A Behavioral Approach to Law and Economics*», *Stanford Law Review*, vol. 50, Issue 5 (mayo, 1998), pp. 1471-1550.

que podrían caer.<sup>855</sup> En segundo lugar, advierten del límite en la fuerza de voluntad (*bounded willpower*), consistente en la realización de acciones, por parte de los seres humanos, que se encuentran en conflicto con sus propios intereses a largo plazo.<sup>856</sup> El tercer punto que encuentran es el límite del interés propio (*bounded self-interest*). Al respecto, los autores indican que en muchas ocasiones y en determinadas circunstancias los individuos actúan en interés, o a favor, de terceros, lo que les genera algún tipo de satisfacción sin lograr ningún tipo de maximización desde el punto de vista de la teoría económica clásica.

Otro crítico a esta teoría es AKERS. Este autor parte del planteamiento respecto de la diferencia o semejanza que existe entre la teoría de la elección racional y otras teorías criminológicas. Así, este autor sostiene que tal diferencia no existe, ya que es falso que el delincuente se mueva únicamente por el análisis coste-beneficio, ni su decisión se encuentra libre de limitaciones provenientes de distintas circunstancias como falta de información, limitaciones en la formación, valores, y otras influencias «no racionales». En efecto, AKERS sostiene que CORNISH y CLARKE no proponen un modelo de elección racional puro. Por el contrario, su modelo asume que el delincuente realiza su comportamiento ilícito en busca de su propio beneficio; y que, si bien se trata de un proceso de decisiones y elecciones, en muchos supuestos este mecanismo será rudimentario; asimismo, que estos procesos presentan un cierto grado de racionalidad pero este será limitado por el tiempo, la capacidad y la disponibilidad de información relevante, etc.<sup>857</sup>

---

<sup>855</sup> *Ibidem*. En este mismo sentido Cfr. ULEN, T. S., «*Rational...*», p. 801. Este autor resalta que la mayoría de los tomadores de decisiones tienen limitaciones cognitivas que causan desviaciones sistemáticas en su comportamiento fuera de lo predicho por la teoría de la elección racional. Asimismo, los experimentos han demostrado que las personas no toman decisiones acerca de los resultados inciertos en la forma en que la teoría de la elección racional predice. Sobre esta cuestión, también se recomienda la lectura de GEORGAKOPOULOS, N. L., *Principles and Methods of Law and Economics. Basic Tools for Normative Reasoning*, Cambridge University Press, 2005, Cambridge, pp. 59-65.

<sup>856</sup> *Ibidem*.

<sup>857</sup> Cfr. AKERS, R., «*Rational Choice, Deterrence, and Social Learning Theory in Criminology: The Path Not Taken*», en *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 81, 3, 1990, pp. 653-676. Por su parte, ORTIZ DE URBINA, I., «Análisis económico...», p. 40, advierte que existe una crítica específica destinada a rechazar la existencia del mentado *Homo economicus*. Al respecto, sostiene que el *Homo economicus* es al economista lo que al jurista el *hombre medio*, un baremo de conducta. Asimismo agrega textualmente —y debemos reconocer que le asiste razón— que «lo que pretende el enfoque de la elección racional al utilizar al *Homo economicus* no es describir cómo son los seres humanos individuales, sino explicar y/o describir los fenómenos sociales. Para ello, efectivamente, se opera mediante modelos de abstraer características de la realidad para facilitar su tratamiento, y esto se hace con plena conciencia de tratarse de idealizaciones. El enfoque de la elección racional no sostiene que todas las personas sean racionales».

### 3. Aplicación del AED al derecho penal: disuasión

#### a) Delito como decisión racional. Recapitulación

Como se ha visto en páginas anteriores, el AED se vincula con la toma de decisiones de las personas. Puntualmente en el ámbito del derecho penal se dedicará al análisis de la decisión de cometer un delito y en el modo en que esa decisión puede verse afectada por incentivos, ya sean positivos o negativos, que surgen del sistema jurídico penal vigente.

En puntos anteriores se analizó la partida analítica desde la concepción del ser humano como un ser racional en sentido económico, es decir, configurado como un sujeto que inclina su comportamiento en la búsqueda de la maximización de su propio bienestar e intereses, en un ámbito dotado de recursos limitados y afectado por sus propias limitaciones racionales. Teniendo en cuenta este aspecto podemos presumir, en este momento, que los cambios en la legislación que modifican estímulos e incentivos, ocasionarán una respuesta en la conducta de los individuos sujetos a ese ámbito normativo.

En resumidas cuentas, puede afirmarse que los individuos cometen delitos porque el beneficio esperado por esa acción será superado al coste que le supondrá, pudiendo ser estos costes y beneficios de naturaleza diversa.

#### b) ¿Disuade el castigo? Conceptualización de disuasión

Si partimos de la premisa básica de que el fin de la sanción penal es la prevención del delito, no podemos obviar hacernos la primera pregunta fundamental: ¿disuade el castigo?

La respuesta a este interrogante lo iremos encontrando en las páginas siguientes.

Para continuar, comenzaremos conceptualizando la idea de la disuasión.

De manera generalísima, un primer acercamiento al concepto de la disuasión (*deterrence*) es el que nos proporciona VON HIRSCH cuando la define como la evitación de una acción determinada a través del miedo a sus consecuencias percibidas. La disuasión será penal cuando nos refiramos a la evitación del delito por miedo al castigo.<sup>858</sup> Asimismo, se sostiene que la

---

<sup>858</sup> Cfr. VON HIRSCH y otros, *Criminal deterrence and sentence severity. An analysis of recent research*, University of Cambridge, Institute of Criminology, 1999, Oxford, p. 5.

disuasión se define como cualquier medida destinada activamente a impedir, desalentar o restringir el modo en que otro podría pensar o actuar. Evidentemente, tiene que ver con la conducta humana y, por ello, este concepto se basa en las teorías de comportamiento que postulan la posibilidad de alterar o regular la conducta humana mediante la adopción de medidas destinadas a comprobar, modificar o eliminar ciertos comportamientos.<sup>859</sup>

Al igual que lo visto al analizar las teorías preventivas de la pena, la disuasión puede clasificarse en disuasión general y disuasión especial. Asimismo, una segunda clasificación distingue entre disuasión inicial y disuasión marginal.

### **1) Disuasión general**

Este tipo de disuasión es el destinado a operar en la generalidad de los ciudadanos y puede ser definida, como lo hace MEDINA ARIZA, como «la evitación por parte de los ciudadanos de una conducta dada como consecuencia de la consideración anticipada de los efectos negativos asociados con las sanciones formales e informales que resultan de esa conducta».<sup>860</sup>

### **2) Disuasión especial**

Este tipo de disuasión está destinado a quienes ya han delinquido y su objetivo es evitar la reincidencia.<sup>861</sup> En efecto, como señala SHAVELL, es la disuasión que experimenta una persona por el hecho de haber sido sancionado por la comisión de un acto ilícito. Así, la disuasión de la reincidencia en el mismo acto se torna más intensa que antes del castigo.<sup>862</sup>

### **3) Disuasión inicial**

VON HIRSCH y sus compañeros de investigación consideran que la disuasión inicial está referida a los efectos asociados al establecimiento original de la prohibición de una conducta y su

---

<sup>859</sup> Cfr. COOPER, H. H., «Crime control and the deterrence perspective», *Criminology*, vol. 11, n.º 2, agosto, 1973, pp. 161-182.

<sup>860</sup> MEDINA ARIZA, J., *Políticas y estrategias de Prevención del delito y Seguridad ciudadana*, IBdeF, 2011, Buenos Aires, p. 39.

<sup>861</sup> Cfr. VON HIRSCH y otros, *Criminal deterrence...*, p. 5.

<sup>862</sup> Cfr. SHAVELL, S., *Fundamentos...*, p. 575; ver también MEDINA ARIZA, J., *Políticas...*, p. 86.

penalización. Se hace referencia a los efectos de la imposición de una sanción a una conducta que previamente estaba permitida.<sup>863</sup>

#### 4) Disuasión marginal

Con este concepto nos referimos al incremento o disminución de la disuasión como consecuencia de la alteración de las políticas llevadas adelante para el cumplimiento de la norma penal o sanciones que recaen sobre conductas que, previamente, ya se encontraban sancionadas por el ordenamiento jurídico. Estos cambios, generalmente, girarán en torno al aumento en la certeza, o probabilidad, del castigo o en el aumento de la severidad de la pena.<sup>864</sup>

La cuestión relativa a la disuasión marginal resulta de gran relevancia para el AED, ya que desde el enfoque económico se presta atención a la elección que realizará el potencial delincuente al momento de cometer el acto ilícito. En esa senda, se utiliza el esquema analítico similar al que se emplea para evaluar la conducta de los consumidores. En efecto, se considera que el delincuente, a la hora de cometer un delito, al igual que lo hacen los consumidores, optará entre un delito X y otro X1 de acuerdo al grado de la pena (precio). Por lo tanto, debe tenerse en cuenta que un aumento en el «precio» de X puede aumentar la demanda de X1 o, traducido, el aumento de la pena para el delito X puede aumentar la comisión del delito X1.<sup>865</sup>

No obstante, este tipo de razonamiento no parece adecuado para la generalidad de los delitos ya que es raro imaginar que un delincuente económico sustituya un delito de esa naturaleza por otro completamente diferente. Según KATYAL, la disuasión marginal se refiere, generalmente, a desincentivos para cometer el mismo crimen en una escala mayor. Así, el paradigma es generalmente (pero no exclusivamente) que los criminales se enfrentan con cuatro opciones: cometer un crimen, no cometer el crimen, cometer el crimen en una escala mayor, y cometer el crimen en una escala menor. Este mismo autor señala que el precio de un producto dará lugar a un gran cambio en la demanda de ese producto, ya que los consumidores lo van a sustituir por otro, constituyendo esto un problema para la disuasión marginal.<sup>866</sup> Dentro del derecho penal, es más

---

<sup>863</sup> Cfr. VON HIRSCH y otros, *Criminal deterrence...* p. 5, «initial deterrence concerns the effects of initiating a prohibition against previously permissible conduct».

<sup>864</sup> *Idem*.

<sup>865</sup> Cfr. KATYAL, N. K. «Deterrence's Difficulty», *Michigan Law Review*, n.º 95, 1997.

<sup>866</sup> *Ibidem*. Para este autor, la pena puede ser entendida en términos económicos como una disminución en el «salario» para una actividad criminal, un incremento en «impuestos» para esa actividad, o simplemente como un aumento en el «costo» de esa actividad.

sencillo advertir este análisis de la sustitución en los delitos con fines de lucro, siendo más difícil imaginar este análisis en delitos de otra naturaleza.<sup>867</sup>

Como señala ORTIZ DE URBINA, en este punto es crucial mantener la proporcionalidad entre las penas y los delitos, en especial cuando se trata de agravantes. El sentido de ello será evitar que se prevean penas elevadas para delitos de gravedad media. En efecto, si un delito de gravedad media es castigado con una pena elevada, el delincuente podría optar por cometer un delito más grave considerando que tiene poco que perder y mucho que ganar, por ejemplo lesionando a la víctima para poder escapar.<sup>868</sup>

#### 4. Propositiones básicas de la disuasión

##### a) Disuasión propiamente dicha

Desde el prisma de la economía, la problemática que gira en torno de la pena es planteada en términos semejantes al de un consumidor que adquiere un bien a cambio de un precio determinado. En efecto, desde este enfoque se asemeja el castigo con el precio que el delincuente debe abonar por la fechoría cometida. En ese sentido, se presume que al igual que lo que sucede en el mercado al aumentar el valor de un bien —disminuye su demanda—, lo mismo sucederá al aumentar el «precio» que el delincuente deba pagar por su comportamiento delictivo.

Este precio que representa el castigo dependerá de la magnitud de la sanción y de la probabilidad de que esta se torne efectiva. Por ello, la doctrina observa que existen dos modos de aumentar la disuasión. El primero de ellos aumentando la severidad de las penas; el segundo, aumentando la certeza del padecimiento de pena por parte de quien comete el delito.<sup>869</sup> De acuerdo a los estudios de la doctrina realizados por la mayoría, se llega a la conclusión de que el

---

<sup>867</sup> En ese sentido, COOK, P., «*Research in Criminal Deterrence: Laying the Groundwork for the Second Decade*», *Crime and Justice*, enero 1, vol. 2, 1980, p. 211, advierte que en la decisión de cometer un tipo de delito, los delincuentes se verán influidos por la amenaza legal no solo de ese tipo de delito, sino también de los delitos relacionados. Aprecia el autor que varios tipos de delitos contra la propiedad son presumiblemente sustitutos unos de otros.

<sup>868</sup> Cfr. ORTIZ DE URBINA, I., «Análisis económico...». En ese mismo sentido se manifiesta SHAVELL. Para el autor, las sanciones deberían aumentar con la magnitud del daño; cfr. Cfr. SHAVELL, S., *Fundamentos...*, p. 579.

<sup>869</sup> Cfr. PASTOR PRIETO, S., *Sistema Jurídico...*, p. 170.

aumento en la probabilidad de recibir un castigo es el factor que mayor importancia posee en el proceso de disuasión.<sup>870</sup>

VON HIRSCH y sus colegas señalan que la disuasión penal (*criminal deterrence*) es subjetiva en dos sentidos. El primero de ellos relacionado no con la real certeza y severidad de la pena sino con la creencia que tenga al respecto el potencial delincuyente; por ello no alcanza únicamente con las modificaciones de la normativa y las sanciones si ello no va acompañado del cambio en la creencia sobre la probabilidad o severidad del castigo en la mente del delincuyente. Por ello, si la modificación en la pena o en la probabilidad no genera una modificación en la percepción del potencial criminal, la disuasión no será efectiva. En segundo lugar, la disuasión general no solo depende de la creencia del potencial delincuyente sino, también, en cómo evalúan los riesgos en términos de sus propias deficiencias subjetivas.<sup>871</sup>

Para lograr una disuasión exitosa, según VON HIRSCH<sup>872</sup> y sus compañeros de investigación, deben darse cinco prerequisites:

1) El delincuyente potencial debe ser consciente de que la probabilidad de ser apresado (o condenado) y/o la severidad de la sanción han cambiado: en efecto, la alteración en la política criminal no generará efectos en la disuasión marginal si la amenaza de pena o la probabilidad de su concreción no es comunicada de forma adecuada al público adecuado. En ese sentido, la efectividad de la disuasión dependerá de que los potenciales delincuyentes sepan a qué se enfrentan: deben ser conscientes de las consecuencias de sus actos. Una sanción desconocida, o el riesgo de sanción desconocido, no podrá, por definición, disuadir.<sup>873</sup> Al respecto, KLECK y otros, luego de advertir que la disuasión puede ocurrir solo en la medida en que los delincuyentes potenciales perciban el riesgo de castigo y que, sin esta percepción, no puede haber un efecto disuasivo, se propusieron realizar un estudio destinado a medir los niveles de percepción de castigo. Esta medición se realizó haciendo preguntas relacionadas con lo que pensaba el encuestado sobre la certeza de la sanción, su gravedad o rapidez en ser aplicada en su condado. Las conclusiones a las que arribaron suenan desalentadoras, en el sentido de que no habría una

---

<sup>870</sup> Cfr. CARDENAL MONTRAVETA, S., «Eficacia preventiva general intimidatoria de la pena?» en RECPC, 17-18, 2015.

<sup>871</sup> Cfr. VON HIRSCH y otros, *Criminal deterrence...* p. 6.

<sup>872</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>873</sup> Cfr. KENNEDY, D. M., *Disuasión y prevención del delito. Reconsiderando la expectativa de pena*, trad. Morón, L., Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 57. Por su parte, TULLOCK, en un artículo donde se propone discutir si la sanción disuade o no disuade, llega a la conclusión de que aunque los potenciales criminales, como de hecho sucede, posean un idea aproximada de la frecuencia y severidad de la sanción, muchos estudios muestran que aumentar la frecuencia o la severidad de la sanción disuade el delito, reduciendo la probabilidad de que se cometan, cfr. TULLOCK, G., «Does Punishment Deter Crime?», en *Economics of Crime*, 2º ed., Pearson Custom Publishing, 1998, pp. 75 ss.

relación significativa entre las percepciones de los niveles de castigo y la realidad. Ello implica que los aumentos en los niveles de castigo no reducirían la delincuencia mediante la disuasión.<sup>874</sup>

2) Los potenciales delincuentes deben tener en cuenta las modificaciones en la severidad de la pena y/o en su probabilidad de padecerla al momento de decidir si cometerá un delito: así, si quien comete un delito lo hace de manera impulsiva o bajo la influencia de drogas o alcohol, sus creencias sobre el riesgo de sanción tendrá un bajo impacto en su comportamiento.

3) El delincuente potencial debe creer que existe una alta probabilidad de ser capturado: si el delincuente potencial se representa como improbable de ser capturado, juzgado y condenado, la sanción, por más dura que sea, tendrá efectos mínimos. Esto significa que las sanciones que no son aplicadas, o son mal aplicadas, por el sistema judicial tendrán un mínimo o nulo impacto disuasorio.

4) El delincuente potencial debe creer que el cambio en la pena le será aplicado si es capturado.

5) El delincuente potencial debe estar de acuerdo en modificar sus elecciones respecto al delito al percibir el cambio en la certeza o severidad de la pena: este punto es referido al cambio en los hábitos de vida del potencial delincuente. En efecto, si la actividad criminal posee una importancia determinante en la vida del individuo, como por ejemplo, es el medio por el cual se provee de los medios de vida, en ese caso una mejora en la certeza o severidad de la pena no hará que él desista.

## **b) Severidad *versus* certeza: percepción del riesgo**

Sin embargo, como señalamos más arriba, la disuasión va a depender, sobre todo, de la percepción que tenga el potencial delincuente sobre la certeza de ser sancionado y respecto de la severidad de la pena. No obstante, como señala NAGIN,<sup>875</sup> se ha prestado poca atención a la percepción del riesgo<sup>876</sup> y su conexión con la política criminal real. Tan es así que la literatura más

<sup>874</sup> Cfr. KLECK, G. y otros, «*The missing link in General Deterrence Research*», *Criminology*, vol. 43, n.º 3, 2005, pp. 623-660.

<sup>875</sup> Ver NAGIN, D., «*Criminal deterrence research at the outset of the twenty-first century*», *Crime And Justice: A Review Of Research*, vol. 23, 1998, pp. 1-42.

<sup>876</sup> Como señala PATERNOSTER, R./SALTZMAN, L./CHIRICOS, T./WALDO, P., «*Perceived risk and social control: do sanctions really deter?*», *Law and Society Review*, 1 de enero, vol. 17(3), 1983, p. 457, la doctrina de la disuasión es básicamente perceptual. Por ello, la premisa será intentar lograr que la percepción de ciertas, rápidas y severas sanciones mantengan a la gente alejada de cometer delitos. Así, cuando los individuos que cometen delitos por no haber sido disuadidos, no son detenidos, se configura un mensaje al resto de la sociedad que genera una percepción



importante sobre el tema sostiene que el efecto disuasorio de la sanción dependerá, en última instancia, de la percepción que se posea sobre la certeza y severidad del castigo.<sup>877</sup> Estas afirmaciones se basan en distintos estudios que arrojaron como resultado que cuando se percibe el riesgo de sanción como probable o seguro, los potenciales delincuentes son menos propensos a llevar a cabo su empresa criminal. Asimismo, para realizar un análisis sobre las percepciones, debe tenerse en cuenta que estas pueden diferir en distintos lugares, aunque posean la misma normativa, debido a diferencias en las características de la población y el contexto.<sup>878</sup>

Por su parte, POGARSKY sostiene que la disuasión requiere que la percepción de amenaza de sanción, sea influida de algún modo por la propia amenaza de sanción. De este modo, para que la sanción disuada, debe elevar al menos la certeza percibida, la severidad y la celeridad de la pena.<sup>879</sup>

En otro artículo, NAGIN llega a la siguiente conclusión: hay poca evidencia de que el aumento de la duración de las penas de prisión produzca efectos disuasorios reales lo suficientemente importantes como para justificar sus costes sociales y económicos.<sup>880</sup> Sin embargo, este autor sí reconoce que existe evidencia que apoya el efecto disuasorio de las medidas que tienden a aumentar la certeza del castigo, y estas resultan mucho más convincentes y consistentes que las que sostienen que la clave de la disuasión radica en la severidad de las penas. No obstante, NAGIN plantea que la certeza del castigo es conceptual y matemáticamente el producto de una serie de probabilidades condicionales: la probabilidad de la aprehensión por la comisión de un delito, la probabilidad de enjuiciamiento, y la probabilidad de ser sancionado o del monto de la sanción.<sup>881</sup> De este punto concluye que lo que fortalece al concepto de disuasión será

---

menor de castigo. En ese sentido, las pruebas empíricas sugieren que el riesgo percibido de castigo tiene un efecto disuasorio, mientras que la percepción de la severidad no lo tiene.

<sup>877</sup> Lo problemático respecto de la percepción de certeza o probabilidad de aprehensión es el contenido subjetivo de la misma. Como señala WEBB, S. D., «*Deterrence theory: A reconceptualization*», *Canadian Journal of Criminology*, 22, pp. 23-35, 1980, cuando se habla de «certeza», por lo general se supone que el delincuente es un ser calculador que actúa dependiendo de la percepción real del riesgo de ser capturado. Por tanto, se concluye que cuanto mayor es el riesgo de ser capturados y castigados menor será la probabilidad de violación de la ley. Sin embargo, los riesgos objetivos de detección no son significativos porque es el riesgo calculado subjetivamente por el delincuente el que influirá en su comportamiento posterior.

<sup>878</sup> *Ibidem*. Por ejemplo, un estudio arroja como resultado que las personas con poca experiencia en la desobediencia de las reglas son más propensas a dar estimaciones más altas de la certeza de varios tipos de castigo que los que tienen experiencia y son particularmente más pesimistas sobre sus posibilidades de ser castigados, Cfr. PASTEROSTER, R., SALTZMAN L. y otros, «*Assessments of risk and behavioral experience: an exploratory study of change*», *Criminology*, vol. 23, n.º 3, 1985.

<sup>879</sup> Cfr. POGARSKY, G. «*Deterrence and decision making: Research questions and theoretical refinements*». *Handbook on crime and deviance*. Springer New York, 2009. 241-258.

<sup>880</sup> Cfr. NAGIN, D., «*Deterrence in the Twenty-First Century*», *Crime And Justice In America*, vol. 42, 2013, pp. 199-263. Como ejemplo propone la medida de disuasión denominada *three strike and you are out*, que trae aparejada condena a perpetuidad sin opción a libertad condicional.

<sup>881</sup> *Ibidem*.

casi exclusivamente la probabilidad de aprehensión. Por ello, la certeza y no la severidad (gravedad) de la sanción es el elemento disuasorio más eficaz.<sup>882</sup>

Enlazado con lo anterior, COOTER/ULEN, con razón, advierten que en la realidad, el castigo es probabilístico, no certero. Esto es así, ya que si todo crimen se castigara con certeza, cometer un crimen no pagaría.<sup>883</sup>

En línea con lo anterior, para NAGIN la disuasión es la respuesta conductual a la percepción de las amenazas de sanción. En ese sentido, considera que es imprescindible establecer el vínculo entre percepción del riesgo y los regímenes de sanción. A su vez, no considera suficiente con concluir que las decisiones de delinquir se ven afectadas por las percepciones del riesgo de sanción, ya que eso no es suficiente para disuadir a la delincuencia. Esto es así, porque la política no puede manipular las percepciones. Lo que puede hacer es modificar o alterar la variedad y gravedad de las sanciones disponibles.

Otro aspecto importante que debe tenerse en cuenta al momento de evaluar el tema que nos ocupa es que la percepción de la amenaza de sanción y la consecuente conducta del sujeto que comete un delito puede encontrarse «viciada» por alguna (o ambas) de las siguientes situaciones: a) el grado de aversión al riesgo que caracterice al sujeto; b) el descuento de futuro que suele realizarse de la sanción esperada.

Así, el comportamiento de una persona variará si es neutral al riesgo, si tiene aversión al riesgo<sup>884</sup> o si, por el contrario, es amante del riesgo.

Si una persona se caracteriza por la aversión al riesgo, solo cometerá el acto perjudicial en aquellos casos en que la utilidad esperada por el hecho ilícito aumente con su comisión. En estos supuestos, la disuasión será más intensa cuanto mayor sea la dimensión de la sanción potencial esperada.<sup>885</sup> Por ejemplo, una persona con aversión al riesgo será más disuadida con una pena de

<sup>882</sup> A esa misma conclusión llega CHAUNCEY, R., «*Deterrence, Certainty, Severity, and Skyjacking*», en *Criminology*, vol.12 (4), febrero, 1975, pp. 447-473, en un trabajo donde analizó el delito de secuestro aéreo. Allí, luego de un profundo análisis de la cuestión, concluyó que el aumento en la certeza de sanción se asoció con una reducción subsiguiente en secuestros aéreos, mientras que no sucedió lo mismo con el solo hecho de aumentar la gravedad de las penas.

<sup>883</sup> Cfr. COOTER, R. D./ULEN, T., *Derecho...*, p. 628.

<sup>884</sup> El concepto de aversión al riesgo fue acuñado por Daniel BERNOULLI al proponer que la felicidad de la gente aumenta conforme aumenta su riqueza, pero a una tasa cada vez menor. En ese sentido, a medida que aumenta la riqueza, lo hace también la felicidad pero con un impacto que va decreciendo. Por ejemplo, a un hospitalero del Camino de Santiago, una ganancia de 10 mil euros le cambiaría la vida completamente, mientras que Amancio Ortega (dueño del Grupo Inditex y titular de la mayor riqueza de España) ni se enteraría. La aversión al riesgo se observa en que la utilidad de los primeros mil euros es mayor a la utilidad de los segundos mil euros. Ante esto, THALER, R. H., *Todo lo que he aprendido...*, p. 60, propone como ejemplo que si la riqueza de alguien es de 100 mil dólares y se le ofrecen dos posibilidades a elegir: mil dólares seguros o 2 mil dólares con una probabilidad del 50 %, lo más seguro es que escoja lo primero, puesto que valora más los primeros mil dólares, esto es debido a que no está dispuesto a arriesgarse a perder un premio de mil dólares si el intento por conseguir los 2 mil le sale mal.

<sup>885</sup> Cfr. SHAVELL, S., *Fundamentos...*, p. 534.

mil euros con una probabilidad del 20 % de ser capturada, que si la combinación fuera una sanción de 500 euros con una probabilidad de aprehensión del 40 %. Esto se debe a que los individuos aversos al riesgo experimentan una desutilidad más que proporcional al aumento de la magnitud de las sanciones.<sup>886</sup>

Sobre este último tópico, COOK observa que los supuestos usuales de análisis económico en la toma de decisiones bajo incertidumbre llegan a conclusiones diferentes cuando la sanción esperada es la prisión o una multa. Este autor plantea dos hipótesis: la primera es aquella en que existe un 10 % de posibilidades de recibir una condena de un año de prisión; la segunda ofrece una probabilidad del 5 % de sufrir una sentencia de dos años de prisión. Ambas opciones tienen el mismo valor esperado, sin embargo la mayoría de la gente no lo ve así. De ello, COOK razona lo siguiente: si dos años en prisión no es visto como dos veces peor que un año, entonces la primera hipótesis será más disuasiva que la segunda. En general, según este autor, se aguarda que el incremento en la probabilidad de ser capturado incrementa el valor disuasivo de la amenaza de pena.<sup>887</sup> En ese razonamiento, para COOK, el aumento de un 10 % en la severidad del castigo por un delito tendrá un efecto disuasorio más pequeño que un aumento del 10 % en la probabilidad de castigo.<sup>888</sup> Con respecto a las multas, como se adelantó, no sucede el mismo fenómeno. Por ello, frente a personas con aversión al riesgo, si aplicáramos las hipótesis anteriores, debería preferirse la hipótesis primera donde, por ejemplo, una pérdida de 2 mil euros es subjetivamente más de dos veces peor que una pérdida de mil euros para una persona con aversión al riesgo. Sin embargo, algunos experimentos de laboratorio arrojaron como resultado que la mayoría de los sujetos no tienen aversión al riesgo con respecto a las pérdidas financieras, y podrían de hecho elegir una multa proporcionalmente mayor. Por ello, nuevamente la primera hipótesis debe tener mayor valor disuasivo.<sup>889</sup>

Respecto de las multas, HAREL, razonando de forma similar a COOK, señala que la multa requiere de un análisis diferente a la pena de prisión, ya que a diferencia de años de cárcel, la multa se paga toda de una vez. Por tanto, no existirá —en principio— descuento de futuro (ver párrafos más abajo concepto de esta idea). Sin embargo, de acuerdo al soporte teórico, la opinión mayoritaria es que los criminales son amantes del riesgo con respecto a las multas. En efecto, una de las principales conclusiones de la teoría conductual es que los individuos tienen aversión al

---

<sup>886</sup> *Ibidem*, p. 537.

<sup>887</sup> Cfr. COOK, P., «*Research in Criminal Deterrence...*».

<sup>888</sup> *Idem*. En esa línea el autor admite que un castigo seguro es un elemento disuasorio más eficaz que el castigo severo. Esto es reforzado por la afirmación de que las tasas de criminalidad son insensibles a las variaciones de la gravedad.

<sup>889</sup> *Idem*.

riesgo (en general) para las ganancias, pero son amantes del riesgo respecto de las pérdidas. Esto significa que si los individuos se enfrentan a una elección entre una probabilidad del 80 % de ganar 100 dólares o recibir con certeza 80 dólares, preferirán recibir los 80. Pero, por el contrario, si los individuos se enfrentan a una elección entre una probabilidad del 80 % de pérdida de 100 dólares o perder (con certeza) 80, preferirán arriesgar en la probabilidad. Por lo tanto, como una multa es entendida como un costo, en virtud de esta teoría se esperaría que los criminales sean amantes del riesgo con respecto a la probabilidad de la condena a una multa.<sup>890</sup>

De otro lado, cuando una persona es amante del riesgo será disuadida más fácilmente por una sanción baja y una alta probabilidad de detección que por una sanción más dura pero con baja probabilidad de detección.

Se dice que una persona es neutral al riesgo de sanciones si es indiferente en cuanto a dos sanciones con igual valor esperado.<sup>891</sup>

Como señalamos párrafos más arriba, el denominado descuento de futuro también afecta a la toma de decisiones de las personas. Este descuento consiste en otorgarle en el presente una menor utilidad a los eventos futuros, aumentando cuando más alejado en el tiempo se encuentren. En ese sentido, la magnitud de una pena privativa de libertad aumenta agregando años a su duración, pero si existe un grado de descuento de futuro en el sujeto potencial acreedor de la sanción, este atribuirá una utilidad cada vez menor a los años sumados. Esto ocasionará que el coste esperado por la comisión del delito no aumente de forma proporcional con la gravedad de la pena. Con una tasa de descuento del 10 %, una pena de 10 años supone una desutilidad que solo es 6,1 veces mayor que la representada por una pena de un año, y no 10 veces más, como debería esperarse sin descuento.<sup>892</sup>

<sup>890</sup> Cfr. HAREL, A., «*Behavioral Analysis of Criminal Law: A Survey*», en ZAMIR, E./TEICHMAN, D., *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oxford University press, 2014, pp. 579-580.

<sup>891</sup> *Ibidem*, p. 576. Sobre la cuestión relativa a la aversión en ocasión de toma de decisión ante incertidumbre, se recomienda el trabajo muy interesante de LOUGHRAN, T./PATERNOSTER, R. y otros, «*On ambiguity in perceptions of risk: implications for criminal decision making and deterrence*», en *Criminology*, vol. 49, n.º 4, 2011, p. 1029 y colegas, donde se analiza en base a distintos estudios el efecto de la «aversión a la ambigüedad» y el efecto de la ambigüedad al momento de tomar una decisión. Los autores parten de que el nivel de certeza del castigo rara vez se conoce con mucha precisión. En su lugar existe una ambigüedad acerca de la probabilidad de castigo por la comisión del delito. La idea central del trabajo estriba en que a las personas no les es grato tomar decisiones en un marco ambiguo, por más que las probabilidades de obtener ganancias sean las mismas. Para un mejor análisis del trabajo se acompaña la cita.

<sup>892</sup> Cfr. ORTIZ DE URBINA, I., «*Análisis económico...*». De acuerdo a PATERNOSTER, R., «*How much...*», un estudio realizado sobre 152 personas detenidas recientemente para proporcionar estimaciones sobre los niveles y tipos de sanciones, arrojó lo siguiente: de acuerdo con el descuento subjetivo, se encontró que una prisión de cinco años era tenida como dos veces tan severa como una sentencia de un año, y una condena de veinte años se consideró más grave tan solo en un poco más de la mitad, que una sentencia de diez años. En un estudio posterior se informó que los delincuentes detenidos perciben una pena de prisión de diez años tan solo como cuatro veces más grave que una sentencia de un año, una condena de veinte años solo seis veces más grave, y una condena de veinte años se consideró que era una vez y media más grave que sentencia de 10 años.

### c) Estudios empíricos

La mayoría de los resultados y conclusiones a los que se arriba mediante el AED están basados en estudios empíricos. En ese sentido, existe una gran variedad de evaluaciones sobre las percepciones de la población en general, sobre la percepción que poseen respecto de la certeza o probabilidad de ser apresados y de la severidad de las penas.

Los primeros estudios perceptuales de disuasión fueron publicados hace más de treinta años. Sin embargo, no fue hasta finales de la década de 1970 y principios de 1980 que el aspecto subjetivo de la disuasión comenzó a estudiarse. Para ello, el método de investigación utilizado más comúnmente fueron las encuestas de distintos grupos seleccionados dentro de la población general, donde se los interrogaba sobre su percepción de diversos asuntos relacionados con la disuasión.<sup>893</sup>

Estos estudios sobre la percepción de la disuasión se han basado en tres tipos modelos: estudios transversales, longitudinales y de escenarios determinados.

En los estudios transversales se realiza una encuesta donde los individuos son interrogados sobre su percepción de la certeza y la severidad de las sanciones contenidas en distintos delitos. Asimismo, en algunas oportunidades se los interroga sobre sus intenciones motivadoras del comportamiento delictivo futuro.<sup>894</sup>

PATERNOSTER realizó una revisión de cada uno de los estudios realizados hasta mediados de 1980. En esos estudios se advirtió que cuanto mayor era la certeza en la percepción del castigo, los índices de criminalidad disminuían. Sin embargo, ha habido menos estudios destinados al análisis de la relación entre percepción de severidad de la pena y la conducta ilícita. En general estos últimos estudios arrojan que el grado de la disminución de la criminalidad por aumento de la severidad de la pena es menor que por la percepción de la certeza del castigo.<sup>895</sup> Por tanto, los estudios transversales con los que se cuenta no ofrecen datos substanciales respecto de la existencia de disuasión marginal a causa de la severidad de la sanción.<sup>896</sup> De acuerdo con gran parte de los analistas, este sistema sufre un problema metodológico que denominan de *orden*

---

<sup>893</sup> Cfr. VON HIRSCH y otros, *Criminal deterrence...*, p. 33.

<sup>894</sup> Cfr. NAGIN, D., «Criminal deterrence...».

<sup>895</sup> Sobre este punto se recomienda la lectura de MIRÓ LLINARES, F./BAUTISTA ORTUÑO, R., «¿Por qué cumplimos las normas penales? Sobre la disuasión en materia de seguridad vial», en InDret, Barcelona, Octubre de 2013. Allí los autores realizan un trabajo de campo analizando el conocimiento y la percepción de la certeza y severidad de las normas viales en los encuestados.

<sup>896</sup> Cfr. VON HIRSCH y otros, *Criminal deterrence...*, p. 33.

*causal (causal order)* y consiste en no poder determinar si las percepciones del riesgo son las que causan la delincuencia o viceversa.<sup>897</sup>

Los estudios longitudinales sobre la percepción de la disuasión, generalmente son paneles de estudio que indagan en un grupo determinado de encuestados durante un intervalo generalmente preestablecido, preguntando sobre ofensas pasadas y sobre los riesgos de castigo percibidos; asimismo se realizan estudios de seguimiento (*follow up*), donde los encuestados mediante el sistema transversal son evaluados ya sea por sus antecedentes, condenas, etc.

Existen algunos estudios longitudinales muy interesantes, como el realizado por SCHNEIDER<sup>898</sup> en el año 1990, quien, utilizando el método de seguimiento, tomó un estudio transversal efectuado con novecientos delincuentes juveniles de seis lugares diferentes de Estados Unidos. Allí SCHNEIDER encontró que la percepción de la severidad de los sujetos encuestados estaba negativamente asociada con su propia declaración de su intención de robar algo que valga más de 20 dólares en el próximo año. Sin embargo, este panorama cambió cuando de los registros oficiales de los delitos cometidos por estas personas, que recibieron seguimiento por dos años, arrojaron que aún teniendo una mayor percepción de la severidad de la sanción, existía en los encuestados un mayor índice de reincidencia.

Como se aprecia, este sistema posee una ventaja respecto al de análisis transversal, ya que realizar la evaluación en al menos dos momentos coloca al investigador en una mejor posición — supuestamente— para arribar a conclusiones de orden causal, dado que permite advertir si las percepciones suceden en forma previa al comportamiento delictivo. Sin embargo, este método no quedó libre de críticas. En ese sentido, un grupo de autores advirtió que el enfoque de los primeros estudios longitudinales, si bien permitía determinar el orden causal, el tiempo transcurrido entre los diferentes paneles era demasiado largo como para aclarar la cuestión correctamente.<sup>899</sup>

Los estudios en escenarios determinados se caracterizan por realizarse con una simulación de una situación determinada de la vida real. Para ello, se proporciona a los encuestados una situación detallada sobre el contexto particular en que se produciría el comportamiento ofensivo, y luego se los entrevista sobre los riesgos de sanción que perciben en estas situaciones, así como sobre su estimación de la posibilidad de cometer un delito. Los escenarios han sido utilizados para valorar la disuasión en supuestos muy diversos como delitos fiscales o abusos sexuales.

Este tipo de estudio posee dos ventajas respecto del transversal y el longitudinal. Primero, el método del escenario busca ubicar al entrevistado perceptivamente en una situación simulada, y

---

<sup>897</sup> *Ibidem*.

<sup>898</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>899</sup> Cfr. MEDINA ARIZA, J., *Políticas...*, p. 62.

por lo tanto resuelve el problema de la temporalidad, porque los riesgos de sanción percibidos y la violación de la ley proyectada se aprecian en esa situación y momento concreto. Segundo, este método tiene la ventaja de que permite variar los detalles del escenario con diferentes tipos de encuestados y luego evaluar en qué medida esos detalles (por ejemplo, tal vez, la presencia de espectadores, o la oportunidad de escapar fácilmente de la situación) pueden afectar las respuestas.<sup>900</sup>

Las críticas que recibe este método radican en que, si bien soluciona los problemas del método longitudinal, existen otros como por ejemplo que la mayoría de estos estudios están realizados con estudiantes universitarios, que no representan a la generalidad de la población. Asimismo se le achaca que responder de una forma determinada a preguntas en un escenario, es diferente al comportamiento real.<sup>901</sup>

#### **d) Delito como actividad rentable**

Desde el enfoque económico, se analiza la eventual rentabilidad de la actividad delictiva. Esto sucederá, evidentemente, cuando el beneficio obtenido por el delito sea superior al costo esperado por el autor. En contrasentido, cuando el costo de la realización de la actividad criminal supere al beneficio esperado, se presume que la tasa o índice del delito disminuirá al no resultar su comisión «rentable» para el autor. En ese sentido, la tarea del AED consiste en identificar los componentes más importantes de los costes y beneficios, y someter las hipótesis resultantes a la verificación empírica. Para ese fin, se diferencian las distintas actividades delictivas y dentro de ellas sus costes y beneficios. Este aspecto, como nos recuerda POSNER, resulta clave ya que existen varios estudios empíricos sobre el delito que han revelado que los delincuentes responden a los cambios de los costos de oportunidad, de la probabilidad de aprehensión, de la severidad del castigo y de otras variables.<sup>902</sup>

Ya Gary BECKER había alertado que el crimen es una actividad económica importante o «industria».<sup>903</sup> Partiendo de esa base, en su escrito fundacional señala que prácticamente todas las teorías están de acuerdo en que cuando todas las variables se mantienen constantes, un aumento en la probabilidad de condena o castigo a una persona si es hallada culpable disminuirá, en general, el número de delitos que cometerá. De ello se deduce que un cambio en la probabilidad de

---

<sup>900</sup> Cfr. VON HIRSCH y otros, *Criminal deterrence...*, p. 34.

<sup>901</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>902</sup> Cfr. POSNER, R. A., *El análisis económico...*, p. 350.

<sup>903</sup> Cfr. BECKER, G., «Crime and Punishment...», p. 3.

aprehensión tendrá un mayor efecto sobre el número de delitos que un cambio en el castigo o severidad de la pena.<sup>904</sup> Sin embargo, BECKER admite que ninguna de las teorías arroja una luz clara sobre el tema.<sup>905</sup> De este modo, si se adopta el enfoque habitual del AED, es decir la elección racional del sujeto, esto supondrá que el que comete un delito lo hace porque la utilidad esperada es superior a la utilidad que podría obtener del uso de su tiempo y recursos en otras actividades. De ello deduce BECKER que algunas personas se convierten en delincuentes no porque su motivación básica difiere de las de otras personas, sino debido a sus beneficios y costos diferentes.<sup>906</sup>

De lo anterior, BECKER dedujo que ese enfoque implica la existencia de una función que relaciona el número de delitos a su probabilidad de condena, a su castigo si es declarado culpable, y a otras variables. Así, la representa como: **O** es el número de delitos que iba a cometer la persona durante un período, **P** es la probabilidad de condena por el delito, **F** su castigo por ofensa y **U** una variable que representa otras influencias.<sup>907</sup> Así, la función del delito sería:

$$O = O(P, F, U)$$

Esta fórmula demuestra, según los análisis de BECKER, que un aumento en P reduciría la utilidad esperada y, por lo tanto, el número de delitos más que un aumento en el mismo porcentaje de F, siempre que el sujeto sea amante (o prefiera) el riesgo. El incremento en F tendrá mayor efecto disuasorio si el sujeto tiene aversión al riesgo. Y tendrían el mismo efecto si el sujeto es neutral al riesgo.<sup>908</sup>

Sobre los costos, una parte importante de la doctrina criminológica diferencia entre los costes directos representados por la sanción penal y los costes indirectos provenientes de la reacción de la sociedad frente a los sujetos que reciben una sanción penal. Por ello debe tenerse en cuenta, a la hora de evaluar el mecanismo disuasorio, no solo el impacto de la pena, sino también el efecto que tendrá en el resto de la sociedad. Al respecto, se identifican tres grandes bloques generales de costes indirectos asociados a las sanciones penales:

**1) El estigma de la detención:** nos encontramos frente a este fenómeno cuando el etiquetamiento como delincuente provoca una degradación social y pérdida de respeto general. El

---

<sup>904</sup> *Ibidem.*

<sup>905</sup> *Ibidem.*

<sup>906</sup> *Ibidem.*

<sup>907</sup> *Ibidem.*

<sup>908</sup> *Ibidem.*



valor de este «costo» es muy importante ya el temor a la estigmatización puede resultar, en algunos casos, un factor inhibitor de conductas más poderoso que el temor al propio castigo esperado. Según PATERNOSTER y colegas, investigaciones sobre el efecto de sanciones informales (como es el estigma) han demostrado que en algunos casos es más importante que las sanciones legales formales.<sup>909</sup>

**2) Las pérdidas en términos de relaciones sociales:** encontrarse envuelto en un proceso penal, con todo lo que ello puede implicar, como por ejemplo embargos, prisión preventiva, mala prensa, etc., puede afectar de manera sensible las relaciones sociales del delincuente y, en la medida en que esa afección sea percibida como algo negativo, será adicionada a los costes directos de la sanción.

**3) Costes relacionados con las oportunidades vitales:** la representación mental en el potencial delincuente de la posibilidad de perder un trabajo en el futuro, de perder la posibilidad de estudiar, la ruptura de pareja, etc., puede aumentar el efecto de la disuasión. Algunos autores también advierten que la actividad delictiva, como toda actividad, insume una cantidad de tiempo al que la lleva a cabo que podría destinar a una actividad lícita. Por tanto, ese tiempo «perdido» también es considerado un costo de oportunidad.<sup>910</sup>

Evidentemente, lo más usual es que el crimen no pague. Esto significa que la mayoría de las veces, las personas no se ven conminadas a cometer delitos, pero sí lo hacen cuando los beneficios esperados superan los costos que puede representar la comisión del hecho ilícito. En ese sentido, un término que resulta de vital importancia para la disuasión es la noción de utilidad, que simplemente se refiere a la satisfacción total que se deriva de una acción o el consumo. Los analistas económicos suelen graficarla con una ecuación muy simple, donde expresan (de manera similar a la propuesta por BECKER) la premisa básica de la teoría de la disuasión. Así, un individuo cometerá un delito si:

---

<sup>909</sup> Ver PATERNOSTER, R., IOVANNI, L., «*The Deterrent Effect of Perceived Severity: A Reexamination*», *Social Forces*, 1 de marzo de 1986, vol. 64 (3), pp.751-777

<sup>910</sup> Cfr. KATYAL, N. K. «*Deterrence's Difficulty*», *Michigan Law Review*, n.º 95, 1997, pp. 2385 ss. Dentro de los costos potenciales del delito, NAGIN, D., «*Deterrence...*», sitúa también los costos generales de la comisión independientemente del costo de la sanción. Entre ellos ubica el tiempo perdido en busca de la oportunidad, el tiempo de planificación y el esfuerzo necesario para cometer el crimen. A su vez, destaca que deben incluirse los costes potenciales de la venganza de la víctima o resistencia.

$$C (\text{crimen}) = B (\text{beneficios del delito}) + P (\text{costos de delito}) + BI (\text{beneficios de no cometer el delito}) + PI (\text{costos de no cometer el delito})^{911}$$

De ese modo, la utilidad de la delincuencia es igual a la suma de los beneficios del delito (ejemplo: el dinero fácil), los costos de la delincuencia (ser arrestado, condenado, pérdida de respeto familiar, etc.), los beneficios de la no delincuencia (un ingreso estable y seguro que proporciona un trabajo, seguridad física al no resultar lesionado, etc.) y los costos de la no delincuencia (salario bajo, sentimiento de fracaso por un empleo mal remunerado, etc.).

## 5. El escepticismo frente a la disuasión

Como se ha visto hasta ahora, la discusión sobre la eficacia de la disuasión no es un asunto zanjado, y existen distintos autores que no son persuadidos por los resultados teóricos y empíricos a los que se arriba cuando se estudia esta cuestión.

En ese sentido, PAUL ROBINSON, mediante sus argumentaciones, se ha mostrado escéptico frente a la posibilidad de que las leyes penales logren el objetivo de disuadir al potencial delincuente de emprender su actividad delictiva.

Este autor sostiene que el sistema de justicia penal probablemente disuada el delito, pero encuentra difícil que las leyes penales lo hagan por sí solas. En ese sentido, ROBINSON diferencia entre el efecto que puede lograr la duración de una condena sobre la conducta del potencial delincuente, considerando que no tiene efecto alguno, y acciones tendientes a reforzar la vigilancia policial, lo que considera que sí disuade el delito.

Este autor basa sus conclusiones en los descubrimientos de las ciencias conductuales. Asimismo, entiende que para que el derecho penal posea efecto disuasorio, debe responderse afirmativamente a las siguientes tres preguntas, a las que él denomina «prerrequisitos»:

- a) ¿Conoce y entiende el delincuente potencial, directa o indirectamente, las implicancias que para él tiene la norma que pretende influirle?
- b) En caso de conocer la norma, ¿hará uso de ese conocimiento en el momento de tomar sus decisiones?

---

<sup>911</sup> Cfr. PATERNOSTER, R., «How much do we really know about criminal deterrence?», *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 100 (3), julio 2010, pp. 765-824.

- c) Si conoce la norma y es capaz y está dispuesto a ser influido por la ley en sus decisiones, ¿es su percepción de sus decisiones de un tipo que le permita, probablemente, escoger cumplir la ley antes que cometer el delito? O sea, ¿superan los costes percibidos del incumplimiento los beneficios percibidos de la conducta delictiva como para causar la decisión de omitir la conducta delictiva?<sup>912</sup>

Según los argumentos de ROBINSON, no existen elementos que nos permitan pensar que estas tres premisas se cumplen. Por ejemplo, dentro de los argumentos a los que recurre este autor para justificar que el conocimiento del derecho es un obstáculo al que se enfrenta la disuasión, encontramos una encuesta realizada sobre un grupo objetivo constituido por potenciales delincuentes. El estudio midió el grado de conocimiento de delincuentes reales sobre las penas existentes en el Código Penal, arrojando que este no era muy preciso. El resultado fue que solo el 22 % de los delincuentes pensaba que sabían «con exactitud cuál sería la pena» que se les impondría por el delito cometido; un 18 % afirmó que «no tenían idea» y un 35 % admitió que «en ningún momento pensó en ello».<sup>913</sup> En síntesis, ROBINSON sostiene que «la gente pocas veces conoce las normas del derecho vigente, incluso cuando estas se formulan bajo el supuesto expreso de que influirán en su conducta».<sup>914</sup>

Por otra parte, ROBINSON, en línea con algunas de las críticas (ya analizadas) que se le formulan a la teoría de la elección racional, entiende que, de los datos disponibles, los delincuentes potenciales poseen una menor inclinación a pensar acerca de las consecuencias de su conducta. Muchas veces poseen inclinación por el riesgo en lugar de aversión al mismo, y en grupo son más impulsivos de lo normal.<sup>915</sup>

En otro orden de ideas, el autor citado considera que los delincuentes profesionales son quienes se darán cuenta con mayor probabilidad de lo bajas que son las tasas de sanción, por tanto tendrán una percepción de probabilidad de sanción más baja que aquellas personas no inclinadas a cometer a delitos.<sup>916</sup> Asimismo, un estudio de ANDERSON concluye que la mayoría de los

---

<sup>912</sup> Cfr. ROBINSON, P. H., «Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida», trad. CANCIO, M./ORTIZ DE URBINA, I., Marcial Pons, 2012, Barcelona, p. 54; también en ROBINSON, P./DARLEY, J., «Does criminal law deter? A behavioral Science Investigation», *Oxford Journal of Legal Studies* 24, 2004, pp. 173-205.

<sup>913</sup> Cfr. ROBINSON, P. H., «Principios distributivos...», p. 55.

<sup>914</sup> *Idem*.

<sup>915</sup> *Ibidem*, p. 58.

<sup>916</sup> Ese aspecto también lo advierte NAGIN al reconocer que a medida que las personas aprenden más el régimen de sanciones —por su experiencia en el crimen—, su aversión al riesgo de ser capturado disminuirá, trayendo como correlato una disminución en la disuasión; cfr. NAGIN, D., «Criminal deterrence research...».

delincuentes no piensan que serán capturados y sancionados. Por ello, quizá, el incremento de la pena tenga poco poder disuasorio.<sup>917</sup>

Un aspecto interesante de los estudios de ROBINSON es la referencia a que la duración de las condenas de cárcel puede no tener un efecto disuasivo. En ese sentido, señala que existe una adaptación de las personas al cambio que suscita el encierro en prisión; por ejemplo, hay evidencia de que en el lapso de seis meses de encarcelamiento, los prisioneros retornan al estado de bienestar previo al encierro. Al respecto, el autor bajo cita nos enseña que las personas que a lo largo del tiempo pasan a una situación mejor o peor, una situación que de modo instantáneo produce gran dolor o gran placer, se adaptan a este nuevo estado y pasan a verlo como un estado neutro. Aplicando esto, ROBINSON entiende que la duración de la condena puede no tener el efecto preventivo que a primera vista pudiera atribuírsele. En efecto, considera que «el recluso que se ha adaptado a la prisión la vive de forma general como emotivamente neutra y probablemente tenga experiencias positivas y negativas mientras dura su condena, de una forma no muy diferente a lo que ocurre a una persona que no está en prisión. El carácter sistemáticamente negativo que la experiencia carcelaria pueda tener para el prisionero vendrá causado por el período inicial en la cárcel, en el que tiene lugar la adaptación. En apoyo de esta opinión, un estudio muestra que el cincuenta por ciento (50 %) de los suicidios en prisión tienen lugar durante las primeras veinticuatro horas de privación de libertad».<sup>918</sup>

Asimismo, existen pruebas de que el ser humano padece de «descuido de duración», lo que significa que no recordamos exactamente lo que duran las experiencias vividas, ya sean estas buenas o malas. De ese modo, la concepción del encierro en prisión disuadirá más a quienes no hemos estado encarcelados que a aquellos que ya han vivido esa experiencia.<sup>919</sup>

Para concluir, ROBINSON sostiene que los delincuentes potenciales normalmente no conocen las reglas legales, ni directa ni indirectamente, ni siquiera aquellas que se han formulado de manera explícita para influir en su conducta. En ese sentido, subraya que la ausencia de cualquiera de los prerrequisitos de la disuasión puede resultar letal para el efecto disuasorio.<sup>920</sup>

A la postura anterior se le suma la de PATERNOSTER. Este autor considera que no está claro, por carecer de evidencias, que exista una correlación cierta entre las propiedades objetivas y subjetivas del castigo. En ese sentido se cuestiona: ¿qué evidencias tenemos de cómo, los posibles delincuentes, perciben las sanciones legales? Al respecto, dos de los primeros estudios realizados

---

<sup>917</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>918</sup> *Ibidem*, p. 69.

<sup>919</sup> *Ibidem*, pp. 72-74.

<sup>920</sup> *Ibidem*, pp. 99-100.

en California llegan a la conclusión de que el público no sabe mucho acerca de las penas máximas y mínimas previstas en la ley para los delitos, como tampoco tienen conocimiento de cualquier cambio en los castigos.<sup>921</sup>

En línea similar a la de ROBINSON, ULEN, advierte a la ciencia del comportamiento como uno de los acontecimientos más importantes que ocurren en la investigación jurídica. Tal importancia radica en que da inicio a la propuesta de que los seres humanos reales (no *Homo economicus*) no se comportan a menudo como la teoría de la elección racional predice que lo hará.<sup>922</sup> En efecto, diversos estudios empíricos apoyan esa postura, mostrando un comportamiento que es inconsistente con el que prevé la microeconomía para las personas antes de tomar decisiones.

Ejemplo de esto último es el sesgo de sobreoptimismo por el cual, para una inmensa mayoría de la gente, las cosas buenas son más propensas a que nos sucedan mientras que las malas son menos probables. Por ejemplo, un estudio de WEINSTEIN<sup>923</sup> realizado sobre un grupo de estudiantes universitarios arroja ese resultado. En esa oportunidad se le entregó a cada estudiante una lista con eventos positivos que podrían tener lugar en su vida y le solicitó a cada uno que estimara la probabilidad de que cada evento le sucediera él y también que comparara esa estimación con la probabilidad de que ese evento pueda sucederle a sus compañeros de clase. La respuesta promedio fue que los eventos adversos aparecían con menos probabilidad de ocurrirle al encuestado que a sus compañeros de clase (en 22 de los 24 eventos).

La importancia de estos estudios es que indudablemente un delincuente, a la hora de cometer un delito, al igual que el resto de los mortales,<sup>924</sup> es demasiado optimista acerca de su propia probabilidad de éxito y en gran medida subestima su propia probabilidad de fracaso. Por ello, sobreestimar los beneficios esperados del delito o subestimar las probabilidades de detección,

---

<sup>921</sup> Cfr. PATERNOSTER, R., «*How much...*».

<sup>922</sup> Cfr. ULEN, T., «*Skepticism about Deterrence*», *Loyola University Chicago School of Law*, n.º 46, J 381, 2014, pp. 396- 401.

<sup>923</sup> Cfr. WEINSTEIN, N., *Unrealistic Optimism About Future Life Events*, 39 *J. PERSONALITY SOC. PSYCHOL.*, 1980, pp. 806 ss. Otro estudio de similar objetivo encontró que aunque la mayoría de los encuestados sabían que cerca de la mitad de los matrimonios acaba en divorcio, cuando se les preguntó sobre qué probabilidad consideraban que tenía su matrimonio de terminar en divorcio, la respuesta general fue cero; cfr. BAKER, L./EMERY, R., «*When Every Relationship Is Above Average: Perceptions and Expectations of Divorce at the Time of Marriage*», *LAW HUM. BEHAV.*, n.º 17, 1993, pp. 439 ss.

<sup>924</sup> Por ejemplo, si el lector tuviese que realizar una lista de eventos futuros en su vida que podrían suceder de aquí a dos años, sería muy difícil que colocara en esa lista sucesos como enfermedades, pérdidas económicas, o incluso la muerte.

arresto y duración de la pena, puede llevar a los delincuentes potenciales a cometer más delitos que si tuviesen una estimación más precisa de los costos y beneficios de sus acciones.<sup>925</sup>

## 6. Cárcel *versus* multas

Una cuestión de indudable importancia para los analistas económicos del derecho penal radica en la determinación de qué tipo de sanción resulta más eficiente para conseguir la disuasión buscada. Asimismo, no dejan de lado el elemento económico de la pena, buscando siempre el que arroje como resultado el menor costo social. En principio, el tipo de sanción óptima para un acto socialmente rechazable es toda aquella con capacidad suficiente de disuasión.

En ese sentido, se reconoce que la multa posee la particularidad de ser menos costosa que la aplicación de una pena no monetaria, como el caso de la prisión. En efecto, debe tenerse en cuenta que los costos sociales del encarcelamiento incluyen los costos directos de la construcción, el mantenimiento y la dotación de personal de las prisiones, el costo de oportunidad de la pérdida por disminución de productividad de las personas encerradas en prisión.<sup>926</sup> Por tanto, en términos económicos se considera a la sanción monetaria como más eficiente, entendiendo la eficiencia como el agotamiento de la capacidad de castigar a los delincuentes de modo más barato (multa) antes de recurrir al castigo más oneroso de la prisión. De acuerdo con esa concepción, el castigo óptimo incluye la multa máxima que el delincuente puede afrontar con sus recursos.<sup>927</sup>

Esta cuestión ya había sido advertida por GARY BECKER cuando, en su trabajo fundacional, alertaba sobre el beneficio de la multa por sobre la prisión al evaluar su impacto económico en el costo social. En efecto, en esa oportunidad BECKER ya observaba que mecanismos tales como la libertad condicional y la institucionalización requieren recursos sociales, y las multas no lo hacen ya que son, básicamente, solo la transferencia de pagamentos, mientras que la sanción de prisión

<sup>925</sup> Cfr. ULEN, T., «Skepticism...». Sobre este aspecto ver también Cfr. HAREL, A., «*Behavioral Analysis of Criminal Law: A Survey*», en Zamir, E. y Teichman, D., *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oxford University press, 2014, p. 585.

<sup>926</sup> Cfr. COOTER, R. D./ULEN, T., *Derecho y economía...*, p. 681. Por ejemplo, según un informe del Ministerio del Interior de España, al mes de noviembre de 2017, un preso le costaba al Estado español mil 806 euros de media. En esa cifra se tiene en cuenta lo que se gasta para que un preso coma, duerma y viva en forma digna. La suma de presos a septiembre de 2017 ascendía a 59.609, lo que arroja un coste mensual global de 107 millones de euros, sin incluir a los presos catalanes, ya que esos costes corren por cuenta de la Comunidad Autónoma. Tomado de <[https://www.elconfidencial.com/espana/2017-12-08/mantener-presos-carcel-mas-carro-sueldo-medio\\_1489516/](https://www.elconfidencial.com/espana/2017-12-08/mantener-presos-carcel-mas-carro-sueldo-medio_1489516/)> visto el 12/01/18.

<sup>927</sup> En ese sentido QUEROL A., N., *Análisis económico...*, p. 149.

utiliza recursos en forma de guardias, personal de supervisión, el propio tiempo del delincuente, etc.<sup>928</sup>

Así, para el AED la opción de la multa por sobre la prisión es la decisión correcta.<sup>929</sup>

Sin embargo, este tipo de sanción puede traer algún tipo de inconvenientes a la hora de la aplicación. En ese sentido POSNER cuestiona que si la multa es el mecanismo más eficiente de castigo —por sobre la prisión— ¿cómo se explica el uso creciente de las condenas a prisión para castigar delitos financieros, delitos como la evasión fiscal, el fraude con valores, etc.? A ello le encuentra varias respuestas, a saber,<sup>930</sup> 1) generalmente las multas son pagaderas con activos corrientes del delincuente, y en muchos casos, aún cuando el monto de la multa ascienda a una suma equivalente al total de los activos, puede resultar un castigo moderado; 2) por otro lado la sanción de multa no acarrea el efecto del estigma que sí posee la pena de prisión; 3) considerando que los delincuentes de gran poder adquisitivo poseen mayor probabilidad de escapar de la condena, deberían ser castigados más severamente que los pobres, lo que podría requerir el encarcelamiento.<sup>931</sup>

Asimismo, desde un punto de vista moral puede rechazarse la pena de multa ya que puede ser interpretada como el precio que debe pagarse para cometer un delito.<sup>932</sup> Este argumento nos autoriza a traer a colación un interesante estudio de COOTER titulado *Precios y sanciones (Prices and sanctions)*. Allí, el autor diferencia lo que es una sanción de un precio. La primera es aquel perjuicio que se impone para hacer lo que está prohibido, mientras que el segundo consiste en un pago de dinero requerido para realizar lo que está permitido.<sup>933</sup> Sin embargo, COOTER advierte que esas definiciones no siempre son coherentes con el discurso ordinario, por ejemplo, la evasión de

<sup>928</sup> Cfr. BECKER, G., «*Crime and Punishment...*».

<sup>929</sup> En efecto, para POSNER, R. A., *El análisis económico...*, pp. 355-356, desde un punto de vista económico debería alentarse el uso de las multas por sobre la prisión. En ese sentido, rescata que la prisión no solo no genera ninguna recaudación para el Estado, como sí lo hacen las multas, sino que sus costos sociales superan a los del cobro de multas a los delincuentes solventes. Sin embargo, este autor considera un factor beneficioso de la prisión el impedir que el delincuente cometa delitos mientras está detenido. En esa misma línea, ULEN, T., «*Skepticism...*», destaca que en EE. UU. uno de los cambios más notables de los últimos años ha sido la disminución del crimen violento y no violento que se inició en el año 1990 y continuó hasta, por lo menos la primera década del siglo XXI. En efecto, según el autor, las tasas de criminalidad cayeron casi un 30 % entre 1991 y 2001, y posteriormente cayeron un 22 % adicional entre 2001 y 2002. ULEN atribuye este descenso en la criminalidad al aumento de delincuentes encarcelados. Por ejemplo, el delito de violación se desplomó debido al aumento de violadores que fueron encarcelados. Esto se basa en la teoría de que los que están en la cárcel no pueden cometer un crimen, sumado a que los que están contemplando la posibilidad de delinquir son disuadidos ya que aprecian las sanciones que recibieron los que fueron condenados.

<sup>930</sup> *Ibidem*, pp. 356-357.

<sup>931</sup> Como señala ORTIZ DE URBINA, I., «Análisis económico...», ante esta situación sí nos encontraríamos ante el denostado «derecho penal de las clases altas y bajas»: multas para los que pueden pagar, cárcel para los que no.

<sup>932</sup> En defensa de esa postura, BECKER, G., «*Crime and Punishment...*», sostiene que una multa puede ser considerada el precio de un delito, pero también puede serlo cualquier otra forma de castigo; por ejemplo, el «precio» del robo de un coche podría ser una pena de cárcel. La única diferencia está en las unidades de medida: las multas son precios medidos en unidades monetarias, el encarcelamiento son los precios medidos en unidades de tiempo.

<sup>933</sup> Cfr. COOTER, R., «*Prices and sanctions*», *Columbia Law Review*, Oct 1, vol. 84(6), 1984, p. 1523

impuestos se encuentra prohibida, pero en el habla informal la gente suele decir que la multa es el precio que se paga para evadir impuestos, cuando por esas definiciones se trata de una sanción.<sup>934</sup> A partir de esas premisas, COOTER concluye que los crímenes deben ser castigados en lugar de tener un precio. Entre los argumentos que utiliza se destaca que si los crímenes tuviesen un precio en lugar de una sanción, a las personas se les permitiría cometer delitos siempre que pagaran un precio. Asimismo, y en esa línea, con precios, aquellos que deben tomar decisiones supeditarán su decisión delictual al equilibrio que surja de ponderar el precio que deben pagar y el beneficio obtenido. En caso de ser superior ese último, no tendrán dudas en cometer el crimen.<sup>935</sup>

Entonces cabe preguntarnos ¿cuándo será óptimo aplicar sanciones no monetarias como la prisión?

En primer término diremos que, si desde un punto de vista del AED, la sanción preferible es la monetaria —multa—, la pena no monetaria deberá aplicarse cuando la sanción monetaria por sí sola no sea suficiente para lograr la disuasión. En ese orden de ideas, SHAVELL<sup>936</sup> nos aporta algunos factores que influyen en la decisión de optar por la pena de prisión por sobre la multa. Los tres primeros factores de la lista que muestra a continuación están referidos a la probabilidad de que las sanciones monetarias no resulten suficientes.

**a) Nivel patrimonial:** en el supuesto en que los bienes que posee un sujeto sean escasos en relación con la magnitud de la eventual sanción monetaria, la disuasión no surtirá el efecto deseado. Por ejemplo, en el supuesto en que el patrimonio, o los recursos económicos, de un sujeto ascienda a tan solo unos cuantos euros, será difícil que una multa, por más alta que sea, lo disuada de cometer el delito cuando obtenga beneficios por más exiguos que estos sean.

**b) Nivel de beneficios privados obtenidos por el acto:** cuanto mayor sea el beneficio esperado como resultado de una actividad, mayor deberá ser la sanción necesaria para provocar un efecto disuasorio, corriéndose el riesgo de caer en una sanción que exceda el patrimonio del sujeto.

**c) La probabilidad de eludir las sanciones:** cuanto mayor sea la probabilidad de que las sanciones sean eludidas, mayor será la magnitud de la sanción necesaria para lograr la disuasión, por lo tanto puede caerse, nuevamente, en la probabilidad de que la sanción exceda el patrimonio de la persona.

---

<sup>934</sup> *Idem.*

<sup>935</sup> *Ibidem.*

<sup>936</sup> Cfr. SHAVELL, S., *Fundamentos...*, pp. 567-569.



*d)* **El daño esperado por la acción cometida:** cuanto mayor sea el daño esperado a causa de un delito, más importante será controlarlo. O sea, las consecuencias por una deficiente disuasión serán mayores. Por tanto, cuanto mayor sea el daño esperado por una conducta más deseable será el empleo de sanciones no monetarias en pos de su disuasión.<sup>937</sup>

## 7. Recapitulación

Antes de avanzar al siguiente capítulo se torna necesario dejar algunas cuestiones en claro ya que serán el punto de partida del análisis de la disuasión en el marco de la protección penal del medioambiente.

Evidentemente, las cuestiones relativas a la disuasión en general —como se vio a lo largo de este capítulo— no llegan a conclusiones definitivas. En ese sentido, si bien se afirma, por un lado, que el ser humano actúa motivado por sus propios intereses aspirando a la maximización de sus propios recursos; por otro existen estudios que revelan que el hombre no dirige sus acciones como una máquina infalible, sino que, por el contrario, muchas veces sus decisiones se ven alteradas por distintos sesgos, como por ejemplo el descuento de futuro (visto más arriba).

Asimismo, los seres humanos pueden reaccionar de distintas formas ante el riesgo, pudiendo algunos preferir el riesgo; otros, sentir aversión al riesgo, mientras que existen otros a los que el riesgo les resulta neutral. Estas cuestiones, sin duda, alteran de algún modo la percepción que tengan los destinatarios de las normas protectoras del medioambiente respecto de su severidad como, también, de la probabilidad de ser aprehendidos y, eventualmente, condenados por cometer un delito medioambiental.

La postura de esta investigación coincide con KENNEDY,<sup>938</sup> por ello sostenemos que la disuasión funciona. Puede ser perfectible, es cierto, pero evidentemente la norma penal surte efecto en la sociedad previniendo los delitos.

---

<sup>937</sup> En ese sentido, BECKER, G., «*Crime and Punishment...*», admite que no será correcta la sanción de algunos delitos con pena de multa, como el asesinato o la violación, ya que son tan atroces que ninguna cantidad de dinero podría compensar el daño causado. Según este autor, este argumento es válido ya que se desprende de un principio general de que las multas no se pueden confiar en exclusiva cuando el daño excede los recursos del delincuente.

<sup>938</sup> Textualmente, este autor dice que «es claro que hay razones para pensar que la disuasión importa mucho. Mientras que el fracaso de la disuasión, o más precisamente de determinados regímenes y políticas de disuasión, es visible a nuestro alrededor —cada delito constituye una prueba—, la disuasión claramente funciona, y bien puede hacerse que funcione mejor»; Cfr. KENNEDY, D. M., *Disuasión...*, p. 83.

En el supuesto de los delitos contra el medioambiente, consideramos que el enfoque del análisis económico del derecho es el correcto. En ese sentido, partimos de una premisa: si no contaminar fuera rentable económicamente, nadie contaminaría. ¿Qué se quiere decir con esto? A contrario *sensu*, los hechos de contaminación más graves se han cometido en ocasión del desarrollo de alguna actividad económica. Asimismo, otros menores también han sido ocasionados por personas que han visto un beneficio económico en la contaminación. En este orden de ideas, el análisis costo-beneficio propio del análisis económico se presenta como el más idóneo para explicar la disuasión de los delitos que atacan el medioambiente.

Si uno se pone a pensar en las motivaciones que pueden existir para dañar el medioambiente, se llega a la conclusión de que los ataques sin un fin económico detrás serán escasos e improbables.

Como se ha visto en el capítulo II, al tratar la cuestión de la necesidad del DPMA, uno de los argumentos que justificaban el recurso de la sanción penal era que la sanción administrativa (multa) resulta ineficaz y que por lo tanto se necesitaba un instrumento sancionador más grave. A su vez, los autores citados coincidían en que la pena de multa podía ser compensada por el empresario que cometa el delito. Así, sin darse cuenta (o quizá sí), esos autores razonaron utilizando la lógica del AED. Es decir, advirtieron que el posible delincuente puede no verse disuadido por la pena de multa y por lo tanto, la sanción privativa de la libertad significaría un costo mayor en comparación a los beneficios.

Por ello, la fórmula base (más allá de las sutiles modificaciones que puedan realizarse como, por ejemplo, incorporar en ella «percepciones») creada por BECKER, donde los costos deben ser mayores que los beneficios mediante el aumento de la probabilidad de aprehensión, la severidad de la sanción o ambas, teniendo en cuenta otras influencias, cobra total vigencia para el DPMA.

En otro orden de ideas, la aplicación de los principios del AED nos permitirá analizar el delito desde la visión propia del delincuente. Ello nos facilitará alcanzar un mayor grado de conocimiento respecto del grado de eficiencia de las normas protectoras del medioambiente en la sociedad. De ello nos ocuparemos en el siguiente capítulo.

## CAPÍTULO IV

### La disuasión y el derecho penal del medioambiente en España

#### I. Introducción

**E**s una realidad insoslayable la importancia que poseen las empresas en la vida cotidiana de la población en general. Y, si bien producen bienes y brindan servicios útiles para una supuesta mejor calidad de vida, no es menos cierto que también producen químicos que acaban en el aire que respiramos, el agua que bebemos y los alimentos que consumimos.

En efecto, si se presta atención a nuestro alrededor, prácticamente la totalidad de las cosas que nos rodean han sido fabricadas por una empresa. Asimismo, la calefacción que nos protege del frío, la energía para calentar los alimentos y refrigerarlos, etc., provienen de una empresa.

En estos precisos instantes, mientras el lector recorre estas palabras, miles de industrias en el mundo están produciendo bienes y prestando servicios para los habitantes de un planeta con sus recursos naturales hiperexplotados.

Como ya hemos visto al comenzar la investigación, BECK alertaba, colocando en el primer lugar de sus cinco tesis que una gran parte de los riesgos a los que se encuentra sometida la sociedad actual se generan en el nivel más avanzado del desarrollo de las fuerzas productivas.<sup>939</sup>

Evidentemente, la proliferación de empresas a nivel global tiene que ver con el fenómeno económico de la oferta y la demanda. Al respecto, advierte TOHAIRA que la economía es y será dominadora, y también despreciadora, de la ecología. El autor citado sostiene que bajo un análisis global, la mayor parte de los problemas ambientales que afronta el mundo en la actualidad están directamente relacionados con el crecimiento exponencial de la población humana y del alto consumo de todo tipo de bienes que ello

---

<sup>939</sup> Cfr. BECK, U., *La sociedad del Riesgo...* p. 33.

trae aparejado.<sup>940</sup> De la demanda social, entre las que más aumentan y son más esenciales, resaltan las alimenticias y las energéticas. De estas últimas, las más importantes son aquellas derivadas de los hidrocarburos. En la actualidad, el consumo excesivo e irracional de esos recursos está imposibilitando a las generaciones futuras poder disfrutar de ellos.

El factor común de todas estas empresas es que su motivación se encuentra en el lucro. Es decir, nadie emprendería una aventura económica de riesgo si no contara con una probabilidad elevada de obtener algún tipo de beneficio. Sin embargo, como señalan TOMBS/WHITE, las empresas no suelen pagar por los daños que genera su actividad. Según estos autores, ello se debe a un sistema contable que privilegia ciertos costes y beneficios sobre el resto.<sup>941</sup> De ese modo, los balances únicamente reflejan costos concretos; mientras que muchos otros asociados a lesiones a largo plazo producto de la actividad empresarial son ignorados en las cuentas porque en la mayoría de los casos la empresa no tendrá que desembolsar ninguna suma por ellos. Así, las lesiones o enfermedades, los daños medioambientales y la contaminación de alimentos producen costos sociales que nunca son incluidos en los balances.<sup>942</sup>

Otro fenómeno que debe ser destacado es que, si bien casi todos los casos más graves de ataques al medioambiente son ocasionados por la actividad empresarial, el coste recae siempre sobre los más vulnerables. Por ejemplo, el caso del desastre de Bhopal, reseñado en el capítulo I, donde decenas de miles de víctimas aún siguen soportando los costes médicos o no poseen tratamiento médico alguno, precisamente porque los dueños de la compañía responsable se libraron de los costes.<sup>943</sup>

Para graficar el impacto de la actividad industrial en el medioambiente, de un estudio sobre la responsabilidad de las grandes empresas energéticas e industriales de España en el cambio climático<sup>944</sup> surge lo siguiente: los costos económicos del cambio climático pueden ser muy elevados. En concreto, los fenómenos extremos relacionados con el clima en los países miembros de la Agencia Europea de Medio Ambiente (AEMA) representan una suma superior a 400 mil millones de euros de pérdidas

<sup>940</sup> Cfr. TOHAIRA, M., *La sociedad del desperdicio...*, pp. 16-17.

<sup>941</sup> Cfr. TOMBS, S./WHYTE, D., *La empresa criminal. Por qué las corporaciones deben ser abolidas*, trad. JIMÉNEZ/BERNAT/FORERO, Icaria, 2016, Barcelona, p. 33.

<sup>942</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>943</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>944</sup> Ver Observatorio de la Sostenibilidad, *Responsabilidad de las grandes empresas energéticas e industriales de España en el cambio climático. Emisiones de gases de efecto invernadero de grandes empresas. GEI x EMP. CC17., informe basado en el Registro Nacional de Emisores, por una política inteligente de cambio climático*; <[www.observatoriosostenibilidad.com](http://www.observatoriosostenibilidad.com)>.

económicas desde 1980. Más allá de que los costes futuros presentan un alto grado de incertidumbre, las previsiones de los costes asociados al cambio climático alcanzan un importe máximo en la región mediterránea.

Específicamente en España tan solo diez empresas son responsables del 70 % de las emisiones de gases de efecto invernadero. En ese sentido, las emisiones originadas en fuentes fijas<sup>945</sup> (producción de energía, siderurgia, industria del petróleo, cementeras y otras instalaciones industriales) representaron el 40,4 % (137,1 millones de toneladas) del total de las emisiones de CO<sub>2</sub> españolas en 2015. El restante 59,6 % correspondió a fuentes de emisión difusas (transporte, hogares, servicios, agricultura, etc.). Así, las emisiones de los sectores fijos se concentran en un núcleo de diez empresas que llegan a emitir el 70 % (69,4 %) o, lo que es lo mismo, 95,2 millones de toneladas de emisiones de GEI (gases de efecto invernadero). Según el informe, esas empresas son Endesa (33 millones de toneladas), Repsol (incluye Petronor, 13 millones), Gas Natural Fenosa (12,9 millones), Hidrocarbónico (10,6 millones), ArcelorMittal (6,4 millones), E.ON (5,3 millones), Cepsa (4,8 millones), Cemex (3,4 millones), Iberdrola (2,6 millones) y Cementos Portland (2,4 millones). De esas, tan solo una empresa, Endesa, realiza el 10 % de todas las emisiones del país y concentra la cuarta parte de todo lo emitido por sectores fijos. En el *ranking* de las empresas más emisoras, siguen a Endesa, Gas Natural Fenosa y Repsol, suponiendo un 4 % aproximado cada una del total emitido en el país.

De conformidad con lo que surge de la investigación citada, las emisiones realizadas por esas diez empresas representan un 69 % del total emitido por fuentes fijas. Extendiendo el *ranking* a veinte empresas, se concluye que estas son responsables del 80 % (79,5 %) de la contaminación por gases de efecto invernadero emitidos por fuentes fijas. A su vez, tan solo setenta empresas emiten más del 92 % del CO<sub>2</sub> del total emitido en España por fuentes fijas.

Si bien es cierto que la proporción de emisiones aproximada en España es de un 45 % para los sectores fijos y un 55 % proveniente de sectores difusos; el estudio señala (con acierto) que modificar la conducta de los sectores difusos es complicado y nada sencillo ya que deben realizarse cambios en el transporte, en la calefacción, en los

---

<sup>945</sup> Las emisiones de carbono de un país dependen de sectores fijos (instalaciones industriales y energéticas) y sectores difusos, que son el resto de las emisiones. La proporción en España en el año 2015 es de un 41 %, si bien en otros años la media era más aproximada al 45 % para sectores fijos y del 55 % para los sectores difusos.

sectores residenciales, etc., lo que implicaría cambios en el comportamiento de toda la sociedad. Eso no sucedería con los sectores fijos, ya que solamente supondría modificar los procesos o el comportamiento de un conjunto pequeño de empresas.

De acuerdo a los resultados del estudio citado, las dos principales emisoras de CO<sub>2</sub> son energéticas. Endesa, con 33 millones de toneladas encabeza el *ranking* y duplica las emisiones sumadas de Fenosa-Gas Natural. La petrolera Repsol los sigue, con 9,8 millones de toneladas.

Los sectores fijos con mayores emisiones son la producción energética, las industrias con grandes procesos de combustión, el tratamiento y transformación de hidrocarburos, la industria del cemento y la transformación química. Así, la generación energética a partir del carbón (con un grado de contaminación elevado) supone 50 millones de toneladas de CO<sub>2</sub>, lo que representa un 72,3 % de la generación total. Esta produce en conjunto la mitad de las emisiones fijas totales en España (casi 70 millones de toneladas). La producción de cemento y cal supone 17 millones de toneladas (12,5 %), las refinerías de petróleo y coque, 14 millones de toneladas (10,5 %). Las industrias que dependen de grandes procesos de combustión emiten el 8,5 % del total y el resto de la industria contribuye con el 18 % restante. Respecto del año 2014, la tendencia indica que en 2015 el sector de generación eléctrica registró un aumento de las emisiones del 17 %, con un incremento del 22,1 % de las centrales de carbón y un incremento del 16 % en los ciclos combinados de gas natural. En el año 2015, España emitió 337 millones de toneladas, verificándose en el sector industrial y energético 137,1 millones de toneladas de GEI. Las emisiones aumentaron ese año un 3,3 % respecto del año anterior, mientras que las de prácticamente todos los países de la Unión Europea descendieron. Estos resultados contrastan con los compromisos de reducción contraídos con todos los países firmantes del Acuerdo de París.

De acuerdo a una distribución territorial por comunidades autónomas se observa que Andalucía emite el 19 % de las emisiones de estos sectores, seguida por Asturias (16 %), Galicia (11 %), Cataluña (10) y Castilla y León (9 %). Estas coinciden con las zonas donde se instalan las grandes centrales de carbón, excepto Cataluña donde hay un importante sector industrial refinero. Las emisiones menores las encontramos, según el Registro Nacional de Emisores (Renade), en Navarra, Madrid, Extremadura y Cantabria, es decir, en aquellas comunidades que tienen una economía menos basada en el carbón.

En el mundo, tan solo 90 compañías son responsables de las dos terceras partes de las emisiones totales causadas por el ser humano. Chevron, Exxon y BP son algunas de ellas. La española Repsol sería responsable de un 0,22 % del cambio climático mundial.

Sin intención de agobiar con más cifras, resulta evidente —por lo menos en el ejemplo de emisiones de gases de efecto invernadero— que la actividad empresarial se presenta como un factor de riesgo de daño al medioambiente que podríamos calificar como elevado.

Por ello resulta relevante la diferenciación entre los destinatarios de la norma penal protectora del medioambiente, comprendiendo que existe un sujeto, configurado como persona jurídica o no, pero con la característica particular de ser empresario, que puede significar un verdadero riesgo para el medioambiente ya que la explotación de recursos por parte de este redundará en el beneficio económico propio de su actividad, mientras que la conducta del ciudadano común, aquel que usufructúa el medioambiente para vivir, sin intenciones de verse beneficiado económicamente por su explotación, se presenta como un riesgo difuso de causas acumulativas para el medioambiente.

## II. El delito medioambiental como delito de cuello blanco

Distintos autores, como SIMPSON/GIBBS/VANDERBERGH<sup>946</sup> y COHEN, no dudan en considerar al delito contra el medioambiente como un subtipo de delito de cuello blanco. Consideramos que esa apreciación resulta correcta. Pero ¿qué significa esto?

Significa que desde el enfoque de esta tesis, los delitos contra el medioambiente tienen determinadas características que lo diferencian de lo que vulgarmente se denominan delitos callejeros.

Es cierto que la caracterización de una conducta (o varias) como delito de cuello blanco no posee una definición unánime.<sup>947</sup> Desde la definición dada por SUTHERLAND<sup>948</sup> hasta la actualidad se han formulado diferentes versiones del concepto de delito de cuello blanco. Consideramos que la más ajustada a las conductas perjudiciales contra el medioambiente (tipificadas en el Código Penal) es aquella que parte de la naturaleza propia del crimen por sobre las características personales o el estado del delincuente.<sup>949</sup> Así, resumidamente, el delito de cuello blanco es un factor de baja visibilidad y alto impacto en nuestra sociedad.<sup>950</sup>

---

<sup>946</sup> Ver SIMPSON, S./GIBBS, C./RORIE, M. y otros, «*An Empirical Assessment of Corporate Environmental Crime-control Strategies*», en *Journal of Criminal Law & Criminology*, 2013, vol. 103 (1), pp.231-278; COHEN, M., «*Environmental Crime...*».

<sup>947</sup> Sobre concepto de delito de cuello blanco puede acudirse a SUTHERLAND, E., *El delito de cuello blanco*, trad. Del Olmo, R., Ed. La Piqueta, Madrid, 1999, pp. 59 ss.; GEIS, G., *White Collar and corporate crime. A documentary and reference guide*, Ed. Greenwood, 2011, Denver, pp. 11 ss.; SALINGER, L.; *Encyclopedia of White Collar & Corporate Crime*, 2º Ed., vol. 1, SAGE reference, Los Ángeles, 2013, pp. xxvii ss.; MORÓN LERMA, E., «El perfil criminológico del delincuente económico», en *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar*; Dir. GARCÍA ARÁN, M., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 30 ss.

<sup>948</sup> Su definición se centraba principalmente en el enfoque dispar de los crímenes cometidos por los respetables y adinerados por un lado, y los de los pobres y desfavorecidos por el otro. Su definición se centraba en el infractor de la norma y no en las violaciones. En su obra podemos leer por ejemplo que «[e]stas violaciones de la ley por parte de personas de la clase socio-económica alta, son por conveniencia llamadas delitos de “cuello blanco” [...] El delito de “cuello blanco” puede definirse, aproximadamente, como un delito cometido por una persona de respetabilidad y *status* social alto en el curso de su ocupación»; cfr. SUTHERLAND, E., *El delito...*, p. 65.

<sup>949</sup> Este tipo de definición del delito de cuello blanco, basada en las características del delito, se centra en la forma en que el crimen ha sido cometido. En ese sentido, EDELHERTZ, H., «*The nature, impact, and prosecution of white-collar crime*», en *National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice*, 1970, Washington, pp. 3-4, alejándose de la definición creada por SUTHERLAND, donde lo que primaba en el concepto de delincuente de cuello blanco era la propia característica personal del delincuente, define a este tipo de delitos como un acto ilegal o una serie de actos ilegales cometidos por medios no físicos y por



La sociedad moderna<sup>951</sup> se caracteriza por una fuerte evolución en los procesos productivos fruto del consumo desmesurado de productos (en su gran mayoría, innecesarios) por parte de una gran porción de la sociedad. Por este motivo (no siendo el único) se producen cambios en la organización económica, surgiendo nuevos desarrollos en mercadotecnia, distribución e inversión, y se genera una mayor cantidad de desperdicios, vertidos, emisiones, etc. Las empresas ya no solo son un factor económico sino que también se convirtieron en un riesgo para el medioambiente.

Mientras que el típico delincuente de cuello blanco realizaba conductas como infracciones tributarias, adulteración en alimentos, fraudes bancarios y de seguros, abuso en la fijación de precios, etc., análogamente el delincuente ambiental busca un beneficio, al igual que sus colegas especializados en otros ámbitos de delincuencia socioeconómica, atacando al medioambiente. Así como una empresa puede obtener beneficios incumpliendo con sus obligaciones tributarias, una empresa dedicada a la refinería puede obtener beneficios económicos incumpliendo sus obligaciones ambientales. En ambos casos, el plan ideal desde el punto de vista del delincuente es que la víctima nunca se entere de la verdadera naturaleza del perjuicio sufrido.

El delito medioambiental, como delito de cuello blanco, tiene algunos rasgos que lo identifican. Entre ellos podemos destacar los siguientes:

1. Generalmente, el autor es una empresa organizada, que desarrolla una actividad que, *a priori*, resulta lícita.
2. Derivado de lo anterior, al tratarse de una empresa, su actividad tiende a la obtención de beneficios económicos
3. Generalmente poseen autorización para realizar la actividad dentro de un margen de riesgo permitido.

Sostener que los ataques contra el medioambiente son delitos de cuello blanco nos permite (en cierto grado) partir de premisas teóricas para evaluar el efecto de la disuasión en la conducta del criminal. De ese modo, podemos inferir que el delincuente ambiental es más susceptible a las sanciones de carácter formal y sus consecuencias que otros tipos de delincuentes. Este tipo de creencias se sostiene en que el delincuente de cuello blanco no se encuentra inmerso en una carrera criminal y que sus crímenes son

---

ocultamiento o engaño, para obtener dinero o bienes, para evitar el pago o la pérdida de dinero, o para obtener ventajas comerciales o personales.

<sup>950</sup> Cfr. GEIS, G., *White Collar...*, p. 14.

<sup>951</sup> O mejor dicho, quizá, sociedad «actual».

instrumentales, por lo que requieren un nivel mayor de cálculo racional.<sup>952</sup> También se cree que los delincuentes de cuello blanco son más sensibles a las sanciones informales que los delincuentes comunes, especialmente a los costos provenientes del estigma originado por la condena penal, el llamado «coste reputacional». Esto último va a unido a lo que señala PAREDES CASTAÑÓN sobre aspectos que caracterizan al delincuente medioambiental: «en sus expresiones más lesivas, la criminalidad medioambiental es prácticamente siempre una criminalidad de los grupos sociales poderosos (empresarios, líderes políticos... y personal de su servicio); e incluso en sus expresiones de menor calado, se trata en la mayor parte de las ocasiones de una forma de criminalidad protagonizada por personas bien integradas a la parte más confortable de la estructura social. Dicho en otros términos: las “clases peligrosas” de la delincuencia medioambiental no son, desde luego, ni los sectores más pobres, marginados y excluidos de la clase trabajadora; al contrario, lo son las clases altas, las clases medias y los sectores más prósperos del proletariado».<sup>953</sup>

Por ejemplo, cuando SIMPSON realiza un análisis sobre la forma de razonar de los gerentes corporativos, advierte (entre otras cosas) que existen fuentes alternativas de control social que explican por qué los administradores no se ven afectados por las amenazas de sanción legal. Destaca la autora que si se limita el marco de disuasión al efecto inhibitor del derecho penal y su aplicación, entonces las fuentes extralegales de cumplimiento legal incluirían factores como las normas internalizadas y el apego a los demás, la culpa, la vergüenza y las amenazas a los demás. Existiría en este tipo de personas costos sociales o autoimpuestos que tendrán una gran influencia en los gerentes, incluso en muchos casos superiores a los impuestos por el Estado. Esto se debe, en gran medida, a que el personal corporativo no está comprometido con un estilo de vida desviada. La mayoría de los gerentes y administradores están comprometidos con las actividades convencionales y comportamientos normativos. Asimismo, ser parte de conductas delictivas amenazaría compromisos significativos y anexos para el personal corporativo. En la medida en que los gerentes estén integrados en una valiosa red social basada en lazos con otras personas (compañeros, amigos, familiares), el descubrimiento de una conducta criminal o no ética puede amenazar esos vínculos. Estas circunstancias pueden tener un gran efecto inhibitorio en las conductas delictuales

---

<sup>952</sup> Cfr. SIMPSON, S./KOPER, C., «*Detering Corporate Crime*», en *Criminology*, de 1 de agosto, 1992, vol. 30 (3), p. 349.

<sup>953</sup> PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «El derecho penal...», pp. 755-756.

de esa clase de personas. Por otro lado, los gerentes suelen tener una imagen de sí mismos como ciudadanos responsables y con principios. La violación de esa imagen, al cometer un delito, produce sentimientos de culpa y desafía la propia autoestima.<sup>954</sup>

---

<sup>954</sup> Cfr. SIMPSON, S., «*Corporate Crime, Law, and Social Control*», Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 59 ss.

### III. Disuasión y protección penal del medioambiente

#### 1. Marco teórico

Como vimos en el capítulo anterior, la protección penal del medioambiente tiene un objetivo principal que consiste en la prevención del daño ambiental, en lugar de remediar el daño ya ocasionado. Como dice el viejo refrán: «mejor prevenir que curar», nunca mejor aplicado que en el ámbito medioambiental. En ese sentido, LAZARUS advierte que la función de disuasión del derecho penal también puede ser de mucha importancia en el contexto medioambiental. Eso se debe a que las leyes ambientales, en su mayoría, son esencialmente preventivas en su diseño. Por eso, afirma que las leyes pretenden evitar daños irreversibles e irremediables al medioambiente, cuya magnitud exacta es generalmente incierta dada la complejidad de los ecosistemas. En ese marco, la disuasión se presenta como esencial para el logro del objetivo preventivo para evitar los daños en lugar de simplemente repararlos una vez que han sucedido.<sup>955</sup>

De ese modo, la aplicación *a posteriori* de una sanción puede funcionar de una manera *ex ante* por tener un efecto disuasorio sobre aquellos cuya conducta puedan potencialmente dañar el medioambiente. Esta capacidad de la ley penal para actuar de manera preventiva fue reconocida de manera expresa en la Directiva 2008/99/CE, ya mencionada en varias oportunidades, que recurre en distintas oportunidades a la disuasión. En concreto, se reconoce claramente que la imposición de sanciones penales puede prevenir los ataques contra el medioambiente.

En el ámbito de la disuasión, ya hemos visto que la probabilidad de aprehensión surte un efecto mayor en la sociedad que la severidad de la pena. Esto se encuentra sostenido en varios estudios que indican que un aumento en la probabilidad de castigo, como por ejemplo incrementar el control gubernamental, aumenta el cumplimiento y la

---

<sup>955</sup> Cfr. LAZARUS, R., «Mens rea in environmental criminal law: reading supreme court tea leaves», *Fordham Environmental Law Journal*, vol. 7, n.º 3, 1996, p. 861-880.

mejora en el desempeño de las instalaciones industriales. En ese sentido, en un importante estudio, COHEN concluyó que si la Guardia Costera aumentaba la vigilancia, esto parecía traer aparejado un efecto de disuasión general respecto del volumen y la frecuencia de los derrames de petróleo derivados de las operaciones de transferencia o transporte de esa sustancia.<sup>956</sup> Otros estudios realizados en la industria de la pasta de papel también demostraron que el control gubernamental posee un efecto disuasivo específico. Por ejemplo, MAGAT/VISCUSI realizaron un análisis sobre el cumplimiento en la industria de la pasta de papel en EE. UU. y concluyeron que las inspecciones daban como resultado: a) la reducción en la cantidad de instalaciones que no cumplían con el requisito de realizar informes sobre emisiones; b) disminuyeron los niveles de demanda biológica de oxígeno, un indicador importante de la calidad del agua del efluente; c) se redujo el incumplimiento de los límites de vertidos permitidos.<sup>957</sup>

Sin embargo, debe resaltarse que aunque el aumento del cumplimiento de las normas se ve asociado con el incremento en la probabilidad de detección, los efectos observados en el aumento de control son bastante limitados. En ese sentido, varios estudios encontraron reducciones limitadas en las emisiones o aumentos limitados en el cumplimiento asociados con el aumento del control por parte del gobierno.<sup>958</sup> Por ejemplo, un estudio sobre la aplicación de las regulaciones de la Guardia Costera en EE. UU. sobre derrames de petróleo concluyó que un incremento del diez por ciento (10 %) en el control y monitoreo en las instalaciones resultó en una reducción de un poco más del tres por ciento (3 %) del volumen de derrames de petróleo accidentales.<sup>959</sup>

Por lo tanto, tomados en conjunto, los estudios a nivel instalación sugieren que serán necesarios grandes aumentos en el monitoreo y control gubernamental para generar incrementos significativos en el desempeño o cumplimiento ambiental. Sin embargo, el aumento del monitoreo es costoso y la intrusión y la reacción política generada por una mayor supervisión pueden hacer fracasar las estrategias de control.<sup>960</sup>

---

<sup>956</sup> Cfr. COHEN, M., «*Empirical Research on the Deterrent Effect of Environmental Monitoring and enforcement*», en *Environmental Law Reporter News and Analysis*, 30 (4), pp. 10245-10252, 2000.

<sup>957</sup> Cfr. MAGAT, W./VISCUSI, W., «*Effectiveness of the EPA's Regulatory Enforcement: The Case of Industrial Effluent Standards*», en *The Journal of Law and Economics*, 1 de octubre de 1990, vol. 33 (2), pp. 331-360.

<sup>958</sup> Cfr. COHEN, M./SIMPSON, S., «*The origins of corporate criminality: Rational individual and organizational actors*», en *Debating Corporate Crime. Cincinnati: Anderson Publishing Co and Academy of Criminal Justice Sciences*, 1997.

<sup>959</sup> Cfr. EPPLE, D. y VISSCHER, M., «*Environmental Pollution: Modeling Occurrence, Detection, and Deterrence*», en *Journal of Law & Economics*, vol. 27, abril, 1984, pp. 29-60.

<sup>960</sup> Cfr. VANDENBERGH, M. «*Beyond Elegance: A Testable Typology of Social Norms in Corporate Environmental Compliance*», en *Stanford Environmental Law Journal*, 22, 2003, pp. 55-144.

En resumen, como afirma VANDENBERGH, los estudios demuestran que un mayor monitoreo en las instalaciones empresariales tendrá su correlato en un mayor cumplimiento. Sin embargo, los estudios sobre monitoreo a nivel de instalaciones sugieren que se requieren grandes aumentos en el monitoreo para lograr pequeñas mejoras en el cumplimiento.<sup>961</sup>

Pero, como hemos visto, el costo de la supervisión adecuada no es menor. Por ello los responsables políticos suelen optar por el aumento de la severidad de la pena por incumplimiento de la normativa medioambiental en lugar de centrarse en la detección.

Algunas pruebas empíricas respaldan la noción general de que los programas de política ambiental que se enfocan sustancialmente en las sanciones son más efectivos que aquellos que no lo hacen. Al respecto, se han publicado varios estudios empíricos cuantitativos sobre esta cuestión. La mayoría ha concluido que el cumplimiento ambiental es más alto en los programas regulatorios que recurren al enfoque punitivo o de disuasión.<sup>962</sup> No obstante, no queda claro en qué medida los aumentos en la magnitud de las sanciones legales formales influyen en el cumplimiento ambiental. Los estudios a nivel de las instalaciones que examinaron los aumentos en la gravedad de la sanción, generalmente, encontraron poco o ningún efecto en el cumplimiento ambiental, al menos hasta que alcanzan un nivel determinado de monitoreo. Por ejemplo, en la revisión a los estudios de las operaciones de transferencia de petróleo realizada por COHEN, este concluye que la magnitud de las sanciones no tenía un efecto medible sobre el tamaño o la frecuencia de los derrames de esa sustancia.<sup>963</sup>

Por otra parte, una de las particularidades de los delitos contra el medioambiente consiste en que pueden ser cometidos tanto por individuos como por personas jurídicas. En efecto, es necesario distinguir entre los delitos ambientales cometidos por una organización o persona jurídica, de aquellos cometidos por una persona individual. El primero es ataque al medioambiente cometido en el contexto y consecución de los objetivos legítimos de la organización. Como se verá *infra*, es el cometido por individuos o grupos cuando violan la ley penal para conseguir beneficios para su empleador o grupo de trabajo. Se trata de delitos ambientales individuales, por el

---

<sup>961</sup> *Ibidem*, p. 122.

<sup>962</sup> *Ibidem.*, p. 124.

<sup>963</sup> Cfr. COHEN, M., «*Empirical Research...*», p. 10.246.

contrario, cuando son cometidos por individuos o grupos en la búsqueda de objetivos personales.<sup>964</sup>

Cuando un delito es cometido por una persona jurídica se presenta un problema obvio desde la perspectiva de la disuasión ya que la prisión no puede ser una opción. Sin embargo, en principio, esto no debe presentarse como un problema ya que la persona jurídica posee mayor capacidad analítica que el ciudadano común, por tanto en su contexto la disuasión mejora notablemente sus efectos. Así, se sostiene que en muchos casos las empresas tienen más posibilidades de ser susceptibles a estrategias basadas en la disuasión que en el caso de personas individuales.

Evidentemente, tomando la estructura analítica de la disuasión podemos intentar proporcionar una justificación para la aplicación de la sanción penal contra las conductas que ataquen al bien jurídico penal medioambiente. Para ello, partiremos de la base disuasiva por la que los infractores potenciales de las leyes ambientales tomarán decisiones utilizando un razonamiento de cálculo que podemos simplificar de la siguiente manera:

$$G(\text{nc}) = B - PS.$$

Donde, **G(nc)** representa el beneficio o ganancia esperada por la empresa por el no cumplimiento de la norma, **B** es el beneficio por el incumplimiento (como por ejemplo ahorros por no aplicar las medidas de seguridad indicadas para la actividad) y **PS** representan a los costos del incumplimiento, donde **P** equivale a la probabilidad de ser apresado o detectado por el incumplimiento y **S** a la sanción esperada o impuesta en caso de ser detectado.

En términos sencillos, se garantizará el cumplimiento, cuando se superen los beneficios de no cumplir con la ley por los costos de aprehensión. Por tanto, cuanto más alta sea la sanción y más alta sea la probabilidad de ser detectado, mayor es la probabilidad de que el potencial delincuente sea disuadido del incumplimiento.

En relación a las corporaciones, como su razón de ser es la maximización de beneficios, puede resultar más sencillo suponer que el aumento de los costos económicos de incumplimiento reforzará el efecto disuasorio de la ley.<sup>965</sup>

---

<sup>964</sup> Cfr. SHOVER, N./ROUTHE, A., «*Environmental crime*», en *Crime and Justice*, 1 de enero de 2005, vol.32, pp. 321-371.

<sup>965</sup> En ese sentido, un estudio realizado se comprobó que la modificación en la política sancionatoria de la EPA, en EE. UU., tuvo el efecto deseado de aumentar el cumplimiento de las regulaciones sobre desechos

## 2. La empresa como un «contaminador racional» y la responsabilidad penal de la persona jurídica

Como ya hemos adelantado, la persona jurídica puede ser considerada responsable por un delito contra el medioambiente.<sup>966</sup> En efecto, la empresa que se dedica a la explotación de recursos naturales para la creación de bienes o prestación de servicios, se presenta ante el mundo jurídico como un eventual foco de riesgo. Manteniéndonos dentro de los postulados de la teoría de la elección racional (desarrollado en el capítulo anterior), podemos catalogar a la empresa como un ente que toma decisiones de forma racional buscando maximizar sus beneficios y reducir los costos. Es decir, se configura como un potencial contaminador racional (*rational polluter*).<sup>967</sup>

Como ya se vio en el capítulo anterior, la teoría indica que cuando el valor esperado de incumplimiento es negativo, aguardamos que el contaminador racional cumpla con la ley. Si es positivo, por el contrario, esperamos que el sujeto contaminante viole la ley. Por ello, la aplicación de una sanción de naturaleza penal es fundamental para lograr la disuasión proclamada por la Directiva 2008/99/CE, ya que muchas veces el beneficio económico del incumplimiento de la normativa será superior a la sanción administrativa más alta.<sup>968</sup> En ese sentido, partiendo de la naturaleza racional del sujeto contaminador, este no será disuadido —en esos supuestos— en ausencia de la pena de prisión o de una sanción más grave que la dispuesta por el ordenamiento administrativo

---

peligrosos. STAFFORD, SARAH, «*The Effect of Punishment on Firm Compliance with Hazardous Waste Regulations*», en *Journal of Environmental Economics and Management*, septiembre 2002, vol. 44 (2), pp. 290-308, resalta que los resultados son consistentes con el modelo de BECKER sobre disuasión, en el que el aumento de la pena lleva, *ceteris paribus*, a un aumento en el cumplimiento. Según la propia autora, los hallazgos de ese estudio coinciden con otros que han examinado el cumplimiento de otras regulaciones ambientales.

<sup>966</sup> Cfr. arts. 31 bis y 328 CPE.

<sup>967</sup> Cfr. La denominación que realiza SPENCE, D., en «*The Shadow of the Rational Polluter: Rethinking the Role of Rational Actor Models in Environmental Law*» en *California Law Review*, julio 2001, vol. 89 (4), pp.917-918. En efecto, las investigaciones de los delitos ambientales se inclinan hacia el estudio de crímenes graves cometidos por poderosas organizaciones, por ello el enfoque del estudio es desde la empresa. Sin duda, alguno de los delitos medioambientales más costosos fueron cometidos por organizaciones que operan para aumentar ganancias, cfr. SHOVER, N., ROUTHE, A., «*Environmental crime*», p. 326.

<sup>968</sup> Ver capítulo II, el acápite destinado a la necesidad del derecho penal del medioambiente.



sancionador para el caso de las personas jurídicas que, evidentemente, no podrán ser encarceladas.

Partiendo de las premisas de la teoría de la elección racional, el modelo que contempla a un contaminador racional nos indica que las empresas son amorales y su principal característica es la maximización de beneficios. En definitiva, son creadas para ello. En efecto, frente a la oportunidad, el contaminador racional encontrará una forma de maximizar sus beneficios gracias al daño al medioambiente. Sin embargo, respecto de la moralidad de los actos efectuados por el contaminador racional, SPENCE<sup>969</sup> destaca que, para la persona promedio, el que contamina no es percibido como un ser amoral, sino que su conducta es calificada como inmoral. En concreto, la contaminación no solo afectaría el medioambiente sino que el ser humano también se verá afectado, directa o indirectamente. Esta situación genera un fuerte estigma moral con respecto a la conducta contaminante.

En esa línea, como alertan SHOVER/ROUTHE,<sup>970</sup> se sabe poco sobre la toma de decisiones por parte de delincuentes medioambientales. Si bien existen estudios sobre accidentes y errores dentro del seno empresarial, las metodologías utilizadas para estudiar los delitos callejeros no han podido trasladarse a los estudios del delito ambiental. En ese sentido, la teoría de la elección racional puede capturar y describir la toma de decisiones por parte de delincuentes ambientales, en parte porque suponemos que los delincuentes de cuello blanco serán más racionales en la toma de decisiones que los delincuentes callejeros. En efecto, el delincuente ambiental profesionalizado, desarrollará sus actividades en un ambiente estructurado para promover, supervisar y premiar la toma de decisiones racionales.

De modo similar, ABBOT entiende que uno de los problemas de la estrategia basada en la disuasión radica en que no existe evidencia respecto a que los criminales sean optimistas sobre el riesgo de ser atrapados e ignorantes respecto de las multas y normas legales que violan. Sin embargo, entiende que la presunción de costo-beneficio es más convincente en el contexto de la regulación social y/o económica, tales como la regulación de control de contaminación, en donde la atención se centra en el comportamiento comercial de empresas que maximizan los beneficios, y no en los individuos como lo hace el estudio de la delincuencia tradicional. En ese sentido,

---

<sup>969</sup> SPENCE, D., «*The Shadow...*».

<sup>970</sup> Cfr. SHOVER, N., ROUTHE, A., «*Environmental crime*».

reconoce que la actividad corporativa se lleva a cabo normalmente con el fin de cosechar algún beneficio económico y, por eso, los tomadores de decisiones corporativas eligen conductas basadas en cálculos de costos y beneficios potenciales. De este modo, en delitos contaminantes la pena operaría como un incentivo externo destinado a la abstención de esas conductas.<sup>971</sup>

Frente a esta situación, la Directiva 2008/99/CE, en su art. 6 dispone que «[l]os Estados miembros se asegurarán de que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables por los delitos a los que se hace referencia en los artículos 3 y 4». De ese modo, en el año 2010 se incorporó al Código Penal español la responsabilidad penal de la persona jurídica (en adelante RPPJ), siendo modificado el régimen en el año 2015.

Sin ánimo de agotar el tema, consideramos necesario para el estudio de la cuestión que estamos analizando realizar una síntesis de cómo opera la RPPJ en España.

En principio, cabe destacar que pareciera que en el fin último de la RPPJ se identifica la colaboración de la persona jurídica para inculpar a las personas físicas que hayan cometido el ataque al bien jurídico medioambiente.

### 3. El modelo de imputación en España

Luego de la reforma del CPE realizada en el año 2015, podría afirmarse que el sistema adoptado por la legislación española, frente a los tradicionales modelos de heteroresponsabilidad (o vicarial)<sup>972</sup> y de responsabilidad por el hecho propio o autorresponsabilidad,<sup>973</sup> posee una fórmula mixta<sup>974</sup> de imputación. Por un lado, adopta

<sup>971</sup> Cfr. ABBOT, C., *Enforcing Pollution Control Regulation. Strengthening Sanctions and Improving Deterrence*, Hart Publishing, 2009, Portland, p. 30.

<sup>972</sup>Sobre este concepto ver, entre otros, CAVERO GARCÍA, P., «La responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas», *Derecho Penal y Criminología*, vol. 26, 2005, p. 137; MORILLAS CUEVA, L., «La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Anales de derecho*, 2011, pp. 1-33; DíEZ RIPOLLÉS, J., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española», en *InDret*, nº 1, 2012; ZUGALDÍA ESPINAR, J., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, Tirant lo Blanch, 2013, Valencia, p. 64; MARTÍNEZ-BUJÁN, C., *Derecho penal económico...* ob. cit., p. 587; ORTIZ DE URBINA, I., «Sanciones penales contra empresas en España (hispanica societas delinquere potest)», en *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, 2013, Barcelona, p. 263-282; en extenso ARTAZA VARELA, O., *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal: fundamentos y límites*, Marcial Pons, 2013, Barcelona, pp.75 ss.

<sup>973</sup>Si bien no es intención de esta investigación el análisis en profundidad sobre la cuestión, se invita al lector a leer la siguiente bibliografía donde se trata este punto: CAVERO GARCÍA, P., «La responsabilidad Penal...»; MORILLAS CUEVA, L., «La cuestión...», p. 7; DíEZ RIPOLLÉS, J., «La responsabilidad penal...»,

el sistema vicarial o de heterorresponsabilidad. En ese sentido, el delito lo comete una persona física por cuenta y en provecho de la persona jurídica. En efecto, el mundo conformado por la empresa está compuesto por directivos y empleados. Así, cuando el delito es cometido por el directivo, la imputación de la persona jurídica resulta directa. Y cuando es cometido por una persona física que se encuentra bajo el mando de los directivos deberá observarse que los hechos se produjeron por un grave incumplimiento de los deberes de control y vigilancia de sus superiores.<sup>975</sup>

Sin embargo, en la nueva regulación se observa una construcción del modelo de imputación por defecto de organización. Así, se substituyó el controvertido «debido control» por los deberes de «supervisión, vigilancia y control de la actividad». De ese modo, el legislador vincula la responsabilidad de la persona jurídica con el defecto de organización. Así, se incorpora el defecto por el cual en el seno de la persona jurídica no se instauró *ex ante* un modelo organizativo que imposibilite la comisión de un delito, sumándose a ello la falta de colaboración *ex post*.

Para un sector importante de la doctrina española, resulta más conveniente un sistema de responsabilidad de autorresponsabilidad (defecto de organización) que el sistema vicarial, ya que el primero resulta más garantista y constitucionalmente

---

pp. 7 ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, J., *La responsabilidad...*, pp. 65 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN, C., *Derecho penal económico...* ob. cit., p. 587.

<sup>974</sup> De acuerdo a lo que surge de la Circular 1/2016 FGE, el legislador adoptó un sistema de atribución de la responsabilidad por transferencia o vicarial en los dos párrafos del apartado 1 del art. 31 bis del CPE. Así, la legislación vigente permite transferir la responsabilidad de las personas físicas a la persona jurídica. Sin embargo, la FGE entiende que existen «elementos que matizan el modelo de heterorresponsabilidad empresarial, atenuándolo, permitiendo incluso hablar de responsabilidad autónoma de la persona jurídica en el sentido de que su sanción no depende de la previa declaración de responsabilidad penal de la persona física, pero no llegan a cimentar un sistema de imputación propio o de autorresponsabilidad de la persona jurídica en sentido estricto...». En ese sentido la FGE recalca que «no se propone un sistema de responsabilidad automática de la persona jurídica pues, independientemente de que se la conducta de personas físicas la que transfiera a esta su responsabilidad, el defecto de organización, aun construido por el Legislador como causa de exención de la pena, indudablemente opera como presupuesto y refuerzo de la culpabilidad, desterrando cualquier atisbo de responsabilidad penal objetiva de la empresa...»; cfr. Circular 1/2016 FGE, pp. 4-10.

<sup>975</sup> Art. 31 bis CPE: 1. En los supuestos previstos en este código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma; b) de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

inobjetable<sup>976</sup>. En efecto, esa es la línea trazada y seguida por el Tribunal Supremo español al afirmar que «la responsabilidad por el hecho propio y la reivindicación de un injusto diferenciado se han perfilado como presupuestos *sine qua non* para proclamar la autoría penal de una persona jurídica».<sup>977</sup> Los principales argumentos utilizados por ese órgano judicial podemos resumirlos en las siguientes citas: «[N]uestro sistema, en fin, no puede acoger fórmulas de responsabilidad objetiva, en las que el hecho de uno se transfiera a la responsabilidad del otro, aunque ese *otro* sea un ente ficticio sometido, hasta hace bien poco, a otras formas de responsabilidad. La pena impuesta a la persona jurídica solo puede apoyarse en la previa declaración como probado de un hecho delictivo propio [...] La responsabilidad de la persona jurídica ha de hacerse descansar en un delito corporativo construido a partir de la comisión de un previo delito por la persona física, pero exige algo más, la proclamación de un hecho propio con arreglo a criterios de imputación diferenciados y adaptados a la especificidad de la persona colectiva»,<sup>978</sup> «...el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización»;<sup>979</sup> «...en el diseño de esta imputación a título de autor del delito a la persona jurídica, el legislador ha optado por un sistema de autorresponsabilidad, siendo independiente la responsabilidad penal de la persona física

---

<sup>976</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN, C., *Derecho penal económico...* ob. cit., p. 587. En esa línea, ORTIZ DE URBINA considera que el modelo vicarial es inconstitucional dado que no asegura la exigencia de responsabilidad subjetiva para la imposición de la sanción, cfr. ORTIZ DE URBINA, I., «Sanciones penales...», p. 281; ZUGALDÍA ESPINAR, J., *La responsabilidad...*, pp. 70-72., en oportunidad de analizar la reforma del año 2010 ya advertía que el modelo elegido por el legislador penal español no es el vicarial, considerándolo una decisión acertada. Dedujo eso del hecho de que la atribución de responsabilidad criminal a la persona jurídica se realiza con total y absoluta independencia de que se identifique o no a la persona física que ha actuado en su seno, o de que se pueda proceder contra ella. También se deduce, en un segundo plano, que no solo la actuación delictiva del superior determina la responsabilidad de la persona jurídica, sino también la de los subordinados. Asimismo, reconoce que el hecho de que la persona jurídica pueda responder por su propia acción y por su propia culpabilidad tiene trascendencia fundamental en el ámbito constitucional, a nivel dogmático, desde el punto de vista procesal y como factor legitimador de todo el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica. Así, este autor entiende que un modelo de autorresponsabilidad o de responsabilidad directa de las personas jurídicas sirve para fundamentar su responsabilidad penal.

<sup>977</sup> STS 668/2017, de 11 de octubre.

<sup>978</sup> STS 221/2016, de 16 de marzo.

<sup>979</sup> STS 154/2016, de 29 de febrero.

y de la jurídica ( art. 31 ter CPE ), respondiendo cada una de ellas de su propia responsabilidad». <sup>980</sup>

#### 4. Delito ambiental empresarial y disuasión

Enmarcadas las conductas que atentan contra el medioambiente como delito de cuello blanco, debemos considerar que uno de los desafíos teóricos más importantes dentro del área del crimen corporativo es intentar justificar las sanciones contra las ofensas al medioambiente mediante el enfoque de la disuasión y, por tanto, de la elección racional. Partiendo de esa idea, CHAMBLISS advertía en el año 1967 que los gerentes corporativos serían sensibles a la amenaza de una sanción formal ya que no se trata de personas comprometidas con un estilo de vida criminal y la naturaleza de cálculo de sus actos aumentaría la relevancia de cualquier costo y beneficio percibido. <sup>981</sup> Previo a esas palabras, en 1963, KADISH afirmó que los delincuentes potenciales dentro del ámbito corporativo pueden ser más disuadidos con mayor facilidad porque sus crímenes son calculados y deliberados con el objetivo puesto en la ganancia económica. <sup>982</sup> Más acá en el tiempo, BRAITHWAITE/GEIS consideraron que las amenazas de sanción serán particularmente importantes para los delincuentes corporativos debido a su estilo de vida convencional y, por tanto, tienen más que perder si se descubren sus acciones ilegales. <sup>983</sup> Teniéndose en cuenta que una de las posesiones más preciadas de los ejecutivos corporativos puesta en riesgo cuando participan en actividades ilegales es su buen nombre y reputación, varios autores han argumentado que los potenciales delincuentes corporativos deberían responder singularmente a la censura social y la vergüenza que suele acompañar a las sanciones legales formales. Al respecto, la posición de PATERNOSTER y SIMPSON es que, al igual que otros tipos de delincuentes, las personas en las organizaciones empresariales son sensibles a las variaciones en el costo percibido y los beneficios de sus acciones y en otras influencias

---

<sup>980</sup> STS 516/2016, de 13 de junio.

<sup>981</sup> Cfr. CHAMBLISS, W., «*Types of Deviance and the Effectiveness of Legal Sanctions*», en *Wisconsin Law Review*, 1967, vol. 3, pp. 703-719.

<sup>982</sup> Cfr. KADISH, S., «*Some Observations on the use of Criminal Canctions in Enforcing Economic Regulations*», en *The University of Chicago Law Review*, enero 1, 1962, vol. 30, p. 423.

<sup>983</sup> Cfr. BRAITHWAITE, J. Y GEIS, G., «*On Theory and Action for Corporate Crime Control*», en *Crime and Delinquency*, abril de 1982, pp. 292-314.

más normativas. Para estos últimos autores se trata de ampliar el modelo de la elección racional del «crimen callejero» al estudio del «delito en *suite*».<sup>984</sup>

En definitiva, lo que no debe dejarse pasar es que al analizar la disuasión de los delitos corporativos, como se verá más adelante, lo determinante será la conducta individual —o en grupo— de aquellos que integran la empresa.

El derecho penal español admite la RPPJ para un grupo cerrado de delitos, es decir, cuenta con un *numerus clausus* entre los que se encuentran aquellos que protegen el bien jurídico penal medioambiente. En consecuencia, las personas jurídicas, al igual que las físicas, se encuentran sometidas tanto al régimen administrativo sancionador protector del medioambiente, como al régimen penal.

A tales efectos, el Código Penal incorpora un catálogo de sanciones que pueden recibir las personas jurídicas al considerárselas responsables de un delito.<sup>985</sup>

Dentro de este catálogo encontramos sanciones notablemente más severas que las dispuestas por el ordenamiento administrativo, como por ejemplo, la «pena de muerte»<sup>986</sup> de la persona jurídica.

---

<sup>984</sup> Cfr. PATERNOSTER, R., SIMPSON, S., «*Sanction Threats and Appeals to Morality: Testing a Rational Choice Model of Corporate Crime*», en *Law and Society Review*, enero 1, 1996, vol. 30 (3), p. 549.

<sup>985</sup> En ese sentido el art. 33 CPE dice: 7. Las penas aplicables a las personas jurídicas que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes:

- a) Multa por cuotas o proporcional.
- b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.
- c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.
- f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.
- g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El juez o tribunal, en la sentencia o posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

<sup>986</sup> Como señala ZUGALDÍA, la disolución de la persona jurídica se trata de la pena capital de la persona jurídica y, justamente por ello, debe reservarse para los casos más extremos, como los delitos de especial gravedad y repercusión social o que revistan los caracteres de delitos de masa, es decir, con una gran cantidad de perjudicados, cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, J., *La responsabilidad...*, p. 135.

Las sanciones económicas, como la pena de multa o la inhabilitación para obtener subvenciones, encuentran su razón de ser en el mismo fin que el de las sanciones económicas administrativas: representan un costo económico más en el desarrollo de los negocios de la empresa. Sin embargo, la amenaza de desaparición de la persona jurídica obligaría a esta a adoptar medidas eficaces para evitar conductas en su seno que pudieran acarrearle dicha consecuencia.

Debe tenerse en cuenta, también, que algunas personas jurídicas podrían desaparecer al carecer de recursos económicos suficientes para afrontar el costo de una multa elevada.

No puede dejarse de lado mencionar el fuerte impacto reputacional que acompaña a la sanción penal. En efecto, la reputación de una empresa posee un importante valor de mercado que, al ser disminuido, puede arrastrar a la empresa a la desaparición. Así, algunos estudiosos afirman que algunas entidades empresariales no pueden sobrevivir a una condena, ni siquiera a una acusación. De ese modo, el efecto devastador de una condena penal en la reputación corporativa es la característica principal que distingue la responsabilidad penal de la administrativa.<sup>987</sup> Aunque no existen estudios empíricos para apoyar esta última afirmación, existe una percepción de que las consecuencias reputacionales de una condena podrían superar incluso las multas sustanciales en cualquier litigio civil paralelo. Ello puede explicar por qué las empresas bajo litigación por violaciones criminales están dispuestas a hacer todo lo que sea necesario, incluyendo la renuncia al privilegio abogado-cliente, colaboran con el gobierno y pagan sumas inmensas en multas administrativas para evitar una acusación y/o una condena.<sup>988</sup>

De acuerdo con un estudio realizado respecto de una cantidad considerable de sentencias dictadas en España en relación a delitos medioambientales, pudimos detectar que la inmensa mayoría fueron cometidos por pequeñas sociedades integradas por un grupo mínimo de socios (ver *infra*, «datos cuantitativos»). Por ello, para el análisis de la disuasión en el ámbito empresarial, consideramos necesario distinguir entre estas pequeñas empresas contaminantes y las grandes empresas o grupos empresarios.

---

<sup>987</sup> Cfr. HAMDANI, A./KLEMENT, A., «Corporate crime and deterrence», en *Stanford Law Review*, noviembre de 2008, vol. 61 (2), pp. 271-310.

<sup>988</sup> *Ibidem*.

### a) Pequeñas empresas contaminantes

Uno de los perfiles del criminal ambiental en España se representa en pequeñas empresas o grupos de personas, incluso individualmente, que se dedican a realizar una actividad comercial potencialmente contaminante. Es decir, se busca un beneficio económico mediante conductas que pueden configurar, o desencadenar, un delito contra el medioambiente.

Anotado lo anterior, debemos recordar que las personas jurídicas no cometen crímenes: las conductas delictivas son llevadas a cabo por personas físicas. Podría decirse que, de manera ideal, el derecho penal tendría como destinatario a los individuos culpables dentro de las organizaciones. Sin embargo, un sistema de tales características de responsabilidad puramente personal no produciría la disuasión suficiente.

Una de las características de estas pequeñas empresas es que los que cometen la conducta sancionada suelen ser los propietarios de la totalidad o de alguna parte de la sociedad. En estos supuestos, se produce una superposición de la sanción ya que la sanción a la persona jurídica se traduce, automáticamente, en una sanción a la persona/miembro de la sociedad. Es decir, el costo que significa para la empresa la sanción es el mismo que sufrirá el que realizó la conducta. Este último aspecto nos permite inferir que será en estos casos donde sea más evidente la probable vulneración del principio *non bis in idem* en el sentido analizado en el capítulo II.

Una explicación al incumplimiento de estas pequeñas y medianas empresas podemos encontrarla en los siguientes aspectos. Siguiendo a ABBOT, una de las razones comúnmente citadas para justificar el incumplimiento es que estas empresas tienen dificultades para acatar plenamente la norma ya que carecen de la capacidad técnica, física o económica para hacerlo.<sup>989</sup> De hecho, la evidencia sugiere que este tipo de incidentes originados en la ignorancia, incapacidad o incompetencia son más fáciles de explicar que el incumplimiento causado por el deseo de minimizar costos y aumentar beneficios. En efecto, en algunos casos las empresas son incapaces de asegurar el cumplimiento debido a la falta de conocimiento sobre las leyes mismas. Al respecto,

---

<sup>989</sup> En ese sentido, KAGAN *et al*, «*Explaining corporate environmental performance: how does regulation matter?*», en *Law & Society Review*, vol. 37, n.º 1, 2003, pp. 51-90, argumentan que las empresas más grandes tienden a ser mejores actores ambientales que las empresas más pequeñas, en parte debido a su mayor posibilidad y preocupación de reputación, en parte porque tienen más recursos de sobra para la ingeniería y la gestión ambiental especializada.



una encuesta realizada en Inglaterra sugiere que un alto número de empresas son ignorantes de las leyes ambientales que se aplican a su proceso de producción. Solo el dieciocho por ciento (18 %) de las empresas encuestadas en Inglaterra fue capaz de nombrar una norma ambiental de forma espontánea. Como se advirtió, esta ignorancia es especialmente frecuente en las pequeñas empresas que no cuentan con los recursos ni con el capital humano para mantenerse al día con las regulaciones ambientales, que mutan constantemente.<sup>990</sup>

Para algunos autores, la teoría de la elección racional es de muy difícil aplicación cuando se trata de una acción colectiva, como puede suceder en el marco de una organización empresarial. En ese contexto, cuando se hace referencia a una organización, nos enfrentamos a un colectivo complejo, no al empresario individual que es la base de la mayoría de los modelos básicos de disuasión. Por ello, entre otros argumentos, proponen que el modelo del contaminador racional se aplique a las pequeñas empresas en las que la decisión está en manos de una persona, o de un grupo reducido.<sup>991</sup>

## **b) Grandes empresas contaminantes**

A diferencia de los supuestos anteriores, existen elementos que nos hacen suponer que la sanción penal tendrá un mayor efecto disuasivo en este segmento que en el anterior. Esta deducción podemos extraerla de distintos aspectos característicos de las grandes empresas:

1) El primero de ellos surge del abanico de recursos con que cuentan las empresas de mayor tamaño. Esta característica les permite contar con el asesoramiento necesario sobre las materias relacionadas con su actividad. De esto se deriva (o permite presumir) que poseen el acceso al conocimiento de la regulación legal —como las sanciones por incumplimiento— del sector en el que desarrollan sus actividades. Asimismo, contar con esos recursos les permite implementar modelos de prevención de delitos ambientales (ver *infra* «Incentivos para la vigilancia de las empresas»).

---

<sup>990</sup> Cfr. ABBOT, C., *Enforcing Pollution...*, p. 33.

<sup>991</sup> Cfr. EMERY, A. y WATSON, M., «Organizations and environmental crime» en *Managerial Auditing Journal*, 1 de agosto de 2004, vol. 19 (6), pp. 741-759.

2) Por otro lado, por las características personales de los miembros directivos de estas sociedades —en su mayoría profesionales, de clase económico-social alta, relacionados con sujetos que comparten los mismos principios y particularidades—, el temor al efecto estigma que puede ocasionar la sanción penal, nos inclina a pensar que ese tipo de castigo surtirá un efecto disuasivo mayor que la multa administrativa.

3) Asimismo existen diversas teorías (ver *infra* «Paradoja Harrington o ¿por qué cumplen las empresas?») que intentan explicar por qué cumplen las empresas que, en principio, obtendrían mayores beneficios incumpliendo.

## 5. El control de las conductas ilegales

Siguiendo el ejemplo de la sanción por la cual una empresa podría desaparecer o ir a la quiebra, se podría argumentar que, teóricamente, dicha amenaza proporcionará a la empresa un poderoso incentivo para controlar la mala conducta de sus agentes. En efecto, creemos que la RPPJ apunta principalmente a inducir a las organizaciones a controlar y, en su caso, evitar las conductas que atenten contra el medioambiente. Incluso, en algunos supuestos, la amenaza de ir a la quiebra puede obligar a las empresas a hacer un esfuerzo excesivo para impedir que, tanto los directivos como los subordinados, puedan cometer un delito.

### a) Incentivos para la vigilancia en las empresas

Las personas jurídicas pueden adoptar distintas medidas para impedir que sus miembros cometan delitos. Una de ellas puede ser responder a la conducta ilícita de sus miembros *ex post*, colaborando con las autoridades ya sea, por ejemplo, informando o denunciando el hecho, e incluso denunciando al autor. Más adecuada es una actuación preventiva mediante controles internos y medidas *ex ante* para detectar e impedir la comisión de ilícitos en su seno.

Al efecto, el sistema de RPPJ español dispone en el articulado del Código Penal un importante incentivo para la aplicación del sistema de control interno. En concreto el art. 31 bis.4) dice lo siguiente: «la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si,

antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión».

En concreto, el legislador español dispuso un potente incentivo para que las personas jurídicas ejerzan un adecuado autocontrol de las actividades y conductas de sus miembros.

A grandes rasgos, los requisitos del modelo de organización y gestión empresarial<sup>992</sup> podrían resumirse en los siguientes: 1) debe identificar las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que serán prevenidos; 2) debe contarse con los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquellos; 3) disponer de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de delitos; 4) imponer la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención; 5) contener un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo; 6) realizar una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.<sup>993</sup>

En suma, la persona jurídica posee un gran incentivo para implementar este tipo de modelo de gestión, llamados también programas de cumplimiento o *compliance program*, por el cual disminuirá la probabilidad de comisión de delitos por parte de individuos que desarrollan tareas dentro del ámbito organizativo.<sup>994</sup>

---

<sup>992</sup> Más adelante se verá con más detalle el concepto y función de los *compliance programs*.

<sup>993</sup> Cfr. art. 31 bis.5 CPE.

<sup>994</sup> Sin intención de entrar en el debate, simplemente acompaño la idea de BRAITHWAITE, J. «*Enforced self-regulation: A new strategy for corporate crime control*», en *Michigan law review*, vol. 80, n.º 7, 1982, pp. 1466-1507, sobre una posible implementación de una autorregulación forzada. En efecto, el autor va más allá de la implementación de algún sistema interno en la corporación para prevenir conductas ilícitas mediante algún incentivo, sino que propone un modelo de autorregulación forzada (*enforced self-regulation*). Mediante este sistema se lograría una redistribución fundamental de gastos gubernamentales para regular a las empresas. Bajo este instituto cada empresa escribiría sus propias reglas. Una vez que estas reglas hayan sido ratificadas por el gobierno, una violación de ellas consistiría en una ilegalidad. Para ello, se requeriría que la empresa estableciera un grupo interno de cumplimiento para supervisar el cumplimiento de las normas y recomendar medidas disciplinarias contra los infractores. En caso de que la gerencia no rectifique las infracciones o actúe sobre las recomendaciones de las medidas disciplinarias, el director de cumplimiento estaría obligado por ley a informar este hecho a la agencia pertinente. El rol de la agencia reguladora sería determinar que las reglas de empresa cumplieran con

La exención operará cuando exista un sistema preventivo *ex ante* y una colaboración *ex post* a la comisión del delito contra el medioambiente.

Este aspecto es realmente importante ya que motiva a las empresas a contar con esquemas de regulación interna cada vez más sofisticados, con un contenido paralelo a las reglas del gobierno. Desde ese punto de vista, gran parte de la literatura especializada en el tema ha instado hace tiempo a que se preste especial atención a la autorregulación corporativa. Incluso, algunos autores sostienen que los programas de cumplimiento interno son, en muchos casos, más completos que los requisitos impuestos por las autoridades de aplicación.<sup>995</sup>

En efecto, y como se verá más adelante, en la actualidad muchas empresas realizan auditorías medioambientales de forma regular para garantizar (o al menos intentarlo) el cumplimiento de los requisitos impuestos por la normativa regulatoria.

Asimismo, puede apreciarse que, al existir en el modelo de gestión un sistema disciplinario donde se establecen las sanciones para quienes incumplan las medidas del propio modelo, se producirá un fenómeno disuasivo *ad intra*, previniendo que los integrantes de la organización realicen conductas ajenas a la licitud.

## **b) El delito de la empresa y el control interno adecuado**

Como se ha señalado en el capítulo anterior, desde un punto de vista del análisis económico, la responsabilidad penal individual (reflejada en la prisión) puede resultar útil cuando las personas carecen de activos suficientes para abonar las sumas económicas que podrían significar las sanciones por sus conductas. En efecto, muchas veces es la falta de recursos lo que motiva las conductas criminales. Por ello, la sanción monetaria es una herramienta de disuasión ineficaz cuando no puede ser pagada por el eventual condenado. Entonces, el Estado puede acudir al encarcelamiento y medidas análogas, como sustituto contra los delincuentes individuales.

---

todas las pautas establecidas por la política gubernamental para asegurar que el grupo de cumplimiento fuera independiente dentro de la corporación, para auditar el desempeño del grupo de cumplimiento, para realizar inspecciones puntuales ocasionales de las unidades operativas como un control independiente y para iniciar acciones judiciales contra las empresas que dieron otro sentido a sus grupos de cumplimiento. El autor entiende que una de las virtudes de la autorregulación forzada es una mayor simplicidad que la regulación gubernamental directa.

<sup>995</sup> Cfr. RECHTSCHAFFEN, C., «*Deterrence vs. cooperation and the evolving theory of environmental enforcement*», en *Southern California Law Review*, vol. 71, 1997, p. 118.

En el caso de las empresas, si bien pueden existir aquellas que no cuenten con los recursos suficientes para afrontar el costo de una sanción monetaria, la pena de prisión no resulta una opción (aunque sí lo sea para sus miembros). Sin embargo, el legislador debate si corresponde sancionar distintos tipos de actividades mediante la sanción penal y, si es así, en qué medida; siempre considerando que las actividades que no generan ningún daño o crean un aumento del riesgo de que ese daño se materialice no deben encontrarse sujetas a sanción. La ley no tiene por qué disuadir ese tipo de conductas.

No puede dejarse de lado que las empresas, como señalamos anteriormente, actúan regidas por el fin de maximizar beneficios. Por ello, cuando se dispone para una empresa una sanción monetaria, deberá tenerse en cuenta, entre otros parámetros, el daño causado.<sup>996</sup> Sin embargo, este sistema de graduación genera un estado de incertidumbre (al no poderse prever *ex ante* la magnitud del eventual perjuicio ocasionado) respecto a la imprevista sanción que puede llegar a tener que soportar la persona jurídica ante un ataque al medioambiente. Con ello se pretende evitar, por ejemplo, que una persona jurídica opte por no invertir recursos en prevención de accidentes y que, luego, pueda compensar los eventuales daños ocasionados con el ahorro que significó la no implementación de sistemas de control. Por tanto, para lograr el objetivo de la norma penal —en los supuestos en que una conducta crea ganancias y pérdidas— el enfoque de la disuasión debe considerar que las pérdidas de la sociedad en general pueden ser mayores que las ganancias obtenidas por la empresa. Sobre todo en el delito contra el medioambiente, donde el costo social suele ser de inmensas proporciones.

En relación a las empresas, donde el fin de lucro suele ser el fundamento de su existencia, puede suponerse con mayor facilidad que el aumento de los costos económicos por incumplimiento de la ley reforzará el efecto disuasorio de la ley. Debemos tener en cuenta que, dado el bajo costo de aumentar la severidad de la ley, siempre existirá la tentación por parte del legislador de acudir a ese recurso. Sin embargo, centrarse exclusivamente en el aumento de la severidad de la sanción no

---

<sup>996</sup> De acuerdo con el art. 52.4 CPE, «[e]n los casos en los que este Código prevé una pena de multa para las personas jurídicas en proporción al beneficio obtenido o facilitado, **al perjuicio causado**, al valor del objeto, o a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida [...]». Asimismo el art. 328.a CPE dispone que «[c]uando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas: a) Multa de uno a tres años, o **del doble al cuádruple del perjuicio causado cuando la cantidad resultante fuese más elevada**, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad».

resultará suficiente para lograr la disuasión. Esto se debe a que, como se ha señalado, un aspecto fundamental de la fórmula de disuasión es la probabilidad de ser detectado, por lo que no interesa si la sanción es de una gravedad infinita; si la probabilidad de ser aprehendido es cero, el costo por incumplimiento también será cero.

La importancia de la probabilidad de ser detectado puede graficarse con el siguiente ejemplo: supongamos que la ganancia esperada por la realización de un vertido a un río que afectará al equilibrio de los sistemas naturales representa una ganancia esperada (ya sea por el ahorro que significa no cumplir con los procedimientos de purificación de líquidos, traslados, etc.) de 100 mil euros. Si el riesgo de detección es de 0,5 (lo que sería una probabilidad muy alta), entonces la pena esperada tendría que ser elevada a 200 mil euros, por lo que el costo del castigo esperado sería equivalente a la ganancia esperada. Este ejemplo representa una fórmula simplificada de como tendría que funcionar el sistema, ya que el costo de incumplimiento no puede analizarse simplemente en términos de la multa impuesta, sino que también incluirá entre otros la reparación de los daños y perjuicios<sup>997</sup> ocasionados por la actividad contaminante, el costo que significa el daño reputacional<sup>998</sup> o efecto estigma de la sanción penal, gastos de representación legal, etc. A todo eso debe sumarse el hecho de que algunos agentes pueden tener aversión al riesgo. En el ejemplo dado, la disuasión se asegura de que el coste de incumplimiento sea, por lo menos, igual a la ganancia esperada. Incluso si la probabilidad de la detección es extremadamente baja, esa cifra podría lograrse aumentando la severidad, teniendo en cuenta los costos que ello traería aparejado desde el punto de vista de los principios limitadores del derecho penal.

Sobre este último punto, POSNER advierte que, sin embargo, para aquellos delitos que pueden cometerse de manera imprudente, debe imponerse un tope a la pena máxima. Ello se debe a que puede tener como consecuencia el desaliento de actividades

---

<sup>997</sup> En efecto, cuando se produce un daño al medioambiente, se debe responder civilmente. De ese modo, se reparan, restituyen o indemnizan daños y/o perjuicios. Al respecto, el art. 116.1 CPE dice lo siguiente: «Toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito los jueces o tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno»; sobre esto ver JAQUENOD DE ZSÖGÖN, S., *Derecho ambiental...*, pp. 403-407; ESTEVE PARDO, J., *Derecho del medio ambiente...*, pp. 91 ss. Sobre este punto, MUÑOZ CONDE *et al*, *Manual de derecho...*, pp. 244-245, señala que además de la posibilidad de imponer penas, medidas de seguridad o consecuencias accesorias, la comisión de un delito puede dar lugar a consecuencias accesorias, como la declaración de responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas (responsabilidad civil *ex delicto*). En ese sentido, advierte que la responsabilidad civil derivada del delito comprenderá la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales. Así, según el principio «quien contamina paga», la restauración o reparación dependerá del concreto daño causado y de las posibilidades fácticas de restituir el bien dañado.

<sup>998</sup> Sobre este tipo de costo empresarial, ver *infra* el apartado destinado a las sanciones informales.

que generan beneficios sociales<sup>999</sup> pero que conllevan el riesgo de cometer un atentado ambiental. Otro problema es que una multa cuyo monto sea exageradamente elevado, en muchas ocasiones, superará la solvencia del delincuente particular y de las pequeñas empresas.

### 1) La elección racional en el delito corporativo<sup>1000</sup>

Rememorando lo dicho anteriormente sobre la disuasión y el modelo de elección racional, compartimos el modelo propuesto por PATERNOSTER/SIMPSON para el crimen corporativo, que se trata esencialmente de una teoría subjetiva de utilidad esperada.<sup>1001</sup> Ese modelo se basa sustancialmente en dos suposiciones: a) que las decisiones de incumplir la norma se sustentan en un equilibrio entre los costos y los beneficios de ese incumplimiento y b) que lo importante son las expectativas percibidas o subjetivas de la recompensa y el costo del responsable de la toma de decisiones. Esta segunda suposición implica que el sujeto crítico en esta teoría del crimen corporativo es el individuo. Por ello, más allá de que las organizaciones muchas veces adoptan las características propias de las personas que las integran, la realidad es que la decisión de infringir las toman los individuos.<sup>1002</sup> Asimismo, debe destacarse que estas personas se ven afectadas por el contexto en el que están empleadas y cometen los delitos corporativos como los ataques al medioambiente. En suma, los individuos que cometen delitos corporativos se ven afectados por las características y los imperativos de su organización comercial.

De acuerdo al modelo de elección racional citado en el párrafo anterior, las decisiones de los potenciales delincuentes corporativos son influenciadas por: a) los riesgos y beneficios que perciben para sí mismos, b) los riesgos y beneficios que perciben para su empresa o empresa en la que desempeñan sus actividades

---

<sup>999</sup> Cfr. POSNER, R. A., *El análisis económico...*, p. 352.

<sup>1000</sup> Como señala NIETO MARTÍN, A., «Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas», en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, NIETO MARTÍN, A. (Dir.), Tirant lo Blanch, 2015, Valencia, p. 55, «existe un cierto consenso en que la teoría de la elección racional tiene un alto rendimiento explicativo en los delitos económicos, en cuanto que tanto autores individuales como corporaciones están en una mejor posición para evaluar costes y beneficios que los delincuentes en el marco de la criminalidad más clásica».

<sup>1001</sup> Cfr. PATERNOSTER, R./SIMPSON, S., «Sanction Threats...», p. 553.

<sup>1002</sup> Cfr. PATERNOSTER, R./SIMPSON, S., «Sanction Threats...», ult. cit.

profesionales, c) la presencia o ausencia de incentivos o restricciones para incumplir la ley dentro del contexto de la propia organización.<sup>1003</sup>

Las formas que pueden adoptar los costos y beneficios corporativos son de lo más diversos. Por ejemplo, los costos para la empresa podrían incluir una sanción administrativa o penal, reducción de ingresos, pérdida en la contienda contra competidores, prestigio disminuido, etc.; mientras que los beneficios podrían identificarse con mayores ingresos y prestigio. Para el individuo, el costo del delito corporativo también traería aparejada la posibilidad de una sanción legal, la reducción en el prestigio de la organización para la que trabaja, la censura por parte de la sociedad, amigos y colegas, etc.<sup>1004</sup> Los beneficios podrían incluir cosas como el ascenso profesional con el correspondiente aumento de ingresos. En definitiva, lo que es beneficioso y/o costoso para la organización, también lo es para el individuo.<sup>1005</sup>

Sobre este tópico, un estudio realizado por PATERNOSTER/SIMPSON<sup>1006</sup> tuvo como resultado un apoyo importante para el modelo de elección racional del crimen corporativo. Del estudio surge que las decisiones de cometer actos particulares de ilegalidad corporativa se ven afectadas por las evaluaciones de los responsables de la toma de decisiones acerca de los costos y beneficios de esas acciones. Asimismo, dejando de lado reglas morales de conducta, el cumplimiento se basa en los incentivos percibidos y los costos. En ese mismo estudio se halló evidencia de que, incluso cuando los costos dirigidos a la persona son controlados, los costos y beneficios acumulados por la empresa pueden afectar la toma de decisiones de los individuos de cometer delitos corporativos. Los autores citados proponen una serie de estrategias alternativas, pero compatibles, para tratar el crimen corporativo. En primer lugar advierten que los esfuerzos de aplicación dirigidos a la organización empresarial en sí actúan como un poderoso elemento de disuasión para quienes toman decisiones dentro de la

---

<sup>1003</sup> *Ibidem.*

<sup>1004</sup> Por ejemplo, un estudio realizado por JACOB, H., «*Deterrent effects of formal and informal sanctions*», *Law & Policy*, vol. 2, no 1, 1980, pp. 61-80, sugiere, entre otras cosas, que: a) la relación entre la desaprobación de los compañeros por violar la ley y su cumplimiento es sustancial y consistente, b) la influencia de los pares está más asociada con el cumplimiento de la ley que con el conocimiento de la severidad de las sanciones (estos aspectos resaltaron más en los delitos de tráfico y consumo de marihuana), c) el cumplimiento se ve debilitado por la falta de presiones informales entre pares. Cuando las personas están inmersas en un círculo social que aprueba la violación de la ley, es probable que la mayoría lo haga.

<sup>1005</sup> *Ibidem.*

<sup>1006</sup> *Ibidem.* En el estudio, se les pidió a los encuestados que respondieran en función de distintos escenarios. Cada escenario describía distintos delitos corporativos, entre ellos violaciones a la normativa medioambiental. Las personas leían el escenario y respondían con la instrucción de que se imaginaran a sí mismos como el gerente descrito en el escenario.



organización. O sea, aplicar sanciones legales a la empresa puede efectivamente disuadir a quienes actúan en su nombre. En segundo lugar, descubrieron que la aplicación de sanciones directamente a los responsables de la toma de decisiones individuales también sirve como un elemento de disuasión eficaz contra el crimen corporativo. Las amenazas de sanciones penales y civiles dirigidas contra el individuo inhibieron la intención de cometer delitos corporativos, al igual que el temor a las sanciones informales.

En ese mismo estudio se encontró que las apelaciones a la moral pueden ser una fuente especialmente poderosa de control social corporativo. El fortalecimiento de la ética empresarial de los gerentes puede llegar a ser una estrategia muy efectiva de control del delito. Eso se debe a que las inhibiciones morales parecen ser un fuerte baluarte contra el crimen corporativo. Por ello, PATERNOSTER/SIMPSON defienden un enfoque multifacético para el control del delito corporativo. Por un lado se basaría en el intento de educación moral de quienes se dedican a los negocios. Por otro, defienden un enfoque legal para el control del delito corporativo a través del cumplimiento de la ley. El recurso a las sanciones legales es necesario, según los autores citados, por dos razones: la primera de ellas, los datos del estudio sugieren que el llamamiento a la moralidad no funciona para todos por igual. Cuando la moralidad se debilita, el cumplimiento debe estar asegurado por amenazas legales. La segunda razón se halla en que la amenaza de sanción legal es probablemente necesaria para mantener la legitimidad de una extensa red de controles informales y normativos.<sup>1007</sup>

Sin embargo, en un trabajo posterior, SIMPSON se muestra escéptica ante la disuasión que puede generar el derecho penal en el ámbito corporativo. La autora parte de la base de que pocos estudios estadísticos prueban explícitamente un modelo de disuasión para el delito corporativo. Por ese motivo, las justificaciones para la disuasión del crimen corporativo se basan en suposiciones sobre el delincuente de cuello blanco o se han extraído de la literatura delictiva convencional, transfiriéndola al entorno corporativo.<sup>1008</sup>

---

<sup>1007</sup> Cfr. PATERNOSTER, R./SIMPSON, S., «*Sanction Threats...*», pp. 579 ss. Sin embargo, señala RECHTSCHAFFEN, C., «*Deterrence*», que las corporaciones violan las leyes que protegen el medioambiente con mayor frecuencia que las leyes diseñadas para proteger otros bienes jurídicos como, por ejemplo, el comercio desleal. Esto se debe a que esas leyes no gozan de la misma legitimidad a los ojos de las empresas. Asimismo, advierte que muchas empresas se oponen filosóficamente a una parte sustancial del régimen de regulación ambiental de EE. UU. y lo consideran ilegítimo.

<sup>1008</sup> Cfr. SIMPSON, S., «*Corporate Crime, Law, and Social Control*», Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 35.

Basándose en el sistema existente en EE. UU., SIMPSON intenta explicar lo que ella llama el «fracaso de la disuasión corporativa y la justicia penal», con los siguientes argumentos: a) las sanciones no se imponen a menudo o con la severidad suficiente como para garantizar el cumplimiento. Esto significa que el castigo legal formal no se implementa adecuadamente, por ello los costos del castigo no poseen la suficiente entidad como para desalentar la conducta delictiva. A su vez, el riesgo de ser aprehendido una vez que se comete un crimen parece ser bastante bajo para las corporaciones. Los eventos delictivos corporativos a menudo son cuestiones complejas que involucran a múltiples actores interconectados durante un largo período. A eso debe sumarse que la victimización no es obvia y los efectos directos son difíciles de probar. Por otra parte, la policía está entrenada para la investigación de delitos convencionales y en general carecen de muchas de las habilidades necesarias para seguir los rastros de los delincuentes corporativos. Generalmente, los casos procesados tienden a no ser los más complejos, y los delincuentes podrían describirse mejor como pequeñas empresas. Por último, debe sumarse que la baja severidad de las sanciones junto a la baja certidumbre de sanción producen una amenaza de castigo relativamente insignificante;<sup>1009</sup> b) el problema de la racionalidad corporativa. Según SIMPSON, la mayoría de los modelos de racionalidad corporativa asumen que la Administración es aversa o neutral al riesgo. Sin embargo, la investigación demostró que la toma de decisiones en un colectivo funciona de manera diferente a como lo haría una persona individualmente. Las percepciones individuales de los costos de sanción se filtran y ajustan a través de dinámicas grupales. Las corporaciones son entidades donde los gerentes y otros empleados interactúan formando un entretejido complejo. Así, las organizaciones contienen miniculturas que afectan los procesos de decisión y los resultados. Varios factores son los causantes de la toma de decisiones corporativas. Entre ellos se encuentran las influencias subculturales, la posición de la empresa en la estructura del mercado nacional o internacional y la oportunidad diferencial de utilizar medios delictivos como un método alternativo para obtener ganancias, proteger o estabilizar los mercados u otros objetivos empresarios. La dificultad para la disuasión radica en que esas tendencias afectan a las empresas de manera diferente. Las evaluaciones de los costos y beneficios de la delincuencia serán únicos para cada unidad empresaria.<sup>1010</sup> c) Otro fenómeno que dificulta la disuasión es

---

<sup>1009</sup> *Ibidem*, pp. 45 ss.

<sup>1010</sup> *Ibidem*, p. 53.

la «normalización de la desviación». Este se produce cuando la organización anula el significado de la ilegalidad de las acciones de sus miembros y empleados. Así, la cultura organizacional interviene para establecer parámetros de conductas aceptables o inaceptables dentro de su seno.<sup>1011</sup>

Se suma a lo anterior que cuando una organización se transforma en ámbito o lugar de elección, el contexto social se transforma en una influencia fundamental para la toma de decisiones, dando forma a lo que un individuo percibe como racional en un momento determinado. En un contexto organizacional, con encontramos con una fuerte especialización y división del trabajo donde los empleados pueden desconocer su ilegalidad porque su acción fue parte de una cadena de acciones junto a otros individuos que permanecen, quizá, invisibles ante sus ojos. Así, puede suceder que cada acto individual sea legítimo, pero todos los actos constituyan una violación de la cual algunos participantes sean ignorantes.<sup>1012</sup> En esa línea, VAUGHAN se muestra crítica de la aplicación de la teoría de la elección racional en el ámbito empresarial. Ella sostiene que la racionalidad está limitada ya que la organización posee capacidades limitadas para buscar información y soluciones a los problemas; las personas tienen un conocimiento limitado de las alternativas, el acceso y la capacidad para obtener y comprender la información y la capacidad de cómputo; el proceso de toma de decisiones se ve influido por plazos, la participación limitada y la cantidad de problemas que se estén considerando. Así, la autora sostiene que en lugar de un modelo de racionalidad perfecta, la toma de decisiones en las organizaciones se caracteriza por una racionalidad limitada, donde el rendimiento se describe como satisfactorio en lugar de optimizador.<sup>1013</sup> Por eso, la autora concluye que de la investigación sobre la toma de decisiones surgen muchas razones para ser escépticos sobre la priorización de un modelo de elección/disuasión racional para el control de las organizaciones.<sup>1014</sup>

---

<sup>1011</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>1012</sup> Cfr. VAUGHAN, D., «*Rational choice, situated action, and the social control of organizations*», *Law and Society Review*, 1998, pp. 23-61.

<sup>1013</sup> *Ibidem*, pp. 29-30.

<sup>1014</sup> *Ibidem*, p. 30.

## 2) Los programas de cumplimiento (*compliance programs*)

La reforma al CPE operada por LO1/2015 incorporó como novedad, en el contexto de la responsabilidad penal de la persona jurídica, los programas de cumplimiento o *compliance programs*. Lo más destacable es que la existencia de un programa de cumplimiento en el seno organizativo de la persona jurídica puede significar una causa de atenuación o exención de responsabilidad penal<sup>1015</sup>.

Esta reforma genera preocupación en un sector de la doctrina que pronosticaron una situación de confusión en las corporaciones, dado que se verán empujadas a implementar *compliance programs* para cumplir con las exigencias del legislador con el único objetivo de intentar garantizar una eventual exención de pena ante la comisión de un delito. Ello traería aparejado un incremento en la demanda de confección e implantación de *compliance programs*<sup>1016</sup>. Siguiendo esa idea, la Fiscal General del Estado, Consuelo MADRIGAL, en una entrevista, advertía lo siguiente: «[s]in duda, muchas empresas se han dotado y se dotarán de completos y costosos programas con la única finalidad de eludir el reproche penal, pero más allá de su adecuación formal a los requisitos que establece el Código Penal, tales programas no pueden enfocarse en conseguir este propósito sino a reafirmar una cultura corporativa de respeto a la Ley, donde la comisión de un delito constituya un acontecimiento accidental y la exención de pena, una consecuencia natural de dicha cultura». La fiscal apunta a evitar que los

<sup>1015</sup> Cfr. Art. 31 bis, 2. Este artículo dice lo siguiente: «2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones: 1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; 2.ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica; 3.ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y 4.ª no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.ª. En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena».

<sup>1016</sup> Así, leemos por ejemplo en QUINTERO OLIVARES, G., «La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Comentario a la reforma penal de 2015, QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), Aranzadi, 2015, Navarra, p. 80, que el autor considera que la nueva RPPJ se propone «[...] hacer casi imposible la imputación de personas jurídicas, así como favorecer la implantación de sistemas de organización, que a su vez se plasmen en códigos de buenas prácticas, normas de conducta o programas de prevención, lo cual a buen seguro habrá de alegrar a muchos profesionales de la materia...».

programas de cumplimiento no sean tomados por las empresas como una especie de «seguro» frente a la acción penal.<sup>1017</sup>

No obstante, debe dejarse en claro que la existencia de un programa de cumplimiento no significa *per se* que toda conducta que pueda significar delito será desterrada automáticamente del seno de la sociedad. Como correctamente advierte GALLEGO, «con estos programas se pretende, de modo sistemático y como una manifestación más del buen gobierno corporativo, llevar a cabo un conjunto de actuaciones tendentes a asegurar que las actividades llevadas a cabo por la empresa no vulneran la legislación aplicable». En esa línea, el autor citado manifiesta que si bien la finalidad de los programas de prevención de riesgo es, justamente, advertir qué riesgos penales son previsibles objetivamente para, luego, desarrollar mecanismos de control y reacción ante un eventual suceso, en el plano práctico es evidente que no existe ningún mecanismo de control que garantice un nivel de riesgo igual a cero.<sup>1018</sup>

Definiciones de *compliance programs* existen varias. Por ejemplo, según ARTAZA, «[e]l programa de cumplimiento consiste en el conjunto sistemático de esfuerzos realizados por los integrantes de la empresa tendientes a asegurar que las actividades llevadas a cabo por esta no vulneran la legislación aplicable».<sup>1019</sup> Por su parte, NIETO adhiere a una concepción más instrumental de los programas de cumplimiento, ya que los considera una herramienta de gestión *intra* societaria y lo define como «un sistema de gestión empresarial que tiene como objetivo prevenir y si resulta necesario, identificar y sancionar las infracciones de leyes, regulaciones, códigos o procedimientos internos que tienen lugar en la organización, promoviendo una cultura de cumplimiento».<sup>1020</sup> Según ZUGALDÍA, el «*Corporate Compliance* es un protocolo o mecanismo integrado estatutaria, orgánica y jerárquicamente en la sociedad para ejercer el “debido control” (evitar conductas indeseables) de sus directivos y empleados, con la

---

<sup>1017</sup> Nota publicada en <http://www.expansion.com/juridico/actualidad-tendencias/2016/01/22/56a24d6a22601df1608b45d6.html>.

<sup>1018</sup> Cfr. GALLEGO SOLER, J., «*Criminal Compliance* y proceso penal: reflexiones iniciales», en *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), IBdF, 2014, Buenos Aires, pp. 195-196.

<sup>1019</sup> ARTAZA VARELA, O., «Programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico penal», en *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), IBdF, 2014, Buenos Aires, p. 237.

<sup>1020</sup> Cfr. NIETO MARTÍN, A., «El cumplimiento normativo», en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, NIETO MARTÍN, A. (Dir.), Tirant lo Blanch, 2015, Valencia, p. 26.

finalidad de aminorar los riesgos de que la empresa incurra en responsabilidad criminal». <sup>1021</sup>

No obstante, como ya se advirtiera, pese a su importante utilidad en la prevención de conductas criminales dentro de la estructura empresarial, el *compliance program* no goza de infalibilidad frente a comportamientos e ideas criminales de las personas físicas. Sí resultan útiles como instrumentos de minimización del riesgo con los que puede contar una empresa para controlar potenciales comportamientos delictivos.

Así, queda claro que luego de la reforma del CPE del año 2015 los programas de cumplimiento, con determinados requisitos, se convierten en un método imprescindible (aunque no obligatorio) para todas las personas jurídicas que deseen establecer una autoorganización y control necesarios para la exención de responsabilidad penal. De ese modo, los programas de cumplimiento se convierten en un factor determinante de ponderación de la RPPJ.

Desde un punto de vista del análisis costo-beneficio propio de la teoría de la elección racional, parece evidente que dicho cálculo arrojará como resultado, en principio, que la implantación de un *compliance program*, más precisamente un modelo de prevención de delitos, redundará en un beneficio para la persona jurídica. En efecto, como hemos visto, el propio legislador dispuso que, en caso de contar con un modelo de organización y gestión que incluya medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza que el cometido, o reducir significativamente su riesgo, la persona jurídica podría quedar exenta de responsabilidad penal. <sup>1022</sup>

---

<sup>1021</sup>ZUGALDÍA ESPINAR, J., *La responsabilidad...*, p. 98. Podemos citar otras definiciones de *compliance programs* que encontramos en la literatura especializada, como las siguientes: para KUHLEN «[s]e denominan *compliance* las medidas mediante las cuales las empresas pretenden asegurarse de que sean cumplidas las reglas vigentes para ellas y su personal, que las infracciones se descubran y que eventualmente se sancionen» (la cursiva es original), cfr. KUHLEN, L., «Cuestiones fundamentales de *compliance* y derecho penal», en *Compliance y teoría del Derecho Penal*, KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), Marcial Pons, 2013, Barcelona, p. 51. COCA VILA define a los *compliance programs* como «conjunto de medidas tendentes a garantizar que todos y cada uno de los miembros de una empresa, desde el Presidente del Consejo de Administración hasta el último empleado, cumplan con los mandatos y prohibiciones jurídico-penales, y a que, en caso de infracción, sea posible su descubrimiento y adecuada sanción»[...] «cuerpos normativos en los que se recogen sistemas empresariales internos de gestión de riesgos», cfr. COCA VILA, I., «¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?», en SILVA SÁNCHEZ (Dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona 2013, p.54.

<sup>1022</sup> No es intención de la tesis analizar en detalle la figura de los *compliance programs* ya que excedería en demasía el marco de la investigación. Entendemos que es suficiente, para el estudio que se realiza, saber que la legislación española cuenta con esta figura en el Código Penal.

La presencia de los *compliance programs* en la legislación española cumple un rol muy importante en la disuasión del delito ambiental. Con esta herramienta novedosa, se fomenta la autorregulación y el aumento de autocontrol por parte de las personas jurídicas elevando las defensas con miras a evitar ataques al medioambiente.<sup>1023</sup>

El Estado, al prever la exención de sanción, lo que hace es persuadir a la persona jurídica, se la incentiva para que aplique los controles necesarios para disminuir los riesgos y prevenir delitos y, en caso de ya poseer controles, aumentarlos.

Este es uno de los motivos por los cuales la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica debe estar basada en la autorresponsabilidad. En efecto, si el modelo de atribución de responsabilidad penal fuese el vicarial o de heterorresponsabilidad, el modelo de prevención de delitos tendrá la función de prevenir los riesgos penales que puedan surgir a causa de la conducta de los miembros de la organización. Sin embargo, una vez que el delito se comete, carece de relevancia para la persona jurídica ya que desde el punto de vista defensivo el *compliance program* no le otorgará ningún beneficio. Distinta es la cuestión cuando el modelo de atribución es el de autorresponsabilidad. Aquí sí contar con un modelo de prevención de delitos idóneo será clave para decidir sobre la responsabilidad de la persona jurídica.<sup>1024</sup>

#### **IV. Sanciones contra los ataques al medioambiente**

Como ya hemos visto en el capítulo II, existen dos ramas jurídicas principales que protegen el bien jurídico medioambiente. La primera de ellas es el derecho administrativo sancionador y la otra el derecho penal.

Sin la intención de ser redundante en el tema (y remitiendo a lo ya visto en el capítulo II), diremos que las sanciones principales del derecho administrativo son la multa, las sanciones resarcitorias o de privación de derechos, medidas accesorias, y reparación de los daños; e identificamos la multa como la sanción más potente dentro de esta rama del ordenamiento.

---

<sup>1023</sup> Como destaca GÓRRIZ ROYO, E. M., *Delitos contra...*, p. 334, los *compliance programs* «tendrían pleno sentido en sectores como el del medio ambiente no solo con respecto a las grandes empresas sino también para las medianas y pequeñas...».

<sup>1024</sup> En ese sentido NIETO MARTÍN, A., «*Regulatory Capitalism* y cumplimiento normativo», en ARROYO ZAPATERO L./NIETO MARTÍN, A. (dirs.), *El derecho penal económico en la era compliance*, Tirant lo Blanch, 2013, Valencia, pp. 15-16.

## 1. La multa: el bajo impacto de las multas en la disuasión

La sanción administrativa de multa se representó en un primer momento como la herramienta más adecuada para proteger el medioambiente. En efecto, las leyes regulatorias de distintos sectores productivos que acuden a la explotación y/o utilización y/o afectación de recursos naturales disponen este tipo de sanción para quienes no cumplen con los parámetros mínimos impuestos en la regulación. Tiene la particularidad de ser una sanción veloz ya que los procedimientos administrativos se resuelven con mayor celeridad que los procesos penales.

Sin embargo, la evidencia empírica<sup>1025</sup> nos demuestra que el nivel de las multas previstas por las leyes administrativas, y las efectivamente impuestas a aquellos que incumplen con la normativa regulatoria del sector específico, resultan insuficientes como elemento de disuasión frente a los ataques al medioambiente. Al respecto, si se efectúa un recorrido por la mayoría de las sentencias por delitos contra el medioambiente en España, se puede observar claramente que los condenados fueron todos previamente sancionados administrativamente e intimados a que desistan de la conducta ilegal. Sin embargo, los ataques al medioambiente persistieron.

Evidentemente, se da un fenómeno que merece un análisis más profundo y puntual del caso y es partir de la cuestión de por qué el individuo (ya sea persona física o jurídica) persiste en la conducta perjudicial para el medioambiente cuando fue ya advertido y/o sancionado administrativamente. Las respuestas a *prima facie* que pueden darse, desde un punto de vista meramente teórico, podríamos encontrarlas, quizá, en la imposibilidad del contaminador de afrontar los montos de las multas y por ello continúa en su accionar valorando únicamente el beneficio que obtendrá por su conducta; otra respuesta puede hallarse en una elevada tendencia al riesgo del sujeto, que lo lleve a creer que por haber sido sancionado administrativamente el Estado no continuará evaluando su conducta. Una tercera opción puede ser directamente el desconocimiento de la existencia de una sanción penal por esas conductas, lo que puede llevar a creer que al haber sido sancionado administrativamente no existe otra instancia sancionadora.

---

<sup>1025</sup> Ver *infra*, análisis de sentencias.



Rememorando lo visto en el capítulo anterior, desde el punto de vista de la disuasión, la sanción monetaria parece tener una serie de ventajas respecto de otras sanciones. En primer lugar, las multas poseen un coste neutral. Esto significa que cuando alguien es sancionado con este tipo de pena, el condenado abona el importe y el Estado puede utilizar ese dinero como considere más oportuno. Amén de esto, de lo que se puede estar completamente seguro es que el dinero será transferido a una persona distinta del delincuente. Por otra parte, como señala ABBOT, la multa es fácil de administrar. En general, cuanto menor sea la sanción, más fácil será para el delincuente cumplirla y más sencilla la ejecución por parte del Estado. En definitiva, las multas minimizan los costos que implica una condena de prisión para la sociedad en general y permite transferir directamente el beneficio económico obtenido por el infractor por la transgresión del delincuente al público.<sup>1026</sup>

Otra ventaja de las multas es su flexibilidad, por lo que pueden responder fácilmente a la heterogeneidad de las infracciones, las circunstancias del delincuente y, lo más importante desde la perspectiva de la disuasión, la utilidad o beneficio del infractor obtenido por la conducta ilícita. Sin embargo, a pesar de que la multa se adapta fácilmente al marco de la disuasión, existen dudas en torno a la medida en que realmente puedan impedir los incumplimientos normativos. En efecto, y como ya se ha deslizado anteriormente, el primer escollo es la utilización de la multa contra una persona jurídica en contraposición de la sanción individual.

Lo primero que debe considerarse es que las multas no transmiten el mensaje de que los delitos graves corporativos son socialmente intolerables. En ese sentido, las sanciones monetarias pueden dar la impresión de que los delitos son mercancías que pueden comprarse a cambio de un costo determinado. En otras palabras, puede ser más beneficioso, en términos económicos, abonar la multa que evitar la contaminación. Por ejemplo, en el año 2001 la empresa Esso Australia LTD fue encontrada culpable de once delitos en virtud de la Ley de Seguridad y Salud de 1985. Como resultado de esas conductas, dos personas murieron y siete resultaron heridas de gravedad. La empresa fue sancionada con una multa de dos millones de dólares pero, teniendo en cuenta que la compañía ganó, en ese momento, dos millones de dólares por día gracias a esas

---

<sup>1026</sup> Cfr. ABBOT, C., *Enforcing Pollution...*, p. 163.

operaciones, podemos asumir que el efecto disuasivo en ese caso era mínimo o inexistente.<sup>1027</sup>

En otro plano, debe considerarse que la multa máxima que puede imponerse se encuentra limitada por la riqueza del delincuente (que en muchos casos puede incluir los beneficios económicos obtenidos ilícitamente). Como resalta MIR, en el sistema español se distinguen dos aspectos: primero la determinación de un número de cuotas que dependerá de la gravedad del hecho; segundo la cuantía de cada cuota que atenderá solamente a las posibilidades económicas de reo.<sup>1028</sup> Esto se describe como una «disuasión trampa», que no resulta un problema cuando el individuo puede ser encarcelado, pero sí lo es cuando el condenado resulta una persona jurídica que, por su propia naturaleza, carece de un cuerpo para encarcelar. Por lo tanto, el aspecto de la capacidad económica se presenta como un límite absoluto en el alcance de la amenaza disuasiva.

Enlazado con lo anterior, una multa elevada puede conducir a la empresa a la quiebra y a su eventual liquidación.

Asimismo, las multas se critican por su efecto indirecto sobre terceros inocentes. Sobre esto se ha argumentado que, a través de dividendos, la reducción de las pérdidas salariales o laborales y aumentos de precios, son los accionistas, los empleados o los consumidores los que sufren económicamente la sanción monetaria a la empresa.<sup>1029</sup> En ese sentido, como señala LAZARUS —en concordancia con párrafos anteriores— el incumplimiento de los deberes ambientales es reducido, en muchas ocasiones, a simplemente un costo de hacer negocios. Las multas impuestas pueden ser transferidas por la empresa a los consumidores de los bienes o servicios ofrecidos por esta en forma de precios más altos.<sup>1030</sup>

Por otro lado, la sanción monetaria quizá no genere en la empresa la obligación de revisar sus procedimientos internos, ya que en algunos casos puede calcularse que los costos asociados con la mejora del sistema de trabajo son muy superiores a los costos de incurrir en multas. Y este es un problema particular en los casos de delitos

---

<sup>1027</sup> *Ibidem*, p. 164.

<sup>1028</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, p. 727.

<sup>1029</sup> Para evitar ser redundante, remitimos al lector a los argumentos vistos en el capítulo II.

<sup>1030</sup> Cfr. LAZARUS, R., «*Mens rea...*».

ambientales ocasionados por la falta de control, lo que genera gestiones ambientales inadecuadas.<sup>1031</sup>

## 2. Alternativas a la multa

Como alternativa a la multa administrativa, el derecho penal español recurrió a la tipificación de los ataques al medioambiente como delito. Esto implica incorporar la pena de prisión al catálogo de sanciones por conductas que afecten al medioambiente. En efecto, como suele decirse: el tiempo de cárcel es un costo que no puede asegurarse y tampoco ser transmitido a los consumidores. Este tipo de sanción puede padecerla tanto aquel que cometa el delito de forma individual o en el seno de una organización. Como ya hemos dicho, las personas jurídicas no actúan por sí mismas, sino por medio de personas físicas. Esto implica que cada violación al Código Penal realizada por una persona dentro de una organización empresarial, acarreará para esa persona la persecución penal que corresponda. Esto, evidentemente, tendrá un mayor efecto disuasorio que la simple aplicación de una multa que debería abonar, en principio, únicamente la empresa. De este modo se evita que el costo del delito se dirija solo a la persona jurídica, permitiendo que el mismo se expanda a los autores específicos de la conducta prohibida.

A su vez, contrariamente a lo que sucede con la multa, la sanción privativa de libertad no puede transmitirse a otros. El encarcelamiento es exclusivamente personal.<sup>1032</sup>

Asimismo, la pena privativa de libertad tendrá un mayor protagonismo en aquellas pequeñas sociedades donde los socios son los propietarios de la misma, confundándose el patrimonio de la persona jurídica con el de la física.

También lo siguiente sirve como argumento para fundamentar la utilización de la sanción privativa de la libertad individual en el contexto empresarial: si los escalones superiores de una empresa son conscientes de que si la organización (de la que son responsables) es detectada realizando actividades que constituyen un delito

---

<sup>1031</sup> Sobre este punto ver ABBOT, C., *Enforcing Pollution...*, p. 166.

<sup>1032</sup> Cfr. LAZARUS, R., «*Mens rea...*». El autor destaca también la ventaja de la sanción penal por sobre la multa en su efecto estigmatizante.

medioambiental, tendrán responsabilidad penal con probabilidad de ir a prisión, ello creará un incentivo potente para implementar un modelo de gestión y control eficiente.<sup>1033</sup>

No obstante lo anterior, como ya se ha dejado en claro en el capítulo II, la necesidad de una sanción penal no significa que deba acudirse a ella para cualquier ataque al medioambiente, sino para aquellos supuestos de ataques más graves.

A su vez, el CPE incorpora dentro de su arsenal punitivo otras sanciones que fortalecen la disuasión de las organizaciones empresariales, especialmente la disolución de la persona jurídica<sup>1034</sup> y la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Esta última adquiere una gran importancia ya que en la mayoría de las ocasiones la actividad empresarial que provoque el ataque al medioambiente será, o estará íntimamente relacionada, con la actividad principal de la empresa. Evidentemente, la prohibición de realizar la actividad equivale, hasta cierto punto, a la disolución de la persona jurídica y/o empresa, dado que la misma no podrá legalmente continuar con su actividad. También, esta prohibición puede ser vista como una especie de incapacitación para la persona jurídica. No obstante, debe tenerse en cuenta que este tipo de sanciones deberán ser aplicadas en los casos más graves de ataques al medioambiente y siempre teniendo en cuenta la proporción del costo social. No olvidemos que este tipo de medidas puede traer aparejado el cierre de una fábrica donde trabaje una gran cantidad de empleados, o incluso puede suceder que un pueblo entero dependa de la actividad económica que realiza la empresa contaminante.

Como hemos referido, la severidad de la sanción no será suficiente. No se debe pasar por alto la importancia de la aplicación efectiva de la pena. Sin ánimo de resultar reiterativo, la certeza del castigo tiene mayor efecto inhibitor sobre los niveles de delincuencia que la gravedad de sanción (ver capítulo III).

---

<sup>1033</sup> Cfr. BISHOP, P., «*Criminal Law as a Preventative Tool of Environmental Regulation: Compliance versus Deterrence*», en *Northern Ireland Legal Quarterly*, 60 (3), 2009, pp. 279-304.

<sup>1034</sup> Un sector de la doctrina se muestra escéptico frente a este tipo de sanciones drásticas ya que entienden que el riesgo de ir a la quiebra por el mal comportamiento de otro debilita el poder de disuasión sobre la persona jurídica. Así, se sostiene que si la empresa está a punto de desmoronarse, independientemente de su inversión y esfuerzo por cumplir con las normas ¿por qué se preocuparía? Más precisamente, la reducción marginal de responsabilidad esperada podría ser demasiado baja para justificar los esfuerzos de monitoreo adicionales. Por tanto, la responsabilidad penal a nivel de las personas jurídicas puede socavar incentivos para poner en práctica las medidas de cumplimiento costosas cuando tales medidas solo reducen, pero no eliminan, la mala conducta; cfr. HAMDANI, A./KLEMENT, A., «*Corporate crime...*», pp. 275-276.

### 3. Sanciones informales

Paralelamente a las sanciones formales, suelen adunarse efectos colaterales que de un modo u otro afectan al sancionado de modo informal. En el caso particular que nos ocupa, las sanciones contra las empresas que participan en el mercado comercial ofreciendo servicios o bienes, la condena por un delito medioambiental puede ocasionar una pérdida en la reputación y en los negocios futuros.

Así, existen corrientes que sostienen la existencia de fuerzas de mercado que influyen socialmente en la economía del cumplimiento; por lo tanto la amenaza o imposición de sanciones monetarias ya no es la fuerza dominante que impulsa las decisiones e inversiones para el cumplimiento empresarial.<sup>1035</sup>

Generalmente, esta pérdida reputacional<sup>1036</sup> será más evidente cuando los damnificados por la acción de la empresa sean sus propios clientes. Gran parte de la literatura acepta la idea de que la reputación se define en términos de las expectativas del consumidor sobre la calidad del producto ofrecido. Por ello, una pena reputacional se genera cuando las expectativas del consumidor no se cumplen.<sup>1037</sup> El efecto de esto último se refleja cuando los clientes y otras partes relacionadas dejan de tratar con la empresa infractora o cambian su disposición a pagar por el producto del infractor. Así, lo que se ha comprobado es que las corporaciones condenadas por delitos con partes relacionadas tienden a experimentar una mayor pérdida de riqueza de los accionistas ante las noticias del crimen que ante las noticias de crímenes contra terceros no relacionados con la empresa.<sup>1038</sup>

En ese sentido, así como una empresa condenada por fraude o falsificación generará desconfianza en sus clientes, una empresa condenada por un delito medioambiental puede generar preocupación en aquellos clientes que exigen una determinada calidad el producto o servicio brindado por la empresa.

---

<sup>1035</sup> Cfr. RECHTSCHAFFEN, C., «*Deterrence...*», p. 1195.

<sup>1036</sup> Sobre esta cuestión ver *infra* el apartado destinado a la licencia social y el cumplimiento.

<sup>1037</sup> Sobre este punto se recomienda la lectura de KLEIN, B./LEFFLER, K., «*The role of market forces in assuring contractual performance*», *Journal of political Economy*, vol. 89, n.º 4, 1981, pp. 615-641; SHAPIRO, C., «*Premiums for high quality products as returns to reputations*», *The quarterly journal of economics*, vol. 98, n.º 4, 1983, pp. 659-679.

<sup>1038</sup> Cfr. ALEXANDER, C., «*On the nature of the reputational penalty for corporate crime: Evidence*», *The Journal of Law and Economics*, vol. 42, n.º S1, 1999, pp. 489-526.

Como señala ABBOT, en las empresas suele existir un interés propio para el cumplimiento. De ese modo, el propio interés de la empresa se transforma en la principal motivación para cumplir con la ley, incluso yendo aún más allá de sus obligaciones legales. Ejemplo de ello son los casos de reducción de emisiones a niveles inferiores a los requeridos estrictamente por la normativa regulador del sector de que se trate. Otra variante del interés propio de la empresa es el mantenimiento de una buena imagen corporativa.<sup>1039</sup> Un incidente de contaminación, sin importar su grado de gravedad, pero muy publicitado, podría influir en la elección de los consumidores y de los inversores y, de ese modo, verse afectada la rentabilidad de la empresa. Del mismo modo, empresas percibidas como irresponsables con el medioambiente también pueden verse sometidas a mayor vigilancia y control por parte de los organismos de control.<sup>1040</sup>

Asimismo, existen grupos que realizan «inversiones verdes», es decir que destinan recursos a empresas socialmente responsables y rechazan la compra de acciones de empresas condenadas por delitos medioambientales.<sup>1041</sup>

En ese mismo sentido, existe la posibilidad de boicot de los consumidores a las empresas con un mal historial medioambiental.

Sin embargo, la cuestión relativa a los costes reputacionales y su incidencia como factor disuasivo no se encuentra libre de controversia. Muchos investigadores sostienen que la preocupación por la reputación motiva, o debería motivar, a las empresas a cumplir con las normas ambientales. En ese sentido se afirma, entre otras cosas, que las empresas que cumplen con las normas ambientales reciben nuevos permisos de construcción por parte de las autoridades administrativas con mayor velocidad que las empresas incumplidoras;<sup>1042</sup> también se argumenta que la evidencia de una violación ambiental podría afectar negativamente la percepción de los clientes sobre la seguridad o calidad de los productos de la empresa;<sup>1043</sup> otros sugieren que los gerentes cumplen con las reglamentaciones ambientales porque se preocupan por la

---

<sup>1039</sup> En ese sentido, muchas empresas han descubierto que convertirse en «líderes ambientales» es bueno para los negocios porque una buena imagen corporativa puede atraer a los consumidores y mejorar las relaciones entre éstos y la empresa; cfr. RECHTSCHAFFEN, C., «*Deterrence...*», p. 1195.

<sup>1040</sup> Ver ABBOT, C., *Enforcing Pollution...* p.31.

<sup>1041</sup> Cfr. COHEN, M., «*Environmental Crime and Punishment: Legal/Economic Theory and Empirical Evidence on Enforcement of Federal Environmental Statutes*», 82 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 1054 (1992). Sobre este punto señalan SHOVER, N./ROUTHE, A., «*Environmental crime*», que para algunas empresas, altas puntuaciones en las medidas de los daños ambientales son seguidos por una reducción en las cotizaciones bursátiles.

<sup>1042</sup> Cfr. DECKER, C., «*Corporate environmentalism and environmental statutory permitting*», en *The Journal of Law and Economics*, vol. 46, n.º 1, 2003, pp. 103-129.

<sup>1043</sup> Cfr. COHEN, M., «*Environmental Crime...*».

imagen de su empresa.<sup>1044</sup> Según estos argumentos, los clientes, empleados y proveedores de la empresa poseen preocupaciones ambientales que motivan un cumplimiento de la normativa ambiental, centrándolos en una buena conducta medioambiental. En efecto, las actividades enemigas del medioambiente podrían generar una percepción negativa en la sociedad que genere una reducción en la demanda de productos de la empresa, o aumente los costos de la empresa.

El contraargumento a lo expuesto por esas posiciones sostiene que las sanciones de reputación son pequeñas por violaciones ambientales. Estas voces afirman que las violaciones ambientales difieren de los fraudes y otros tipos de infracciones ya que imponen costos a partes distintas de aquellas con las que la empresa hace los negocios. Eso se debe a que en los modelos de reputación basados en el mercado, una sanción de reputación recae cuando los clientes o partes relacionadas terminan sus relaciones con la empresa infractora. Siguiendo esa idea, los delitos contra el medioambiente —en principio— no causan daño a las partes relacionadas a la empresa, sino que, en cambio, el daño que produce se difumina en la sociedad en general. Por lo tanto, según la teoría de sanciones basadas en el mercado, estas surgen de la ruptura de relaciones previamente establecidas.<sup>1045</sup> Un ejemplo para graficar esas palabras sería el siguiente: los vecinos de una fábrica de calzado sufren los vertidos tóxicos al río (ya que no pueden utilizar para regar y dar de beber a sus animales). Sin embargo, esos vecinos no mantienen relación comercial con la empresa titular de esa fábrica, y los clientes de la empresa no tienen ningún incentivo directo para reducir su demanda de productos de la empresa si tal vertido no afecta la calidad.

En un interesante estudio realizado por KARPOFF y colegas, donde se examinaron 478 casos de empresas que cotizan en bolsa y fueron investigadas o acusadas de violaciones ambientales entre los años 1980 y 2000, los autores encontraron que esas acusaciones de ataques al medio ambiente generaron pérdidas económica y estadísticamente significativas en los valores de las acciones de la empresa. Sin embargo, dichas pérdidas resultaron similares en tamaño a las sanciones legales que recibieron. Así, esta investigación arrojó que si bien los infractores ambientales pierden valor de mercado, las pérdidas reflejan las sanciones legales de esas empresas. Las sanciones de reputación inducidas por el mercado, en promedio, fueron insignificantes.

---

<sup>1044</sup> Cfr. DOWNING, P./KIMBALL, J., «*Enforcing pollution control laws in the United States*», En *International Comparisons in Implementing Pollution Laws*, Springer, Dordrecht, 1983, pp. 249-263.

<sup>1045</sup> Cfr. ALEXANDER, C., «*On the nature...*».

Por ello, concluyen que las sanciones legales, y no las sanciones de reputación, son los principales elementos disuasivos de las violaciones ambientales.<sup>1046</sup>

---

<sup>1046</sup> Cfr. KARPOFF, J./LOTT, J./WEHRLY, E., «*The reputational penalties for environmental violations: empirical evidence*», *The Journal of Law and Economics*, vol. 48, n.º 2, 2005, pp. 653-675. Siendo aún más extremo, ALEXANDER, luego de realizar un estudio empírico sobre los efectos reputacionales de las sanciones penales, advierte que no debe esperarse que las firmas soporten sanciones reputacionales por delitos contra el medioambiente; cfr. ALEXANDER, C., «*On the nature...*», pp. 499-500.



## V. Paradoja Harrington o ¿por qué cumplen las empresas?

Un fenómeno que llama la atención a los autores especializados es el alto cumplimiento de la normativa protectora del medioambiente por parte de las grandes corporaciones. Ello se debe a que, si nos atenemos estrictamente a lo que surge del modelo de disuasión basado en la teoría de la elección racional, no parece del todo racional acatar la normativa. Incluso en algunos casos existe un sobrecumplimiento de las normas, ya que la probabilidad de ser aprehendidos no es realmente alta y las sanciones parecieran no significar un gran costo en comparación con los patrimonios de algunas empresas. A este fenómeno de cumplimiento por parte de un gran número de empresas se le denomina paradoja HARRINGTON, en honor a quién lo advirtiera por primera vez.<sup>1047</sup> En concreto, HARRINGTON advirtió que, en EE. UU., los estudios empíricos sobre el cumplimiento de las reglamentaciones ambientales, especialmente las referidas a la contaminación del agua y aire, han demostrado que: 1) para la mayoría de las empresas la frecuencia de vigilancia es bastante baja; 2) incluso cuando se descubren las infracciones, las multas u otras sanciones raramente se aplican en la mayoría de los estados; 3) sin embargo, se cree que las empresas cumplen una gran parte del tiempo.<sup>1048</sup>

Este fenómeno parece darse, también, en España. Para analizarlo, tomaremos como referencia el listado de las veinte empresas que realizan una mayor cantidad de emisiones de CO<sub>2</sub> según el informe (ya citado) realizado por el Observatorio de la Sostenibilidad. En efecto, según ese estudio, las veinte empresas que emiten una mayor cantidad de CO<sub>2</sub> a la atmósfera en España son las siguientes: Endesa, Repsol + Petronor, Gas Natural Fenosa, Hidrocarbónico, ArcelorMittal, EON, Cepsa, Cemex, Iberdrola, Cementos Portland, Cementos Tudela Veguin, Central térmica Velilla del Río

---

<sup>1047</sup> Cfr. FAURE, M./SVATIKOVA, K., «Criminal or Administrative Law to Protect the Environment? Evidence from Western Europe», en *Journal of Environmental Law*, vol. 24, 2012, pp. 253-286; Abbot, C., *Enforcing...*, p. 28.

<sup>1048</sup> Cfr. HARRINGTON, W., «Enforcement leverage when penalties are restricted», en *Journal of Public Economics*, 1988, vol. 37 (1), pp. 29-53. Ver también, HEYES, A., RICKMAN, N., «Regulatory dealing - revisiting the Harrington paradox», en *Journal Of Public Economics*, Jun, 1999, vol.72 (3), pp. 361-378. Ver también, VANDENBERGH, M. «Beyond Elegance...», pp. 127 ss.

Carrión, Lafarge Cementos, Alcoa, Sociedad Financiera y Minera SA, Holcim España, BP Oil España, SAU, Fertiberia, Dow Chemical Ibérica y Solvay.

Tabla 0: empresas españolas que más emisiones de CO<sub>2</sub> realizan. Cumplimiento normativo.

Repsol	<ol style="list-style-type: none"> <li>1) Política de salud, seguridad y medioambiente.</li> <li>2) Informe de sostenibilidad.</li> </ol>
Endesa	<ol style="list-style-type: none"> <li>1) Política de cumplimiento normativo penal y antisoborno.</li> <li>2) Informe de sostenibilidad.</li> <li>3) Principios generales para la prevención de riesgos penales.</li> </ol>
Acelormetal	<ol style="list-style-type: none"> <li>1) Política ambiental.</li> <li>2) Informe de sostenibilidad.</li> </ol>
Cemex	<ol style="list-style-type: none"> <li>1) Declaración medioambiental.</li> <li>2) Certificación AENOR del Esquema Europeo de Ecogestión y Ecoauditoría.</li> <li>3) Política ambiental.</li> </ol>
ALCOA	<ol style="list-style-type: none"> <li>1) Reporte de sustentabilidad.</li> </ol>
Cementos Portland	<ol style="list-style-type: none"> <li>1) Política ambiental.</li> <li>2) Memoria de sostenibilidad.</li> </ol>
Gas Natural Fenosa	<ol style="list-style-type: none"> <li>1) Declaración medioambiental.</li> <li>2) Código ético (4.15: Respeto al medio ambiente).</li> <li>3) Criterios de gestión de activos nucleares.</li> <li>4) Informe: Huella de carbono.</li> <li>5) Certificado global del sistema de gestión ambiental.</li> </ol>
Cementos Tudela	<ol style="list-style-type: none"> <li>1) Código de conducta: establece sistema de control para prevenir delitos.</li> </ol>
CEPSA	<ol style="list-style-type: none"> <li>1) Código de ética y de conducta: p. 23: Protección del medio ambiente.</li> <li>2) Política de salud, seguridad, medio ambiente y calidad (HSEQ).</li> </ol>
Iberdrola	<ol style="list-style-type: none"> <li>1) Declaración Ambiental.</li> </ol>

	2) Informe de sostenibilidad.
E.ON	1) Informe de sostenibilidad.
HCH	1) Política de medio ambiente.
Holcim	1) Política de responsabilidad social corporativa. 2) Política medio ambiental.
EDP	1) Principios de desarrollo sostenible
SOLVAY	Incluye en sus políticas un compromiso con el planeta.

De un análisis realizado a cada una de estas empresas, pudimos observar que todas, en principio, cumplen con las normativas vigentes. Asimismo, las veinte poseen una política ambiental y la mayoría asumen compromisos ambientales de todo tipo, participando y apoyando asociaciones e instituciones protectoras del medioambiente. También aparentan una gran transparencia sobre sus acciones. Para ello, la mayoría realiza informes sobre la sostenibilidad ambiental de la empresa.

En el cuadro anterior (tabla 0), puede apreciarse a quince de las empresas que más emisiones generan en la atmósfera de España y, en la celda continua, las manifestaciones de cumplimiento con el que cuentan en la organización corporativa.

Tomando estos parámetros, y al solo efecto de considerarlos indiciarios, podríamos deducir que la paradoja HARRINGTON sucede también en España (al menos en el sector industrial que realiza grandes emisiones de CO<sub>2</sub>).

Esta situación evidentemente deja abierta una interrogante: ¿por qué las empresas parecen cumplir más de lo previsto por la teoría?

La respuesta no es unívoca. Evidentemente, esta situación podría sugerir que el enfoque económico racional no responde completamente a la dinámica empresarial y su relación con el medioambiente. Pareciera, desde un punto de vista de disuasión puro, que la empresas que cumplen —o que lo hacen incluso por demás— con las normativas protectoras del medioambiente, lo hacen de manera irracional.

## 1. Teoría de la legitimidad

Un intento de respuesta al fenómeno descrito en el punto anterior lo aporta la teoría de la legitimidad. Así, en opinión de EMERY/WATSON, el modelo del contaminador racional —que hemos descrito en puntos anteriores— puede ofrecer solo una visión parcial del comportamiento organizacional en respuesta a la legislación ambiental en el mejor de los casos. Asimismo, existe un incremento en la evidencia que sugiere que las organizaciones que cumplen con las leyes ambientales pueden ser conducidas por patrones de comportamiento que se explican por la teoría de la legitimidad.<sup>1049</sup>

Existen varias alternativas al modelo de contaminador racional a los que puede acudir para explicar el cumplimiento ambiental. Estos enfoques incluyen explicaciones basadas en diferencias culturales, teoría de la agencia, teoría de la economía política, entre otras. Sin embargo, la que nos otorga una aproximación más útil a la explicación del cumplimiento en el contexto medioambiental es la teoría de la legitimidad. Esta teoría sugiere que las organizaciones existen por el consentimiento de la sociedad a través de una especie de contrato social. Si la organización incumple ese contrato social, entonces su supervivencia se verá amenazada.<sup>1050</sup>

En concreto, tomando la definición más convincente de la teoría de la legitimidad, podemos afirmar que habrá legitimidad cuando una condición o estado es congruente con el sistema de valores del sistema social más amplio del cual la entidad es una parte. Cuando exista una disparidad, real o potencial, entre los dos valores de ese sistema, existe una amenaza a la legitimidad de la entidad.<sup>1051</sup>

Pero ¿por qué las organizaciones se preocupan por la legitimidad? A esta interrogante suele responderse con lo siguiente: las organizaciones se preocupan por la legitimidad porque es esencial para su supervivencia a largo plazo. En ese sentido, los desafíos de la legitimidad se relacionan con la visibilidad de la organización hacia la sociedad (cuanto mayor sea la corporación, mayor será el nivel de evaluación pública).

---

<sup>1049</sup> Cfr. EMERY, A./WATSON, M., «*Organizations...*».

<sup>1050</sup> *Ibidem*.

<sup>1051</sup> Cfr. DOWLING, J./PFEFFER, J., «*Organizational legitimacy: societal values and organizational behavior*», en *Pacific Sociological Review*, vol. 18, N.º. 1, 1975, pp. 122-36.

Así, se afirma que la legitimidad es un estado conferido, controlado por aquellos fuera de la organización.<sup>1052</sup>

Algunos autores sostienen que existen presiones institucionales coercitivas emanadas de las leyes y regulaciones, presiones culturales y presiones miméticas donde las organizaciones copian a otras organizaciones.<sup>1053</sup> En ese sentido, también se afirma que las organizaciones desarrollan concepciones compartidas de la realidad, sin embargo están influenciadas por el entorno externo a través de las leyes, las regulaciones y los tribunales. No obstante, lo más importante quizá sea la opinión pública.<sup>1054</sup>

Desde la óptica de esta teoría, las organizaciones que evitan violar las leyes ambientales pueden ser impulsadas por el deseo de permanecer congruentes con el sistema de valores de la sociedad. Se puede pensar que las grandes organizaciones sentirán que es más necesario adquirir la aprobación de la sociedad que las pequeñas, o al menos contar con los recursos para ayudar a la sociedad a aceptar que permanecen dentro del contrato social.

Según EMERY/WATSON, si aceptamos la teoría de la legitimidad como un descriptor mejor de la conducta organizacional que el modelo del contaminador racional, el mantenerse en el comportamiento que genera legitimidad traerá resultados económicos. Esos resultados pueden incluir una mayor rotación, continuidad, evitar litigios y evitar la investigación ambiental (proceso que no es gratuito).<sup>1055</sup>

Existen distintas razones que motivan a la organización a seguir estrategias de legitimidad, y la mayoría poseen un significado económico. Por ejemplo, existe evidencia de que un desempeño ambiental deficiente es castigado por la disminución en el precio de las acciones de la compañía, pero revelar las acciones relacionadas con el medioambiente puede resultar beneficioso. Dicha evidencia respalda la opinión de que las organizaciones que divulgan información ambiental en sus informes financieros probablemente se desenvuelvan mejor en los mercados luego de un desastre ambiental, en comparación con aquellos que no ofrecen información u ofrecen menos.<sup>1056</sup>

---

<sup>1052</sup> Cfr. EMERY, A./WATSON, M., «*Organizations...*».

<sup>1053</sup> Cfr. POWELL, W./DIMAGGIO, P., «*The iron cage revisited: institutional isomorphism and collective rationality in organizational fields*», en *American Sociological Review*, vol. 48, abril, 1983 pp. 147-60.

<sup>1054</sup> Cfr. EMERY, A./WATSON, M., «*Organizations...*», citando SCOTT, J. (1999), «*Rational choice theory*», disponible en: <<http://private.essex.ac.uk/scottj/socscot7.html>>

<sup>1055</sup> *Ibidem*.

<sup>1056</sup> Cfr. BLACCONIERE, W.; PATTEN, D., «*Environmental disclosures, regulatory costs, and changes in firm value*», en *Journal of Accounting and Economics*, vol. 18 (3), 1994, pp. 357-377.

Asimismo, otras investigaciones demostraron que existe un vínculo entre el desempeño financiero corporativo y el desempeño social. Esto es así dado que una situación financiera sólida proporciona los recursos necesarios para aplicar una política socialmente responsable.<sup>1057</sup> Por este motivo, puede presumirse que las empresas exitosas tienden más a legitimar las prácticas ambientales que las organizaciones de menor poder económico.

## 2. Licencia social y cumplimiento

Otro argumento que suele utilizarse para explicar el fenómeno del cumplimiento por parte de las empresas incluso más allá de las obligaciones legales, viene de la mano de una posible censura pública. En ese sentido, los grupos comunitarios y las organizaciones no gubernamentales juegan un papel importante como grupos de presión para las empresas con el objetivo de que reduzcan sus impactos sociales adversos. Por ello, los ejecutivos corporativos hablan cada vez más sobre la importancia de operar de acuerdo a su «licencia social», lo que significa que están obligados a cumplir expectativas de la sociedad y evitar actividades y conductas que las sociedades consideran inaceptables. A estos fines, puede definirse la licencia social como las demandas y expectativas para una empresa que surge de los barrios, grupos ambientalistas, miembros de la comunidad y otros elementos de la sociedad civil circundante.<sup>1058</sup>

El argumento de la licencia social va de la mano de la teoría de la legitimidad, ya que la opinión de la sociedad juega un rol determinante en la inclinación organizativa hacia el cumplimiento.

---

<sup>1057</sup> Cfr. WADDOCK, S./GRAVES, S., «*The Corporate Social Performance-Financial Performance Link*», en *Strategic Management Journal*, April, vol. 18 (4), 1997, pp. 303-319.

<sup>1058</sup> Cfr. GUNNINGHAM, N./KAGAN, R./THORNTON, D., «*Social License and Environmental Protection: Why Businesses Go Beyond Compliance*», en *Law & Social Inquiry*, Abril, vol. 29 (2), 2004, pp. 307-341. Señalan estos autores que incluso, en algunos casos, las condiciones exigidas por los «licenciantes sociales» pueden ser más estrictas que las impuestas por la regulación, lo que arroja como resultado medidas ambientales corporativas «más a allá del cumplimiento», aún en circunstancias donde es poco probable que sean rentables.

La licencia social no se basa en requisitos legales sino en el grado en que una corporación y sus actividades satisfagan las expectativas de las comunidades locales, la sociedad en general y diversos grupos interesados.<sup>1059</sup>

La licencia social puede ser aplicada de varias maneras. En principio, como ya hemos visto, muchas empresas se preocupan por la preservación de su «capital reputacional», que la comunidad circundante puede agotar por medio de la crítica o expandir mediante elogios. Por ello, los «castigos» y «recompensas», actuales o anticipados, pueden inducir a las empresas a adoptar medidas que no están justificadas en términos cuantitativos tradicionales para evaluar una probable rentabilidad. Por el contrario, las buenas medidas ciudadanas se justifican sobre la base de que mejorar la reputación de la empresa como «amiga» del medioambiente será un «buen negocio» a corto o largo plazo.<sup>1060</sup> Debe tenerse en cuenta, también, que las demandas de licencias sociales, cuando no se cumplen, pueden traducirse en nuevos requisitos legales. Por lo tanto, las demandas de licencias sociales pueden resultar en un endurecimiento de la licencia regulatoria. Y por último, las demandas de la licencia social pueden imponerse a través del mercado: los clientes pueden imponer costos económicos directos a firmas que no cumplen mediante boicots, y las firmas que se forjan una reputación sobresaliente en el desempeño medioambiental pueden ganar precios especiales o mejorar su posición en el mercado.<sup>1061</sup>

Como se evidencia, el mecanismo de aplicación de licencias sociales se basa en la noción de capital reputacional, que representa un puente de comunicación que predispone a ONG, comunidades y otros grupos a entrar en una discusión abierta en lugar de una oposición hostil. El capital reputacional implica credibilidad, por lo que los costos iniciales y el riesgo asociados con obtener la aceptación social se reducen.<sup>1062</sup> El argumento radica en que aquellos con un capital reputacional más elevado obtendrán un acceso más rápido a los medios para obtener beneficios futuros como aprobaciones de

---

<sup>1059</sup> Un buen ejemplo de esto es lo que sucede con las plantas de celulosa y pasta de papel. En un estudio en que se entrevistó a distintos gerentes de empresas de este rubro, la mayoría estuvo de acuerdo en que la presión social era determinante en su actividad. Así, por ejemplo, cuando una empresa se enfocó principalmente en el uso de cloro como agente blanqueador, las comunidades a menudo han hecho que el control del olor y otros problemas estéticos sean parte de las licencias sociales y regulatorias de las fábricas de celulosa. Cuando en una entrevista se le preguntó a un funcionario de qué estaba más orgulloso del programa ambiental, la respuesta inequívoca fue: la reducción del olor, cfr. Cfr. GUNNINGHAM, N./KAGAN, R./THORNTON, D., «*Social License...*», p. 318.

<sup>1060</sup> *Ibidem*, p. 319.

<sup>1061</sup> *Ibidem*, p. 320.

<sup>1062</sup> *Idem* citando JOYCE, S./ I. Thomson. 1999. «*Earning a Social License to Operate: Social Acceptability and Resource Development in Latin America*». *Mining Journal*, 11 de junio, p. 441.

desarrollo, acceso preferente a áreas y productos prospectivos, el poder del gobierno, la confianza de los reguladores, la tolerancia de los gobiernos locales, etc.

Sobre esta cuestión, un estudio realizado por KAGAN y sus colegas donde se analizó el cumplimiento de la normativa ambiental por parte de plantas de celulosa y papel, arrojó como resultado que las industrias cumplían más allá de lo que exigía la normativa. Así, la investigación demostró, por un lado, que la regulación legal es muy importante a los efectos del cumplimiento, siendo la responsable directa de grandes reducciones de contaminación. Sin embargo, los autores destacan dos hallazgos relevantes: el primero de ellos es que las plantas de celulosa cumplían más allá de lo exigido por las normas, por ejemplo, reduciendo la contaminación del agua a niveles inferiores de los requeridos por los permisos administrativos. El segundo lugar, se advirtió que las presiones de la licencia social y el carácter de la gestión ambiental corporativa parecen ser los factores más poderosos que empujan a algunas empresas a cumplir más que otras.<sup>1063</sup>

En resumen, las demandas ambientales de los actores sociales pueden exceder los requisitos regulatorios e inducen a la empresa a hacer más por el medioambiente de lo que exige la ley. Esto sucede como una cuestión de gestión de riesgos: los administradores de las instalaciones y las empresas creen que no cumplir con los requisitos de la licencia social resultará en una mayor regulación o mayores costos económicos para la empresa, aunque puede variar hasta qué punto creen eso. Una empresa que no responde adecuadamente a las obligaciones de la licencia social corre el riesgo de un endurecimiento de su licencia reguladora, ya que los activistas comunitarios frustrados recurren a los políticos y a los reguladores en busca de ayuda.<sup>1064</sup>

### 3. Normas internas

---

<sup>1063</sup> Cfr. KAGAN, R./GUNNINGHAM, N./THORNTON, D., «*Explaining corporate...*». Para estos autores, el comportamiento ambiental corporativo está conformado por dos conjuntos de interacciones: primero, las «variables externas» —legales, económicas y socio-políticas— y, el segundo, las actitudes gerenciales corporativas. Así, los autores citados consideran que las diversas presiones externas son términos o condiciones de una «licencia para operar» multifacética (las comillas son originales).

<sup>1064</sup> *Ibidem*, pp. 336 ss.



Mediante un marco conceptual de disuasión alternativo, VANDENBERGH propone incorporar al tradicional binomio probabilidad de detección–severidad de sanción, la presencia de un tipo de sanción que denomina «interna».<sup>1065</sup> Este autor parte de la premisa de la racionalidad de la toma de decisiones. De ese modo los costos y beneficios influyen en las intenciones del comportamiento de los individuos. En este marco, las sanciones formales son uno de esos costos percibidos. Sin embargo, el modelo de disuasión tradicional diferencia, por un lado, los costos percibidos de las normas externas (aquellos que surgen de las expectativas del individuo de que las sanciones sociales externas se impondrán si otros se enteran de la violación de la norma) y los costos que derivan de las normas internas (que surgen de la expectativa individual respecto de la culpa o vergüenza que sentirá por violar la ley).

Así, desde este enfoque, existen tres factores determinantes: el primero es el temor a las sanciones legales formales, que serían los costos comúnmente incluidos en el modelo de disuasión clásico. El segundo es el temor a las sanciones informales, es simplemente —según el autor— el miedo a las sanciones de normas externas; y el tercer factor consiste en el compromiso moral de cumplir con la ley (norma interna).<sup>1066</sup>

Según el autor citado, una norma interna puede surgir cuando un individuo internaliza una estrategia o patrón de comportamiento como una obligación. Las normas internas también pueden ser inculcadas a través de contactos con familiares, amigos, grupos educativos y religiosos u otras organizaciones. Un individuo puede internalizar una norma ampliamente compartida y ejecutada por otros, y en ese caso la norma puede funcionar tanto a través de sanciones internas como externas.<sup>1067</sup>

Sobre esta cuestión distintos estudios empíricos llegaron a las siguientes conclusiones: un estudio realizado por PATERNOSTER y SIMPSON encontró que las

---

<sup>1065</sup> Sobre esta idea ya hemos visto *supra*, al tratar el delito medioambiental como un subtipo de delito de cuello blanco.

<sup>1066</sup> Cfr. VANDENBERGH, M. «*Beyond Elegance...*», pp. 67-68.

<sup>1067</sup> *Ibidem*, p. 69. Un buen ejemplo de esto es el estudio realizado por KUPERAN /SUTINEN, «*Blue water crime: deterrence, legitimacy, and compliance in fisheries*», en *Law and Society Review*, 1998, pp. 309-338, en relación a la disuasión de la actividad pesquera. Los autores advierten que el sistema de disuasión clásico no funciona como un predictor correcto de la conducta de los pesqueros ya que la probabilidad de aprehensión de aquellos que pescan de forma ilegal es muy baja. De acuerdo con el enfoque de la disuasión beckeriano, la predicción indica que los pescadores incumplirán la norma, ya que es lo que resulta racionalmente más beneficioso desde un punto de vista económico. Sin embargo, los investigadores observan que una alta proporción (de 50 % a 90 %) de los pescadores normalmente cumplen con las regulaciones. Los autores citados encuentran una explicación al cumplimiento en el sentido de obligación moral, que expresa la obediencia hacia un conjunto de reglas y que es común a toda la sociedad. Así, los individuos tenderían a cumplir la ley en la medida en que la perciben como apropiada y consistente con sus formas internalizadas.

sanciones legales formales y las sanciones sociales externas limitaban el incumplimiento, pero los efectos de las normas internas tenían la mayor influencia.<sup>1068</sup> Ese estudio concluyó que cuando las inhibiciones morales eran débiles, las sanciones injustas y extraoficiales y el contexto organizacional afectaban la competencia, pero cuando las inhibiciones morales de los individuos eran altas, la consideración del costo y el beneficio de la delincuencia corporativa era virtualmente superflua.

Otro estudio realizado en el área ambiental por CORDANO/FRIEZE, donde no se revisó el cumplimiento ambiental directamente sino que se exploraron las intenciones de los gerentes de negocios de emprender actividades voluntarias de prevención de la contaminación,<sup>1069</sup> arrojó como resultado que las normas internas de los administradores ambientales sobre la prevención de la contaminación se relacionaría positivamente con su preferencia para implementar actividades de reducción de fuentes de contaminación. Los resultados de ese estudio sugieren que las normas internas producen la relación más fuerte con las preferencias de comportamiento para la prevención de la contaminación.<sup>1070</sup>

En definitiva, si bien los estudios no resultan concluyentes,<sup>1071</sup> pareciera que las normas internas, poseen una gran influencia en la toma de decisiones por parte de quienes poseen un *status* gerencial o de poder dentro del ámbito empresarial.

## VI. Disuasión sobre conductas individuales de las personas físicas

### **Dificultad del efecto disuasivo de la norma en personas individuales que no obtienen beneficio económico por la explotación, utilización y/o afectación del medio ambiente**

---

<sup>1068</sup> Cfr. PATERNOSTER, R., SIMPSON, S., «*Sanction Threats...*».

<sup>1069</sup> Cfr. CORDANO, M./FRIEZE, I. «*Pollution reduction preferences of US environmental managers: Applying Ajzen's theory of planned behavior*», *Academy of Management journal*, 43, 4, 2000, pp. 627-641.

<sup>1070</sup> Cfr. VANDENBERGH, M. «*Beyond Elegance...*», p. 131.

<sup>1071</sup> Ver VANDENBERGH, M. «*Beyond Elegance...*», p. 131. En síntesis, uno de los estudios indica que, aunque las normas internas puedan influir en el cumplimiento, ello no sucedería siempre aumentándolo. Un sentimiento antiambiental entre los gerentes de la empresa puede subvertir, en lugar de apoyar, el cumplimiento ambiental. Otro estudio también concluyó que el clima organizacional en las empresas limitaba la influencia de las preocupaciones morales de los gerentes de negocios sobre la decisión de cumplimiento regulatorio.

Uno de los aspectos de la protección del medioambiente que mayor interés nos ha generado es el efecto disuasorio de la sanción penal sobre las conductas individuales de personas físicas. En ese sentido, debemos preguntarnos si la sanción penal dispuesta para aquellas conductas que vulneran el bien jurídico protegido por el art. 325 CPE disuaden, o no, a las personas físicas.

En efecto, la primera parte de este capítulo se destinó al análisis de las conductas nocivas para el medioambiente provenientes de personas jurídicas. Esto se debe a que, en nuestra consideración, el delito medioambiental fue ideado para evitar los ataques más graves al medioambiente provenientes de empresas que lucran, justamente, con la explotación o degradación del bien jurídico protegido.

Para entrar en el análisis de la cuestión debemos partir de un hecho que, aunque parezca obvio, debemos resaltar: el proceso de toma de decisiones en el ámbito empresarial no es el mismo que el llevado a cabo por una persona física a modo individual. Sobre todo, las mayores diferencias se encuentran en las finalidades y el conocimiento.

Concretamente, la persona jurídica tiene su razón de ser en el lucro, es decir la maximización de utilidades. Así, la persona jurídica existe como una permanente búsqueda de beneficios. Mientras que la persona física, si bien tiene esos mismos objetivos en su vida cotidiana, son mucho más acotados que los de la persona jurídica.

Sin embargo, la ley penal no discrimina, y el delito contra el medioambiente no es un delito especial, por lo tanto su destinatario es la sociedad en general. Partiendo de esa premisa, debemos remarcar diferencias entre el efecto disuasorio en el ámbito de la persona jurídica y en el individual.

El punto de partida es el mismo. La norma penal amenaza con una sanción, un «costo», en sentido del AED, al ciudadano que realice algunas de las conductas del tipo penal. No obstante, esa amenaza no surtirá el mismo efecto en la persona física que en la jurídica.

Justamente, el efecto disuasivo del DPMA en la persona física se ve disminuido al tener que sortear distintas dificultades:

**a) Imposibilidad o dificultades fácticas:** no es difícil suponer que la persona física carece de recursos y medios con el suficiente poder devastador como para poner

en peligro el equilibrio de los sistemas naturales. Por ello, es altamente improbable (sino imposible) que el ciudadano individual, la persona física, pueda realizar la conducta descrita en el tipo penal; ya sea por falta de recursos o de capacidad destructiva de sus acciones cotidianas. Yendo al absurdo, es difícil imaginar que un ciudadano genere un peligro para el equilibrio de los sistemas naturales por la conducción de su vehículo, no reciclar sus residuos domésticos, derrochar energía en su hogar, etc. Asimismo, se presenta como hipótesis de imposible cumplimiento que una persona física ocasione catástrofes similares a la de Exxon Valdez, el Prestige o cualquiera de las mencionadas a lo largo de la tesis,<sup>1072</sup> a causa de sus actos habituales (salvo que se desempeñe laboralmente en una empresa cuya actividad principal genere riesgos medioambientales, por ejemplo el capitán del Prestige).

**b) Dificultad cognitiva:** la persona física que no lucra profesionalmente con el medioambiente, difícilmente posee el conocimiento necesario para realizar una conducta típica, menos aún si consideramos el elevado contenido técnico de la norma penal en blanco, con remisiones a la normativa administrativa. A diferencia de lo que sucede con la persona jurídica, que posee (o debería poseer) equipos técnicos especializados y asesoramiento profesional sobre las cuestiones ambientales —entre ellas la normativa administrativa que debe cumplir para ejercer la actividad—; la persona física no conoce el abanico interminable de normas administrativas referidas a la protección del medioambiente que completan el tipo penal. Esta situación llevará a que si, por casualidad, una persona física, por un acto cotidiano de su vida, logra realizar el tipo penal, este no pueda serle imputado por desconocimiento de la normativa extrapenal que completa el tipo.<sup>1073</sup>

**c) Desinterés:** en otro orden de ideas, la persona física que no lucra con la afectación del medioambiente, es decir que no obtiene beneficios económicos de conductas perjudiciales para el medioambiente, no tendrá interés alguno en la sanción que dispone el tipo penal ya que no realizará la conducta allí descrita. Por tanto, la

---

<sup>1072</sup> Diferente es, por ejemplo, la conducta que puede provocar un delito por conducción temeraria, o accidentes imprudentes en la conducción de un vehículo. Con esto queremos decir lo siguiente: existen conductas diarias de las personas físicas que sí pueden configurar un delito si no son realizadas con el cuidado necesario. Por tal motivo, los ciudadanos sí se preocupan (en teoría) por cumplir al máximo posible con la normativa reguladora; por ejemplo: poseer carnet vigente, conducir a las velocidades máximas permitidas, no cruzar el semáforo en rojo, etc.

<sup>1073</sup> Sobre este aspecto, ver capítulo II. Allí se trató la cuestión del error de tipo en esta clase de delitos.

sanción, en sus sentidos formal e informal, no surtirá efectos en la conducta de la persona física. Entonces, podemos inferir que la persona física que no obtiene beneficios económicos de la explotación del medioambiente no realizará ningún cálculo de maximización coste-beneficio, como el que vimos en el capítulo III y, por tanto, la disuasión, como la hemos analizado hasta aquí, pareciera que no puede ser predicada respecto de la persona individual.

Sin embargo, lo anterior no significa que la sanción penal no posea sentido alguno. Al contrario, la protección penal del medioambiente posee un alto contenido de prevención general positiva (en los términos vistos en el capítulo III) cuando se dirige al ciudadano, a la persona física que día a día convive expuesta a los más variados riesgos medioambientales.

Así, en diversos estudios cuantitativos (ver *infra*) se refleja que existe una elevada preocupación por la cuestión medioambiental en la sociedad española en general, siendo conscientes de la peligrosidad de la contaminación ambiental, del rol que juegan las empresas en el daño ambiental y de la necesidad de la protección del medioambiente por parte del Estado.

A consecuencia de esto último, y apoyándonos en los estudios cuantitativos que se verán más adelante, podemos hacer una breve reflexión —sin ahondar en el tema ya que excede el marco de esta investigación—: cuando se intenta analizar el efecto de la sanción penal que recaerá sobre conductas atentatorias contra el medioambiente realizadas por personas físicas que no lucran con la explotación del bien jurídico, es posible hallar un fundamento en las convicciones morales de las personas en relación a la justicia. Así, como señala MIRÓ, la norma penal no solo se manifiesta como una amenaza que influye en el comportamiento humano; sino que tiene otro efecto comunicativo relacionado con las motivaciones conductuales humanas, como las creencias morales y la pertenencia a un grupo social.<sup>1074</sup> Así, señala el autor citado que «la norma penal no es solo una amenaza, sino la expresión del modelo de conducta socialmente adecuado y revestido de legitimidad formal y, usualmente, material. Y al tipificarse una conducta y adscribirse a ella una pena, siempre que eso se haga desde un sistema legítimo y en correspondencia con las intuiciones de justicia generales, se está comunicando a las personas que ese comportamiento es considerado por la

---

<sup>1074</sup>Cfr. MIRÓ LLINARES, F., «La función de la pena ante el “paso empírico” del derecho penal», *Revista General de Derecho Penal*, Ed. Iustel, n.º 27, mayo, 2017.

sociedad como un modelo de conducta no válido, activándose, así, tanto el mecanismo de influencia social como el de la legitimidad moral».<sup>1075</sup>

## VII. Personas físicas que actúan dentro de la estructura empresarial: delegación de competencias

Cuando analizamos el delito contra el medioambiente, evidentemente nos encontramos ante un delito común.<sup>1076</sup> Es decir, puede ser realizado por cualquier persona. El art. 325 CPE, al hacer referencia al «qué», deja abierta la puerta para que cualquier persona pueda ser autor de las conductas típicas descritas. No se delimita normativamente a un sujeto activo cualificado y, por ser este indiferenciado, en la práctica cualquiera puede ser autor directo, mediato o coautor del delito del art. 325 CPE.<sup>1077</sup>

Por ello, cuando se produce un ataque al medioambiente proveniente de la actividad empresarial, no resultará sencillo identificar al autor —o autores— o partícipes del delito. En efecto, como señala MARTÍNEZ-BUJÁN y hemos resaltado en varias oportunidades, «lo habitual es que el delito ecológico se realice en el marco de una estructura empresarial, en atención a lo cual en la práctica se plantean los conocidos problemas de imputación en estructuras jerárquicas complejas. Al ser un delito común, el hecho habrá de atribuirse a quien realmente posee el dominio social típico sin que deba recurrirse al art. 31».<sup>1078</sup>

Sin intención de agotar el tema en esta oportunidad, únicamente diremos que el fenómeno de delegación de competencias se configura dentro del seno empresarial como un mecanismo habitual de transformación de posiciones de garantía. En efecto, las competencias o funciones ambientales propias del órgano o consejo de administración se distribuyen en sentido vertical mediante el mecanismo de la delegación de competencias y funciones. De ese modo nace en el delegado

---

<sup>1075</sup> *Ibidem*.

<sup>1076</sup> Cfr. SILVA/MONTANER, *Los delitos contra el medio ambiente*, Atelier, 2012, Barcelona, pág. 37.

<sup>1077</sup> Cfr. GÓRRIZ ROYO, E., *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 114.

<sup>1078</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*. 4º ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 1003.

una nueva posición de garantía y, por otra parte, transforma la posición de garante original del delegante. Por lo tanto, el delegado será ahora el principal responsable del ámbito de competencia asumido y será este, en primera instancia, quien responderá por el delito que pueda surgir dentro de su ámbito competencial; mientras que el delegante responderá sobre la base del deber residual (principalmente de vigilancia) que mantiene, aún después de la delegación<sup>1079</sup>.

El concepto de delegación de competencias puede resumirse en un mecanismo por el cual un sujeto denominado delegante transmite a otro, denominado delegado, su posición de garante respecto de la evitación de un riesgo. Sus efectos principales son dos: por un lado disminuye la posición de garante del delegante y por otro hace nacer en cabeza del delegado una posición de garante que antes no poseía. En palabras de LASCURAÍN SÁNCHEZ, «el titular del ámbito en cuestión ha decidido libremente confiar una parte de la organización del mismo a otra persona, que, a su vez, en el ejercicio de su autonomía, ha asumido dicha organización, que pasa así a ser también asunto suyo. Tomar aquí en serio la autonomía personal supone tomar en serio la delegación y considerar que la tarea encomendada forma también parte ya de la actividad autónoma del asumente, que quedará obligado a su inocuidad frente a la autonomía de terceros o del propio delegante. Así, junto con el mantenimiento de fuentes de riesgo en el propio ámbito y junto a la injerencia, es la asunción libre de una competencia de protección de la propia persona que la otorga o de un deber de garantía libremente delegados la tercera fuente de posiciones de garantía derivadas del ejercicio de la autonomía personal».<sup>1080</sup>

Según SILVA SÁNCHEZ mediante la técnica de la delegación, un sujeto (el delegante) cede o traspassa a otra persona (el delegado) su ámbito de competencia o parte del mismo. De esta forma, la delegación de funciones conlleva la transformación de las esferas de responsabilidad de los sujetos que en ella intervienen.<sup>1081</sup> Para este autor, «la delegación crea una nueva “posición de garantía”: la del delegado. Esto es, proyecta sobre este sujeto un nuevo ámbito de

---

<sup>1079</sup>En ese sentido SILVA/MONTANER, *Los delitos...*, p. 42.

<sup>1080</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan A., *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, Civitas, pp. 114/115.

<sup>1081</sup>Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., *Fundamentos del derecho penal de la empresa*, IBdeF, 2013, p. 93.

organización y de responsabilidad, al producirse una ampliación de su esfera de competencia en virtud de asunción de funciones de control»<sup>1082</sup>.

Sin embargo, como remarca MUÑOZ CONDE, «en la práctica, la jurisprudencia tiende no solo a absolver al trabajador que realiza materialmente la conducta típica contra el medio ambiente, sino que ni siquiera suele este ser inculcado en la causa de la que se trate, es decir, ni siquiera se suele acusar por delito contra el medio ambiente a las personas que, en el seno de una empresa, o en cumplimiento de una orden, realizan directa y materialmente la acción típica de que se trate por indicación de un superior jerárquico».<sup>1083</sup>

Lo que olvida la postura jurisprudencial dominante es que, al existir un mecanismo de delegación, el principal responsable respecto a los efectos nocivos que se produzcan dentro de su ámbito de competencia será el delegado. Sin embargo, esto no obsta para que el delegante pueda tener una cuota de responsabilidad por no cumplir con sus deberes residuales, producto de la transformación ocurrida a su posición de garante original. Así, GÓRRIZ ROYO sostiene que «en principio, los posibles perjuicios contra el medio ambiente con relevancia penal, que puedan derivarse de la actuación de la empresa, parecen por completo imputables al delegado. No obstante, comparto la opinión de quienes advierten que el mero traspaso, por delegación, de competencias en medio ambiente no exime por completo, de toda clase de responsabilidad por el concreto acto contaminante, puede subsistir una suerte de “responsabilidad remanente” a cargo del delegante»<sup>1084</sup>.

Por consiguiente, contrario a la opinión de la jurisprudencia mayoritaria, quien actúa en último lugar por delegación de competencias es quien adquiere la posición de garante respecto del control del riesgo medioambiental que le corresponde gestionar. Por tanto, a *prima facie*, será este el primer responsable penal del delito que pueda llegar a cometerse dentro de su ámbito de competencias; ya sea por comisión activa u omisiva. No obstante, esto no significa que el superior se desligue automáticamente de toda responsabilidad. Entonces, como no es

---

<sup>1082</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas», en Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, *Empresa y delito en el nuevo código penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1997, p. 15.

<sup>1083</sup> MUÑOZ CONDE/LÓPEZ PEREGRIN/GARCÍA ÁLVAREZ, *Manual de derecho...*, p. 216.

<sup>1084</sup> GÓRRIZ ROYO, E., *Delitos contra...*, p. 125.



correcto responsabilizar al delegante de forma automática por su posición dentro del ámbito de la empresa,<sup>1085</sup> tampoco corresponde desligarlo de toda responsabilidad por el hecho de haber efectuado una delegación de competencia eficaz y efectiva.<sup>1086</sup>

Sin embargo, desde el punto de vista de la disuasión (que es el que nos interesa), como se verá más adelante, la encuesta realizada en conjunto con el Instituto Crímina de la Universidad Miguel Hernández de Elche, arrojó como resultado que la mayoría de los encuestados no considera a la conducta contaminante del delegado tan reprochable como la del delegante. Por el contrario, la mayoría de los encuestados considera que debe castigarse con mayor severidad a quien delega una competencia que a aquel que la ejecuta.

Esta sensación debe generar preocupación en aquellos que gestionan y/o supervisan actividades empresariales potencialmente perjudiciales para el medioambiente. En concreto, la sensación de «impunidad» respecto de los actos que los trabajadores ejecutan al desarrollar sus tareas cotidianas dentro del entramado empresarial, puede llevarlos a no adoptar las medidas de seguridad exigidas por la posición de garantía asumida mediante la delegación de competencias.

Este aspecto debe tenerse en cuenta al realizarse el modelo de prevención de delitos desde la empresa, dado que para lograr su objetivo deberán reforzarse las medidas de control y capacitación de aquellos en los que se delegarán competencias.

---

<sup>1085</sup>Rechazándose de plano todo tipo de responsabilidad penal objetiva.

<sup>1086</sup> Entendiéndose por tal, aquella que ha sido realizada cumpliendo los requisitos de selección de delegado idóneo, aceptación del cargo, dotación de medios, cumpliendo las formas. Para profundizar sobre estos temas se recomienda la lectura de MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad, a propósito de la gestión medioambiental*, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 111 ss., LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan A., *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 121 ss., GALLEGO SOLER, J. I., «Criterios de determinación de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo», en MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (dirs.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, JMB, Barcelona, 1996, pp. 193 ss.,

### VIII. Recapitulación: dificultad de la disuasión en el DPMA

**E**n términos de la teoría disuasiva de la pena, la probabilidad de detección y sanción se torna un factor crucial. En la práctica, este factor puede observarse en distintos momentos del proceso disuasorio. En primer lugar, en la generalidad de los casos el encargado de detectar la infracción será un órgano dependiente del área administrativa correspondiente. Esto es así ya que las conductas contra el medioambiente incumplen la normativa administrativa, por tanto la mejora en las inspecciones o la facilitación de canales de denuncias al organismo de control y fiscalía serán un mecanismo idóneo para aumentar la probabilidad de detección y, por tanto, de la disuasión.<sup>1087</sup> A su vez, el organismo de control debe tomar una decisión sobre la gravedad de la conducta del infractor y decidir el inicio de un proceso judicial penal. Este último punto es importante ya que los que realicen actividades que potencialmente puedan afectar el medioambiente deben saber o por lo menos tener algún grado de certeza respecto a la probabilidad de que su acción no perecerá en una sanción administrativa, sino que el organismo de control avanzará con el proceso penal en caso de que la infracción supere el umbral de gravedad que transforma una conducta sancionada administrativamente en un delito penal. Con esto, puede sostenerse que el conocimiento de una eventual denuncia penal aumentará la creencia en que la probabilidad de recibir ese tipo de sanción es mayor, reforzándose así el efecto disuasorio de la ley.

Como se ha visto en el capítulo anterior, un enfoque basado en la disuasión asume que los posibles infractores ambientales efectúan un análisis racional de coste-beneficio para decidir si debe, o no, cumplir con la ley. Lo óptimo sería que intente realinear sus incentivos a favor del cumplimiento. Por ello, el castigo debe estar directamente relacionado con el beneficio esperado que el delincuente logrará por su acción perniciosa contra el medioambiente, de ese modo se eliminará el beneficio

---

<sup>1087</sup> Conforme a datos oficiales publicados en la Memoria, correspondiente al año 2017 de la FGE, «[f]ueron principalmente los órganos de la Administración los que pusieron en conocimiento del Ministerio Fiscal hechos que estimaron que pudieran ser constitutivos de delito, siendo la segunda vía la denuncia de particulares. La actuación de oficio se ha incrementado notablemente respecto del año anterior. Así, frente a las 519 diligencias de investigación incoadas de oficio en el año 2015, en el año 2016 fueron 1088», cfr. «Memoria elevada al gobierno de S. M., presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado», año 2017, Madrid, p. 813.

esperado. El castigo, también, debe relacionarse con el daño y el peligro que se pretende evitar.

Del mismo modo, hemos visto que la disuasión (y todo argumento utilitarista del fin de la pena) ha sufrido ataques filosóficos al considerar, ciertos sectores de pensamiento, que este sistema degrada a la personalidad mediante la utilización del ser humano como medio para lograr el objetivo de la pena. A su vez, diversos estudios empíricos y teóricos sugieren que el modelo de la disuasión emplea una visión demasiado simplista de la toma de decisiones individuales (ver capítulo III).

En efecto, adecuando las críticas generales a la disuasión al ámbito ambiental, deben tenerse en cuenta algunos factores que dificultarán el resultado positivo de la prevención. Por ejemplo, que en incontables oportunidades la dificultad de detección del ataque será muy elevada debido al propio contexto particular del medioambiente, donde en muchas ocasiones no existirán víctimas identificables inmediatamente. Asimismo, por la propia naturaleza del bien jurídico, puede ejecutarse una conducta apta para generar un riesgo de perjuicio grave al medioambiente y que, sin embargo, nunca suceda. También debemos considerar que, aunque ocurra una lesión material, palpable, puede suceder que se haga evidente mucho tiempo después de realizarse la acción configurativa del delito, por lo que será muy difícil identificar quién fue el responsable. Por otra parte, si bien los agentes de los organismos de control pueden ayudar a descubrir algunas violaciones de la normativa protectora del medioambiente, muchas veces los recursos con los que cuentan para esos fines resultan escasos, y adecuarlos a sus fines suele resultar muy oneroso al Estado, por lo que rara vez figuran entre las prioridades de inversión estatal.

Así, pareciera que ante la dificultad de detección (baja probabilidad), debería aumentarse la severidad de la sanción. Por ejemplo COHEN,<sup>1088</sup> analizando la disuasión, sugiere que aquellas violaciones menores pero de difícil detección reciban una sanción elevada, mientras que las que siempre son descubiertas, por ejemplo las grandes catástrofes como derrames de petróleo, al ser fácilmente detectables deberían tener una sanción leve. No obstante, el autor destaca que la dimensión del daño, para casos de gravedad extrema, deberá tenerse en cuenta para graduar el tamaño de la sanción.

Pero con relación a esa postura debe considerarse que cuando se aplica un sistema de penas desproporcionado por delitos leves, se atenta contra la credibilidad

---

<sup>1088</sup> Cfr. COHEN, M., «*Environmental Crime...*», p. 1104.

moral<sup>1089</sup> de la regulación, cuestión de suma importancia para un delito como el medioambiental donde se castigan conductas que muchas veces no lesionan a ninguna persona directamente. En ese sentido se expresa ROBINSON, quien entiende que el sistema de justicia puede desviarse de las intuiciones de la comunidad sobre lo que son las leyes penales adecuadas, por ejemplo castigando en exceso comportamientos incorrectos. En esa línea sostiene el autor citado que «cuando se ve al sistema de justicia penal como fuera de sintonía con los sentimientos de la comunidad, tiene lugar una reacción menos obvia, pero más común y generalizadora de más problemas: la pérdida de la credibilidad moral que el sistema de justicia se inflige así mismo».<sup>1090</sup>

Por otra parte, y como se vio anteriormente, las corporaciones actúan mediante las acciones y comportamientos de sus miembros. Esto implica analizar su comportamiento. Regresando a las críticas esgrimidas por SIMPSON (ver *supra*), un aspecto sobre el que debemos detenernos es la denominada por la autora «racionalidad gerencial». Evidentemente, la racionalidad gerencial es más compleja de lo que suele suponerse. En un estudio realizado por la autora, las respuestas demuestran que los procesos de decisión tienen en cuenta una serie de factores y que estos varían según el tipo de decisión. Cuando se trata de decisiones estratégicas, se advierte con mayor facilidad el predominio de decisiones racionales porque se logran mediante un largo proceso de investigación, discusión y análisis coste-beneficio.<sup>1091</sup> Por otro lado, cuando se trata de decisiones rutinarias, el gerente simplemente presta el consentimiento, asumiendo que la evaluación previa está integrada en la propia decisión.<sup>1092</sup> Otro aspecto importante radica en la legitimidad percibida de la ley por parte del gerente. Así, las creencias de los gerentes corporativos sobre la legitimidad de la ley variarán dependiendo de si dicha ley controla relaciones económicas o relaciones sociales. La primera define los límites del comportamiento aceptable de la empresa dentro del mercado, haciendo que las relaciones económicas sean predecibles y relativamente

---

<sup>1089</sup> Sobre esta cuestión, BISHOP, P., «*Criminal Law...*», pp. 295-296 pregunta ¿hasta qué punto el delito medioambiental está sometido al mismo nivel de indignación moral que se asocia a otras formas de conducta criminal? El autor advierte de lo que llama «ambivalencia moral» motivada por diversas causas. Sus argumentos parten, en primer lugar, de la necesidad de penalización que producen un daño (*harm principle*). Desde una perspectiva ambiental, este principio se presenta como una concepción antropocéntrica, en término de daños a otros seres humanos. El problema que se plantea es el siguiente: muchas veces el delito carecerá de una víctima inmediata, o al menos una víctima humana inmediata. El autor sostiene que, considerados desde esta perspectiva, los delitos ambientales son considerados menos graves que otros delitos, y eso es desconcertante.

<sup>1090</sup> Cfr. ROBINSON, P. H., «Principios distributivos...», pp. 200-201.

<sup>1091</sup> Cfr. SIMPSON, S., «*Corporate Crime...*», p. 57.

<sup>1092</sup> *Idem*.

estables. La regulación social, sin embargo, restringe la autonomía de gestión y el comportamiento organizacional.<sup>1093</sup>

La autora citada también resalta que los delitos corporativos, como el delito medioambiental, son lo que ella llama delitos reglamentarios, es decir, no poseen un contenido inmoral *per se*, sino que su ilegalidad radica en la mera prohibición legal<sup>1094</sup>. Esto va de la mano con la importancia que tiene la legitimidad percibida de la ley en la sociedad en su conjunto y en los delincuentes potenciales. En la medida que las personas sientan que las leyes son ilegítimas, o que el uso del derecho penal es excesivo, los fines disuasivos serán reducidos.<sup>1095</sup> A su vez, la aplicación de las garantías constitucionales del debido proceso a las corporaciones que se les otorga a los acusados individuales genera que las compañías dilaten los procesos, asumiendo que el Estado considerará el caso demasiado costoso para continuar el proceso. Según SIMPSON, es demasiado difícil probar que una corporación es culpable de una violación criminal más allá de una duda razonable. En ese sentido, es un desafío para el Estado identificar a las partes responsables (que no sean la propia empresa).<sup>1096</sup>

Tampoco puede obviarse algo ya tratado en el capítulo II, la complejidad de la normativa ambiental. En efecto, debe destacarse que el derecho ambiental es altamente técnico, lo que implica un cierto grado de sofisticación y experiencia para comprenderlo. Por otra parte, al tratarse de un delito de peligro abstracto, los resultados son difíciles de predecir al no exigirse un resultado determinado y concreto. En esa línea, en palabras de LAZARUS, la ley resulta oscura, ya que puede ser difícil para las entidades y sobre todo para los individuos y pequeñas empresas ubicar toda la normativa que les es aplicable porque, entre otras cosas, las leyes y reglamentos están redactados de forma muy densa, con términos técnicos y largos preámbulos.<sup>1097</sup>

En conclusión, son varias las medidas que debieran adoptarse para conseguir un aumento en la disuasión. Entre ellas podemos destacar las siguientes:

---

<sup>1093</sup> *Ibidem*, p. 58. Ver también, *supra*, cuando se vio la licencia social y la teoría de la legitimidad.

<sup>1094</sup> Evidentemente, no compartimos esta concepción, ya que ha quedado claro en distintos tramos de la investigación la importancia que posee del medio ambiente y el castigo de conductas perjudiciales contra ese bien jurídico penal respecto de la calidad de vida, actual y de generaciones futuras. Sin embargo, no es menos cierto que existen sectores de la población mayoritariamente antropocéntricos, que vacían de contenido moral las infracciones contra normas que sancionan conductas que sin dañar al ser humano directamente, producen un perjuicio ambiental. Sobre este aspecto, ver *infra* el estudio empírico realizado en conjunto con el Instituto Crimina de la Universidad de Elche.

<sup>1095</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>1096</sup> *Ibidem*, pp. 51-52.

<sup>1097</sup> Cfr. LAZARUS, R., «*Meeting the Demands of Integration in the Evolution of Environmental Law: Reforming Environmental Criminal Law*», *The Georgetown Law Journal*, vol. 83, 1994, pp. 2407 ss.

1. Aumento de recursos por parte del Estado para perseguir las conductas que atenten contra el medioambiente. De ese modo, se incrementará uno de los aspectos que más tienen en cuenta los delincuentes: la probabilidad de ser descubiertos y, en consecuencia, sancionados.

2. Si bien ya hemos hecho mención, consideramos que la armonización, mejor redacción y coherencia entre la normativa administrativa protectora del medioambiente y la penal, ayudarán notablemente no solo a la interpretación y delimitación entre una y otra, sino que mejorará el acceso al conocimiento de las normas que regulan el sector medioambiental.

3. Deberían acortarse los plazos procesales cuando se investigan delitos medioambientales cometidos por personas jurídicas. Como se verá en el capítulo siguiente, cuando se investigan conductas perjudiciales para el medioambiente, los procesos se extienden desproporcionalmente. Esto claramente afecta la celeridad de la condena, situación que perjudica la disuasión buscada.

## CAPÍTULO V

### Evidencia empírica

#### I. Datos cuantitativos

**E**n este capítulo nos detendremos a analizar algunos datos estadísticos respecto a diversos puntos que, consideramos, son importantes a los fines de encarar un modelo de protección del medioambiente desde el enfoque disuasorio visto a lo largo de las páginas anteriores.

##### 1. Percepción social sobre cuestiones medioambientales

A la hora de tomar decisiones relativas a la política criminal que se desea implementar para evitar los ataques al medioambiente, el estudio de la percepción que posee la sociedad en cuanto destinataria de la norma será de gran importancia, ya que nos permitirá conocer o por lo menos contar con un elemento más a tener en cuenta, entre otras cosas, el consenso general sobre la necesidad de protección del bien jurídico. Asimismo, podremos crearnos una idea sobre la percepción de los ciudadanos respecto los daños que ocasiona al medioambiente, qué acciones se encuentran dispuestos a realizar para evitar los daños medioambientales, etc.

Para este punto utilizaremos, básicamente, encuestas realizadas por el Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS).<sup>1098</sup>

---

<sup>1098</sup> El estudio principal que utilizaremos será el n.º 3159 < [http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/3140\\_3159/3159/Es3159mar.pdf](http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/3140_3159/3159/Es3159mar.pdf)>, barómetro de noviembre de 2016. Para evitar la redundancia de citas, cuando se cite al CIS, se lo hará por este estudio. Cuando el resultado estadístico proceda de otra fuente, será hecha la referencia oportuna.

### a) Percepción de los problemas ambientales

De acuerdo a lo que surge de las cifras estadísticas, la problemática medioambiental no se encuentra dentro de las preocupaciones que la sociedad considera con mayor presencia en su vida cotidiana. En efecto, cuando se consulta por la problemática en general en España, los problemas medioambientales son considerados solo por 1,3 % de los encuestados. Siendo el paro, con el 48,8 %, la más elegida por los encuestados.

Asimismo, cuando se pregunta «¿cuál es el problema que a usted, personalmente, le afecta más?», la problemática ambiental desciende a una cantidad del 0.8 % de los encuestados; seguido nuevamente por el paro (40.5 %) y problemas de índole económico (24.3 %).

Evidentemente, en la cotidianidad de la vida, en un contexto donde el sujeto padece todo tipo de situaciones y contingencias, el pueblo español no considera las cuestiones medioambientales como un problema imperioso.

No obstante lo anterior, cuando al encuestado se lo abstrae de la problemática general que lo aqueja y se lo interroga puntualmente por el medioambiente, el resultado es completamente diferente al anterior. En ese sentido, la pregunta «hablando en general, ¿en qué medida está Ud. preocupado/a por temas relativos al medioambiente?», la respuesta de los ítems «preocupado» y «muy preocupado» fueron elegidos por el 65.2 % de los encuestados.<sup>1099</sup> Sin embargo, cuando se pregunta sobre el interés y preocupación de los españoles sobre los problemas medioambientales, el 46.3 % considera que «aunque están interesados/as, no están lo suficientemente preocupados por los problemas del medioambiente» y un 35 %, que «tienen muy poco interés y preocupación por los problemas del medioambiente».

Asimismo, para el 72.6 % de los españoles la conservación del medioambiente un problema inmediato y urgente.<sup>1100</sup>

---

<sup>1099</sup> Cfr. <[http://www.cis.es/cis/opencm/ES/1\\_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=11404](http://www.cis.es/cis/opencm/ES/1_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=11404)>; Estudio del CIS 2.837 (2010),

<sup>1100</sup> Fuente:

[http://www.cis.es/cis/export/sites/default/archivos/Marginales/2580\\_2599/2590/es2590mar.pdf](http://www.cis.es/cis/export/sites/default/archivos/Marginales/2580_2599/2590/es2590mar.pdf)>; Estudio del CIS n.º 2590, Ecología y Medio Ambiente, enero 2005.



Interrogando sobre la afectación de ciertos daños al medioambiente (desaparición de especies de animales, plantas y ecosistemas) al entrevistado, las respuestas fueron las siguientes (tabla 1):

Tabla 1: Afectación de los daños al medio ambiente

Sí, le afecta personalmente	<b>31.3 %</b>
Sí, le afectará, pero en el futuro	<b>28.5 %</b>
No, a Ud. no le afecta, pero afectará a futuras generaciones	<b>33.5 %</b>
No, no tiene efectos	27 %
N.S.	39 %
N.C.	02 %

La percepción de afectación individual por el daño al medioambiente es clara. No obstante, es necesario resaltar la sensación general de que el deterioro medioambiental repercutirá en el futuro. Si analizamos las opciones dos y la tres, observamos que en ambas se hace referencia, de un modo u otro, a la afectación individual en un futuro y la afectación futura a otras generaciones, dando como resultado la sumatoria de ambas un **62 %**.

#### **b) Respuesta a la problemática ambiental**

De acuerdo a lo que arroja el estudio del CIS 2.837 (2010), la población considera que las medidas tendientes al aumento de multas o a proveer de mayor información a la ciudadanía serán las más eficientes para enfrentar la problemática del medioambiente. Aquí existe un punto relevante para esta investigación. La población pareciera considerar que la problemática ambiental en el ámbito empresarial/industrial podrá ser abordada mediante el aumento de la sanción, mientras que cuando se trata de personas físicas, individuales, pareciera que se trata de un problema de educación (tabla 2).

Tabla 2: Mejores medidas para responder a la problemática ambiental

Mejor manera para conseguir que las empresas y la gente, en España, protejan el medioambiente.	2010	
	Empresas	Ciudadanos
Grandes multas por daño al medioambiente	<b>38.4 %</b>	25.9 %
Ventajas fiscales por proteger al medioambiente	28.2 %	17.1 %
Mayor información y educación para conocer las ventajas de proteger el medioambiente.	30.6 %	<b>54.6 %</b>

Por otro lado, los datos que arroja el CIS sostienen que, de conformidad a la percepción de los encuestados, las administraciones públicas realizan gastos insuficientes, o menores a los que deberían, para proteger el medioambiente<sup>1101</sup> (tabla 3).

Tabla 3: Percepción sobre los gastos de la Administración pública para proteger el medioambiente

Gastan lo suficiente	7.5 %
Más de lo que deberían	5.5 %
Menos de lo que deberían	<b>61.3 %</b>
N.S.	24.8 %
N.C.	0.9 %

Sin embargo, a pesar de la concepción de los encuestados sobre la baja inversión en protección del medioambiente por parte de las administraciones públicas, existe una postura contraria a abonar más impuestos. Sobre ese aspecto se preguntó «¿hasta qué punto estaría usted a favor de pagar muchos más impuestos para proteger el medioambiente?»<sup>1102</sup> (tabla 4).

<sup>1101</sup> Fuente Estudio del CIS n.º 2590, Ecología y Medio Ambiente, enero 2005.

<sup>1102</sup> Cfr. Estudio del CIS 2.837 (2010).

Tabla 4: predisposición a pagar más impuestos para proteger al medioambiente

Muy a favor	2 %
Bastante a favor	18 %
Ni a favor ni en contra	19.5 %
Bastante en contra	<b>34.2 %</b>
Muy en contra	<b>23.7 %</b>
N.S.	1.5 %
N.C.	1.1 %

En línea con lo que sucede respecto a la percepción de bajo gasto realizado por las administraciones públicas respecto de la protección del medioambiente, cuando se preguntó «¿cree usted que en España se está haciendo más que suficiente, lo que se debe hacer, o demasiado poco para proteger el medioambiente?», la percepción mayoritaria fue la que considera que España hace «demasiado poco» para proteger el medioambiente, teniendo esa postura un **63.8 %**.<sup>1103</sup>

### c) Percepción sobre la industria y empresas

En el estudio del CIS n.º 2557, titulado *Opiniones de los españoles sobre el medio ambiente*, los encuestados fueron consultados por su creencia respecto a quién se esfuerza más por proteger el medioambiente. En primer lugar las opciones fueron las empresas o la gente, y luego las opciones fueron el gobierno o las empresas. Los resultados fueron los siguientes<sup>1104</sup> (tabla 5):

«¿Quién cree usted que se esfuerza más por proteger el medioambiente: las empresas o la gente, en general?».

<sup>1103</sup> Cfr. Estudio CIS n.º 2590.

<sup>1104</sup> Estudio CIS n.º 2557, Opiniones de los españoles sobre el medio ambiente, febrero 2004; <[http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/2540\\_2559/2557/Es2557mar.pdf](http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/2540_2559/2557/Es2557mar.pdf)>.

Tabla 5: Percepción sobre el esfuerzo por la protección del medioambiente:  
empresas a ciudadanos

Las empresas	<b>7 %</b>
La gente, en general	74.3 %
Ambas por igual	8.6 %
N.S.	9 %
N.C.	1.2 %

«¿Cuál de estos dos grupos cree usted que se esfuerza más por proteger el medioambiente: el gobierno o las empresas?».

Tabla 6: Percepción sobre el esfuerzo por la protección del medioambiente:  
empresas a ciudadanos

El gobierno (cualquier gobierno)	46,2 %
Las empresas	<b>12,7 %</b>
Ambos por igual	20.1 %
N.S.	16 %
N.C.	5 %

En el estudio realizado en el año 2005, el CIS preguntó a los encuestados cuáles, según su criterio, son los dos problemas más importantes relacionados con el medioambiente en España.

Si bien las opciones de respuesta eran varias, las dos más elegidas por los encuestados fueron: la contaminación atmosférica en general (23.1 %) y la contaminación industrial (**20 %**).

En el estudio n.º 2.837 de 2010, se le preguntó a los encuestados sobre su percepción de la peligrosidad de la contaminación ambiental realizada por la industria. Las respuestas fueron las siguientes (tabla 7):

Tabla 7: Percepción sobre la peligrosidad de la contaminación ambiental

Extremadamente peligrosa	<b>25.9 %</b>
Muy peligrosa	<b>54.9 %</b>
Algo peligrosa	15.9 %
No muy peligrosa	1.5 %
Nada peligrosa	0.1 %
N.S.	1.3 %
N.C.	0.2 %

En el mismo estudio, se preguntó sobre cuál de dos afirmaciones se acercaba más al punto de vista del encuestado. Ellas eran:

a) El Gobierno (cualquier gobierno) debería permitir que las empresas decidieran por sí mismas cómo proteger el medioambiente, aun cuando ello suponga que no siempre hagan lo correcto.

b) El Gobierno (cualquier gobierno) debería promulgar leyes que obligasen a las empresas a respetar el medioambiente, incluso si eso interfiere con el derecho que tienen a decidir por sí mismas.

La opción **b**, arrojó como resultado un abrumador **90.3 %** de elección.

Es suma, si analizamos las respuestas dadas por los encuestados, podemos deducir, aunque sea como un indicio, lo siguiente: la población en general cree que las empresas no se esfuerzan lo suficiente por proteger el medioambiente. Asimismo el español en general considera que uno de los problemas más importantes relacionado con el medioambiente proviene de la contaminación industrial. Si despejamos que el principal problema elegido fue la contaminación en general (concepto difuso y vago, difícil de materializar), podríamos afirmar que, de acuerdo a los resultados arrojados por el estudio, el principal foco de contaminación apreciado por los españoles es el generado por la industria. En esa línea, y de acuerdo a lo que surge de las encuestas, para el español en general la contaminación industrial es como mínimo muy peligrosa

para el medioambiente. Esto último se enlaza con el pensamiento casi unánime de que el gobierno debe promulgar leyes que obliguen a las empresas a respetar el medioambiente, aun cuando ello implique afecte la toma de decisiones propias de las empresas.

Es decir, se aprecia una alta preocupación de los españoles sobre las acciones de la industria que pueden afectar al medioambiente y creen que un camino válido para evitarlo es una fuerte intervención legislativa.

## **2. Estadística de actuaciones judiciales**

Según datos estadísticos brindados por la Fiscalía General del Estado en su memoria del año 2017, relativos a la actividad de la Fiscalía Especializada en Medio Ambiente y Urbanismo, en el año 2016 se incoaron un total de dos mil 499 diligencias de investigación, de las que 479 corresponden a delitos contra el medioambiente, 893 contra la ordenación del territorio y urbanismo, 83 por patrimonio histórico, 439 por delitos contra la flora y la fauna, 486 por 523 incendios forestales y 119 por malos tratos a animales domésticos. Del total de diligencias incoadas, 982 dieron lugar a la presentación de denuncia o querrela y 1.213 fueron archivadas, encontrándose las restantes en tramitación.

Por su parte en el año 2015 se incoaron un total de 2.232 diligencias de investigación, de las que 397 correspondieron a delitos contra el medioambiente, 1.089 contra la ordenación del territorio y urbanismo, 52 por patrimonio histórico, 289 por delitos contra la flora y la fauna, 242 por incendios forestales y 163 por malos tratos a animales domésticos. Del total de diligencias incoadas, 817 dieron lugar a la presentación de denuncia o querrela y 1.025 fueron archivadas.

Asimismo, las estadísticas indican que en el año 2016 se reportaron 4.016 procedimientos judiciales de los que 528 se incoaron por delitos contra el medioambiente, 922 por ordenación del territorio, 220 por delitos contra el patrimonio histórico, 707 por delitos contra la flora y fauna, 865 por incendios forestales y 774 por malos tratos a animales domésticos.

Durante el año 2015 las estadísticas provinciales refirieron un total de 5.332 procedimientos judiciales, de los que 534 lo fueron por delitos contra el medioambiente,

853 por ordenación del territorio y urbanismo, 527 por patrimonio histórico, 777 referidos flora y fauna, 1.729 a incendios forestales y 912 lo fueron por maltrato de animales domésticos.

Por otra parte las estadísticas del año 2016 reflejan que en ese año se registraron 5.214 procedimientos judiciales desglosados como sigue: 125 fueron tramitados como diligencias urgentes, 4 juicios rápidos, 3.989 diligencias previas ante juzgado de instrucción, 251 por delitos leves, 831 corresponden a procedimiento abreviado ante el juzgado de lo penal, 6 sumarios, 3 procedimiento ordinario, 1 jurado ante juzgado y 4 jurado ante Audiencia Provincial.

A su vez, en 2016 se dictaron un total de 975 sentencias condenatorias de las que 54 lo son por delitos contra el medioambiente, 394 corresponden a urbanismo y ordenación del territorio, 21 sobre patrimonio histórico, 263 por delitos contra la flora y fauna, 140 por incendios forestales y 103 por malos tratos a animales domésticos.

A esas cifras hay que añadir 10 sentencias condenatorias del Tribunal Supremo en 2016, de las que 6 lo son en medioambiente, 3 en urbanismo y ordenación del territorio y 1 por incendio forestal.

Por último, en 2016 se dictaron 251 sentencias absolutorias de las que 21 lo son por delitos contra el medioambiente, 141 corresponden a urbanismo y ordenación del territorio, 4 sobre patrimonio histórico, 28 por delitos contra la flora y fauna, 29 por incendios forestales y 28 por malos tratos a animales domésticos.

Estos datos, contrastados con la estadística total, arrojan los siguientes resultados:

En el año 2016 se incoaron un total de 2.347.477 procedimientos. Esto significa que los procedimientos incoados por delitos contra el medioambiente representó el 0.02 % del total de procedimientos incoados.

Asimismo, en el año 2016 se constata un total de 157.877 sentencias. De ese total, 116.532 fueron sentencias condenatorias. Es decir, que sobre esa cantidad el 0.05 % los fueron por delitos contra el medio ambiente.<sup>1105</sup>

---

<sup>1105</sup> Los delitos que mayor porcentaje de sentencias condenatorias acumularon en el año 2016 fueron aquellos contra la seguridad vial y el patrimonio.

Por último, como dato importante, en el año 2016 se realizaron un total de 15.324 diligencias de investigación, representando significando el 3,12 % las diligencias destinadas a la investigación de delitos contra el medioambiente.

Tabla 8: Actuaciones judiciales año 2016

<b>Referencia</b>	<b>% Sobre el total año 2016 (delito contra el medio ambiente)</b>
Procedimientos incoados	0.02 %
Diligencias de investigación	3.12 %
Sentencias condenatorias	0.05 %

### **3. Dilación en procesos judiciales**

En un pequeño e interesante estudio se analizó el plazo de duración de los procesos judiciales relacionados con la investigación de delitos contra el medioambiente. El objetivo del estudio consistió en analizar el tiempo medio de duración de los procesos contra los delitos medioambientales desde el momento en que sucedieron los hechos que afectaron al bien jurídico hasta la sentencia firme del Tribunal Supremo. A esos fines, se recurrió a las sentencias del TS dictadas entre los años 2007 y 2013.

Se analizaron treinta y tres (33) sentencias.

La conclusión más importante (a los fines de nuestra investigación) a la que se arribó fue que de los 33 procedimientos examinados, tan solo 10 se resolvieron en un plazo igual o inferior a cinco años, tardando casi la mitad de los mismos (15) entre 6 y 10 años, mientras que casi la cuarta parte de los procedimientos (8) necesitaron para, su definitiva resolución, el transcurso de más de 11 años.<sup>1106</sup>

Si bien el espectro de sentencias analizadas en ese estudio es bastante acotado, nos sirve como un primer indicio, a los fines de nuestra investigación, para apreciar la lentitud de los procesos judiciales vinculados a los delitos contra el medioambiente. Si

<sup>1106</sup> Cfr. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., «Estadística», en *Revista de derecho penal y criminología*, 3.ª época, n.º 11, enero, 2014, pp. 543-562.



bien es un punto que, desde la teoría, ya se presumía por diversos motivos, como por ejemplo la complejidad de la prueba, este estudio aporta un soporte empírico a lo que usualmente se afirma desde lo que la lógica y el sentido común indican.

#### **4. Balance de actuaciones del Seprona**

De acuerdo con el balance de actuaciones del Servicio de Protección de la Naturaleza (Seprona) del año 2016,<sup>1107</sup> las diferentes unidades de la Guardia Civil y principalmente de Seprona dieron lugar a la tramitación de más de 113.000 infracciones administrativas y de la detención o investigación de 2.598 personas.

Con respecto al balance del año anterior, han aumentado las intervenciones por infracciones penales contra el medioambiente, especialmente relacionadas con el maltrato o abandono de animales domésticos, la actividad cinegética ilegal y aquellas relacionadas con las defraudaciones y distracciones de agua de su uso público.

Asimismo, dentro del apartado de infracciones administrativas destacan aquellas relativas a la normativa sobre residuos y vertidos con 25.997 actuaciones, las relativas a la normativa sobre el ejercicio de la pesca con 12.709 (en su mayoría pesca continental).

Sobre infracciones penales, los datos indican un total de 2.690 delitos vinculados al medioambiente, con un resultado de 2.598 personas investigadas y/o detenidas. El balance destaca 772 delitos de maltrato animal o abandono de animales domésticos, los 295 delitos de incendio forestal y 156 delitos contra la ordenación del territorio. Se mencionan, sin datos cuantitativos, otros delitos relativos a la protección de la flora y la fauna, los delitos de caza, delitos contra los recursos naturales y el medioambiente y delitos contra el patrimonio arqueológico.

#### **5. Análisis jurisprudencial: actores y circunstancias del DPMA**

A los fines de esta tesis hemos realizado un análisis estadístico de distintas resoluciones judiciales en España relativas a delitos contra el medioambiente.

---

<sup>1107</sup> Ver. Balance de Actuaciones Seprona 2016, <[http://www.mapama.gob.es/es/actuaciones-seprona/balanceactuacionesseprona2016\\_tcm30-383767.pdf](http://www.mapama.gob.es/es/actuaciones-seprona/balanceactuacionesseprona2016_tcm30-383767.pdf)>

El objetivo de esta evaluación fue observar en las sentencias tres puntos que se consideran significativos para estimar los efectos disuasivos que produce la ley penal mediante la sanción de las conductas que atenten contra el medioambiente.

En ese camino, los puntos que más interés nos despertaron fueron, en primer lugar, lograr una aproximación estadística sobre los sujetos activos que realizan conductas en perjuicio del medioambiente; en segundo lugar, observar en cuántos procesos se aprecian actuaciones administrativas previas al inicio de la causa penal y, en tercer lugar, quién realiza la denuncia o alerta a las autoridades sobre la existencia de conductas que podrían estar afectando al medioambiente.

Al realizar el análisis, incluimos dentro del ítem actuaciones administrativas, la existencia de expedientes sancionadores previos a la incoación del proceso penal y la existencia de algún tipo de requerimiento administrativo previo.

Cuando nos referimos a los sujetos, la opción empresa incluye cuando actúa una persona jurídica (en ninguna de las sentencias existe sanción penal a persona jurídica), cuando actúa más de una persona (es decir, el hecho investigado es producto de la coordinación de actividades y conductas entre dos o más personas), cuando el hecho investigado corresponde con una conducta que atenta contra el medioambiente en circunstancias por las cuales se busca obtener un beneficio económico (por ejemplo la que se realiza en el ámbito empresarial, al prestar un servicio, producción de bienes, depósito, etc.).

Las sentencias analizadas fueron tomadas al azar y en ellas se incluyen, también, las relacionadas con el llamado delito de contaminación acústica.

Las sentencias analizadas fueron setenta y uno (71).

Los resultados que arrojó el sondeo realizado fue el siguiente:

Tabla 9: Sujetos investigados por delitos contra el medio ambiente

Sujetos	
Empresas	<b>66</b> <b>(92.95 %)</b>
Persona individual	5 (7.04 %)

Tabla 10: Denunciantes principales de los delitos contra el medioambiente

<b>Denunciantes</b>	
Administración	<b>49</b> <b>(69.01 %)</b>
ONG	4 (5.63 %)
Vecinos	18 (23.3 %)

Tabla 11: Procesos donde existieron actuaciones administrativas previas a la acción penal

<b>Intervención administrativa</b>	
Actuación administrativa previa (exp. sancionador – req. administrativo)	<b>59</b> <b>(83.1 %)</b>
Sin autorización	12 (16.9 %)

Como podemos apreciar, en una abrumadora mayoría de casos el sujeto que comete conductas perjudiciales contra el medioambiente se corresponde con una empresa (tabla 9). Es decir, las conductas están relacionadas directamente con la búsqueda de un beneficio económico. Asimismo, de lo que surge de las sentencias escrutadas, el delito contra el medioambiente posee la característica de ser cometido por más de una persona en la generalidad de los casos.

Por otro lado, el análisis de las sentencias analizadas refleja que en la mayoría de los casos existió algún tipo de intervención administrativa previa (tabla 11), ya sea iniciando un proceso sancionador contra quien realizaba conductas contrarias al medioambiente, o algún tipo de requerimiento de la Administración para que cesara la realización de esas conductas. No obstante esas actuaciones administrativas, los sujetos continuaron poniendo en riesgo el medioambiente.

Del análisis de las sentencias también surge que la actuación de la Administración como denunciante es muy importante (cuestión sobre la que ya nos alertaba la *Memoria de la FGE*). Asimismo, se desprende del estudio que los avisos de los vecinos se convierten en un valorado aporte preventivo al ser una sustancial fuente de denuncias (tabla 10).

## **II. Estudio empírico sobre variables de intuiciones de justicia y cumplimiento de la norma protectora del medioambiente en España**

Con el objetivo de evaluar el efecto disuasivo de la normativa penal protectora del medioambiente en la sociedad, hemos realizado un estudio original de carácter empírico junto con el Centro CRIMINA de la Universidad Miguel Hernández de Elche<sup>1108</sup>.

Con este estudio se pretender analizar, como punto de partida, la percepción de la sociedad en general respecto a cuestiones relativas a conductas que atentan contra el medioambiente.

### **1. Metodología**

#### **a) Participantes**

La muestra total de participantes está compuesta por 535 sujetos españoles de ambos sexos (57,4 % son hombres y 42,6 % son mujeres), de edades comprendidas entre los 18 y los 69 años ( $\bar{X}$ =35.12; DT=11.447). En cuanto al nivel académico de los

---

<sup>1108</sup> El presente estudio se ha realizado en colaboración con el Centro Crímina de la Universidad Miguel Hernández de Elche en el marco del proyecto de investigación DER2017-86204-R, titulado NEXO: «Criminología, evidencias empíricas y política criminal. Sobre la incorporación de datos científicos para la toma de decisiones en relación con la criminalización de conductas», financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

participantes, el 0.9 % tiene estudios secundarios, el 6.7 % estudios de bachillerato, el 7.7 % formación profesional y la gran mayoría, el 84.7 %, tiene estudios universitarios.

Del total de la muestra, el 43,6 % (n=233) trabaja en alguna empresa. Concretamente, el 1.3 % en empresas del sector agrario y ganadero, el 17.2 % en el sector de industria y el 81.5 % en el sector servicios. El 64.8 % son trabajadores comunes, el 5.6 % son administradores, el 6.9 % son auditores o *compliance officers*, el 12.4 % son ejecutivos, el 9 % directivos y, por último, el 1.3 % son accionistas de su empresa. En cuanto al tamaño de las empresas donde trabaja este grupo de participantes, una parte importante de ellos (43.3 %) lo hace en empresas grandes, con más de 250 empleados; el 23.6 % en empresas pequeñas de 1 a 10 trabajadores, el 13.7 % pertenecen a empresas de 11 a 49 empleados y el resto, el 19.3 %, trabajan en empresas que tienen de 50 a 250 empleados. De todos ellos, el 52.8 % tiene alguna responsabilidad en la toma de decisiones acerca de la gestión de residuos de su empresa.

## **b) Variables**

### **1) Características sociodemográficas**

**-Sexo:** variable nominal con las categorías de respuesta (hombre - mujer).

**-Edad:** variable cuantitativa correspondiente a los años del sujeto.

**-Nivel académico:** variable ordinal con seis categorías de respuesta (leer y escribir - estudios primarios - estudios secundarios - bachillerato - formación profesional - estudios universitarios).

**-Trabajador de empresa:** variable nominal con dos categorías de respuesta (sí – no).

### **2) Otra información recogida de los participantes que trabajan en empresas**

**-Sector de actividad de la empresa:** variable nominal con tres categorías de respuesta (agrario y ganadero - industria - servicios).

**-Tamaño de la empresa:** variable ordinal con cuatro categorías de respuesta (de 1 a 10 empleados - de 11 a 49 empleados - de 50 a 250 empleados - más de 250 empleados).

**-Puesto:** variable nominal con seis categorías de respuesta (trabajador común - administrador - *compliance officer* o auditor - ejecutivo - directivo - accionista).

**-Responsabilidad gestión de residuos:** variable cuantitativa que evalúa la frecuencia con que los participantes tienen responsabilidad en la toma de decisiones acerca de la gestión de residuos en su empresa, con una escala de respuesta donde 0 = nunca tomo yo las decisiones y 10 = siempre tomo yo las decisiones.

### **3) Variables de intuiciones de justicia: evaluadas a la muestra total de participantes**

Se presentaron a los participantes los casos de cuatro empresas ficticias que habían llevado a cabo diferentes acciones contra el medioambiente (ver anexo I). En uno de los casos, además, se especifica la conducta de un encargado que da la orden a su subordinado para que lleve a cabo la conducta contaminante y es este último el que lo realiza. Tras la exposición de estos hechos, los participantes debían contestar a las dos preguntas de intuiciones de justicia siguientes:

**-Responsabilidad jurídico-penal de la empresa/trabajadores:** variable cuantitativa que evalúa en qué medida los participantes consideran que cada una de las cuatro empresas/dos empleados deberían ser juzgados por la ley, con una escala de respuesta donde 0 = creo que la conducta no debería ser juzgada en ningún caso por la ley, y 10 = creo que la conducta ha de ser juzgada en todo caso por la ley.

**-Merecimiento de sanción:** variable ordinal que presenta a los participantes, como opciones de respuesta, una serie de penas atribuibles, bien a cada una de las cuatro empresas, o a los dos empleados sobre los que también se les pregunta.

Las opciones de respuesta cuando la variable va dirigida a las empresas son: ninguna - multa económica/Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas - suspensión de la actividad de la empresa de 3 meses hasta un año - suspensión de la actividad de la empresa de más de un año hasta tres años - suspensión de la actividad de la empresa de más de tres años hasta cinco años - clausura de sus locales y establecimientos de tres meses hasta un año - clausura de sus locales y establecimientos

de más de un año hasta tres años - clausura de sus locales y establecimientos de más de tres años hasta cinco años - disolución.

Las opciones de respuesta cuando la variable va dirigida a los trabajadores de uno de los casos son: ninguna - multa económica - trabajos en beneficio de la comunidad - prisión de tres meses a un año - prisión de más de un año a cinco años - prisión de más de cinco años a 10 años - prisión de más de 10 años a 15 años - prisión de más de 15 años a 20 años - prisión de más de 20 años a 25 años - prisión de más de 25 años a 30 años - prisión permanente revisable.

#### **4) Variables de cumplimiento (evaluadas exclusivamente a los participantes que trabajan en empresas)**

**-Cumplimiento:** variable cuantitativa con una escala de respuesta desde 0 = creo que mi empresa nunca lo ha hecho, a 10 = creo que es una actividad que en mi empresa se realiza siempre. Evalúa la frecuencia con que los participantes que trabajan en empresas creen que la suya realiza cada una de las siguientes acciones contra el medioambiente: a) realizar vertidos que causen o puedan causar daños sustanciales en la calidad del agua, b) provocar emisiones o vertidos que causen o puedan causar un daño al medioambiente, sin afectar a los seres humanos directamente, c) transportar residuos peligrosos o posiblemente contaminantes sin cumplir con la normativa que regula esa actividad, d) almacenar o utilizar sustancias peligrosas sin cumplir con la normativa reguladora de la actividad, causando o pudiendo causar daños a la calidad del aire, del agua, del suelo, o a animales y plantas, e) emitir ruidos que puedan afectar al medioambiente y f) provocar emisiones o vertidos que hubiesen creado un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas.

Para llevar a cabo la modelización de la probabilidad de cada una de las conductas, se dicotomizó cada una de estas seis variables en dos categorías: 0 = sujetos que afirman que su empresa no lo ha hecho nunca y 1= sujetos que afirman que su empresa lo ha hecho con alguna frecuencia.

**-Certeza percibida:** variable cuantitativa del enfoque de la disuasión que evalúa la probabilidad que los sujetos creen que tendría su empresa de ser sancionada formalmente por llevar a cabo cada una de las seis acciones contra el medioambiente

presentadas. La escala de respuesta oscila desde 0 = seguro que no la sancionarían, a 10 = seguro que la sancionarían.

**-Severidad percibida:** variable ordinal del enfoque de la disuasión que evalúa la sanción que los participantes creen que, como máximo, podría recibir su empresa por realizar cada una de las seis acciones contra el medioambiente presentadas. Las opciones de respuesta son: ninguna sanción porque no es ilegal, multa económica/inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, suspensión de la actividad de la empresa de 3 meses a un año, suspensión de la actividad de la empresa de más de un año a 2 años, suspensión de la actividad de la empresa de más de 2 años a 3 años, suspensión de la actividad de la empresa de más de 3 años hasta 4 años, suspensión de la actividad de la empresa de más de 4 años hasta 5 años, clausura de sus locales y establecimientos de 3 meses a un año, clausura de sus locales y establecimientos de más de un año a 2 años, clausura de sus locales y establecimientos de más de 2 años a 3 años, clausura de sus locales y establecimientos de más de 3 años hasta 4 años, clausura de sus locales y establecimientos de más de 4 años hasta 5 años, y disolución.

**-Norma descriptiva:** variable cuantitativa del enfoque de influencia social, que evalúa la frecuencia del resto de empresas del sector que los participantes creen que realizan cada una de las acciones contra el medioambiente presentadas, en una escala desde 0 = creo que ninguna lo hace a 10 = creo que todas lo hacen.

**-Juicio moral:** variable cuantitativa del enfoque de la legitimidad, que evalúa pensando en términos morales cuánto los participantes creen que está de mal que las empresas realicen cada una de las seis acciones contra el medioambiente presentadas, en una escala desde 0 = creo que no está mal en absoluto a 10 = creo que está totalmente mal.

### c) Instrumentos

Después de diversas reuniones con expertos en derecho penal y en psicometría para garantizar la validez del contenido del instrumento de medida, se diseñó una encuesta para evaluar las variables especificadas. Tras su diseño, se maquetó mediante la aplicación de formularios de Google para ser administrada *online*.



La encuesta definitiva que se administró finalmente puede consultarse en el anexo X.

#### **d) Procedimiento**

La encuesta maquetada con la ayuda de la aplicación de formularios de Google fue lanzada en las redes sociales Facebook y Twitter durante el período comprendido entre el 2 de mayo y el 29 de mayo de 2018.

Tras finalizar este período, se recogió la información correspondiente a los 535 sujetos que participaron en el estudio y se construyó y depuró la base de datos antes de proceder al análisis de los mismos.

#### **e) Análisis de los datos**

Para el análisis de los datos se ha utilizado el paquete estadístico IBM SPSS v. 25. Se ha aplicado un análisis descriptivo de las variables para obtener las frecuencias, y se ha calculado la tendencia central y la dispersión. Para los análisis bivariados se ha calculado el coeficiente de correlación de Pearson así como las pruebas de contraste de hipótesis T-Student (con variables dependientes cuantitativas) y U de Mann-Whitney (con variables dependientes ordinales). Por último, también se han construido modelos de regresión logística binaria múltiple para el análisis de la influencia conjunta de las variables de cumplimiento en la probabilidad de que las empresas de los participantes responsables de la toma de decisiones en la gestión de residuos lleven a cabo acciones contaminantes.

## 2. Resultados

### a) Intuiciones de justicia

#### 1) Análisis descriptivo

En primer lugar se calcularon los estadísticos descriptivos de la variable «responsabilidad jurídico-penal» para cada una de las actividades realizadas por las empresas presentadas a los participantes. Como se observa en la tabla 12, existe una percepción media muy alta de la necesidad de que las empresas sean juzgadas por cada uno de los hechos, sobre todo los que tienen que ver con arrojar vertidos contaminantes al agua, sin grandes diferencias en función de que se hayan producido o no consecuencias dañinas para el medioambiente, para los animales y/o para las personas. La única actividad que es percibida de media como menos delictiva es la de generar ruidos por encima de la normativa medioambiental en un entorno aislado.

Tabla 12: Descriptivos del grado de responsabilidad jurídico-penal de las empresas percibido por los participantes (n = 535)

Caso	M	T	ÍN	ÁX
Zapatos, S.L.	9.56	.33	2	10
Tropos, S.L.	9.23	1.65	0	10
Music, S.L.	6.96	3.04	0	10
Telas Almería, S.L.	9.55	1.35	0	10

En cuanto al tipo de castigo formal que los participantes consideran que merecería la empresa por llevar a cabo estas acciones, en todos los casos las mayores frecuencias se concentran en la aplicación de penas económicas (multa y/o inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas), con excepción del último caso en el que la empresa pone en riesgo alimentos para el consumo humano directo,

para el que el mayor porcentaje de la muestra opina que la empresa debería ser cerrada para siempre (tabla 13).

Tabla 13: Frecuencia con que los participantes han seleccionado las sanciones que consideran que merece cada empresa (n = 535)

<b>Caso</b>	<b>Zapatos, S.L.</b>	<b>Tropos, S.L.</b>	<b>Music, S.L.</b>	<b>Telas Almería, S.L.</b>
<b>Tipo de sanción</b>	<b>% (n)</b>	<b>% (n)</b>	<b>% (n)</b>	<b>% (n)</b>
Ninguna	0.2 (1)	0.7 (4)	10.5 (56)	0.6 (3)
Multa/inhabilitación subvenciones	33.5 (179)	48.2 (258)	64.3 (344)	17.8 (95)
Suspensión 3 meses - 1 año	10.7 (57)	13.8 (74)	13.6 (73)	12.9 (69)
Suspensión más de 1 año - 3 años	10.7 (57)	9.5 (51)	3.9 (21)	13.8 (74)
Suspensión más de 3 años - 5 años	12.5 (67)	8.8 (47)	0.7 (4)	16.3 (87)
Clausura 3 meses - 1 año	2.1 (11)	2.2 (12)	2.4 (13)	2.4 (13)
Clausura más de 1 año - 3 años	3.4 (18)	2.2 (12)	1.5 (8)	4.3 (23)
Clausura más de 3 años - 5 años	8.8 (47)	6.2 (33)	1.1 (6)	12 (64)
Disolución (cierre)	18.3 (98)	8.2 (44)	1.9 (10)	20 (107)

En cuanto a la percepción de en qué medida deberían ser juzgados por sus hechos los trabajadores protagonistas del segundo caso planteado, los participantes consideran que el comportamiento del encargado (trabajador B) que ordena que su subordinado realice vertidos al agua sin permiso del Ayuntamiento, debería ser en mayor medida juzgado por la ley que la conducta del trabajador que obedece, aún siendo este último el que realmente lo lleva a cabo, teniendo además la sospecha de que dicha acción puede ser contaminante (tabla 14). No obstante, y atendiendo al valor alcanzado por las desviaciones típicas, parece haber mayor variabilidad en las respuestas de los participantes a la hora de valorar a este segundo trabajador de lo que presentan los datos cuando se trata del trabajador que da la orden (tabla 14).

Tabla 14: Descriptivos del grado de responsabilidad jurídico-penal de los trabajadores de la segunda empresa percibido por los participantes (n = 535)

<b>Trabajador</b>	<b>M</b>	<b>T</b>	<b>ÍN</b>	<b>ÁX</b>
B (encargado)	9.10	.86	0	0
C (subordinado)	6.93	.23	0	0

Cuando se analizan las diferencias en las valoraciones realizadas por los participantes acerca de la medida en que los sujetos del caso deberían ser juzgados, aquellos que trabajan en empresas consideran que el encargado que da la orden de que se realicen los vertidos merece significativamente más ser juzgado de lo que opinan los participantes que no trabajan en este ámbito, aunque la prueba arroja un tamaño del efecto bajo (tabla 15). Por otra parte, no se encuentran estas diferencias significativas cuando se comparan estas mismas valoraciones respecto a si el subordinado que realiza la acción debería ser juzgado, en función de que los sujetos de la muestra trabajen o no en una empresa (tabla 15).

Tabla 15: Diferencia de medias del grado de responsabilidad jurídico-penal de los trabajadores percibido por los participantes en función de si trabajan o no en el ámbito de la empresa (n = 535)

<b>Trabajador</b>	<b>Trabaja en empresa</b>	<b>M (DT)</b>	<b>T</b>	<b>p</b>	<b>R</b>
B (encargado)	No (n = 302)	8.93 (1.97)	2.495	0.013*	0.11
	Sí (n = 233)	9.33 (1.69)			
C (subordinado)	No (n = 302)	6.69 (3.25)	1.957	0.052	-
	Sí (n = 233)	7.24 (3.18)			

\*Significativa a nivel 0.05

El análisis de esta variable con la muestra de trabajadores de empresas en función de si tienen o no alguna responsabilidad en la toma de decisiones acerca de la gestión de residuos que generan las mismas, no ha arrojado diferencias entre estos dos grupos en sus valoraciones acerca de la medida en que deberían ser juzgados tanto el encargado como el subordinado, mostrando opiniones muy parecidas y de media mayores cuando se refieren a lo que merece la persona que da la orden (tabla 16).

Tabla 16: Diferencia de medias del grado de responsabilidad jurídico-penal de los trabajadores percibido por los participantes en función de si tienen o no responsabilidad en la toma de decisiones sobre la gestión de residuos en su empresa (n=233)

<b>Trabajador</b>	<b>Toma decisiones</b>	<b>M (DT)</b>	<b>T</b>	<b>p</b>
B (encargado)	No (n = 110)	9.55 (1.41)	.913	0.057
	Sí (n = 123)	9.13 (1.90)		
C (subordinado)	No (n = 110)	7.09 (3.39)	0.659	0.511
	Sí (n = 123)	7.37 (2.98)		

Cuando se pregunta a los participantes por las penas que impondrían a cada uno de los trabajadores de este caso, el porcentaje de personas que opina que no debería castigarse al subordinado es mucho mayor que cuando se pregunta por el que da la orden (tabla 17). Además, mientras que para el encargado las posibles penas mayoritariamente se reparten desde multa económica hasta penas de prisión de uno a cinco años, cuando se trata de castigar al trabajador subordinado, la mayor frecuencia se concentra en imponerle trabajos en beneficio de la comunidad, pero pocos sujetos opinan que merecería ir la cárcel (tabla 17).

Tabla 17: Frecuencia con que los participantes han seleccionado las sanciones que consideran que merece cada uno de los trabajadores del segundo caso (n = 535)

Trabajador	<b>B (encargado)</b>	<b>C (subordinado)</b>
Tipo de sanción	<b>% (n)</b>	<b>% (n)</b>
Ninguna	0.9 (5)	17.4 (93)
Multa económica	23.7 (127)	21.5 (115)
Trabajos en beneficio de la comunidad	25.2 (135)	40.4 (216)
Prisión de 3 meses a 1 año	19.1 (102)	10.7 (57)
Prisión más de 1 año - 5 años	22.6 (121)	6.7 (36)
Prisión más de 5 años - 10 años	5 (27)	1.9 (10)
Prisión más de 10 años - 15 años	1.3 (7)	0.6 (3)
Prisión más de 15 años - 20 años	0.9 (5)	0.2 (1)
Prisión más de 20 años - 25 años	0.2 (1)	0.2 (1)
Prisión más de 25 años - 30 años	0.7 (4)	0.4 (2)
Prisión permanente revisable	0.2 (1)	0.2 (1)

Tras realizar una comparación por grupos en función de que los participantes trabajen o no en una empresa, no se han obtenido diferencias significativas en cuanto a las penas que cada uno de los grupos consideran que merecen cada uno de los protagonistas de este caso (tabla 18).

Tabla 18: Diferencia de rangos promedios de la asignación de sanciones a cada trabajador en función de si los participantes trabajan o no en el ámbito de la empresa (n = 535)

<b>Trabajador</b>	<b>Trabaja en empresa</b>	<b>Rango promedio</b>	<b>U</b>	<b>p</b>
B (encargado)	No (n = 302)	270.14	34537.000	0.709
	Sí (n = 233)	265.23		
C (subordinado)	No (n = 302)	260.31	32861.500	0.172
	Sí (n = 233)	277.96		

De la misma forma, tampoco se han obtenido diferencias significativas en cuanto a las penas que impondrían a cada sujeto por sus acciones en función de que los participantes que trabajan en empresas tengan o no alguna responsabilidad en la toma de decisiones acerca de la gestión de los residuos (tabla 19).

Tabla 19: Diferencia de rangos promedios de la asignación de penas a cada trabajador en función de si los participantes que trabajan en empresa tienen o no responsabilidad en la toma de decisiones sobre la gestión de residuos en su empresa (n=233)

<b>Trabajador</b>	<b>Toma decisiones</b>	<b>Rango promedio</b>	<b>U</b>	<b>p</b>
B (encargado)	No (n = 110)	116.34	6692.000	0.884
	Sí (n = 123)	117.59		
C (subordinado)	No (n = 110)	116.94	6758.500	0.989
	Sí (n = 123)	117.05		

## 2) Análisis bivariado

En cuanto a la relación entre las variables «delito percibido» y «sanción merecida» por parte de las empresas que realizan las acciones especificadas en cada caso, se han obtenido correlaciones directas y, en su mayoría, significativas (tabla 20): cuanto mayor es la percepción de que la empresa debería ser juzgada por los hechos descritos, mayores son las penas que los sujetos consideran que merecerían. La única correlación que, a pesar de ser directa, presenta un valor muy bajo y no significativo es la correspondiente al primer caso. La razón por la que se ha obtenido ese resultado puede deberse a la baja variabilidad que se observa en la variable «responsabilidad jurídico-penal», concentrándose la gran mayoría de la muestra (concretamente el 74 % de la muestra, n = 461 sujetos), solo en una de sus categorías extremas (aquella que indica que la empresa debería ser juzgada por la ley en todo caso), mientras que en el tipo de penas que consideran los participantes que merece esta empresa existe una mayor variabilidad.

Tabla 20: Correlaciones entre el grado en que los participantes creen que las empresas deberían ser juzgadas por los hechos cometidos y las sanciones que consideran que merecen (n = 535)



	<b>Responsabilidad jurídico-penal de Zapatos, S.L.</b>	<b>Responsabilidad jurídico-penal de Tropos, S.L.</b>	<b>Responsabilidad jurídico-penal de Music, S.L.</b>	<b>Responsabilidad jurídico-penal de Telas Almería, S.L.</b>
<b>Merecimiento de sanción</b>	0.08	0.19**	0.38**	0.16**

\*\*Significativa a nivel 0.01

Las correlaciones obtenidas entre estas dos mismas variables referidas al encargado que da la orden de realizar vertidos y al subordinado que obedece, también son directas y en ambos casos estadísticamente significativas (tabla 21). Concretamente, las que presentan las variables correspondientes al empleado que obedece es de magnitud muy superior a la de las variables cuando se refieren al encargado (tabla 21). Esto apunta a que existe una correspondencia entre la naturaleza de los valores de ambas variables, lo que quiere decir que aquellos que consideran que el sujeto debe ser en menor medida juzgado perciben a su vez que merecería una pena menos severa que aquellos que consideran que debería ser juzgado en mayor medida. Aunque esta es la tendencia que se da en todos los análisis de correlación realizados, los resultados correspondientes a las variables relativas a este trabajador indican que en su caso se da en mayor medida.

Tabla 21: Correlaciones entre el grado en que los participantes creen que los trabajadores deberían ser juzgados por los hechos cometidos y las sanciones que consideran que merecen (n = 535)

	<b>Responsabilidad jurídico-penal del trabajador B (encargado)</b>	<b>Responsabilidad jurídico-penal del trabajador C (subordinado)</b>
<b>Merecimiento de sanción</b>	0.16**	0.474**

**\*\*Significativa a nivel 0.01**

Cuando se realiza este análisis solamente con los participantes que trabajan en empresas, los resultados también indican correlaciones directas entre las dos variables (tabla 22). En todos los casos son mayores que cuando se analizan con la muestra en general y, en este caso en particular, existen dos correlaciones que no han resultado ser significativas relativas a la primera (de hecho en este caso la relación lineal entre las variables es prácticamente nula) y a la última empresa, por una cuestión de falta de variabilidad de la variable «responsabilidad jurídico-penal», como ocurría con la primera empresa en los análisis de la muestra general. Concretamente, en la primera de ellas el 91 % (n = 212 sujetos) y en la segunda el 89,7 % (n = 209 sujetos) de los participantes que trabajan en el ámbito de la empresa opina que estas empresas deberían ser juzgadas en todo caso, por lo que esas concentraciones tan altas en uno solo de los posibles valores de la variable son las responsables de estos resultados.

Tabla 22: Correlaciones entre el grado en que los participantes que trabajan en el ámbito de la empresa creen que las empresas deberían ser juzgadas por los hechos cometidos y las sanciones que consideran que merecen (n = 233)

	<b>Responsabilida d jurídico- penal de Zapatos, S.L.</b>	<b>Responsabilida d jurídico- penal de Tropos, S.L.</b>	<b>Responsabilida d jurídico- penal de Music, S.L.</b>	<b>Responsabilida d jurídico- penal de Telas Almería, S.L.</b>
<b>Merecimient o de sanción</b>	0.01	0.19**	0.36**	0.09

**\*\*Significativa a nivel 0.01**

En cuanto a los análisis bivariados en esta muestra para los casos de los dos trabajadores, ambos coeficientes de correlación son positivos y estadísticamente significativos, lo que indica que cuanto mayor es la percepción de que deberían ser

juzgados por sus acciones, mayor es la pena que estos participantes impondrían a cada sujeto (tabla 23).

Tabla 23: Correlaciones entre el grado en que los participantes que trabajan en empresas creen que los trabajadores B y C deberían ser juzgados por los hechos cometidos y las sanciones que consideran que merecen (n = 233)

	<b>Responsabilidad jurídico-penal del trabajador B (encargado)</b>	<b>Responsabilidad jurídico-penal del trabajador C (subordinado)</b>
<b>Merecimiento de sanción</b>	0.271**	0.482**

\*\*Significativa a nivel 0.01

### **b) Cumplimiento**

Los análisis que se presentan a continuación corresponden únicamente a la muestra de participantes que son trabajadores de empresa y que, además, tienen algún nivel de responsabilidad en la toma de decisiones sobre la gestión de residuos (n = 123). A pesar de haber recogido información sobre el cumplimiento percibido en su empresa en la muestra total de este grupo de participantes (n = 233), el análisis de las percepciones y el cumplimiento autoinformado de aquellos trabajadores que son responsables de la gestión de residuos de su empresa se ha considerado más relevante para los objetivos estudio.

#### **1) Análisis descriptivo**

Como se puede observar en la tabla 24, en general son muy bajas las frecuencias de realización de cada una de las acciones evaluadas por parte de las empresas en las que trabajan los participantes. Las percepciones de riesgo de sanción adoptan valores medios y en cuanto a los posibles castigos formales que creen que como máximo podría recibir su empresa por llevar a cabo estas acciones, la sanción que obtiene la mayor frecuencia en todos los casos es la de pena de multa o inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas. Sin embargo, y a pesar de que la reprochabilidad moral de cada uno de estos hechos es muy alta, se repite en todos los casos la percepción de

que el resto de empresas del sector los realiza con una frecuencia mayor de lo que ocurre en su empresa. Por último, cabe hacer mención también que, de entre todas las acciones planteadas, aquella que considera que su empresa, así como el resto de las de su sector, realiza con menor frecuencia y considera que es más reprochable moralmente es aquella en la que se especifica que, como consecuencia, ha provocado un grave perjuicio para la salud de las personas (tabla 24). En sentido opuesto se encuentra la de emisiones de ruidos que puedan afectar el medioambiente, comportamiento que, aunque no es el que presenta una mayor frecuencia de realización, sí que es percibido como el menos grave.

Tabla 24: Descriptivos de las variables de cumplimiento para cada uno de los tipos de actividades de riesgo medioambiental

Acciones	Variables de cumplimiento	(DT)	d	o	IN	ÁX
Vertidos daños agua	Cumplimiento	1.11 (2.13)	0	0	0	0
	Certeza	4.56 (3.18)	5	5	0	0
	Severidad	-	1	1	0	2
	N. descriptiva	2.51 (2.64)	2	0	0	0
	Juicio moral	9.37 (1.58)	10	10	0	0
Emisiones/vertidos/ daño al medioambiente (no a humanos)	Cumplimiento	1.73 (2.55)	0	0	0	0
	Certeza	4.30 (3.19)	5	5	0	0
	Severidad	-	1	1	0	2
	N. descriptiva	2.93 (2.97)	2	0	0	0
	Juicio moral	8.92	10	10	0	0

		(2.06)				
Transporte ilegal de residuos peligrosos/contaminantes	Cumplimiento	1.15 (2.19)	0	0	0	9
	Certeza	5.11 (3.18)	5	5	0	0
	Severidad	-	1	1	0	2
	N. descriptiva	2.41 (2.81)	1	0	0	0
	Juicio moral	8.79 (2.22)	10	10	0	0
Almacén ilegal de sustancias con daños al medioambiente y animales/plantas	Cumplimiento	1.33 (2.19)	0	0	0	0
	Certeza	4.76 (3.12)	5	5	0	0
	Severidad	-	1	1	0	2
	N. descriptiva	2.54 (2.77)	1	0	0	0
	Juicio moral	8.91 (1.97)	0	0	0	0
Emisión de ruidos que afectan el medioambiente	Cumplimiento	1.61 (2.42)	0	0	0	0
	Certeza	4.02 (3.15)	4	0	0	0
	Severidad	-	1	1	0	2
	N. descriptiva	2.65 (2.90)	2	0	0	0
	Juicio moral	7.87 (2.42)	8	0	0	0
Emisiones/vertidos/daño a humanos	Cumplimiento	0.50 (1.20)	0	0	0	6
	Certeza	5.59 (3.45)	6	10	0	10
	Severidad	-	1	1	0	12

	N. descriptiva	1.74 (2.37)	1	0	0	10
	Juicio moral	9.46 (1.65)	10	10	0	10

Haciendo un análisis más detallado de la severidad percibida de las sanciones máximas que los participantes creen que su empresa podría llegar a recibir por realizar cada acción, y tal y como se comentaba anteriormente, la mayoría de los participantes en todos los casos creen que como máximo la ley aplicaría una multa económica o inhabilitación para obtener ayudas públicas (tabla 25). En cuanto al porcentaje de personas que cree que el cierre definitivo de la empresa (sanción máxima) sería la pena aplicable por las acciones planteadas, la mayor prevalencia se concentra en la de provocar emisiones o vertidos que hayan podido crear un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas (8.9 %), mientras que el menor porcentaje (1.6 %) se observa en la acción de emitir ruidos que puedan afectar al medioambiente (tabla 25).

Tabla 25: Severidad percibida de las sanciones aplicables a las empresas por la realización de cada acción

Vertidos/daños agua (VA)

Emisiones/vertidos con daño al medioambiente (no a humanos) (EDM)

Transporte ilegal de residuos peligrosos/contaminantes (TIRP)

Almacén ilegal de sustancias con daños al medioambiente y animales/plantas (AI)

Emisión de ruidos que afectan al medioambiente (ER)

Emisiones/vertidos con daño a humanos (EDH)

Acciones	VA	EDM	TIRP	AI	ER	EDH
Sanción	% (n)	% (n)	% (n)	% (n)	% (n)	% (n)

Ninguna	4.1 (5)	7.3 (9)	0.8 (1)	1.6 (2)	8.1 (10)	1.6 (2)
Multa/inhabilitación subvenciones	77.2 (95)	72.4 (89)	77.2 (95)	73.2 (90)	76.4 (94)	52.8 (65)
Suspensión 3 meses - 1 año	4.1 (5)	5.7 (7)	8.1 (10)	7.3 (9)	8.1 (10)	10.6 (13)
Suspensión más de 1 año - 2 años	3.3 (4)	3.3 (4)	6.5 (8)	6.5 (8)	0.8 (1)	7.3 (9)
Suspensión más de 2 años - 3 años	0	1.6 (2)	0	0.8 (1)	0	4.1 (5)
Suspensión más de 3 años - 4 años	0.8 (1)	0.8 (1)	0.8 (1)	0.8 (1)	0	2.4 (3)
Suspensión más de 4 años - 5 años	0.8 (1)	1.6 (2)	0	0.8 (1)	0	4.9 (6)
Clausura 3 meses - 1 año	0	0	0	0.8 (1)	0.8 (1)	2.4 (3)
Clausura más de 1 año - 2 años	0.8 (1)	0.8 (1)	1.6 (2)	0.8 (1)	1.6 (2)	0
Clausura más de 2 años - 3 años	1.6 (2)	0.8 (1)	0	0.8 (1)	0	0
Clausura más de 3 años - 4 años	0.8 (1)	0.8 (1)	0.8 (1)	1.6 (2)	2.4 (3)	1.6 (2)
Clausura más de 4 años - 5 años	0.8 (1)	0	0.8 (1)	2.4 (3)	0	3.3 (4)
Disolución (cierre)	5.7 (7)	4.9 (6)	3.3 (4)	2.4 (3)	1.6 (2)	8.9 (11)

En cuanto a los resultados obtenidos de las correlaciones entre la frecuencia de realización de cada una de las acciones contaminantes por parte de las empresas en las que los participantes tienen algún nivel de responsabilidad en la toma de decisiones sobre la gestión de residuos y las variables de cumplimiento evaluadas en cada caso, los resultados muestran que la única variable que en todos los casos presenta una relación de gran magnitud y significativa es la «norma descriptiva» (tabla 26). Es decir, cuantas más empresas del mismo sector se percibe que realizan estas acciones, mayor es la frecuencia de realización en la suya.

Otra de las variables que presenta una relación significativa, aunque solamente con la frecuencia con que la empresa realiza los dos comportamientos considerados más graves (y no con el resto de acciones), como es realizar vertidos que puedan dañar sustancialmente el agua y realizar emisiones o vertidos que hubiesen creado un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas, es el juicio moral (tabla 26). Esto significa que cuanto más se condena este tipo de comportamientos, menor es la frecuencia con la que se percibe que los realiza la propia empresa.

Por último, en cuanto a las variables de disuasión evaluadas, solamente la certeza percibida del castigo formal a la empresa presenta una relación significativa con una de las acciones por las que se ha preguntado, de forma que, cuanto mayor es esta percepción de riesgo, menor es la frecuencia con que los participantes creen que su empresa realiza vertidos que pudieran dañar el medioambiente, sin afectar directamente a los seres humanos (tabla 26).

Tabla 26: Correlaciones entre la frecuencia percibida de realización de cada acción por parte de la empresa en la que trabajan los participantes y las variables de cumplimiento

	<b>Certeza</b>	<b>Severidad</b>	<b>Norma descriptiva</b>	<b>Juicio moral</b>
<b>Vertidos daños agua</b>	-0.04	-0.11	0.55**	-0.19*



<b>Emisiones/vertidos con daño al medioambiente (no a humanos)</b>	-0.22*	-0.11	0.65**	-0.00
<b>Transporte ilegal de residuos peligrosos/contaminantes</b>	-0.16	-0.07	0.68**	-0.09
<b>Almacén ilegal de sustancias con daños al medioambiente y plantas/animales</b>	-0.12	-0.10	0.69**	-0.18
<b>Emisión de ruidos que afectan al medioambiente</b>	-0.05	-0.06	0.71**	-0.08
<b>Emisiones/vertidos con daño a humanos</b>	-0.13	-0.09	0.61**	-0.27**

\*Significativa a nivel 0.05; \*\*Significativa a nivel 0.01

### 3. Modelos

A continuación se presentan los resultados del análisis de regresión logística binaria múltiple para determinar la influencia conjunta de las variables de cumplimiento en la probabilidad de realización, por parte de las empresas de los participantes, de cada una de las acciones contra el medioambiente analizadas. Aunque inicialmente lo que se ha medido es la percepción, por parte de los trabajadores, de la frecuencia con que lo hacen las empresas, para llevar a cabo este análisis de regresión se ha seleccionado exclusivamente a aquellos trabajadores que tienen responsabilidad en la toma de decisiones acerca de la gestión de residuos de sus empresas, por lo que se puede considerar que los comportamientos que se van a modelizar no se limitan simplemente a las percepciones de los participantes, sino que esas percepciones son indicadores fiables de lo que se lleva a cabo realmente en la empresa al respecto.

Para la construcción de cada modelo se ha seleccionado el método por pasos hacia adelante basados en el estadístico de WALD, debido a que este estudio supone la

primera experiencia científica en análisis empírico de este tipo de comportamientos y su relación con las variables de cumplimiento, por lo que aún no se dispone de criterios apropiados para priorizar el orden de entrada de las variables predictoras en cada modelo.

**a) Modelo: Vertidos que causen o puedan causar daños sustanciales en la calidad del agua**

Como se aprecia en la tabla 27, las pruebas ómnibus sobre los coeficientes del modelo permiten rechazar la hipótesis nula de que los coeficientes de regresión de todos los términos incluidos en el modelo sean cero. Finalmente, el coeficiente de determinación generalizado  $R^2$  de NAGELKERKE presenta un valor de 0.419 tras la introducción de la última variable predictora seleccionada, el cual se considera de magnitud elevada (tabla 27).

Tabla 27: Pruebas de bondad de ajuste en cada paso del modelo para estimar la probabilidad de que la empresa realice vertidos que causen o puedan causar daños sustanciales en la calidad del agua

	Variables	Pruebas ómnibus			$R^2$ de Nagelkerke
		$X^2$	gl	$p$	
Paso 1	Norma descriptiva	33.808	1	0.000	0.328
	Modelo	33.808	1	0.000	
Paso 2	Juicio moral	11.407	1	0.001	0.419
	Modelo	45.215	2	0.000	

El modelo resultante muestra que la probabilidad de que la empresa realice vertidos que causen o puedan causar daños sustanciales en la calidad del agua será mayor: 1) cuanto mayor sea la frecuencia de empresas del mismo sector que se percibe

que también lo hacen y 2) cuanto menos reprochable moralmente se considere que es ese comportamiento (tabla 28).

Tabla 28: Modelo de regresión logística para estimar la probabilidad de que la empresa realice vertidos que causen o puedan causar daños sustanciales en la calidad del agua

Variables	B	E.T	Wald	gl	Sig.	Exp(B)	I.C. 95,0 % para EXP(B)	
							Inferior	Superior
<b>Norma descriptiva</b>	0.500	0.102	23.920	1	0.000	1.649	1.349	2.014
<b>Juicio moral</b>	-0.499	0.192	6.731	1	0.009	0.607	0.416	0.885
<b>Constante</b>	2.804	1.832	2.343	1	0.126	16.507		

**b) Modelo: Provocar emisiones o vertidos que causen o puedan causar un daño al medioambiente sin afectar a los seres humanos directamente**

Después de haber obtenido unos óptimos resultados en las pruebas de bondad de ajuste del modelo (tabla 29), el coeficiente de determinación generalizado  $R^2$  de NAGELKERKE presenta un valor de 0.388, el cual se considera de magnitud media-elevada.

Tabla 29: Pruebas de bondad de ajuste en cada paso del modelo para estimar la probabilidad de que la empresa provoque emisiones o vertidos que causen o puedan causar daño al medioambiente, sin afectar a los seres humanos directamente

	Variables	Pruebas ómnibus			$R^2$ de NAGELKERKE
		$X^2$	gl	$p$	
Paso 1	Norma descriptiva	37.328	1	0.000	0.349

	Modelo	37.328	1	0.000	
Paso 2	Certeza	4.939	1	0.026	0.388
	Modelo	42.267	2	0.000	

Según los resultados obtenidos tras la construcción del modelo (tabla 30), la probabilidad de que la empresa provoque emisiones o vertidos que causen o puedan causar un daño al medioambiente sin afectar a los seres humanos directamente será mayor: 1) cuanto mayor sea la frecuencia de empresas del sector que se percibe que lo hacen y 2) cuanto menor sea la percepción de riesgo de que la empresa pueda ser sancionada formalmente por ello.

Tabla 30: Modelo de regresión logística para estimar la probabilidad de que la empresa provoque emisiones o vertidos que causen o puedan causar un daño al medioambiente, sin afectar a los seres humanos directamente

Variables	B	E.T	Wald	gl	Sig.	Exp(B)	I.C. 95,0 % para EXP(B)	
							Inferior	Superior
<b>Norma descriptiva</b>	0.452	0.094	23.273	1	0.000	1.571	1.307	1.887
<b>Certeza</b>	- 0.153	0.071	4.677	1	0.031	0.858	0.747	0.986
<b>Constante</b>	- 0.581	0.421	1.905	1	0.168	0.560		

**c) Modelo: Transportar residuos peligrosos, o posiblemente contaminantes, sin cumplir con la normativa que regula esa actividad**

Tras obtener unos resultados óptimos en las pruebas ómnibus de bondad de ajuste del modelo (tabla 31), el tamaño del efecto una vez construido ha alcanzado un

valor de magnitud más que aceptable ( $R^2 = 0.356$ ), teniendo en cuenta que, de entre todas las propuestas, tan solo ha entrado a formar parte como predictora una de las variables independientes.

Tabla 31: Pruebas de bondad de ajuste en cada paso del modelo para estimar la probabilidad de que la empresa transporte residuos peligrosos, o posiblemente contaminantes, sin cumplir con la normativa que regula esa actividad

	Variables	Pruebas ómnibus			R <sup>2</sup> de NAGELKERKE
		X <sup>2</sup>	gl	p	
Paso 1	Norma descriptiva	36.454	1	0.000	0.356
	Modelo	36.454	1	0.000	

Como se puede observar en la Tabla 32, la probabilidad de que la empresa transporte residuos peligrosos, o posiblemente contaminantes, sin cumplir con la normativa que regula esa actividad será mayor cuanto mayor sea la frecuencia de empresas del sector que también se percibe que lo hacen. Como ya se ha adelantado anteriormente, ninguna otra variable ha entrado a formar parte del modelo como predictora.

Tabla 32: Modelo de regresión logística para estimar la probabilidad de que la empresa transporte residuos peligrosos, o posiblemente contaminantes, sin cumplir con la normativa que regula esa actividad

Variables	B	E.T	Wald	gl	Sig.	Exp(B)	I.C. 95,0 % para EXP(B)	
							Inferior	Superior
Norma descriptiva	0.461	0.089	26.794	1	0.000	1.586	1.332	1.888
Constante	-1.953	0.340	32.947	1	0.000	0.142		

**d) Modelo: Almacenar o utilizar sustancias peligrosas sin cumplir con la normativa reguladora de la actividad, causando o pudiendo causar daños a la calidad del aire, del agua, del suelo, o a animales y plantas**

Como se aprecia en la tabla 33, se han obtenido unos resultados apropiados en las pruebas ómnibus sobre los coeficientes del modelo. Tan solo con una variable predictora, que es la única que ha entrado a formar parte del modelo, el coeficiente de determinación generalizado  $R^2$  de NAGELKERKE presenta un valor de 0.437, considerado de magnitud muy elevada (tabla 33) para provenir de la influencia de una variable predictora exclusivamente.

Tabla 33: Pruebas de bondad de ajuste en cada paso del modelo para estimar la probabilidad de que la empresa almacene o utilice sustancias peligrosas sin cumplir con la normativa reguladora de la actividad, causando o pudiendo causar daños a la calidad del aire, del agua, del suelo, o a animales y plantas

	Variables	Pruebas ómnibus			$R^2$ de NAGELKERKE
		$X^2$	GI	$p$	
Paso 1	Norma descriptiva	48.404	1	0.000	0.437
	Modelo	48.404	1	0.000	

El modelo resultante (tabla 34) muestra que la probabilidad de que la empresa almacene o utilice sustancias peligrosas sin cumplir con la normativa reguladora de la actividad, causando o pudiendo causar daños a la calidad del aire, del agua, del suelo, o a animales y plantas será mayor cuanto mayor sea la cantidad de empresas del sector que se percibe que también lo hacen.

Tabla 34: Modelo de regresión logística para estimar la probabilidad de que la empresa almacene o utilice sustancias peligrosas sin cumplir con la normativa reguladora de la actividad, causando o pudiendo causar daños a la calidad del aire, del agua, del suelo, o a animales y plantas.

Variables	B	E.T	Wald	gl	Sig.	Exp (B)	I.C. 95,0 % para EXP(B)	
							Inferior	Superior
Norma descriptiva	0.580	0.104	30.888	1	0.000	1.786	1.456	2.191
Constante	-1.775	0.334	28.188	1	0.000	0.169		

**e) Modelo: Emitir ruidos que puedan afectar al medioambiente**

Tras haber obtenido óptimos resultados en las pruebas de bondad de ajuste del modelo (tabla 35), el tamaño del efecto ( $R^2$  de NAGELKERKE) presenta un valor de 0.490, el cual se considera muy elevado, teniendo en cuenta, además, que solamente ha entrado a formar parte del modelo una de las predictoras propuestas.

Tabla 35: Pruebas de bondad de ajuste en cada paso del modelo para estimar la probabilidad de que la empresa emita ruidos que puedan afectar al medioambiente

	Variables	Pruebas ómnibus			$R^2$ de NAGELKERKE
		$X^2$	gl	$P$	
Paso 1	Norma descriptiva	56.223	1	0.000	0.490
	Modelo	56.223	1	0.000	

Como ocurre con los dos modelos anteriores presentados, la probabilidad de que la empresa emita ruidos que puedan afectar el medioambiente también depende exclusivamente de la variable «norma descriptiva», siendo esta probabilidad mayor cuantas más empresas del sector se percibe que lo hacen (tabla 36).

Tabla 36: Modelo de regresión logística para estimar la probabilidad de que la empresa emita ruidos que puedan afectar al medioambiente

Variables	B	E.T	Wald	gl	Sig.	Exp (B)	I.C. 95,0 % para EXP(B)	
							Inferior	Superior
<b>Norma descriptiva</b>	0.674	0.124	29.401	1	0.000	1.962	1.538	2.503
<b>Constante</b>	- 1.678	0.332	25.565	1	0.000	0.187		

**f) Modelo: Provocar emisiones o vertidos que hubiesen creado un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas**

Por último, tras obtenerse óptimos resultados en las pruebas de bondad de ajuste del modelo, el tamaño del efecto obtenido, con dos variables predictoras, ha alcanzado un valor medio igual a 0.337 (tabla 37).

Tabla 37: Pruebas de bondad de ajuste en cada paso del modelo para estimar la probabilidad de que la empresa provoque emisiones o vertidos que hubiesen creado un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas

	Variables	Pruebas ómnibus			R <sup>2</sup> de NAGELKERKE
		X <sup>2</sup>	l	p	
Paso 1	Norma descriptiva	30.106	1	0.000	0.337
	Modelo	30.106	1	0.000	
Paso 2	Juicio moral	6.763	1	0.001	0.402
	Modelo	36.869	2	0.000	



En este último caso, la probabilidad de que la empresa provoque emisiones o vertidos que hubiesen creado un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas será mayor: 1) cuanto mayor sea la frecuencia de empresas del mismo sector que se percibe que también lo hacen y 2) cuanto menos reprochable moralmente se considere que es ese comportamiento (tabla 38).

Tabla 38: Modelo de regresión logística para estimar la probabilidad de que la empresa provoque emisiones o vertidos que hubiesen creado un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas

Variables	B	E.T	Wald	gl	Sig.	Exp (B)	I.C. 95,0 % para EXP(B)	
							Inferior	Superior
<b>Norma descriptiva</b>	0.542	0.115	22.097	1	0.000	1.719	1.372	2.155
<b>Juicio moral</b>	-0.322	0.125	6.617	1	0.010	0.724	0.567	0.926
<b>Constante</b>	0.389	1.174	0.110	1	0.741	1.475		

### III. CONCLUSIONES PARCIALES

**A** modo de colofón, y antes de desarrollar las conclusiones finales a continuación, consideramos que, como surge del presente capítulo, el AED es un método efectivo para medir y/o conocer la sensación —o percepción— que posee la población en general sobre la problemática ambiental.

En efecto, la aplicación de ese método nos permitió obtener datos de la sociedad muy importantes para evaluar el efecto disuasivo de la protección penal del medio ambiente.

Entre esos datos, destacamos que la población, como destinataria de las normas protectoras del medio ambiente, no considera los ataques a ese bien jurídico como un problema principal. Sin embargo, sí son conscientes de la importancia de su protección.

Asimismo, es importante destacar que la sociedad considera a las empresas como un factor de riesgo ambiental. Por ello, la mayoría de los encuestados apoya una mayor intervención, o mayor presión, del gobierno hacia las empresas, para que cumplan la normativa ambiental. Por tanto, ese consenso nos permite concluir que la implementación de la RPPJ es una decisión acertada por parte del legislador español para lograr el fin de la disuasión.

No obstante, si analizamos las actuaciones judiciales, vemos que es muy bajo el índice de actuaciones referidas al medio ambiente, en comparación con otros delitos. Este aspecto, como hemos visto a lo largo de la investigación, afectará negativamente a los efectos disuasivos de la ley.

Por otra parte, los resultados arrojados por las encuestas dejan entrever que la inmensa mayoría de los encuestados no conocen la severidad de las sanciones penales dispuestas para los ataques al medio ambiente. Siendo ésta una cuestión de suma importancia para lograr el objetivo disuasorio buscado por la ley penal.

Profundizaremos en estos aspectos en el apartado de conclusiones empíricas de las conclusiones finales.

## CONCLUSIONES FINALES

### 1. Conclusiones teóricas

a) En la tesis hemos desarrollado un análisis sobre la protección penal del medioambiente y la disuasión intentando, mediante la utilización del análisis económico del derecho, corroborar si las premisas teóricas concuerdan con lo que indica la realidad. Para ello, se estructuró la investigación de la siguiente manera: a) se identificó el medioambiente como bien jurídico protegido producto de la expansión del derecho penal; b) luego se han analizado los aspectos diferenciadores entre el derecho penal y el derecho administrativo, referidos a la protección del medioambiente; c) posteriormente hicimos un estudio sobre el análisis económico del derecho y la disuasión; d) para finalizar nos abocamos a la disuasión y el DPMA desde la óptica del análisis económico del derecho.

b) Así, en la actualidad, vivimos en un mundo post industrial donde la exposición permanente a peligros creados por el ser humano en la producción de bienes y prestación de servicios dio lugar a la llamada «sociedad del riesgo». Dentro de esos riesgos se hallan aquellos que amenazan el equilibrio de los sistemas naturales. Graficamos la situación con diversos ejemplos, entre ellos, la catástrofe de Exxon Valdez, el caso del Prestige, Chernobyl, y otros.

Por ello, es innegable que los riesgos medioambientales constituyen una lamentable realidad con efectos potencialmente devastadores e incalculables en sus dimensiones sociales, económicas y temporales. Asimismo, debe tenerse presente que la degradación ambiental no es un fenómeno que afecta a zonas o países determinados. Por el contrario, es una tragedia a nivel global, de la que España no queda excluida.

c) Ante este cuadro, los Estados fueron adaptándose a las nuevas exigencias de protección y seguridad que impone esa sociedad de riesgos. En consecuencia, surgieron nuevos bienes jurídicos que merecen tutela penal. Este fenómeno es conocido como

expansión del derecho penal (tradicionalmente protector de un núcleo de bienes jurídicos relacionados estrechamente con la persona), que ha ampliado sus fronteras dando entidad penal a nuevos intereses con características particulares, como por ejemplo su difícil identificación y demarcación. Estos nuevos bienes jurídicos suelen ser de carácter supraindividuales o colectivos. Asimismo, los tipos penales protectores de esos bienes jurídicos se caracterizan por estructurarse como delitos de peligro abstracto y recurriendo al mecanismo de norma penal en blanco.

d) España no fue la excepción a esta nueva tendencia expansiva del derecho penal. En efecto, el art. 45 de la Constitución Española dispone la protección del medioambiente. Asimismo, el articulado del CPE cuenta con un capítulo exclusivo dedicado a la protección de los recursos naturales y el medioambiente. Por lo tanto, en este país no hay dudas de que el medioambiente es un bien jurídico penalmente tutelado.

Más allá de discusiones doctrinarias sobre qué debe entenderse por medioambiente, nosotros hemos aportado una definición que consideramos ajustada a la real necesidad de protección. Así, consideramos que el medioambiente es un bien jurídico penal autónomo y colectivo, adoptando una postura ecocéntrica-moderada. A su vez, entendemos que la inclusión de la sostenibilidad en el concepto de medioambiente, en tanto bien jurídico-penal protegido, es clave. En efecto, la sostenibilidad dota al bien jurídico de actualidad y, también, de la potencialidad que exige la protección de futuras generaciones. Por otra parte, esa incorporación le otorga al bien jurídico protegido una mayor amplitud, sobrepasando el límite impuesto por los defensores del derecho penal nuclear. De ese modo, al momento de la protección penal del medioambiente no se tendrá como referencia únicamente la salud y la vida del ser humano, sino que se abarcará la calidad de vida en su sentido más amplio. Por ese motivo, un ataque al medioambiente podría no afectar la salud ni la vida del ser humano pero sí la calidad de vida en la actualidad o en el futuro. Por otra parte, el contenido de sostenibilidad puede ser importante como parámetro interpretativo al momento de distinguir la infracción administrativa de la penal (ver *infra*).

e) En España, la protección del medioambiente es multidisciplinar, como en la mayoría de las legislaciones en que se protege. A su vez, el ordenamiento jurídico

cuenta con varias ramas que protegen al medioambiente. Dentro de ellas, la que más nos ha ocupado —además del derecho penal— es el derecho administrativo sancionador. Esa parcela se caracteriza por ser un conjunto de normas muy dispersas y complejas, con terminología específica, que apela al reenvío a normas técnicas, etc.

1) El interés generado por este punto se debe a la gran similitud existente entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal, aunque el primero pareciera tener mayores exigencias (para aplicar sus sanciones más duras) que el derecho penal. En esa línea, el ordenamiento administrativo cuenta con infracciones calificadas como muy graves, mientras que en el derecho penal el peligro de perjuicio que se exige para la comisión del delito es de carácter grave.

En efecto, advertimos que las infracciones administrativas pueden calificarse, según su intensidad, en muy graves, graves o leves. Desde nuestro punto de vista, esa clasificación dificulta la discriminación entre delito e infracción administrativa ya que, gramaticalmente, pareciera que el derecho administrativo exige, para sancionar, conductas de mayor capacidad destructiva que el derecho penal.

Por ello entendemos que existe alguna divergencia gramatical entre una rama del ordenamiento jurídico y la otra, que el legislador debería rever.

2) Lo que es leve para el derecho administrativo no puede ser grave para el derecho penal. Con esa premisa, e interpretando restrictivamente los principios de subsidiariedad y *ultima ratio*, consideramos que el derecho penal debe intervenir cuando la infracción administrativa a la que se reenvía el tipo, sea de carácter muy grave o, por lo menos, la más grave de las tipificadas en el cuerpo legal remitido. Esa sería la solución más adecuada a los principios mencionados. Esto se debe a que las propias sanciones administrativas poseen un escalafón de acuerdo a su gravedad. Entonces, si ante una infracción administrativa leve interviniera el derecho penal, se estarían vulnerando los principios de subsidiariedad y *ultima ratio*. El fundamento de esto último lo encontramos en que la misma norma administrativa contiene en su articulado un escalón punitivo superior más grave. En efecto, la mayoría de las infracciones administrativas están tipificadas por descarte y, siguiendo este parámetro, la conducta infractora será leve siempre que no sea grave, y será grave cuando esa conducta no encuadre dentro de las muy graves. Asimismo, cuando la infracción sea grave, no

correspondería la actuación automática del derecho penal cuando fue el legislador quien previó una sanción administrativa superior. Por tanto, al no existir en derecho administrativo sancionador una infracción administrativa superior a las calificadas como muy graves, debiera ser esa la infracción tomada como parámetro para el reenvío normativo del tipo penal.

f) A lo anterior debe sumarse que el derecho administrativo sancionador se rige por un conjunto de principios análogos a los del derecho penal, como por ejemplo, el principio de legalidad y tipicidad, el principio de *non bis in ídem*, el principio de culpabilidad, el principio de proporcionalidad, el de irretroactividad, etc. Esto ha dado lugar a que parte de la doctrina rechace al derecho penal como instrumento de protección del medioambiente, pues se tornaría innecesario al encontrarse suficientemente protegido por el derecho administrativo sancionador. Por esos mismos motivos, parte de la doctrina especializada (minoritaria) en el tema impugna la protección penal del medioambiente por violar principios —ya vistos— como el de necesidad, subsidiariedad y *ultima ratio*, principio de lesividad, etc. Las posiciones más extremas son aquellas encuadradas en las teorías administrativistas que vacían de bien jurídico-penal los delitos contra el medioambiente, argumentando que el único interés que merece tutela penal en el ámbito ambiental es el correcto funcionamiento de la Administración en la regulación de los elementos que componen el medioambiente.

1) Sin embargo, contra eso último hemos argumentado a favor del DPMA. Y, efectivamente, consideramos que el medioambiente debe ser protegido por el derecho penal. En ese sentido, entendemos —como lo hemos dejado expuesto a lo largo de la tesis— que el derecho administrativo sancionador no resulta suficiente para la protección del medioambiente. En efecto, la multa, en cuanto principal sanción administrativa, no consigue el fin de prevención general necesario ya que los empresarios y/o empresas pueden incluir esos montos dentro de sus gastos o, incluso, traspasarlos a los precios de los productos o servicios que ofrecen. Es decir, la multa puede ser compensada. Por otra parte, la multa no suele ir acompañada por efectos indirectos como, por ejemplo, el efecto estigma de la sanción penal.

2) Asimismo, adelantamos que el DPMA respeta el principio de subsidiariedad y *ultima ratio*, ya que no resulta incompatible con la existencia de otras ramas del derecho protectoras del medioambiente, entendiéndose que pueden convivir serenamente, reservándose la aplicación del derecho penal para los supuestos más graves de ataques al medioambiente. De ese modo el derecho administrativo operará como primera barrera de protección y, allí donde esta falle, actuará el derecho penal en un nivel superior amenazando al potencial infractor con una sanción más agresiva que la multa administrativa.

3) Igualmente, el DPMA cumple con los requisitos exigidos por el principio de lesividad. Concretamente hemos sostenido que, al tratarse de un bien jurídico-penal autónomo y supraindividual, la acción típica recaerá sobre el objeto material configurado por recursos naturales como el agua, aire, tierra, etc., afectando de ese modo —en distintos grados— al bien jurídico-penal protegido. Por ello, afirmamos en su oportunidad que la afectación del objeto material donde recae la acción se identifica con la lesividad del bien jurídico-penal, en nuestro caso el medioambiente. Con esta postura se rechazan aquellas que vacían al delito contra el medioambiente de bien jurídico sosteniendo que el único objetivo del DPMA es proteger la normativa administrativa *per se*, sino que se protege al medioambiente por su propia relevancia.

g) Lo anterior no implica que exista una desconexión total entre el derecho penal y el derecho administrativo en esta materia. Al contrario, con el fin de proteger el medioambiente, ambas ramas del derecho se encuentran íntimamente ligadas. En efecto, la protección penal del medioambiente se encuentra tipificada como una norma penal en blanco completándose el injusto con la contravención de leyes u otras disposiciones generales protectoras del medioambiente. Este modo de tipificación resulta necesario e inevitable debido a: 1) la imposibilidad de abarcar en un solo tipo penal la enorme cantidad de conductas, con sus diversas variables, que puedan afectar el medioambiente, 2) la modificación periódica que se observa en la normativa administrativa en lo relativo al medioambiente, 3) para mantener armonía y coordinación del ordenamiento jurídico, evitándose contradicciones. Asimismo, el derecho administrativo sancionador, mediante este mecanismo, provee al derecho penal de los límites mínimos tolerados o riesgo

permitido. Desde la óptica adoptada, la infracción a la normativa administrativa se constituye como condición necesaria pero no suficiente de la sanción penal.

h) Ese sistema de tipo penal en blanco, genera una vinculación entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador llamado por la doctrina «accesoriedad» del derecho penal al derecho administrativo. Al respecto, sostenemos que el modelo adoptado por el legislador español es el de accesoriedad moderada, o limitada, del derecho penal del medioambiente respecto del derecho administrativo sancionador. En efecto, según este modelo, el tipo penal contiene una descripción general de los comportamientos que desea sancionar, pero el injusto será completado mediante una remisión a la regulación administrativa. Como hemos dicho en su momento, siguiendo a DE LA MATA, este tipo de accesoriedad se apoya en distintos fundamentos, entre los que destacamos los siguientes: 1) en la actualidad, la tutela del medioambiente se halla en la actividad preventiva realizada por la Administración, quien determina los límites tolerados de actuación; 2) permite que no exista contradicción en el ordenamiento jurídico, facilitando que el derecho penal respete los preceptos del derecho administrativo; 3) en atención al carácter fragmentario del derecho penal, solo conjugando la ley penal y el control administrativo puede protegerse adecuadamente el bien jurídico penal; 4) al encontrarse protegido el medioambiente por el derecho administrativo, este representa un límite a la amenaza penal de comportamientos permitidos.

i) Existen diferencias entre la infracción administrativa y el delito contra el medioambiente. Sobre este punto, al margen de las posturas —mayoritarias— que proclaman una diferencia cuantitativa y de aquellas que encuentran diferencias cualitativas entre ambas infracciones, nosotros hemos propuesto un nuevo enfoque de interpretación. Nuestra propuesta parte de lo siguiente: desde una óptica cuantitativa podría entenderse, *a priori*, que la infracción administrativa y el delito contra el medioambiente se diferencian por: a) la gravedad del resultado; b) gravedad de la consecuencia jurídica.

Sin embargo, la gravedad del resultado —por la forma en que están redactadas las infracciones administrativas— no puede ser tomada como un baremo suficiente para hallar diferencias cuantitativas entre ambos ilícitos. En efecto, ambos ordenamientos



jurídicos exigen un resultado de carácter grave para su consumación. Por lo tanto, desde un punto de vista meramente cuantitativo del resultado, entre las infracciones administrativas muy graves y graves, y el delito medioambiental, no existirían diferencias. Distinto sería en el supuesto de infracciones leves (o de menos entidad) donde sí el resultado sería inferior al exigido por el tipo penal.

Por otro lado, consideramos que no resulta válido buscar la distinción en la consecuencia jurídica con la que ambos ordenamientos sancionan las conductas perjudiciales para el medioambiente. En efecto, desde nuestra interpretación, la diferencia sustentada en la gravedad de la sanción no debería encuadrarse dentro del grupo de diferencias cuantitativas, sino cualitativas. Sostenemos esto ya que el tipo de sanción es una particularidad formal de la infracción que diferencia ambos tipos (administrativo y penal) desde un aspecto característico determinado. En ese sentido, podría hablarse de diferencias exclusivamente cuantitativas si ambas infracciones — penal y administrativa— fueran de la misma naturaleza pero con diferentes escalas punitivas. Por ello, entendemos que para diferenciar cuantitativamente las sanciones administrativas y penales debiera existir identidad de consecuencia jurídica entre ambas, situación que no se constata en la realidad (con excepción de las sanciones penales contra la persona jurídica donde la pena de prisión se torna inviable).

Frente a este cuadro, proponemos la siguiente interpretación: en principio, es necesario resaltar que la diferencia entre las infracciones administrativas y el delito contra el medioambiente radica *ex ante*, es decir en la conducta, no en el resultado. En consecuencia, el DPMA intervendrá para evitar conductas *ex ante* más graves que las tipificadas en las infracciones administrativas. Por ello, la diferencia cuantitativa no debe buscarse en el resultado más grave, sino en la conducta. De este modo, cuando nos enfrentemos a comportamientos que impliquen un mayor grado de gravedad en relación a la potencialidad de producción de consecuencias perjudiciales para el medioambiente, estaremos frente a un delito.

En conclusión, tanto el DPMA como el derecho administrativo sancionador poseen un fin común: la protección del medioambiente. No obstante, entre ellos existe una diferencia cuantitativa centrada en la gravedad de la conducta. Por ello, respetando los principios que limitan el *ius puniendi*, las conductas más graves se reservan para el derecho penal, guardándose las infracciones administrativas para aquellas de menor entidad.

Asimismo, puede ser útil, a los efectos de diferenciar cuantitativamente ambos ordenamientos jurídicos tomando como base el resultado de la conducta, incorporar como elemento interpretativo la afectación de la sostenibilidad. Desde nuestra óptica, no toda conducta perjudicial debe ser castigada por el derecho penal, sino aquellas que afecten el equilibrio sostenible de los sistemas naturales. En ese sentido, toda conducta cuyo resultado arroje un daño al medioambiente sin poner en riesgo la sostenibilidad en los términos planteados en esta tesis, debería afrontar sanciones administrativas.

Luego, existe una diferencia cualitativa en cuanto a la sanción que corresponda a cada infracción, donde ontológicamente la privación de la libertad es cuantitativamente más grave que la multa.

j) En otro orden de ideas, el fin de la pena en el DPMA, en principio, no es otro que la prevención general negativa. En ese sentido, el DPMA, perteneciente al derecho penal moderno, cumple un marcado rol utilitario de control y prevención de riesgos. En efecto, la importancia del DPMA radica en su función previa a la producción del resultado, intentando desmotivar al potencial delincuente ambiental de cometer una conducta contraria al medioambiente.

Acorde a esta postura, la Directiva 2008/99/CE estipula que, para lograr una protección eficaz del medioambiente, es necesario aplicar, a las actividades o conductas perjudiciales para ese bien jurídico, sanciones que gocen de un mayor poder disuasivo. En esa línea, la directiva dispuso que los Estados miembros deberán castigar los delitos contra el medioambiente con sanciones penales eficaces, proporcionadas y disuasorias. Por ello, podemos asumir que el fin de la sanción penal en el ámbito medioambiental no es otro que lograr la disuasión más eficaz.

k) En relación a lo anterior, y tomando la senda de la disuasión, hemos optado por analizar si el DPMA cumple con su función disuasiva utilizando como método el análisis económico del derecho. En concreto, lo consideramos un método científico eficaz para medir el efecto de la sanción penal en la toma de decisiones de las personas. El análisis económico se encarga de estudiar la toma de decisiones de las personas en un mundo con recursos limitados. Siguiendo ese método, partimos de la teoría de la elección racional o *rational choice*, y de la evaluación de diferentes estudios sobre los efectos de la sanción penal en la toma de decisiones. Asimismo, compartimos que el ser

humano es un ser racional, y esa característica lo inclina a tomar las decisiones más beneficiosas para sus propios intereses. La importancia de esta teoría es que se trata de un modelo que permite formular hipótesis sobre el comportamiento. Entonces, comenzando con la premisa de la racionalidad humana, aceptamos que el ser humano tomará decisiones haciendo un cálculo coste-beneficio de sus actos. Por ello, presumimos que la pena será interpretada por el delincuente como un costo más a tener en cuenta en su emprendimiento delictivo.

1) En ese sentido, y bajo el enfoque del AED, consideramos que las conductas que perjudiquen al medioambiente pueden ser analizadas como una actividad ilícita rentable. Por ello, cuando el beneficio esperado por una conducta contraria al medioambiente sea superior al costo calculado, presumimos que dicha conducta será ejecutada. Al contrario, cuando los costos superen al beneficio potencial, se aguarda que la tasa de delito disminuya, al convertirse en una actividad no rentable.

2) Así, entre los costos que debe afrontar el potencial delincuente, a la primera conclusión que arribamos es, coincidiendo con la doctrina mayoritaria, que la certeza en la aprehensión o captura surte un efecto mayor en la inhibición de conductas delictuales que el aumento en la severidad de las penas. Igualmente, se concluye que la sanción penal, privativa de libertad, posee un poder disuasorio superior al de la multa económica (que puede ser compensada por diversos medios).

3) Asimismo, el AED es un enfoque correcto para analizar la disuasión marginal buscada por los delitos contra el medioambiente. Ello se debe, en gran medida, a lo siguiente: si no contaminar fuera rentable económicamente, según lo indica la lógica, nadie contaminaría. Pero, la realidad indica que contaminar puede redundar en beneficios económicos. Así observamos que los hechos de contaminación más graves se han cometido en ocasión del desarrollo de alguna actividad económica. De eso, concluimos que los ataques contra el medioambiente sin un fin económico serán escasos e improbables.

1) Por tanto, consideramos una decisión acertada del legislador español (influenciado, evidentemente, por la Directiva 2008/99/CE) la incorporación de la

responsabilidad penal de la persona jurídica para los delitos contra el medioambiente. En efecto, las mayores catástrofes ambientales han sido (y serán) provocadas en el ámbito empresarial y, en la mayoría de los casos, por agrupaciones constituidas como personas jurídicas. Consecuentemente, la ley penal protectora del medioambiente debe focalizarse en estos sujetos, ya que el efecto disuasivo será más importante en ellos que en las personas físicas.

1) En efecto, hemos discriminado a los receptores de la norma en tres grupos: el primero de ellos conformado por las grandes empresas; el segundo, integrado por las pequeñas empresas o pequeños grupos contaminantes; y el tercero, formado por las personas físicas o ciudadanos comunes. Esta distinción es necesaria dado que el grado de disuasión que pueda lograr la sanción penal dependerá de diversos factores característicos del receptor de la norma.

Así, consideramos que será en los dos primeros grupos donde la ley penal podrá lograr más fácilmente su objetivo disuasorio. Esto se debe a que estos grupos, cuando explotan o degradan el medioambiente, lo hacen con un claro fin de lucro y, en la generalidad de los casos, poseen conocimiento sobre la normativa administrativa que completa el tipo penal (no en todos los casos, pues como hemos visto existen pequeñas empresas o grupos contaminantes que no cuentan con los recursos suficientes para obtener asesoramiento profesional necesario). De igual modo, son los que poseen capacidad técnica y recursos suficientes para realizar la acción típica.

Por otro lado, para las personas físicas, ciudadanos comunes, el fin de la sanción penal en este tipo de delito no tendrá efectos disuasivos dado que, en primer lugar, no se verán motivados por la norma para abstenerse de hacer algo que fácticamente no pueden. En segundo lugar, los ciudadanos en general no conocen las normas o, a lo sumo, poseen un conocimiento muy vago, sesgado por sus propias suposiciones de lo que consideran delito.

m) En consecuencia, la persona jurídica se presenta como el sujeto arquetípico para cometer el delito medioambiental y, también, para ser disuadido de él por medio de la sanción penal. En ese sentido, como la afectación del medioambiente puede convertirse en una actividad rentable, al realizar el cálculo coste-beneficio de su actividad, la persona jurídica y aquellas personas organizadas empresarialmente se

verán más influenciadas por la sanción penal que las personas físicas. Esa afirmación encuentra sustento en lo siguiente: conocen y entienden las implicancias de la norma que pretende influirle, se presume que harán uso del conocimiento de la norma en el momento de tomar decisiones y, por último, son capaces de comprender el costo que significa incumplir la ley. En suma, este tipo de sujetos cumplen con los prerequisites exigidos por ROBINSON para conseguir una disuasión efectiva.

1) A su vez, se aguarda que la disuasión marginal que produce la mayor gravedad de la sanción penal respecto de la sanción administrativa incentivará —a los administradores, directivos y demás sujetos con responsabilidad dentro del ente colectivo— a tomar medidas tendientes a evitar la comisión de delitos ambientales. Más aún, advirtiendo que la sanción penal prevista para las personas jurídicas puede llegar a significar la disolución de estas. Asimismo, la sanción penal repercute en la reputación de la empresa afectando el consumo de sus productos, la solicitud de sus servicios y la tolerancia social a la permanencia de sus instalaciones cuando la contaminación afecta a los ciudadanos directamente.

2) Por otro lado, los administradores, ya no se enfrentarán a una sanción meramente económica, sino que la privación de la libertad es una opción a considerar. Asimismo, al tratarse de un delito empresario, los sujetos que toman las decisiones no están acostumbrados a rodearse de delincuencia común sino que, por el contrario, desarrollan su vida en ámbitos determinados, donde el efecto estigma que provoca una sanción penal puede significarles la ruina social y económica.

n) Sumado a lo anterior debe resaltarse la importancia de la introducción de los programas de cumplimiento (*compliance programs*) en la legislación española. Así, el legislador español combinó el recurso disuasivo de la sanción penal con uno persuasivo que premia el cumplimiento. En efecto, el legislador dispuso que la persona jurídica que cuente en su organización con un *compliance program* instalado correctamente y efectivo, *ex ante* la realización de la conducta perjudicial para el medioambiente, podrá ser favorecida con una atenuación de la pena o, incluso, la exención de ella. En esa línea, la implantación de un modelo de prevención de delitos medioambientales redundará en un beneficio para la persona jurídica (o empresa). De ese modo, se

refuerza la disuasión mediante la persuasión, fomentando la autorregulación y el aumento del autocontrol en las personas jurídicas, elevando las defensas internas para evitar ataques al medioambiente.

ñ) No obstante lo anterior, hemos advertido en la investigación que lograr la disuasión del delito medioambiental no es un tarea sencilla. Al contrario, posee un grado de dificultad elevado. En ese sentido, señalamos que en muchos de los casos la detección del responsable es muy difícil, dado el contexto del medioambiente donde en muchas ocasiones no existirán víctimas identificables. Por otro lado, puede suceder que el perjuicio medioambiental sea palpable o visible mucho tiempo después de cometida la conducta dañina y por ese motivo será difícil identificar al responsable. Asimismo, como hemos adelantado, el aumento en la certeza o en la probabilidad de ser apresado o descubierto posee un mayor poder disuasivo que el aumento en la severidad de la sanción. La dificultad que acarrea esto se refleja en la falta de voluntad de los Estados para aumentar los recursos preventivos. Por ello, la existencia de los *compliance program* intenta suplir, o directamente ayuda, la tarea de prevención (y los gastos que eso significa) que debería realizar el Estado. Otra dificultad, es la complejidad de la normativa medioambiental. Efectivamente, se destaca que el derecho ambiental es altamente técnico, lo que implica un elevado grado de sofisticación y experiencia para comprenderlo. Por tanto, puede ser muy difícil para los individuos y las pequeñas empresas ubicar toda la normativa que les es aplicable porque, entre otras cosas, las leyes y reglamentos están redactados de forma muy densa, con términos técnicos, largos preámbulos y reenvíos a otras leyes. Por este motivo es que nos adherimos al pedido realizado, por parte de la doctrina, de creación de una Ley General del Medioambiente.

## **2. Conclusiones empíricas**

a) Luego de analizar las cuestiones teóricas que consideramos más importantes para esta tesis, nos detuvimos a realizar nuestro propio estudio. Para ello, recurriendo al método del análisis económico del derecho, realizamos una investigación empírica que consistió en encuestas y análisis de estadísticas de actuaciones judiciales y sentencias.

Para realizarlo, se extrajeron datos de encuestas hechas por el CIS y estudios propios desarrollados para esta investigación. La intención es, a continuación, contrastar

los puntos de partida teóricos con los resultados arrojados por las investigaciones empíricas y verificar si la teoría se corresponde, o no, a la evidencia recolectada.

1) En primer lugar, la implementación de la RPPJ resulta necesaria a los fines de la disuasión desde el plano teórico. Esta necesidad se corresponde, en un alto grado, con la percepción de la población general respecto de que las empresas no realizan el esfuerzo suficiente por proteger el medioambiente. Efectivamente, una amplia mayoría (80.8 %) de los encuestados considera que la contaminación proveniente de las industrias es, como mínimo, muy peligrosa; el 90.3 % considera que el Gobierno debería promulgar leyes que obliguen a las empresas a respetar el medioambiente, incluso afectando el derecho que tienen a decidir por sí mismas. Estos resultados nos permiten concluir que existe un consenso social claro sobre el control que debe realizarse a las actividades industriales. Por ello inferimos que, probablemente, un gran sector de la sociedad se indignará frente a conductas de las empresas que atenten contra el medioambiente, por considerarlas inmorales o socialmente negativas. En consecuencia, pensamos que esos datos significan que en España existe una alta posibilidad de que las empresas sean sancionadas informalmente por la sociedad cuando perjudiquen el medioambiente.

Este aspecto puede ser uno, aunque no el único, de los justificantes por los que la paradoja HARRINGTON sucede en España. Así, podemos concluir que las grandes empresas intentan realizar sus actividades de la manera más prolija y clara posible con el fin de no defraudar las expectativas de la sociedad.

2) Desde el punto de vista de la disuasión hemos advertido, al analizar las estadísticas de actuaciones judiciales, que el porcentaje de sentencias condenatorias por delitos contra el medioambiente en España (sobre el total de sentencias) es del 0.05 %, lo que significa una tasa comparativa muy baja.

A esto debe sumarse la lentitud de los procesos que demoran varios años en llegar a su conclusión, y que son muy pocos los que finalizan en un plazo menor de cinco años.

Esta situación nos hace presuponer que el efecto disuasorio de la sanción penal se verá mermado ya que la celeridad de la aplicación de la pena no se presentará como un costo efectivo en el corto plazo.

3) Siguiendo la clasificación de potenciales infractores de la normativa protectora del medioambiente, el delito contra ese bien jurídico, *a priori*, puede ser cometido por tres clases diferentes de sujetos: a) las grandes empresas, constituidas generalmente por personas jurídicas; b) las pequeñas empresas, compuestas por pocos socios y cuando constituyen sociedad comercial lo hacen adoptando la tipología de sociedad limitada; y c) los ciudadanos en general que actúan de manera individual.

De acuerdo a lo que arrojó el estudio que hemos realizado, el delito contra el medioambiente es realizado casi en exclusividad por empresas. Es decir, grupos de personas que realizan una actividad con un fin de lucro.

De esto podemos concluir que la premisa teórica de donde partimos se confirma en la realidad al arrojar que el delito contra el medioambiente posee un componente económico muy fuerte y que rara vez será cometido por un ciudadano común.

Asimismo, hemos verificado en el relevamiento de sentencias que, en su gran mayoría, las empresas que fueron procesadas pertenecían al grupo de pequeñas empresas.

Así, podemos concluir que en España se cumple la predicción teórica respecto a la mayor probabilidad de incumplimiento por parte de pequeñas empresas contaminantes.

4) En la investigación hemos podido comprobar que, como ya lo adelantaba la teoría, el derecho administrativo sancionador resulta insuficiente a los fines de la disuasión. Es decir, la multa administrativa no alcanza para disuadir la comisión de ataques al medioambiente. Para arribar a esta conclusión basta con observar el relevamiento de sentencias, donde en el 83.1 % de los casos existieron actuaciones administrativas previas y en el resto de los supuestos los procesados actuaron sin autorización.

5) El incremento de canales para que la ciudadanía pueda denunciar actividades o conductas perjudiciales para el medioambiente permitirá aumentar la disuasión. Esto se debe a que, como surge del análisis que se realizó en el relevamiento de las sentencias, el 25.3 % de las denuncias de conductas contra el medioambiente fueron realizadas por vecinos. Esto mismo lo confirma la Memoria de la FGE del año 2017.



Este aspecto debe ser tenido en cuenta por las administraciones públicas, ya que un aumento de canales de denuncia y la facilitación y/o promoción de denuncia por parte de los vecinos elevará uno de los aspectos trascendentales de la disuasión: el aumento en la certeza o probabilidad de detección que, como vimos, es uno de los aspectos que más tiene en cuenta el delincuente al momento de calcular los costos y beneficios de la actividad criminal.

6) Sumado a conclusiones anteriores, de lo surgido del estudio realizado en conjunto con la universidad de Elche, podemos estimar que en la ciudadanía existe un sentimiento generalizado (coincidiendo con lo que reflejaba el informe del CIS) de que las empresas deben ser juzgadas por conductas contaminantes.

7) Esa misma encuesta arroja que la población en general considera que las conductas contaminantes que afecten el medioambiente poniendo en riesgo a la salud y/o vida humana son más graves que aquellas que no lo hacen. En ese sentido, la consideración social general reserva la clausura permanente de la empresa para esos supuestos.

Se observa, de ese modo, que predomina en la consciencia colectiva una idea mayoritaria inclinada a considerar el medioambiente como bien jurídico desde una óptica principalmente antropocéntrica.

8) Nos parece importante destacar que, según la encuesta, el público en general considera más grave la conducta de un superior que ordena una acción contaminante, que la de un subordinado que cumple la orden sabiendo que su conducta ocasionará un daño al medioambiente.

Ese dato nos permite construir la siguiente hipótesis: pareciera que el público en general se identifica —o siente una especial empatía— con el trabajador que debe obedecer las órdenes, o indicaciones, que provengan de una jerarquía superior. De esto podemos concluir que, presumiblemente, la mayoría de las personas acatarán una orden de ejecutar acciones que puedan perjudicar el medioambiente si son emanadas de un superior. Los motivos pueden ser varios: temor a perder el puesto de trabajo, confianza en el criterio de quien da la orden, desconocimiento de que su conducta puede ser sancionada penalmente, etc.

La importancia de conocer este aspecto es fundamental para la confección de *compliance programs*, específicamente modelos de prevención de delitos. En efecto, para lograr un mayor efecto preventivo, los empleados deben recibir una adecuada formación, indicándoseles cuáles son sus responsabilidades y qué cosas no pueden realizar, incluso cuando reciban una orden en ese sentido. Más aún en el entorno empresarial, donde predomina la delegación de funciones y competencias.

En este punto surge del estudio que existe una intuición general sobre el monto de la pena que debería recibir el encargado que imparte una orden de contaminar, aproximada a la estipulada en CPE. Sin embargo, existe una diferencia sustancial entre la escala penal específica del art. 325 del CPE y la que los encuestados consideran acorde a la conducta de un subordinado que contamina acatando una orden. Así, una amplia mayoría supone que el subordinado —que ejecutó la acción ordenada por un superior— debería ser sancionado con trabajos en beneficio de la comunidad.

9) En cuanto a los puntos críticos de la disuasión (severidad y certeza en la probabilidad de recibir un castigo) el resultado que refleja el estudio realizado es similar a los arrojados por los estudios efectuados por autores previamente citados. En ese sentido, existe un desconocimiento parcial en los encuestados respecto de la sanción máxima que podría recibir la empresa donde desarrollan las actividades. Así, los encuestados consideran, en su mayoría, que las penas máximas que podrían recibir las empresas por conductas contrarias al medioambiente podrían consistir en una multa o inhabilitación para recibir subvenciones y ayudas públicas. Es decir, los encuestados desconocen las sanciones máximas dispuesta por el CPE o no las consideran adecuadas. A ello debe aunarse el desconocimiento de la sanción en la hipótesis del encargado-subordinado.

Por este motivo, sea por desconocimiento de la pena o por no considerarla adecuada, nos enfrentamos a una de las dificultades de la disuasión, denunciada, entre otros, por ROBINSON (ver *supra* capítulo III). Este aspecto nos permite confirmar que la disuasión marginal proveniente del derecho penal no tendrá el efecto esperado a causa del desconocimiento de la sanción prevista para conductas contrarias al medioambiente cuando se trata de personas físicas que no lucran con él.

10) Por otra parte, el estudio refleja que cuanto mayor sea la percepción de riesgo de ser aprehendido, menor es la frecuencia con la que creen que la empresa realiza vertidos perjudiciales al medioambiente. De este modo, se pudo confirmar que en España se repiten las tendencias de estudios realizados en otros países.

11) En España apreciamos que existe un desconocimiento de la severidad máxima de la pena esperada por conductas contra el medioambiente y se ratifica lo que hemos visto a lo largo de la investigación: el aumento en la certeza de probabilidad de ser descubierto incrementará el efecto disuasorio de la ley penal.

b) A modo de conclusión general consideraremos lo siguiente: existe en España un consenso general sobre la importancia del medioambiente en el desarrollo de la vida, actual y de generaciones futuras. Este medioambiente debe ser protegido, y la mejor manera para ello es previniendo la comisión de ataques en su perjuicio.

El DPMA no se ideó pensando en los ciudadanos comunes, se forjó pensando en las empresas y personas jurídicas, en aquellos entes que lucran, que buscan beneficio a costa de la destrucción de los ecosistemas. En ese sentido, es muy difícil que el ciudadano común pueda cometer un desequilibrio de los sistemas naturales en el desenvolvimiento de su vida rutinaria.

Al respecto, la disuasión, como la hemos analizado en esta investigación, sí surtirá el efecto esperado. Y pareciera que lo está consiguiendo. Con las reformas introducidas al CPE incorporando la RPPJ, se ha generado un gran avance en la prevención. Como vimos en páginas anteriores, las grandes empresas emisoras de CO<sub>2</sub> cumplen, aparentemente, con la normativa protectora del medioambiente. Y, más allá de que pueda ser atribuible a distintas teorías, creemos que en esos casos el cumplimiento se debe, en gran parte, a la sanción penal de la persona jurídica (y todos los efectos que trae aparejada su sanción englobados en las ya vistas sanciones informales). En este sector la disuasión parece cumplir sus objetivos ya que las grandes empresas cuentan con los recursos económicos suficientes para implementar los mecanismos preventivos que hagan falta (tanto materiales como técnicos, asesorías, capacitaciones, etc.). Asimismo este grupo es capaz de realizar un cálculo correcto del coste-beneficio de sus conductas. Sin embargo, como hemos visto, no es sencillo controlar las conductas

colectivas de una organización, máxime cuando existen altas probabilidades de que los empleados subordinados realicen tareas contaminantes si así se los ordena un superior.

Por otro lado, existen las pequeñas empresas que no cuentan con los recursos necesarios para prevenir ataques al medioambiente ya sea por no contar con medios materiales y técnicos, o por desconocimiento de la normativa aplicable. Es en este sector donde el derecho penal se debe enfocar y la política del Estado apuntar todos los recursos preventivos necesarios.

Por último, se encuentran los ciudadanos en general, que no son disuadidos por la ley penal protectora del medioambiente, pero tienen una conciencia general positiva del hacia el entorno ambiental. De ese modo, el ciudadano promedio tiene una idea, o considera, que contaminar es un acto negativo para la sociedad; también se siente más seguro sabiendo que el Estado lo protege de eventuales ataques contra el medioambiente. Por ello consideramos —además de lo visto a lo largo de la investigación sobre este punto— que el DPMA, respecto del ciudadano común, cumple una función de prevención general positiva. En conclusión, el DPMA posee una finalidad que podríamos llamar mixta: para un sector de los destinatarios cumple una clara función de prevención general negativa, mientras que para otro sector su función es la de prevención general positiva.

### **3. Propuestas y recomendaciones**

De las conclusiones anteriores, y realizando un enfoque normativo del AED, a continuación realizamos algunas propuestas que consideramos mejorarán el efecto disuasivo de la sanción penal.

a) La primera propuesta, ya adelantada a lo largo de la tesis, es la creación de una Ley General del Medioambiente. Es cierto que esta no es una propuesta original, sin embargo consideramos que resulta necesaria para facilitar el acceso a la normativa administrativa protectora del medioambiente. De este modo se evitaría la dispersión legal actual, compuesta por partes del Código Civil, diversas leyes orgánicas, decretos, reales decretos, directivas, etc. Sirve para graficar la situación descrita, el prólogo del Código de Medio Ambiente, donde su autor reconoce la dificultad de diseñar un repertorio de normas ambientales, ya que se trata de una tarea compleja dados los

componentes normativos que integraría una obra de tales características. Según el autor del prólogo, «[l]a explicación es clara: la naturaleza transversal del medio ambiente y de los muchos conceptos a él vinculados (recursos naturales, biodiversidad, sostenibilidad, actividades económicas, salud...) produce un reflejo en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico que dificulta la selección precisa y, consecuentemente, la composición adecuada de los diferentes apartados de este trabajo».<sup>1109</sup> Con la sanción de esta ley, se logrará facilitar el conocimiento de la normativa administrativa que completa el injusto penal. De este modo, se presume que ayudará al aumento del fin disuasorio de la sanción penal.

b) Consideramos que es necesaria, para aumentar la disuasión, una mayor claridad en la distinción entre la infracción administrativa y el delito contra el medioambiente. Al tratarse de dos construcciones jurídicas similares y con resultados exigidos casi idénticos, de *lege ferenda* proponemos que en futuras reformas del Código Penal Español se incorpore, a su artículo 325, una referencia a la sostenibilidad, exigiéndose, para la consumación del delito, el peligro de perjudicar gravemente el equilibrio sostenible de los sistemas naturales. De este modo, la distinción cuantitativa entre la infracción administrativa y el delito podrá efectuarse más fácilmente, y teniendo como parámetro no solo la conducta más grave *ex ante* sino que, con esta reforma (además de darle otro contenido al bien jurídico) sí podrán distinguirse ambas infracciones desde el punto de vista del resultado.

c) Para lograr un mayor temor al efecto estigma de la sanción penal, el Estado debería realizar campañas publicitarias masivas para informar a la población en general qué empresas y personas individuales han sido condenadas por delitos contra el medioambiente. De igual manera deberían comunicarse los daños actuales y perjuicios futuros a los que la sociedad se verá sometida por responsabilidad de los condenados.

d) Asimismo, una medida que aumentará la disuasión es la creación de nuevos canales o vías de comunicación para facilitar a la población en general, asociaciones y/u organizaciones la denuncia a la autoridad administrativa competente de: a) actividades

---

<sup>1109</sup> Cfr. VERA JURADO, D., «Prólogo a la primera edición», en *Código de Medio ambiente*, Edición actualizada, Tecnos, Madrid, 2014, p. 11.

contaminantes; b) los resultados de esas actividades, c) o cualquier situación relacionada con el medioambiente. De este modo, se generará un aumento (desconociéndose su magnitud) de la probabilidad de detección de conductas perjudiciales contra el medioambiente. Esto último, de acuerdo a lo que arrojaron los estudios vistos en puntos anteriores, provocará un incremento en la disuasión.

## BIBLIOGRAFÍA

ABBOT, C., *Enforcing Pollution Control Regulation. Strengthening Sanctions and Improving Deterrence*, Hart Publishing, 2009, Portland.

ABOSO, G. E., *Derecho penal ambiental*, IBdeF, 2015, Buenos Aires-Montevideo.

AKERS, R., «*Rational Choice, Deterrence, and Social Learning Theory in Criminology: The Path Not Taken*», en *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 81, 3, 1990.

ALASTUEY DOBÓN, M. C., *El delito de contaminación ambiental (art. 325.1 del Código penal)*, Ed. Comares, 2004, Granada.

ALCÁCER GUIRAO, R., «La protección del futuro y los daños cumulativos», en *RECPC*, nº 4, 2002.

ALENZA GARCÍA, J. F., «Las sanciones administrativas y penales en materia ambiental: funciones y problemas de articulación», en CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.) y LARA GONZÁLEZ, R. (coord.), *Derecho penal de la empresa*, 2002, Navarra.

ALEXANDER, C., «*On the nature of the reputational penalty for corporate crime: Evidence*», *The Journal of Law and Economics*, vol. 42, n.º S1, 1999.

ALLI ARANGUREN, J. C., «El medio ambiente como nuevo paradigma», en *Panorama jurídico de las administraciones públicas en el siglo XXI*, Instituto de administración pública, 2002, Madrid.

ALLI TURRILLAS, J.C., «El ordenamiento jurídico-administrativo y de la Unión Europea», en *Administración y legislación ambiental*, adaptado al EEES, Dykinson, 9º ed. actualizada, 2016, Madrid.

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Ed. Comares, 2001, Granada.

ARTAZA VARELA, O., *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal: fundamentos y límites*, Marcial Pons, 2013, Barcelona.

ARTAZA VARELA, O., «Programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico penal», en *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), IBdF, 2014, Buenos Aires-Montevideo.

BACIGALUPO E., *Derecho penal, parte general*, 2º Ed., 3º reimpresión, Hammurabi, Buenos Aires.

BAKER, L./EMERY, R., «*When Every Relationship Is Above Average: Perceptions and Expectations of Divorce at the Time of Marriage*», LAW HUM. BEHAV, n.º 17, 1993.

BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas, con el comentario de Voltaire*, trad. DE LAS CASAS, Ed. Alianza, 3º ed., 2014, Madrid.

BECK, U., *La sociedad del Riesgo. Hacia una nueva modernidad* (trad. Navarro, J., Jiménez, D., Borrás, M. R.), Ed. Paidós, Barcelona, 5º reimpresión, 2014.

BECK, U., *La sociedad del Riesgo Global*, (trad. Alborés Rey, J.), Ed. S. XXI, 2009, Madrid.

BECK, U., *La sociedad del Riesgo Mundial. En busca de la seguridad perdida* (trad. Carbó, R. S.), Ed. Paidós, 2008, Barcelona.

BECKER, G., *The economics of discriminatio*, The university of Chicago Press, 1957 (1971, 2º ed.) Chicago-London.



BECKER, G., «*Crime and Punishment: an Economic Approach*», en *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, Eds. BECKER, G./LANDES, M., NBER, 1974.

BELLOCH PETIT, G., «El principio de *non bis in idem* en las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho disciplinario», en *Revista del Poder Judicial*, n.º 51, 1998.

BELSHAW, C., *Filosofía del medio ambiente. Razón, naturaleza y preocupaciones humanas* (trad. GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, I./VIJANDE MARTÍNEZ, A.), Ed. Tecnos, 2005, Madrid.

BENTHAM, J., «Antología», en *Bentham*, Ed. Josep M. Colomer, Ed. Península, 1991, Barcelona.

BENTHAM, J., *Escritos económicos*, Selección y prólogo de STARK, W., trad. PIMENTEL, F., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1965, México D.F.

BENTHAM, J., *Teoría de las penas y de las recompensas*, (trad. LÓPEZ BUSTAMENTE, J.), imprenta de Manuel Saurí, 1838, Barcelona.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del derecho penal de hoy*, Ed. Iustel, 2012, Madrid.

BISHOP, P., «*Criminal Law as a Preventative Tool of Environmental Regulation: Compliance versus Deterrence*», en *Northern Ireland Legal Quarterly*, 60 (3), 2009, pp. 279-304.

BLACCONIERE, W./PATTEN, D., «*Environmental disclosures, regulatory costs, and changes in firm value*», en *Journal of Accounting and Economics*, Vol.18(3), 1994, pp.357-377.

BLANCO LOZANO, C., *La protección del medio ambiente en el derecho penal español y comparado*, Ed. Comares, 1997, Granada.

BOFF, L., *Ecología: grito de la tierra, grito de los pobres* (trad. Rodríguez Herranz, J. C.), Ed. Trotta, 2011, Madrid.

BOFF, L., *La sostenibilidad. Qué es y qué no es*, Ed. Sal Terrae, 2013, Santander.

BRANDARIZ GARCÍA, J. A., «Relaciones entre el derecho penal y el derecho administrativo», en FARALDO CABANA, P. (dir.)/PUENTE ABA, L. (coord.), *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el código penal y la legislación especial*, Tirant lo Blanch, 2011, Valencia.

BRAITHWAITE, J./GEIS, G., «*On Theory and Action for Corporate Crime Control*», en *Crime and Delinquency*, abril de 1982.

BRAITHWAITE, J. «*Enforced self-regulation: A new strategy for corporate crime control*», en *Michigan law review*, vol. 80, no 7, 1982.

CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 3º ed., Ed. Tirant lo Blanch, 1999, Valencia.

CARBONELL MATEU, J.; «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su “dogmática” y al sistema de la reforma de 2010», en *Cuadernos de Política Criminal*, vol. 2, 2010, n.º 101.

CARDENAL MONTRAVETA, S., «Eficacia preventiva general intimidatoria de la pena» en *RECPC*, 17-18, 2015.

CASTRO M., A., *El por qué y el para qué de las penas (análisis crítico sobre los fines de la pena)*, Ed. Dykinson, 2008, Madrid.

CEREZO MIR, J., *Derecho penal, parte general*, IBdF, 2008, Montevideo.

CHAMBLIS, W., «*Types of Deviance and the Effectiveness of Legal Sanctions*», en *Wisconsin Law Review*, 1967, Vol.3, pp. 703-719.

CHAMORRO GÓNZALEZ, J.M., «Derecho administrativo sancionador ambiental: aspectos problemáticos», en BERBEROFF AYUDA, D. (dir), *Incidencia medioambiental y derecho sancionador*, CDJ, VIII, 2006.

CHAUNCEY, R., «*Deterrence, Certainty, Severity, and Skyjacking*», en *Criminology*, Vol. 12 (4), February 1975.

CHIASSONI, P., *El análisis Económico del Derecho*, trad. Morales Luna, F., Palestra, 2013, Lima.

CID MOLINÉ, J./LARRAURI PIJOAN, E., *Teorías criminológicas. Explicación y prevención de la delincuencia*, Ed. Bosch, 2001, Barcelona.

CLARKE, R./CORNISH, D. B., *Modeling Offenders' Decisions: A Framework for Research and Policy*, *Crime & Justice*, n.º 6, 1985.

COASE, RONALD. H., «*The problem of social cost*», en *Law and economics: an anthology*, 1998.

COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte general*, 5º ed. corregida, aumentada y actualizada, Ed. Tirant lo Blanch, 1999, Valencia.

COCA VILA, I., «¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?», en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ (coor.), *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*, Ed. Atelier, Barcelona 2013.

COHEN, M., «*Environmental Crime and Punishment: Legal/Economic Theory and Empirical Evidence on Enforcement of Federal Environmental Statutes*», 82 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 1054 (1992).

COHEN, M., «*Empirical Research on the Deterrent Effect of Environmental Monitoring and enforcement*», en *Environmental Law Reporter News and Analysis*, 30 (4), pp. 10245-10252, 2000.

COHEN, M., SIMPSON, S., «*The origins of corporate criminality: Rational individual and organizational actors*», en *Debating Corporate Crime. Cincinnati: Anderson Publishing Co and Academy of Criminal Justice Sciences*, 1997

COLINA RAMÍREZ, E. I., *Sobre la legitimación del Derecho Penal del Riesgo*, Ed. Bosch, 2014, España.

COOK, P., «*Research in Criminal Deterrence: Laying the Groundwork for the Second Decade*», *Crime and Justice*, 1 de enero, Vol.2, 1980.

COOTER, R. D./ULEN, T., *Derecho y economía*, trad. SUÁREZ, E., Ed. Fondo de Cultura Económica, 6º ed., 2016, México.

COOTER, R., «*Prices and sanctions*», *Columbia Law Review*, octubre 1, Vol. 84 (6), 1984.

COPLESTON, F., *Historia de la filosofía*, volumen 4, Ariel, trad. CAMPS, V., 2011, Barcelona.

CORCOY BIDASOLO, M., «*Expansión del Derecho penal y garantías constitucionales*», en *Revista de Derechos Fundamentales – Universidad Viña del Mar*, N° 8, 2012.

CORCOY BIDASOLO, M., «*Protección de bienes jurídico-penales supraindividuales y derecho penal mínimo*», en *Derecho penal del Siglo XXI*, Cuadernos de derecho judicial, MIR PUIG, S. (dir), VIII-2007, Madrid.

CORCOY BIDASOLO, M., «*El delito ecológico. Delitos en materia de aguas*», en *El agua: estudios interdisciplinares*, MONTORO CHINER, M. J. (coord.), Atelier, 2009, Barcelona.

CORCOY BIDASOLO, M./VIVES-REGO, J., «La evaluación del riesgo y del impacto (o daño) en el delito ecológico: aspectos jurídicos y forenses», en *Revista Poder Judicial*, n.º 83, 2006.

CORCOY BIDASOLO, M., «Protección penal del medio ambiente: legitimidad y alcance. Competencia penal y administrativa en materia de medio ambiente», en CORCOY BIDASOLO, M. (dir.)/LARA GONZÁLEZ, R. (coord.), *Derecho penal de la empresa*, 2002, Navarra.

CORCOY BIDASOLO, M., «Los delitos relativos a la ordenación del territorio y el medio ambiente: una perspectiva criminológica», en CORCOY BIDASOLO, M. Y RUIDIAZ GARCÍA, C. (coord.), *Problemas criminológicos en las sociedades complejas*, Universidad Pública de Navarra, 2000, Navarra.

CORCOY BIDASOLO, M., «De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», en CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S. (Dirs.), *Comentarios al Código Penal: reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, 2015, Valencia.

CORCOY BIDASOLO, M., «Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos», en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.), *Política criminal y reforma penal*, IBdF, 2007, Montevideo.

CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant lo Blanch, 1999, Valencia.

CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, IBdF, 2.º ed., 2013, Montevideo.

CORCOY BIDASOLO, M./GALLEGO SOLER, J. I., «Infracción administrativa e infracción penal en el ámbito del delito medioambiental: *ne bis in idem* material y procesal (comentario a la STC 177/1999, de 11 de octubre)», en *Actualidad penal*, n.º 8, 2000.

CORCOY BIDASOLO, M., «Prevención limitada vs. neo-retribucionismo», en *Estudios de Derecho penal: Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, IBdF, 2017, Buenos Aires.

CORDANO, M./FRIEZE, I. «*Pollution reduction preferences of US environmental managers: Applying Ajzen's theory of planned behavior*», *Academy of Management journal*, 43, 4, 2000.

CORNISH, D. B./CLARKE, R., *Understanding Crime Displacement: An Application of Rational Choice Theory*; en *Criminology*, n.º 25, 1987.

CRESPO, E. D., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, IB de F, 2016, Buenos Aires.

CURRAN, C., «*The Endowment effect*» en DEGEEST, G./BOUCKARET, B., *Encyclopedia of law and economics*, 2000, published by ELGAR, E.

COOPER, H. H., «*Crime control and the deterrence perspective*», *Criminology*, vol. 11, n.º 2, agosto, 1973, pp. 161-182.

DECKER, C., «*Corporate environmentalism and environmental statutory permitting*», en *The Journal of Law and Economics*, vol. 46, n.º 1, 2003.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «*Cuestiones dogmáticas relativas al delito de contaminación ambiental*», en *Revista Penal*, n.º 4, 1999, pp. 30-41.

DE LA MATA, N., «*Delitos contra el medio ambiente: accesoriedad administrativa*», en TERRADILLO BASOCO (dir.), *Técnicas de investigación e infracciones medioambientales*, Estudios de Derecho Judicial, N.º 75, 2005, Madrid.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «*El bien jurídico protegido en el Derecho penal garantista*», en *Jueces para la democracia*, n.º 30, 1997, pp. 10-19.

DEVLIN, A., *Fundamental principles of law and economics*, Routledge, 2015, London and New York.

DÍEZ RIPOLLÉS, J., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española», en *InDret*, no 1, 2012.

DOWLING, J./PFEFFER, J., «*Organizational legitimacy: societal values and organizational behavior*», en *Pacific Sociological Review*, Vol. 18, N.º. 1, 1975, pp. 122-36.

DOWNING, P./KIMBALL, J., «*Enforcing pollution control laws in the United States*», En *International Comparisons in Implementing Pollution Laws*, Springer, Dordrecht, 1983.

DURÁN Y LALAGUNA, P., *Una aproximación al análisis económico del derecho*, Comares, 1992, Granada.

EDELHERTZ, H., «*The nature, impact, and prosecution of white-collar crime*», en *National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice*, 1970, Washington.

ELSTER, J., *El cambio tecnológico. Investigaciones sobre la racionalidad y la transformación social*, trad. MIZRAJI, M., Gedisa, 3º ed., 1997, Barcelona.

EMERY, A./WATSON, M., «*Organizations and environmental crime*» en *Managerial Auditing Journal*, 01 de Agosto de 2004, Vol.19 (6), pp. 741-759.

EPPLE, D./VISSCHER, M., «*Environmental Pollution: Modeling Occurrence, Detection, and Deterrence*», en *Journal of Law & Economics*, vol. 27, April, 1984.

ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L., *El medio ambiente en la crisis del estado social. Su protección penal simbólica*, Comares, 2006, Granada.

ESTEVE PARDO, J., *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, 2009, Barcelona.

ESTEVE PARDO, J., *Derecho del medio ambiente*, 3º ed., Marcial Pons, 2014, Madrid.

ESTEVE PARDO, J., «Protección penal y accesoriadad administrativa en la nueva regulación para la protección del medio ambiente», en BERBEROFF AYUDA, D. (dir), *Incidencia medioambiental y derecho sancionador*, CDJ, VIII, 2006.

FALCÓN Y TELLA, M<sup>a</sup> J./FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, Marcial Pons, 2005, Barcelona.

FAURE, M./SVATIKOVA, K., «*Criminal or Administrative Law to Protect the Environment? Evidence from Western Europe*», en *Journal of Environmental Law*, Vol. 24, 2012, pp. 253-286.

FEIJOO, B., *La legitimidad de la pena estatal. Un breve recorrido por las teorías de la pena*, Iustel, 2014, Madrid.

FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*, IB de F, 2007, Bueno Aires.

FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., *Sistema jurídico-administrativo de protección del medio ambiente*, Ratio Legis, 5<sup>o</sup> edición, 2016, Salamanca.

FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, 2016, Madrid.

FEUERBACH, A. v., *Tratado de derecho penal*, Trad. ZAFFARONI, R./HAGEMMEIER, I., Hammurabi, 2007, Buenos Aires.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2016, Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015.

GALLEGO SOLER, J., «*Criminal Compliance* y proceso penal: reflexiones iniciales», en *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y*



*reacción penal*, MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (Dir.), IBdF, 2014, Buenos Aires.

GALLEGO SOLER, J. I., «Criterios de determinación de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo», en MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (dir.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, JMB, Barcelona, 1996

GARCÍA, E., *Medio Ambiente y Sociedad. La civilización industrial y los límites del planeta*, Alianza Ed., 2015, Madrid.

GARCÍA CAVERO, P., «La responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas», *Derecho Penal y Criminología*, vol. 26, 2005.

GARRIDO, V./STANGELAND, P./REDONDO, S., *Principios de criminología*, 3º ed., Tirant lo Blanch, 2006, Valencia.

GEIS, G., *White Collar and corporate crime. A documentary and reference guide*, Ed. Greenwood, 2011, Denver.

GEORGAKOPOULOS, N. L., *Principles and Methods of Law and Economics. Basic Tools for Normative Reasoning*, Cambridge University Press, 2005, Cambridge.

GÓMEZ DE LA TORRE, I. B., *Viejo y nuevo derecho penal. Principios y desafíos del derecho penal de hoy*, Iustel, 2012, Madrid.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Cuestiones fundamentales de Derecho Penal Económico, parte general y especial*; IBdeF, 2014, Buenos Aires.

GÓMEZ RIVERO, M., «El delito ecológico», en MARTOS NÚÑEZ, *Derecho penal ambiental*, Exlibris, 2006, Madrid.

GÓMEZ RIVERO, M. C., *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*, Tirant lo Blanch, 2000, Valencia.

GÓRRIZ ROYO, E., «Sentido y alcance del *ne bis in idem* respecto de la preferencia de la jurisdicción penal en la jurisprudencia constitucional» (en especial, la STC 2/2003, de 16 de enero), EPC n.º XXIV, 2002-2003.

GÓRRIZ ROYO, E. M., *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, Tirant lo Blanch, 2015, Valencia.

GRACIA MARTÍN, L., *La polémica en torno a la legitimidad del Derecho penal moderno*, Ubijus, 2011, Clavería.

GRACIA MARTÍN, L., «Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica», en RECPC, 18-05, 2016.

GRECO, L., *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal*, Marcial Pons, 2015, Barcelona.

GUNNINGHAM, N./KAGAN, R./THORNTON, D., «*Social License and Environmental Protection: Why Businesses Go Beyond Compliance*», en *Law & Social Inquiry*, Abril, Vol.29 (2), 2004, pp. 307-341.

HAMDANI, A./KLEMENT, A., «*Corporate crime and deterrence*», en *Stanford Law Review*, noviembre de 2008, Vol.61(2), pp.271-310.

HAREL, A., *Economic analysis of criminal law: a survey*, en *Research Handbook on the Economics of Criminal Law*, ed. HAREL A./HYLTON, K. N., 2012, Boston.

HAREL, A., «*Behavioral Analysis of Criminal Law: A Survey*», en ZAMIR, E. y TEICHMAN, D., *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oxford University press, 2014.

HARRINGTON, W., «*Enforcement leverage when penalties are restricted*», en *Journal of Public Economics*, 1988, Vol. 37 (1), pp. 29-53.

HASSEMER, W., «Viejo y nuevo derecho penal», en *Persona mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal* (Trad. Muñoz Conde, F. y Díaz Pita, M.), Tirant lo Blanch, 1999, Valencia.

HASSEMER, W., «Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos», en AA.VV, *Pena y Estado*, Ed. Conosur, 1995, Santiago.

HASSEMER, W., *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena*, Trad. CANCIO MELIÁ, M. /MUÑOZ CONDE, F., Tirant lo Blanch, 2016, Valencia.

HEFENDEHL, R., «Derecho penal medioambiental: ¿por qué o cómo?», en *Estudios Públicos*, n° 110, 2008.

HEFENDEHL, R., «¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros?», en *RECPC*, n° 4, 2002.

HEINE, G., «Accesoriedad administrativa en el derecho penal del medio ambiente», en *Anuario de Derecho penal y Ciencia sociales*, T° 46, 1993.

HEYES, A./RICKMAN, N., «*Regulatory dealing - revisiting the Harrington paradox*», en *Journal Of Public Economics*, junio, 1999, Vol.72 (3), pp. 361-378.

HUERTA TOCILDO, S., «Principios básicos del Derecho Penal y el art. 325 del Código Penal», en *Revista Penal*, n.º 8, 2001.

JACOB, H., «*Deterrent effects of formal and informal sanctions*», *Law & Policy*, vol. 2, n.º 1, 1980.

JAKOBS, G., *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2º ed., Trad. CUELLO CONTRERAS, J./SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., Marcial Pons, 1997, Madrid.

JAQUENOD DE ZSÖGÖN, S., *Derecho ambiental*, Dickinson, 2º ed., 2004, Madrid.

JESCHECK, H-H., *Tratado de derecho penal. Parte general*; Trad. MIR PUIG, S./ MUÑOZ CONDE, F., Vol 1, Bosch, 1981, Barcelona.

JOLLS, C./SUNSTEIN, C. R./THALER, R., «*A Behavioral Approach to Law and Economics*», *Stanford Law Review*, Vol. 50, Issue 5 (mayo, 1998).

JORGE BARREIRO, A., *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, Ed. Comares, 2005, Granada.

KADISH, S., «*Some Observations on the use of Criminal Sanctions in Enforcing Economic Regulations*», en *The University of Chicago Law Review*, enero 1, 1962, Vol. 30.

KAGAN, R./GUNNINGHAM, N./THORNTON, D., «*Explaining corporate environmental performance: how does regulation matter?*», en *Law & Society Review*, vol. 37, n.º 1, 2003.

KANT, IMMANUEL, *La metafísica de las costumbres* (trad. ORTS, A./CONILL SANCHO, J.), Ed. Tecnos, 4ª ed. 2016, Madrid.

KARPOFF, J./LOTT, J./WEHRLY, E., «*The reputational penalties for environmental violations: empirical evidence*», *The Journal of Law and Economics*, vol. 48, n.º 2, 2005.

KATYAL, N. K. «*Deterrence's Difficulty*», *Michigan Law Review*, n.º 95, 1997.

KENNEDY, D. M., *Disuasión y prevención del delito. Reconsiderando la expectativa de pena*, trad. Morón, L., Marcial Pons, Madrid, 2016.

KERKMEESTER, H., «*Methodology: general*», en DEGEEST, G./BOUCKARET, B., *Encyclopedia of law and economics*, 2000, published by ELGAR, E.

KLECK, G. y otros, «*The missing link in General Deterrence Research*», *Criminology*, vol. 43, n.º 3, 2005, pp. 623-660.

KLEIN, B./LEFFLER, K., «*The role of market forces in assuring contractual performance*», *Journal of political Economy*, vol. 89, n.º 4, 1981.

KUHLEN, L., «*Cuestiones fundamentales de compliance y derecho penal*», en *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Kuhlen/Montiel/Ortiz de Urbina (eds.), Marcial Pons, 2013, Barcelona.

KUKLINSKI, C., *Medio ambiente, sanidad y gestión*, Ediciones Omega, 2011, Barcelona.

KUPERAN, K./SUTINEN, J., «*Blue water crime: deterrence, legitimacy, and compliance in fisheries*», en *Law and Society Review*, 1998.

LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A., *Sobre la retroactividad penal más favorable*, Civitas, 2000, Madrid.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, Ed. Civitas, Madrid 2002.

LAZARUS, R., «*Mens rea in environmental criminal law: reading supreme court tea leaves*», *Fordham Environmental Law Journal*, vol. 7, n.º 3, 1996.

LAZARUS, R., «*Meeting the Demands of Integration in the Evolution of Environmental Law: Reforming Environmental Criminal Law*», *The Georgetown Law Journal*, vol. 83, 1994.

LESMESS SERRANO, C., «Las infracciones administrativas y la potestad sancionadora de la administración», en Lesmes Serrano, C. y otros, *Derecho penal administrativo (ordenación del Territorio, Patrimonio histórico y Medio ambiente)*, Ed. Comares, 1997, Granada.

LÓPEZ CEREZO, J. A./LUJÁN, J.L., *Ciencia y política del riesgo*, Ed. Alianza, 2000, Madrid.

LOUGHRAN, T./PATERNOSTER, R. y otros, «*On ambiguity in perceptions of risk: implications for criminal decision making and deterrence*», en *Criminology*, vol. 49, n.º 4, 2011.

LOZANO CUTANDA, B., «Introducción al derecho ambiental y a la intervención administrativa para la protección del medio ambiente», en LOZANO CUTANDA, B./ALLI TURRILLAS, J.C., *Administración y legislación ambiental, adaptado al EEES*, Dykinson, 9º ed. actualizada, 2016, Madrid.

LOZANO CUTANDA, B., «La inspección y la represión administrativa y penal de los ilícitos ambientales», en LOZANO CUTANDA, B./ALLI TURRILLAS, J.C., *Administración y legislación ambiental, adaptado al EEES*, Dykinson, 9º ed. actualizada, 2016, Madrid.

LOZANO CUTANDA, B., *Derecho Ambiental Administrativo*, 7º ed., Dykinson, 2006, Madrid.

LUHMANN, N., «El concepto de riesgo», en *Las consecuencias perversas de la modernidad*, Beriaín (comp.), Ed. Anthropos, 1996, Barcelona.

LUZÓN PEÑA, D-M., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Marcial Pons, 1979, Madrid.

MAGAT, W./VISCUSI, W., «*Effectiveness of the EPA's Regulatory Enforcement: The Case of Industrial Effluent Standards*», en *The Journal of Law and Economics*, 01 de Octubre de 1990, Vol. 33 (2), pp. 331-360.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., «El principio *non bis in idem*», en PÉREZ ALONSO, E. y otros (eds.), *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Tirant lo Blanch, 2012, Valencia.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4º ed., Tirant lo Blanch, 2013, Valencia.

MARTOS NÚÑEZ, J. A., *Derecho penal ambiental*, Exlibris, 2006, Madrid.

MATA Y MARTÍN, R. M., «Problemas y eficacia del Derecho penal del medio ambiente (especial referencia a la contaminación de aguas subterráneas)», en Cuadernos de política criminal, n.º 72, 2000.

MATELLANES RODRÍGUEZ, N., *Derecho penal del medio ambiente*, Iustel, 2008, Madrid.

MAURACH, R./ZIPF, H., *Derecho penal. Parte General, I*, Trad. BOFILL GENZSCH, J./AIMONE GIBSON, E., Astrea, 1994, Buenos Aires.

MEDINA ARIZA, J., *Políticas y estrategias de Prevención del delito y Seguridad ciudadana*, IBdeF, 2011, Buenos Aires.

MENDO ESTRELLA, A., *El delito ecológico del artículo 325.1 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, 2009, Valencia.

MENDOZA BUERGO, B., *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, 2001, Madrid.

MENDOZA BUERGO, B., «Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del Derecho penal», en ADPCP, vol. LII, 1999.

MERCADO PACHECO, P., *El análisis económico del Derecho. Una reconstrucción teórica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

MESTRE DELGADO, E., «Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988.

MIR PUIG, S., *Derecho Penal, parte general*, IBdF, 9º ed., 2012, Buenos Aires.

MIR PUIG, S., *Derecho Penal, parte general*, Ed. Reppertor, 10º ed., 2015, Barcelona.

MIR PUIG, S., *Bases constitucionales del derecho penal*, Iustel, 2011, Madrid.

MIR PUIG, S., «Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *RECPC*, 06-01, 2004.

MIR PUIG, S., «Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva», en *ADPCP*, 1986.

MIRÓ LLINARES, F./BAUTISTA ORTUÑO, R., «¿Por qué cumplimos las normas penales? Sobre la disuasión en materia de seguridad vial», en *InDret*, Barcelona, octubre de 2013.

MIRÓ LLINARES, F., «La función de la pena ante el “paso empírico” del derecho penal», *Revista General de Derecho Penal*, Ed. Iustel, n.º 27, mayo, 2017.

MONTANER FERNÁNDEZ, R., «La autorregulación normativa en el derecho penal ambiental: problemas desde la perspectiva del principio de legalidad», en MONTIEL, J. P. (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Marcial Pons, 2012, Madrid.

MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad, a propósito de la gestión medioambiental*, Ed. Atelier, Barcelona, 2008.



MONTORO B., A., «Incidencia del análisis económico del derecho en la teoría jurídica: la reducción del derecho a la regla técnica», en *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, N.º 40, 1999.

MORALES PRATS, F., «El delito de contaminación ambiental: análisis del artículo 325.1 CP», en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (coord.), *Estudios de derecho ambiental. Libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, Tirant lo Blanch, 2008, Valencia.

MORILLAS CUEVA, L., «La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Anales de derecho*, 2011.

MORÓN LERMA, E., « El perfil criminológico del delincuente económico», en *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar*; dir. García Arán, M., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

MUÑAGORRI, I., *Sanción penal y política criminal*, ed. Reus, 1977, Madrid.

MUÑOZ CONDE, F./LÓPEZ PEREGRÍN, C./GARCÍA ÁLVAREZ, P., *Manual de derecho penal medioambiental*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MÜLLER-TUCKFELD, J. C., «Ensayo para la abolición del medio ambiente» (Trad. CORROZA, E. I./PASTOR MUÑOZ, N./RAGUÉS I VALLÉS, R.), en *La insostenible situación del derecho penal*, Ed. Comares, 2000, Granada.

NAGIN, D., « *Criminal deterrence research at the outset of the twenty-first century*», *Crime And Justice: A Review Of Research*, Vol. 23, 1998.

NAGIN, D., «*Deterrence in the Twenty-First Century*», *Crime And Justice In America*, Vol. 42, 2013.

NIETO MARTÍN, A., «*Regulatory Capitalism* y cumplimiento normativo», en ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A. (Dirs.), *El derecho penal económico en la era compliance*, Tirant lo Blanch, 2013, Valencia.

NIETO MARTÍN, A., «El cumplimiento normativo», en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Nieto Martín, A. (dir.), Tirant lo Blanch, 2015, Valencia.

NIETO MARTÍN, A., «Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas», en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Nieto Martín, A. (dir.), Tirant lo Blanch, 2015, Valencia.

OBSERVATORIO DE LA SOSTENIBILIDAD, *Responsabilidad de las grandes empresas energéticas e industriales de España en el cambio climático. Emisiones de gases de efecto invernadero de grandes empresas. GEI x EMP. CC17., informe basado en el Registro Nacional de Emisores, por una política inteligente de cambio climático;* <[www.observatoriosostenibilidad.com](http://www.observatoriosostenibilidad.com)> (visto por última vez el 16/04/18).

ORTEGA ÁLVAREZ, L., «Concepto de medio ambiente», en Ortega Álvarez, L. y Alonso García, C. (dirs.) *Tratado de derecho ambiental*, Tirant lo Blanch, 2013, Valencia.

ORTIZ DE URBINA, I., «Análisis económico del derecho y política criminal», en *RDPC*, 2º época, n.º extraordinario 2, 2004.

ORTIZ DE URBINA, I., «Sanciones penales contra empresas en España (*hispanica societas delinquere potest*)», en *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, 2013, Barcelona

ORTIZ DE URBINA, I., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento empresarial (*compliance programs*)» en *Ética empresarial y códigos de conducta*, GOÑI SEIN, J. (Dir.), La ley, 2011, Madrid.

PAPA FRANCISCO, *Laudato Si, sobre el cuidado de la casa común*, Palabra, 2015, Madrid.

PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «El derecho penal español del medio ambiente: una visión crítica», en Álvarez García, F. J. y otros (coord.), *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, 2013, Valencia.

PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «La accesoriad administrativa de la tipicidad penal como técnica legislativa: efectos políticos y efectos materiales», en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (coord.), *Estudios de derecho ambiental. Libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, Tirant lo Blanch, 2008, Valencia.

PASTOR PRIETO, S., *Sistema Jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del derecho*, Tecnos, 1989, Madrid.

PATERNOSTER, R./SALTZMAN, L. y otros, «Assessments of risk and behaviorial experience: an exploratory study of change», *Criminology*, vol. 23, n.º 3, 1985.

PATERNOSTER, R./SALTZMAN, L./CHIRICOS, T./WALDO, P., «Perceived risk and social control: do sanctions really deter?», *Law and Society Review*, 1 de enero, vol. 17(3), 1983.

PATERNOSTER, R./IOVANNI, L., «The Deterrent Effect of Perceived Severity: A Reexamination», *Social Forces*, 1 de marzo de 1986, vol. 64 (3).

PATERNOSTER, R., «How much do we really know about criminal deterrence?», *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 100 (3), julio 2010.

PATERNOSTER, R./SIMPSON, S., «Sanction Threats and Appeals to Morality: Testing a Rational Choice Model of Corporate Crime», en *Law and Society Review*, enero 1, 1996, vol. 30 (3).

PÉREZ MANZANO, M., «El derecho fundamental a no padecer *bis in idem* y las sanciones en protección del medio ambiente», en JORGE BARREIRO, A., *Estudios sobre la*

*protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, Ed. Comares, 2005, Granada.

PLATÓN, «Protágoras» (324a y b) en, *Diálogos I*, Biblioteca Clásica Gredos – 037, Ed. digital Titivillus.

POGARSKY, G. «*Deterrence and decision making: Research questions and theoretical refinements*». *Handbook on crime and deviance*. Springer New York, 2009.

POSNER, R. A., *El análisis económico del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, 2013, México D. F.

POSNER, R., *Volumen one of The Journal of Legal Studies. An Afterword*, 1972.

POSNER, R., *A Reply to Some Recent Criticisms of the Efficiency Theory of the Common Law*, 9 Hoftra L., rev, 1981.

POSNER, R., «*Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law*», en *Stanford Law Review*, Vol. 50, issue 5 (mayo, 1998).

POWELL, W./DIMAGGIO, P., «*The iron cage revisited: institutional isomorphism and collective rationality in organizational fields*», en *American Sociological Review*, Vol. 48, abril, 1983, pp. 147-60.

PRATS CANUT, J.M./MARQUÉS I BANQUÉ, M./MORÁN MORA, C., *Derecho penal ambiental y Derecho comunitario. La Directiva IP*, Aranzadi, 2002, Navarra.

PRAT GARCÍA, J. M./SOLER MATUTES, P., *El delito ecológico*, Cedecs Ed., 2000, Barcelona.

PUENTE ABA, L. M., «Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», en FARALDO CABANA, P. (dir.) y PUENTE ABA, L. (coord.), *Ordenación del territorio*,

*patrimonio histórico y medio ambiente en el código penal y la legislación especial*, Tirant lo Blanch, 2011, Valencia.

QUEROL A., N., *Análisis económico del derecho*, Dykinson, 2014, Madrid.

QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho penal ambiental*, Tirant lo Blanch, 2013, Valencia.

QUINTERO OLIVARES, G., «La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Comentario a la reforma penal de 2015, Quintero Olivares, G. (Dir.), Aranzadi, 2015, Navarra.

RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Relaciones entre el derecho penal y el derecho administrativo», en FARALDO CABANA, P. (Dir.)/PUENTE ABA, L. (coord.), *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el código penal y la legislación especial*, Tirant lo Blanch, 2011, Valencia.

RECHTSCHAFFEN, C., «*Deterrence vs. cooperation and the evolving theory of environmental enforcement*», en *Southern California Law Review*, vol. 71, 1997.

ROBINSON, P. H., «Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida», trad. CANCIO, M./ORTIZ DE URBINA, I., Marcial Pons, 2012, Barcelona.

ROBINSON, P./DARLEY, J., «*Does criminal law deter? A behavioral Science Investigation*», *Oxford Journal of Legal Studies* 24, 2004.

RÖDER, C. D. A., *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones. Ensayo crítico preparatorio para la renovación del derecho penal*, Trad. Giner, F., 3º ed., 1876, Madrid (Ed. Maxtor, 2002, Valladolid).

RODRÍGUEZ DEVESA, J. N./SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español parte especial*, Dykinson, 1995, Madrid.

RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Marcial Pons, 2016, Barcelona.

RODRÍGUEZ LEÓN, L.C., «Ministerio fiscal e instancias administrativas de control», en TERRADILLO BASOCO (dir.), *Técnicas de investigación e infracciones medioambientales*, Estudios de Derecho Judicial, N.º 75, 2005, Madrid.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Medio ambiente, territorio, urbanismo y derecho penal*, Bosch, 2007, Barcelona.

RODRÍGUEZ MEDINA, Mª M., *Tutela jurídico-penal del Medio Ambiente en el derecho de la Unión Europea*, Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Univ. Complutense de Madrid, 2014, Madrid.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Presente y futuro de la protección penal del medio ambiente en España», en *Documentación administrativa*, n.º 190, 1981.

ROEMER, A., *Introducción al análisis económico del derecho*, ITAM, México, 2001.

ROXIN, C., *Derecho penal, parte general, tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (trad. LOUZÓN PEÑA D.M./DÍAZ Y GARCÍA, M./DE VICENTE REMESAL, J.), Civitas, 2008.

ROXIN, C., «Cambios en la teoría de la pena», en *La teoría del delito en la discusión actual*, trad. Abanto Vásquez, M., Ed. Grijley, 2013, Lima.

SABSAY, D., «Constitución y ambiente en el marco del desarrollo sustentable», en *Ambiente, Derecho y Sustentabilidad*, Walsh, J. R. (ed.), La Ley, 2000, Buenos Aires.

SALINGER, L.; *Encyclopedia of White Collar & Corporate Crime*, 2º Ed., vol. 1, SAGE reference, Los Ángeles, 2013.

SÁNCHEZ MELGAR, J., «La Jurisprudencia penal en materia medioambiental», en BERBEROFF AYUDA, D. (Dir.), *Incidencia medioambiental y derecho sancionador*, CDJ, VIII, 2006.

SANZ MORÁN, A. J., «Las teorías penales hoy», en *Estudios de Filosofía del Derecho Penal*, Universidad Externado de Colombia, 2006, Bogotá.

SARRABAYROUSE, E. C., *Responsabilidad por el producto*, Ad-Hoc, 2007, Buenos Aires.

SCHÜNEMANN, B., *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Tecnos, 2002, Madrid.

SERRANO TÁRRAGA, M. D./SERRANO MAÍLLO, A./VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Tutela penal ambiental*, Dykinson, 2º ed., 2013, Madrid.

SHAPIRO, C., «Premiums for high quality products as returns to reputations», *The quarterly journal of economics*, vol. 98, n.º 4, 1983.

SHAVELL, S., *Fundamentos del análisis económico del Derecho*, Ed. universitaria Ramón Areces, Trad. Franco, Y., 2016, Madrid.

SHOVER, N./ROUTHE, A., «Environmental crime», en *Crime and Justice*, 01 de enero de 2005, Vol. 32, pp.321-371.

SIEGEL, L., *Criminology*, 9º ed, Thompson Learning, 2006, Canadá.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, IBdeF, 2011, Buenos Aires.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, JB, 1992, Barcelona.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas», en ESCUELA JUDICIAL, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Empresa y delito en el nuevo código penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Fundamentos del derecho penal de la empresa*, IBdeF, Madrid, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, J. M./MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Los delitos contra el medio ambiente*, Atelier, 2012, Barcelona.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. *¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325 del Código Penal*, La Ley, 1997, España.

SIMPSON, S., «*Corporate Crime, Law, and Social Control*», Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

SIMPSON, S./GIBBS, C./RORIE, M. y otros, «*An Empirical Assessment of Corporate Environmental Crime-control Strategies*», en *Journal of Criminal Law & Criminology*, 2013, Vol.103 (1), pp. 231-278.

SIMPSON, S./KOPER, C., «*Detering Corporate Crime*», en *Criminology*, de 1 de agosto, 1992, Vol. 30 (3), pp. 347 ss.

SMITH, T. M./SMITH, R. L., *Ecología* (trad. ROMÁN, E. S.), Pearson, 6º Ed. Madrid, 2007.

SOTO NAVARRO, S., «Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos», en ADPC, vol. 58, 2005.

SOUTO, MIGUEL A., *Teoría de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado democrático*, Ed. Dilex S.L., 2006, Madrid.



SPENCE, D., «*The Shadow of the Rational Polluter: Rethinking the Role of Rational Actor Models in Environmental Law*» en *California Law Review*, julio 2001, Vol. 89 (4).

STAFFORD, Sarah, «*The Effect of Punishment on Firm Compliance with Hazardous Waste Regulations*», en *Journal of Environmental Economics and Management*, Septiembre 2002, Vol. 44 (2), pp. 290-308.

STRATENWERTH, G., *Derecho penal, parte general I, el hecho punible* (trad. CANCIO Meliá, M./SANCINETTI, M.), Thomson Civitas (Aranzadi), 2005, Navarra.

SUTHERLAND, E., *El delito de cuello blanco*, trad. Del Olmo, R., Ed. La Piqueta, Madrid, 1999.

TERRADILLOS BASOCO, J., «Protección penal del medio ambiente en el nuevo Código Penal Español. Luces y sombras», en *Estudios penales y criminológicos*, n.º 19, 1996.

TERRADILLOS BASOCO, J., «Artículo 325 del código penal. Lecturas jurisprudenciales», en TERRADILLOS BASOCO, J. (dir.), *Técnicas de investigación e infracciones medioambientales*, Estudios de Derecho judicial, n.º 75, 2005.

THALER, R. H., *Todo lo que he aprendido sobre la psicología económica*, trad. Barbeitos, I., Deusto, 2016, Barcelona.

TIEDEMANN, K., *Manual de derecho penal económico. Parte general y especial*, Tirant lo Blanch, 2010, Valencia.

TOHAIRA, M., *La sociedad del desperdicio. Crecimiento y exceso en la era de la globalización*, Díaz & Pons, 2014, Madrid.

TOMBS, S./WHYTE, D., *La empresa criminal. Por qué las corporaciones deben ser abolidas*, trad. JIMÉNEZ/BERNAT/FORERO, Icaria, 2016, Barcelona.

TRABADO ÁLVAREZ, C., *Protección penal del medio ambiente. Derecho penal y normativa extrapenal sobre el medio ambiente*, Septem Ediciones, 2001, Oviedo.

TULLOCK, G., «*Does Punishment Deter Crime?*», en *Economics of Crime*, 2º ed., Pearson Custom Publishing, 1998.

ULEN, T. S., «*Rational choice theory in law and economics*», en DE GEEST, G./BOUCKARET, B., *Encyclopedia of law and economics*, published by ELGAR, E, 2000.

ULEN, T., «*Skepticism about Deterrence*», *Loyola University Chicago School of Law*, n.º 46, J 381, 2014.

VANDENBERGH, M., «*Beyond Elegance: A Testable Typology of Social Norms in Corporate Environmental Compliance*», en *Stanford Environmental Law Journal*, 22, 2003.

VAUGHAN, D., «*Rational choice, situated action, and the social control of organizations*», *Law and Society Review*, 1998.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., «*Estadística*», en *Revista de derecho penal y criminología*, 3.<sup>a</sup> Época, n.º 11, enero, 2014

VERA JURADO, D., «*Prólogo a la primera edición*», en *Código de Medio ambiente*, Edición actualizada, Tecnos, Madrid, 2014.

VIVES REGO, J./CORCOY BIDASOLO, M./NIEVA FENOLL, J., «*Delito medioambiental y delito contra la salud pública: problemas terminológicos jurídicos y científicos de la legislación actual y propuestas de lege ferenda*», en *Medio ambiente & Derecho: revista electrónica de derecho ambiental*, Nº 16, 2007.

VON HIRSCH y otros, *Criminal deterrence and sentence severity. An analysis of recent research*, University of Cambridge, Institute of Criminology, 1999, Oxford.

VON LISZT, F., *La idea del fin en el Derecho penal. Programa de la Universidad de Marburgo*, 1882, trad. Pérez del Valle, C., Comares, 1995, Granada.

WADDOCK, S./GRAVES, S., «*The Corporate Social Performance-Financial Performance Link*», en *Strategic Management Journal*, abril, vol. 18 (4), 1997, pp. 303-319.

WEBB, S. D., «*Deterrence theory: A reconceptualization*», *Canadian Journal of Criminology*, 22, pp. 23-35, 1980.

WEINSTEIN, N., *Unrealistic Optimism About Future Life Events*, 39 *J. PERSONALITY SOC. PSYCHOL.*, 1980.

ZAFFARONI, E. R./ALAGIA, A./SLOKAR, A., *Manual de derecho penal. Parte general*, Ediar, 2º ed., 2006, Buenos Aires.

ZUBIRI DE SALINAS, F., «*Delitos contra el medio ambiente*», en *Empresa y derecho penal (II)*, Cuadernos de derecho judicial, Consejo general del poder judicial, 1998, Madrid.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Fundamentos de derecho penal*, 3º ed., Tirant lo Blanch, 1993, Valencia.

ZUGALDÍA ESPINAR, J., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, Tirant lo Blanch, 2013, Valencia.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «*El sistema de sanciones penales aplicables a las personas jurídicas*», en *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal*, coord. BERDUGO GÓMEZ, I., Iustel, 2010.



## **DIRECTIVAS Y TRATADOS**

Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medioambiente mediante el derecho penal.

Tratado de Funcionamiento de la UE.

## SITIOS WEB

<https://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/001651.htm> (visto por última vez el 9/7/18).

<http://www.elmundo.es/elmundosalud/2008/08/06/medicina/1218020381.html> (visto por última vez el 9/7/18).

[http://elpais.com/elpais/2014/12/03/planeta\\_futuro/1417610543\\_153774.html](http://elpais.com/elpais/2014/12/03/planeta_futuro/1417610543_153774.html) (visto por última vez el 9/7/18).

<http://energia-nuclear.net/accidentes-nucleares/chernobyl> (visto por última vez el 9/7/18)

[https://www.elconfidencial.com/espana/2017-12-08/mantener-presos-carcel-mas-caros-sueldo-medio\\_1489516/](https://www.elconfidencial.com/espana/2017-12-08/mantener-presos-carcel-mas-caros-sueldo-medio_1489516/), visto el 12/01/18.

Ecologistas en Acción, <http://www.ecologistasenaccion.es/article22826.html> (visto por última vez el 9/7/18)

<http://www.expansion.com/juridico/actualidad-tendencias/2016/01/22/56a24d6a22601df1608b45d6.html> (visto por última vez 16/05/18).

Balance de Actuaciones Seprona 2016, [http://www.mapama.gob.es/es/actuaciones-seprona/balanceactuacionesseprona2016\\_tcm30-383767.pdf](http://www.mapama.gob.es/es/actuaciones-seprona/balanceactuacionesseprona2016_tcm30-383767.pdf) (visto por última vez 25/05/18).

<[http://www.cis.es/cis/opencm/ES/1\\_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=11404](http://www.cis.es/cis/opencm/ES/1_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=11404)>; Estudio del CIS 2.837 (2010), (visto por última vez el 12/06/18).

<[http://www.cis.es/cis/export/sites/default/archivos/Marginales/2580\\_2599/2590/es2590mar.pdf](http://www.cis.es/cis/export/sites/default/archivos/Marginales/2580_2599/2590/es2590mar.pdf)>; Estudio del CIS n.º 2590, *Ecología y Medio Ambiente*, enero 2005 (visto por última vez el día 12/06/18).

Estudio CIS n.º 2557, *Opiniones de los españoles sobre el medio ambiente*, febrero 2004; [http://www.cis.es/cis/export/sites/default/Archivos/Marginales/2540\\_2559/2557/Es2557mar.pdf](http://www.cis.es/cis/export/sites/default/Archivos/Marginales/2540_2559/2557/Es2557mar.pdf), (visto por última vez el 12/06/18).

## **JURISPRUDENCIA**

### **Sentencias del Tribunal Supremo Español**

STS de 23 de enero de 1989.  
STS 1118/2007, de 20 de diciembre.  
STS 52/2003, de 24 de febrero  
STS 291/2007 de 19 de marzo.  
STS 1035/2004 de 27 de septiembre.  
STS 916/2008 de 30 de diciembre.  
STS 926/2016 de 14 de diciembre.  
STS 410/2013 de 13 de mayo.  
STS 370/2016 de 28 de abril.  
STS 105/1999 de 27 de enero.  
STS 1803/2016 de 27 de abril.  
STS 1197/2001, de 26 de junio.  
STS 4342/2015 de 13 de octubre.  
STS de 26 de julio de 2006.  
STS de 26 de enero de 2007.  
STS 154/2016, de 29 de febrero.  
STS 221/2016, de 16 de marzo.  
STS 516/2016, de 13 de junio.  
STS 668/2017, de 11 de octubre.  
STS 007/2002S, 19 de enero de 2002  
STS 1705/2001  
STS 1914/2000, 12 de diciembre de 2000  
STS 1562/2000, 9 de octubre de 2000  
STS 442/2000, 13 de marzo de 2000  
STS 1725/2002, 23 de octubre de 2002  
STS 1828/2002, 25 de octubre 2002



STS 1869/2002, 18 de noviembre de 2002  
STS 2031/2002, 4 de diciembre de 2002  
STS 215/2003, 11 de febrero de 2003  
STS 693/2003, 17 de mayo de 2003  
STS 1375/2003, 24 de octubre de 2003  
STS 1183/2003, 23 de septiembre de 2003  
STS 1411/2003, 25 de octubre de 2003  
STS 1527/2002, 24 de septiembre de 2002  
STS 1538/2002, 24 de septiembre de 2002  
STS 449/2003, 24 de mayo de 2003  
STS 1577/2003, 24 de noviembre de 2003  
STS 1242/2004, 8 de noviembre de 2004  
STS 940/2004, 22 de julio de 2004  
STS 1637/2003, 2 de diciembre de 2003  
STS 1318/2005, 17 de noviembre de 2005  
STS 875/2006, 6 de septiembre de 2006  
STS 1091/2006, 19 de octubre de 2006  
STS 1182/2006, 29 de noviembre de 2006  
STS 291/2007, 19 de marzo de 2007  
STS 486/2007, 30 de mayo de 2007  
STS 1118/2007, 20 de diciembre de 2007  
STS 141/2008, 8 de abril de 2008  
STS 916/2008, 30 de diciembre de 2008  
STS 538/2009, 27 de mayo de 2009  
STS 600/2009, 5 de junio de 2009  
STS 903/2009, 7 de julio de 2009  
STS 47/2011, 1 de febrero de 2011  
STS 261/2011, 14 de abril de 2011  
STS 1169/2011, 11 de noviembre de 2011  
STS 1317/2011, 2 de diciembre de 2011  
STS 247/2012, 3 de abril de 2012  
STS 323/2013, 15 de abril de 2014  
STS 566/2014, 16 de junio de 2014

STS 858/2014, 17 de diciembre de 2014  
STS 521/2015, 13 de octubre de 2015  
STS 308/2015, 19 de noviembre de 2015  
STS 856/2015, 21 de diciembre de 2015  
STS 865/2015, 14 de enero de 2016  
STS 453/2016, 25 de mayo de 2016  
STS 516/2016, 13 de junio de 2016  
STS 941/2016, 15 de diciembre de 2016  
STS 926/2016, 14 de diciembre de 2016  
STS 448/1999S, 6 de abril de 1999  
STS 822/1999S, 19 de mayo de 1999  
STS 410/2013, 13 de mayo de 2013  
STS 840/2013, 11 de noviembre de 2013  
STS 439/2015, 9 de julio de 2015  
STS 1307/2009, 5 de noviembre de 2009  
STS 1035/2004, 27 de septiembre de 2004  
STS 327/2007, 27 abril de 2007  
STS 289/2010, 19 de abril de 2010  
STS 362/2016, 27 de abril de 2016  
STS 370/2016, 28 de abril de 2016  
STS 2011/2001, 5 de diciembre de 2001  
STS 2005/2002, 3 de diciembre de 2002  
STS 1700/2003, 11 de diciembre de 2003  
STS 1500/2004, 16 de diciembre de 2004  
STS 1299/2009, 16 de diciembre de 2009  
STS 1599/1998, 16 de diciembre de 1998

### **Sentencias del Tribunal Constitucional Español**

STC 219/1991, de 25 de noviembre.  
STC 276/2000, de 16 de noviembre.  
STC 113/2002, de 19 de mayo.  
STC 101/1998, de 8 de junio.

STC 306/2000, de 12 de diciembre.

STC 146/2013, de 11 de julio

STC 102/1995, de 26 de junio

STC 329/1993, de 12 de noviembre.

STC 127/1990 de 5 de julio.

STC 152/2001 de 2 de julio

STC 120/1998 de 15 de junio.

STC 2/1981 de 30 de enero.

STC 2/2003 de 16 de enero

STC 77/1983 de 3 de octubre.

STC 62/1990.

### **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea**

STJCE de 5 de abril de 1979.

### **Sentencias de Audiencias provinciales**

AUDIENCIA 57/2015 PROV ZARAGOZA 10 de noviembre de 2015

AUDIENCIA 405/2017 PROV MURCIA 7 de noviembre de 2017

AUDIENCIA 166/2017 PROV LUGO 4 de octubre de 2017

AUDIENCIA 009/2017 PROV PALENCIA 12 de junio de 2017

## **LEYES Y REGLAMENTOS**

Ley 16/2002, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación.

Ley 34/2007, de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera.

Ley 26/2007, de Responsabilidad Medioambiental.