

**BERNARD-FRANK MACERA**

Doctor en Derecho  
Profesor de Derecho Administrativo  
de la Universidad de Valladolid

# **EL DEBER INDUSTRIAL DE RESPETAR EL AMBIENTE**

**Análisis de una situación pasiva  
de Derecho público**

Prólogo de  
J. L. Martínez López-Muñiz

MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.  
MADRID 1998 BARCELONA

## CAPÍTULO VI

### TÉCNICAS ADMINISTRATIVAS DE ORDENACIÓN

*«Il est toujours tentant de mettre face à face le droit de l'environnement et les instruments classiques du droit administratif»<sup>1</sup>.*

Este capítulo final tiene por objeto el estudio de los instrumentos que la Administración puede utilizar para someter a la industria al deber de respetar el ambiente, tanto de los que se destinan a garantizar la efectividad de dicho deber por la coacción —hablamos aquí de las técnicas de actuación constrictiva (i)—, como de los que consisten en facilitar y apoyar su cumplimiento por los sujetos gravados, esto es, las ayudas estatales ambientales a la industria (ii).

#### I. TÉCNICAS DE ACTUACIÓN CONSTRICTIVA

Destacan dos tipos de técnicas de naturaleza constrictiva (o de policía): las preventivas (A) y las represivas, es decir, las sanciones administrativas (B). Apenas hace falta puntualizar que las primeras se aplican para prevenir conductas industriales no deseables, y las segundas para reprimir las producidas castigando a sus autores.

<sup>1</sup> M. PRIEUR, «*Preface*» a la obra de V. INSERGUET-BRISSET, *Propriété...* cit., p. 7.

### A) Técnicas preventivas

Todos los manuales de Derecho administrativo contienen un cuadro analítico de las técnicas de policía<sup>2</sup>. Así las cosas, teniendo en cuenta que han corrido ya ríos de tinta en este tema, haremos tan sólo un rápido repaso a la proyección singular de esta modalidad de actuación administrativa en el campo de la ordenación ambiental de las actividades industriales<sup>3</sup>.

Con arreglo a esta perspectiva, una vez hecha una observación preliminar (1), nos referiremos sucesivamente a la orden (2), a la prohibición (3) y a la inspección (4). Abriendo aquí un paréntesis, cabe precisar que si bien han demostrado ser muy eficaces en la lucha contra la contaminación, estos mecanismos tradicionales se emplean cada vez menos<sup>4</sup>. En nuestros días, en efecto, se suele privilegiar en Derecho ambiental (como «laboratorio de la regulación del ordenamiento jurídico en su conjunto»<sup>5</sup>) la utilización de nuevos instrumentos de naturaleza «híbrida» —a medio camino entre la concertación y la imposición unilateral de la disciplina—, o es frecuente hacer descansar exclusivamente la defensa ambiental en el arsenal legislativo y reglamentario. Sin entrar ahora en un análisis detenido de tales circunstancias, conviene advertir que ninguna de estas dos alternativas representa la panacea; la primera por conllevar una cierta «negociación del ejercicio de la policía»<sup>6</sup> (y, con ello, por situarse en la frontera de lo ilegal)<sup>7</sup>, y la segunda simplemente por ser de una operatividad más que dudosa<sup>8</sup>.

<sup>2</sup> Vid. J. M. DE LA CUÉTARA, *La actividad...*, cit., pp. 252-276; E. GARCÍA DE ENTERRÍA Y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, vol. II, cit., pp. 127-148; R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho...*, cit., pp. 451 ss. Como plasmación normativa del elenco de técnicas, téngase presente, por ejemplo, el art. 84 LRIU. En Francia, los autores no suelen elaborar listados o cuadros de medidas coactivas; prefieren limitarse al estudio de los principios generales de la actividad de policía y remitir a la teoría del acto administrativo el examen del resto de los aspectos involucrados en dicho campo de análisis. Vid., en esta línea metodológica, M. WALINE, *Traité...*, cit., pp. 272 ss.; F. P. BESNOT, *Le droit administratif français*, París, Dalloz, 1968, pp. 739 ss.; R. CUAPUS, *Droit...*, cit., pp. 612 ss.

<sup>3</sup> Además, como recuerda F. GARRIDO FALLA (*Tratado...*, vol. II, cit., pp. 138-139), los medios de policía no son sino manifestaciones concretas de actos administrativos y la coacción (que es consustancial a la noción de policía) suele estudiarse en la problemática de la ejecutoriedad del acto administrativo.

<sup>4</sup> Vid. M. PRIEUR, *Droit...*, cit., p. 409.

<sup>5</sup> M. KLOPPER, «En torno...», cit., p. 34 (n. 1).

<sup>6</sup> Vid. J. FROMAGIAU y P. GÜTINGER, *Droit...*, cit., p. 129. Vid., también, P. LASCUMES, *Un droit de l'environnement négatif, volet discret d'une politique publique*, París, PIRENNE-SIES, 1990, *passim*.

<sup>7</sup> Desde una perspectiva más general, M. KLOPPER («En torno...», cit.) afirma que la utilización de estos «instrumentos informales» (en la terminología alemana son los que calificamos aquí de «híbridos») provoca «debilidades» principales desde la perspectiva del Estado de Derecho, con los peligros subsiguientes para la seguridad jurídica, la reserva de Ley, pero también para la igualdad» (p. 50).

<sup>8</sup> Vid. M. BAUCOMONT, «Polices...», cit., núm. 112; M. PRIEUR, *Droit...*, cit., p. 409.

### 1. Observación preliminar (de nuevo sobre la autorización)

En la presentación que acabamos de hacer, no aparece la «técnica reina del control preventivo»<sup>9</sup>: la autorización administrativa<sup>10</sup>. La razón es muy sencilla. Como hemos explicado en el capítulo II, la exigencia del cumplimiento de este tipo de acto no es un deber sino una carga jurídica, en el sentido estricto de la noción<sup>11</sup>. Así pues, lógicamente, su análisis no tiene cabida aquí.

### 2. El mandato positivo: la orden

La orden («*injonction*» en francés) contiene un mandato de realizar una determinada conducta positiva<sup>12</sup> (piénsese en la exigencia de filtrar las emisiones a la atmósfera<sup>13</sup>). Como recuerda DE LA CUÉTARA, la orden tiene carácter constitutivo de la obligación que se impone, la cual no se hace exigible hasta su notificación en debida forma<sup>14</sup>. Se diferencia así de las simples «intimaciones» con las que la Administración recuerda a las empresas la existencia de un deber previamente establecido por el ordenamiento, con la intención de facilitar su cumplimiento o con carácter previo a la aplicación de medidas coercitivas.

La orden puede ser *general* (por ejemplo, la de paralización de las actividades productivas ubicadas en una región<sup>15</sup>) o *singular*. Como advierten GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, la primera no debe confundirse con un mandato reglamentario<sup>16</sup>. Aunque tenga por destinatarios a una pluralidad indeterminada de empresas, se refiere siempre a una situación concreta y no permanente, de modo que su cumplimiento por el sujeto gravado agota la exigencia por ella impuesta.

<sup>9</sup> J. R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho...*, cit., p. 453.

<sup>10</sup> Sobre la relevancia de esta técnica en el campo de la policía ambiental de las actividades industriales, vid. M. BAUCOMONT, «Polices...», cit., núm. 112.

<sup>11</sup> Por este motivo, descartamos del ámbito del presente trabajo otras técnicas de policía que responden a las mismas características que la autorización: la comunicación obligatoria o declaración previa, la inscripción de la empresa en determinados registros, etc.

<sup>12</sup> Vid. M. DESPAX, *Droit...*, cit., p. 50.

<sup>13</sup> Art. 6.2.c) LPAA.

<sup>14</sup> Vid. *La actividad...*, cit., p. 255.

<sup>15</sup> Art. 38 de la Orden de 18 de octubre de 1976 de prevención y corrección de la contaminación de origen industrial.

<sup>16</sup> Vid. *Curso...*, vol. II, cit., p. 130.



litado por un acto administrativo dictado en virtud de una norma<sup>21</sup>, puede irrumpir o penetrar en la propiedad privada de una empresa industrial para comprobar y verificar si la actividad realizada se adecua a la legalidad, todo ello sin mandato judicial.

Nos encontramos ante una actividad particularmente relevante. Primero, porque de su frecuencia y seriedad depende en gran medida la eficacia de la prevención de la contaminación; no hace falta insistir en esta evidencia<sup>22</sup>. Segundo, porque representa, como acabamos de ver, una manifestación paradigmática de los importantes medios que se ofrecen a la Administración para ordenar las actividades industriales<sup>23</sup>, teniendo en cuenta además que en la mayoría de los sectores estas inspecciones pueden realizarse en cualquier momento, esto es, de manera fortuita o inopinada<sup>24</sup>. Por todas estas razones, conviene que nos detengamos algo más en esta técnica y en su problemática actual<sup>25</sup>.

#### b) Su naturaleza: una "actividad-marco de operaciones de trámite"

##### a) Una actividad material e instrumental...

##### 1) Carácter material

1. *Actuaciones de los inspectores.* Hemos dicho en el apartado anterior que la inspección constituye una actividad material. En efecto, se configura como un conjunto de actuaciones técnicas (*"opérations sur le terrain"*), muy variopintas, destinadas a realizar las comprobaciones oportunas. Así, por ejemplo, en el campo de la disciplina ambiental de las actividades industriales, los inspectores de la Administración pueden acceder previa identificación a las instalaciones<sup>26</sup>, requerir información<sup>27</sup>, comprobar la existencia y la puesta al día de

<sup>21</sup> Las normas suelen revestir a los inspectores de la consideración de "Agentes de la Autoridad" en el ejercicio de sus funciones, lo cual tiene una cierta importancia desde el punto de vista del valor probatorio de los hechos constatados (art. 137.3 LRPAC). Téngase presente, por ejemplo, el art. 60 del Real Decreto 53/1992, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección sanitaria contra radiaciones ionizantes.

<sup>22</sup> Vid. M. PRIEUR, *Droit...*, cit., p. 420.

<sup>23</sup> Para un análisis crítico de las condiciones en las que se ejerce tal actividad a la luz de la jurisprudencia constitucional francesa, vid. D. GUHAI y R. LÉOST, «Les dispositions pénales de la loi du 3 janvier 1992 sur l'eau», *RSCTD*, 4/1994, p. 716.

<sup>24</sup> «Sin aviso previo» dice el art. 44.2.a) del Real Decreto 833/1988, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la LRPAC.

<sup>25</sup> Como advierte T. FOSTI LLOVET («Instrumentos jurídicos en la protección del medio ambiente», *RA-AP*, núm. 5, 1994), «debe exigirse un exequisto cuidado en la regulación de las condiciones en que deben realizarse estas actuaciones y los requisitos para el ejercicio de la función inspectora» (p. 52).

<sup>26</sup> Art. 44.2.a) del Real Decreto 833/1988, de 20 de julio.

<sup>27</sup> Art. 44.2.b) del Real Decreto 833/1988.

### 3. El mandato negativo: la prohibición

La prohibición<sup>17</sup> (*"interdiction"* en francés) conlleva la imposición de un mandato omisivo a una empresa, una vez valorada negativamente la actividad que realiza o pretende realizar por sus efectos perjudiciales sobre el ambiente. Dicha técnica se mueve, pues, en la esfera del ejercicio de un derecho (el de la libertad de empresa) en un determinado tiempo y lugar, no en la esfera de la existencia misma del derecho. La prohibición, por tanto, como acto administrativo, debe diferenciarse de la delimitación normativa de la libertad de empresa, en la cual, al prohibirse genéricamente ciertas facultades de dicho derecho, lo que se hace es delimitar su contenido.

Además de la tipología ya contemplada a propósito de las órdenes (singular/general)<sup>18</sup>, existe otra clasificación aplicable a la técnica de la prohibición; la que distingue entre la absoluta y la relativa.

La prohibición absoluta niega al industrial toda posibilidad de actuar. Sirva de ejemplo la prohibición de utilizar determinados combustibles o la de utilizar una maquinaria específica durante un período preciso<sup>19</sup>. La prohibición relativa, en cambio, condiciona el ejercicio de la actividad a la carga previa de que su autor obtenga la pertinente licencia. Piénsese en todas las autorizaciones de vertidos contaminantes<sup>20</sup>.

### 4. La inspección

#### a) Su definición

Una vez otorgada la autorización y, por tanto, iniciada la actividad industrial, la Administración asume la vigilancia de su marcha, esto es, vela para que se realice conforme al proyecto y de acuerdo con las condiciones prescritas en el acto de autorización y en el ordenamiento jurídico. La técnica de la inspección consiste precisamente en realizar este control. Se trata, pues, de una actividad *material e instrumental* en la que un agente de la autoridad, debidamente habi-

<sup>17</sup> Hubiéramos podido utilizar el término de "orden negativa" (reservando el calificativo de positivo para la técnica estudiada en el apartado anterior) porque es evidente que la prohibición contiene también una orden, una orden de *non facere*.

<sup>18</sup> Para una clasificación de las prohibiciones con arreglo a esta tipología, vid. A. DE LAUBADERE, *Traité...*, vol. 1, cit., p. 572; R. CHAPIUS, *Droit...*, cit., p. 638.

<sup>19</sup> Con referencia a los vertidos contaminantes, vid. el art. 257 del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del dominio público hidráulico.

<sup>20</sup> Arts. 92 ss. LA.



los registros y de cuanta documentación viene exigida legalmente<sup>28</sup>, proceder a los exámenes, controles, mediciones, tomas de muestra<sup>29</sup>, ... que aseguren el cumplimiento de la legalidad y de las condiciones previstas en el acto de autorización; etc.<sup>30</sup>

Con arreglo a la categoría y a la peligrosidad de las industrias controladas, las normas que legitiman la intervención inspectora suelen prever un contenido básico para todas estas actuaciones, así como una cierta frecuencia o periodicidad mínima de visitas<sup>31</sup>. Pero la inspección no se limita a estos casos *normales* de control periódico<sup>32</sup>, sino que se aplica también a una gran variedad de supuestos que podrían calificarse de *accidentales* o *patológicos*. Así ocurre con las visitas que se realizan sobre empresas contra las que se haya presentado una denuncia fundamentada y, también, de oficio<sup>33</sup> o a instancia de parte<sup>34</sup>; sobre los centros en los que se presume la presencia de anomalías<sup>35</sup> o cuando se sospeche que la contaminación generada sea excesiva<sup>36</sup>. En tales casos, como veremos, la inspección puede dar lugar a la incoación de un expediente sancionador.

2. *Prestaciones debidas de los industriales.* Desde el punto de vista del titular de la empresa controlada, los diferentes textos imponen

<sup>28</sup> Art. 44.2.c) del *Real Decreto* 833/1988.

<sup>29</sup> Sobre la realización de estos controles (entidades legitimadas, plazos, presencia de los representantes de la empresa, métodos, garantías, etc.), *vid.*, por ejemplo, el art. 25 de la Orden de 18 de octubre de 1976.

<sup>30</sup> *Id.*, en general, sobre la base de la legislación francesa de actividades clasificadas, M. PRIEUR, «La pollution...», *cit.*, p. 62.

<sup>31</sup> Art. 69 del *Decreto* 833/1975, de 6 de febrero.

<sup>32</sup> Además de tener como objeto la fiscalización general del respeto de la legalidad, estos controles pueden responder a la necesidad de comprobar el cumplimiento de los requisitos administrativos por una empresa solicitante de una ayuda. Téngase presente, por ejemplo, el art. 8 de la Orden de 18 de enero de 1996, de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Junta de Castilla y León, por la que se anuncia convocatoria de ayuda a empresas industriales y ganaderas que acometan actuaciones encaminadas a mejorar la calidad ambiental. *Id.*, a nivel estatal, el art. 11 de la Orden de 22 de marzo de 1993, por la que se regula la concesión de ayudas previstas en el Plan Nacional de Residuos Industriales para 1993. Las visitas de inspección pueden destinarse también a comprobar que las empresas cumplen los requisitos que condicionan su adhesión voluntaria al «sistema comunitario de gestión y auditoría medioambiental». Téngase en cuenta sobre este punto el *Real Decreto* 85/1996, de 26 de enero, por el que se establece normas para la aplicación del Reglamento (CEE) 1836/93, del Consejo, de 29 de junio. *Id.*, sobre este sistema, P. DE BACKER, «Certification environnementale et concurrence internationale», *Droit de l'Environnement*, núm. 41 (1996), pp. 17 ss.; Y. RAZA-INDRATANDRA, «Pour l'adhésion volontaire à un système de management international», *Droit de l'Environnement*, núm. 41 (1996), pp. 19 ss.

<sup>33</sup> *Id.* de 10 de junio de 1992 (Art. 5109, r) 1°).

<sup>34</sup> Art. 32.1 del *Real Decreto* 2216/1985, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre declaración de sustancias nuevas y clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas.

<sup>35</sup> Art. 34.2 de la Orden de 18 de octubre de 1976.

<sup>36</sup> Para un catálogo de las diversas modalidades de inspección, téngase en cuenta, por ejemplo, el art. 31 de la *Ley* 1/1995, de 2 de enero, de protección ambiental de Galicia. *Id.*, también, M. PISAR DÍAZ y J. PÉREZ MARTOS, *Reglamento...*, *cit.*, p. 167.

un deber de tolerar y no obstaculizar la actividad de los inspectores<sup>37</sup>, además, cuando resulte necesario, exigen una colaboración activa con la autoridad administrativa<sup>38</sup>. Así las cosas, el empresario está obligado a realizar ciertas prestaciones como, por ejemplo, practicar oficios en las chimeneas para la medición de las emisiones<sup>39</sup>; facilitar el acceso de los inspectores a las partes de la instalación que éstos consideren necesario controlar; facilitar el montaje de equipos e instrumentos (estaciones sensoras, monitores de medida, etc.) destinados a realizar las pruebas y ensayos oportunos<sup>40</sup>; poner a disposición de los inspectores la información<sup>41</sup> y los elementos materiales o personales necesarios; permitir las tomas de muestras suficientes para realizar las comprobaciones<sup>42</sup>; etc.<sup>43</sup>.

<sup>37</sup> Art. 16 *LRBTP* y art. 326.d) *CP*.

<sup>38</sup> *Id.* M. DESPAX, *Droit...*, *cit.*, pp. 37-38.

<sup>39</sup> Art. 20.2 de la Orden de 18 de octubre de 1976.

<sup>40</sup> Arts. 72 y 73 del *Decreto* 833/1975, de 6 de febrero.

<sup>41</sup> Las más de las veces, la información solicitada por los inspectores ha de constar en libros-registros, cuya puesta al día viene exigida por el ordenamiento (p. ej., art. 9 *LRBTP*). Los industriales deben mencionar en ellos los autocontroles realizados, las incidencias, las anomalías, los balances, los datos relativos al mantenimiento de la maquinaria, etc. (arts. 29 y 30 de la Orden de 18 de octubre de 1976).

El sistema de protección de las informaciones proporcionadas por los empresarios y de los demás datos revelados durante las visitas de inspección se articula principalmente a través de tres mecanismos.

1. El primer mecanismo consiste en la predeterminación de la confidencialidad de ciertas informaciones con arreglo a las disposiciones relativas a la propiedad industrial o a la defensa del interés público. Téngase en cuenta sobre este aspecto, el art. 14 del *Real Decreto* 886/1988, de 15 de julio, sobre prevención de accidentes mayores en determinadas actividades industriales.

2. El segundo mecanismo reside en la posibilidad que se ofrece al titular de la actividad, cuando estime que ciertos datos deban mantenerse confidenciales (por considerar que su difusión puede perjudicarle), de solicitar a la Administración una declaración de secreto comercial e industrial. En general, la autoridad administrativa acepta lo solicitado, salvo que existan razones suficientes para denegar la petición, en cuyo supuesto la resolución habrá de motivarse debidamente (por ejemplo, art. 7 del *Real Decreto* 833/1988, de 20 de julio). La declaración de confidencialidad alcanza una gran relevancia en cuanto la información en cuestión sólo puede ser utilizada para los fines de los que se haya solicitado u obtenido; y su divulgación por las autoridades competentes se limita a los supuestos en que su conocimiento y difusión pública sean estrictamente necesarios para la protección de la población. Además, debe autorizarse caso por caso y previa audiencia del industrial. Téngase presente el art. 14 del *Real Decreto* 886/1988.

3. Finalmente, el tercer mecanismo de protección se concreta en el deber que se impone a las personas que en el ejercicio de su profesión puedan tener acceso a la información (funcionarios, expertos, personal colaborador de la Administración, etc.) de respetar su confidencialidad. Sobre este mecanismo de protección, *vid.*, por ejemplo, el art. 35.2 de la Orden de 18 de octubre de 1976.

Sobre la problemática de la compaginación entre este sistema de confidencialidad y el derecho de acceso a la información, *vid.* M. SANCHEZ MORON, «El derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente», en vol. col., *I Congreso Nacional de Derecho Ambiental*, Sevilla, 1995, pp. 62-63 y 70.

<sup>42</sup> Art. 44 del *Real Decreto* 833/1988, de 20 de julio.

<sup>43</sup> *Id.*, en general, el art. 62 del *Real Decreto* 53/1992, de 24 de enero, de aprobación



## 2) *Carácter instrumental*

Además de enfatizar su carácter material, hemos definido la inspección como una técnica eminentemente instrumental. En efecto, pese a que la Administración no ordene jurídicamente nada a través de ella (al menos directamente), la inspección constituye una técnica preparatoria de otras actuaciones administrativas de policía (sanciones, medidas coercitivas, revocación de autorización, etc.). En este sentido, cabe afirmar que se configura como una actividad material e instrumental...

### b') ... con una importante proyección jurídica

#### 1) *Proyección inmediata: la redacción de un acta o informe*

Una vez girada la visita de inspección, la autoridad inspectora levanta el acta ("*procés-verbal*") comprensiva de los resultados del control. Dicho documento constituye un acto administrativo de juicio (en tal caso se suele utilizar la palabra "informe") o de puro conocimiento, en el cual, como acabamos de decir, el inspector deja constancia de lo que se ha percatado durante las visitas<sup>44</sup>. Esta información permite a la Administración adoptar las medidas requeridas por las circunstancias.

#### 2) *Proyección mediata: la adopción de medidas con una fuerte incidencia en el ejercicio de la libertad de empresa*

Las medidas adoptadas por la Administración con arreglo a la realidad alumbrada por el acta de inspección pueden tener un contenido preventivo o represivo. Desde una perspectiva preventiva, si la verificación resulta desfavorable, la Administración puede someter a la industria a un régimen de vigilancia intensiva en tanto no cesan las causas que motivaron el juicio negativo<sup>45</sup> o, del mismo modo, puede dictar un acto requiriendo al titular de la instalación para que corrija las deficiencias constatadas<sup>46</sup>. En otras circunstancias, la autoridad competente puede realizar actuaciones complementarias de control, y en los casos más graves, esto es, en caso de riesgo manifestado de

del Reglamento sobre protección sanitaria contra las radiaciones ionizantes, y el art. 7 del Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre.

<sup>44</sup> Como ejemplo de regulación del contenido del acta y del procedimiento para su elaboración, *vid.* el art. 26 de la Orden de 18 de octubre de 1976.

<sup>45</sup> Art. 70.2 del Decreto 833/1975, de 6 de febrero.

<sup>46</sup> Art. 34.2 de la Orden de 18 de octubre de 1976.

contaminación, la Administración puede adoptar de oficio las medidas que juzgue necesarias, pudiendo incluso exigir, si el peligro es inminente, la paralización de la actividad<sup>47</sup>.

Desde una vertiente represiva (es decir, si del contenido del acta se desprende la existencia de una posible infracción), la Administración competente procederá a la incoación del oportuno expediente sancionador y/o revocará la autorización de la empresa en cuestión.

### c') *Conclusión: la inspección como "actividad-marco de operaciones de trámite"*

Como hemos podido comprobar, la inspección y las actuaciones realizadas en ella preparan la adopción de resoluciones administrativas en las que se ejercen potestades públicas de la mayor trascendencia (por estar en juego pura y simplemente el ejercicio de un derecho constitucionalmente reconocido): ¿No se trata, por tanto, de lo que podríamos llamar una "actividad-marco de operaciones de trámite"? Si de acuerdo con GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ consideramos que la expresión "acto de trámite"<sup>48</sup> (calificada de "tecnicismo discutible" por estos autores) no alude exclusivamente a los actos de ordenación del procedimiento, sino también a aquellas operaciones materiales, distintas de los de simple ordenación, que preparan, que hacen posibles las resoluciones (y en las que, con frecuencia, se manifiestan declaraciones de juicio o de conocimiento<sup>49</sup>), entonces no hay inconveniente en contestar de manera afirmativa al interrogante planteado.

¿Qué consecuencias cabe extraer de esta calificación en orden a valorar la legitimidad de la asunción de la actividad inspectora por entidades privadas colaboradoras de la Administración? Vamos a intentar contestar a esta cuestión a renglón seguido.

<sup>47</sup> Art. 14.c) de la Orden de 15 de marzo de 1963, por la que se aprueba una instrucción que dicta normas complementarias para la aplicación del RAMINP.

<sup>48</sup> Sobre la distinción entre actos de trámite y actos resolutorios, *vid.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, vol. 1, cit., pp. 546-547.

<sup>49</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *ibid.*, loc. cit.



c) *Problemática relativa a la asunción de la actividad inspectora por entidades privadas colaboradoras de la Administración*<sup>50</sup>

Si bien las inspecciones suelen practicarse normalmente por funcionarios técnicos de la Administración<sup>51</sup>, es cada vez más frecuente que entidades privadas especializadas intervengan a cambio de una remuneración<sup>52</sup> en las visitas de control de las actividades industriales en materia de seguridad ambiental<sup>53</sup>. Hoy, en efecto, la complejidad de los controles y las carencias de la Administración en medios materiales y personales<sup>54</sup> hacen que ésta no pueda efectuar por sí sola todas las inspecciones requeridas por la legislación<sup>55</sup>.

Esta colaboración privada, ya bien enraizada en España desde los años setenta<sup>56</sup>, acaba de potenciarse en Francia con la modificación (impulsada por el Derecho comunitario) de la *Ley n.º 76-663*.

<sup>50</sup> La denominación de «entidad colaboradora de la Administración» no solamente hace referencia a empresas privadas sino también a entidades de naturaleza pública.

<sup>51</sup> Como supuestos de reserva de la actividad inspectora a agentes de la Administración, *vid.* el art. 12 de la Orden de 15 de marzo de 1963.

<sup>52</sup> Según las modalidades de colaboración, este pago lo efectúa bien la Administración en los casos en que se celebren contratos de colaboración, bien la propia empresa inspectada en los supuestos de autocontrol. *Vid.*, por ejemplo, el *Real Decreto 2200/1995*, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el *Reglamento de la Infraestructura para la Calidad y la Seguridad Industrial*. Sobre el aspecto de la financiación de las actividades de inspección en Francia, *vid.* M. DUROUSSEAU, «Installations classées déclarées: nouvelle donne pour la prévention des pollutions?», *ibid.* 2/1995, pp. 220-221. *Vid.*, también, M. PRIEUR, «La pollution...», *cit.*, p. 81; M. DESPAX, *Droit...*, *cit.*, p. 37.

<sup>53</sup> *Vid.* T. FONT I LLOVET, «Instrumentos...», *cit.*, p. 52. La intervención de estas entidades privadas ha de contemplarse como un supuesto de colaboración técnica que la Administración puede recabar con el fin de cumplir las exigencias del principio de eficacia del art. 103.1 CE. <sup>54</sup> En Francia, *vid.* M. PRIEUR, *Droit...*, *cit.*, p. 427. *Vid.*, también, más recientemente, M. BAUCOMONT, «Polices...», *cit.*, núm. 112; M. DUROUSSEAU, «Installations...», *cit.*, pp. 220-221.

<sup>55</sup> Pese a que se enmarque en una norma derogada, resulta muy ilustrativa al respecto la exposición de motivos del *Real Decreto 1407/1987*, de 13 de noviembre, *regulador de las Entidades de inspección y control reglamentario en materia de seguridad de los productos, equipos e instalaciones industriales*. *Vid.*, también, A. OJEDA MARIN, «Entidades privadas colaboradoras con la Administración en el ámbito técnico», en vol. col., *Homenaje a José Antonio García-Trevijano Fós*, Madrid, IEAT, 1982, p. 612.

<sup>56</sup> Sobre la génesis y la evolución histórica de la intervención de las entidades colaboradoras de la Administración en el ámbito técnico, *vid.* A. OJEDA MARIN, *ibid.*, pp. 611 ss. En el ordenamiento español, el régimen vigente de estas entidades colaboradoras se identifica esencialmente con la regulación de los denominados «organismos de control» y «verificadores medioambientales» que contiene el *Real Decreto 2200/1995*, de 28 de diciembre (en desarrollo del Título III de la Ley 11/1980, de 2 de mayo, *reguladora de las actividades de inspección y control en materia de medio ambiente*). La Orden de 22 de octubre de 1981 que modifica la Orden de 25 de febrero de 1980; la Orden de 16 de julio de 1987, del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, reguladora de las empresas colaboradoras de los organismos de cuenca en materia de control de vertidos; etc. Téngase en cuenta también el art. 9 del *Real Decreto 484/1995*, de 7 de abril, *sobre medidas de regularización y control de vertidos*.

a) *Primera modalidad de colaboración: una función de asistencia a la Administración. Valoración positiva*

La primera modalidad se concreta en una función de mera asistencia a la Administración. En este caso, las entidades colaboradoras no asumen la misión de inspección, sino que se limitan a auxiliar a las autoridades encargadas del control. El punto de referencia temporal de la realización de la visita nos permite distinguir dos supuestos.

Por un lado, puede tratarse de una asistencia posterior a la visita de inspección. Es decir, una vez realizado el control, la Administración encomienda a entidades especializadas la tarea de comprobar y valorar los datos recogidos. El ejemplo paradigmático de este tipo de colaboración lo constituye la intervención de laboratorios autorizados por la Administración<sup>57</sup> para analizar las muestras efectuadas por los agentes públicos<sup>58</sup> o para controlar los instrumentos de medida instalados en las empresas<sup>59</sup>. Por otro lado, puede tratarse de una asistencia durante las visitas de inspección. En este supuesto, el auxilio que prestan las entidades privadas a la Administración no se limita a una función de colaboración *a posteriori*, sino que se concreta en una misión de acompañamiento de los agentes públicos durante las visitas, para participar en las más variadas tareas técnicas de gestión<sup>60</sup> (tomas de análisis, lectura de datos gráficos o informáticos, comprobación del estado de la maquinaria, etc.).

Esta modalidad de colaboración de las entidades privadas es necesaria y perfectamente legítima. Necesaria, en primer lugar, porque es evidente que los inspectores de la Administración, por muy buena formación que hayan recibido, no están capacitados para hacer frente a todas las circunstancias, ni pueden conocer a fondo los mecanismos de producción industrial o de generación de la contaminación. No hace falta insistir en ello. Y legítima, en segundo lugar, porque la intervención de la entidad privada no vulnera de ninguna manera el principio de reserva a la Administración de las funciones con sustancia jurídico-pública. En los supuestos aquí contemplados, en efecto, la Administración no abdica de su misión y sigue dirigiendo las operaciones de control.

<sup>57</sup> Para más detalles sobre las autorizaciones, téngase en cuenta, por ejemplo, el art. 32.3 de la Orden de 18 de octubre de 1976.

<sup>58</sup> Estos laboratorios comunican los resultados a la Administración mediante «certificados de análisis». *Vid.*, por ejemplo, el art. 45 del *Real Decreto 833/1988*, de 20 de julio.

<sup>59</sup> Art. 32.2 de la Orden de 18 de octubre de 1976.

<sup>60</sup> Art. 68 del *Decreto 833/1975*, de 6 de febrero.



b) *Segunda modalidad de colaboración: una función de sustitución de la Administración. Valoración crítica*

Otra posibilidad es que la Administración quede sustituida en las visitas de inspección por una entidad privada colaboradora<sup>61</sup>. En esta modalidad<sup>62</sup>, como en la anterior, la colaboración puede revestir dos formas.

En determinadas circunstancias, la entidad colaboradora realiza la inspección por mandato de la Administración, bien porque así lo impone la normativa en vigor<sup>63</sup>, bien porque lo posibilita. Este tipo de asistencia se formaliza mediante la celebración de contratos de colaboración sometidos a la legislación general sobre contratación pública. En otros casos, en cambio, es la propia empresa industrial la que contrata los servicios de la entidad colaboradora. Ello ocurre cuando la Administración le impone un cierto autocontrol de su actividad<sup>64</sup> y dicha empresa no lo puede realizar ella misma, bien por imposibilidad técnica<sup>65</sup>, bien porque el ordenamiento exige la intervención de una entidad especializada<sup>66</sup>.

En estos supuestos, la comunicación a la Administración de los datos constatados durante las visitas puede articularse a través de dos mecanismos. En el primero, es la entidad la que informa a la Admi-

<sup>61</sup> De acuerdo con el *Real Decreto 2200/1995*, estas entidades pueden ser "organismos de control" o "verificadores medioambientales", según la naturaleza de la misión a desempeñar. Estas entidades no pueden actuar sin haber sido acreditadas por una "entidad de acreditación". Necesitan ser autorizadas por la Administración del territorio donde ejerzan su actividad (art. 43), y deben inscribirse en el registro de establecimientos industriales creado en virtud de la 11 (art. 51). Estas entidades de acreditación pueden ser de naturaleza pública (como la Entidad Nacional de Acreditación) o incluso privada. Sobre la designación, las condiciones de organización y funcionamiento de estas entidades, y sobre sus obligaciones, ténganse en cuenta los arts. 14 a 19 del *Real Decreto* citado antes. *Vid.*, también, E. MALARET I GARCÍA, M. M. PÉREZ I VELASCO, J. CONDE I CASTELLÓN, «La regulación...», cit., p. 152. Sobre el control de estas entidades por la Administración, *vid.* el art. 8 de la Orden de 25 de febrero de 1980, el art. 6 de la Orden de 16 de julio de 1987 y los arts. 7.2, 19 y 48.1 del *Real Decreto 2200/1995*. *Vid.*, también, en Derecho francés, M. DUROUSSEAU, «Installations...», cit., p. 295.

<sup>62</sup> Como indica el art. 45.3 del *Real Decreto 2200/1995*, dicha entidad puede subcontratar su prestación.

<sup>63</sup> Art. 22.1 de la Orden de 18 de octubre de 1976.

<sup>64</sup> El sometimiento a autocontrol suele acompañarse de diversos requisitos. Ténganse presentes los arts. 72.2 y 73.2 del *Decreto 833/1975*, de 6 de febrero, y los arts. 21, 28 y 29 de la Orden de 18 de octubre de 1976.

<sup>65</sup> En el caso en que la empresa realice ella misma el autocontrol, los datos e informaciones obtenidos se comunican directamente a la Administración o se registran y se mantienen a disposición de la autoridad durante las visitas. En las grandes industrias y en materia de contaminación atmosférica, la realización de este tipo de control es el cometido esencial de un servicio interno cuya existencia impone el ordenamiento: el Servicio de Prevención y Corrección de la Contaminación Industrial de la Atmósfera (art. 37 de la Orden de 18 de octubre de 1976).

<sup>66</sup> Art. 11 del *Real Decreto 886/1988*, de 15 de julio, sobre *prevención de accidentes mayores en determinadas actividades industriales*.

nistración de los extremos comprobados (contaminación detectada, propuestas de reformas y de medidas correctoras, etc.)<sup>67</sup>. En el segundo, en cambio, es la propia Administración la que ordena a los empresarios que presenten el documento o certificado expedido por la entidad colaboradora<sup>68</sup>.

Los criterios que hemos utilizado para valorar la legitimidad de la primera modalidad de colaboración (la de la simple asistencia) son los que, ahora, nos van a permitir dar nuestra opinión acerca de la compatibilidad con el ordenamiento de esta segunda modalidad. Aquí, de nuevo, hemos de partir de la premisa antes contemplada: la inspección constituye una «actividad-marco de operaciones de trámite», es decir, en otras palabras, una actividad que conduce directamente a la adopción de resoluciones administrativas. Pues bien, por ello mismo, nos parece que su encomienda total a entidades privadas (como función de sustitución de la Administración) no puede aceptarse. El telón de fondo de esta afirmación estriba en el ilegítimo sacrificio de auténticas potestades públicas.

Nuestra crítica, en efecto, se centra en el hecho de que la encomienda a entidades privadas<sup>69</sup> de una actividad material e instrumental conducente a la adopción de actos administrativos en los que se ejercen potestades públicas de la mayor trascendencia<sup>70</sup> (esto es, la "privatización" de funciones públicas o la "huida" de la Administración en su ejercicio<sup>71</sup>) está hoy expresamente prohibida. Esta prohibición aparece explícita en el art. 15.5 LRJPAC y está implícita en los principios generales del Derecho administrativo<sup>72</sup>.

<sup>67</sup> Art. 47.1 del *Real Decreto 2200/1995*, de 28 de diciembre.

<sup>68</sup> Se acreditan en estos certificados las verificaciones, homologaciones o inspecciones realizadas, así como los resultados obtenidos. Sobre la debatida cuestión de saber si dichos certificados constituyen documentos administrativos, *vid.* M. DUROUSSEAU, «Installations...», cit., p. 292.

<sup>69</sup> Entidades que, como hemos visto, pueden ser acreditadas por otras entidades privadas y que, en determinados casos, pueden subcontratar parcial o totalmente el ejercicio de la misión inspectora a otras empresas, también privadas.

<sup>70</sup> No estamos de acuerdo, por tanto, con M. DUROUSSEAU, («Installations...», cit.) cuando afirma que la asunción por entidades privadas del control de las instalaciones clasificadas equivale a una «attraction de tâches non spécifiquement administratives par le champ industriel et commercial» (p. 298), si bien el mismo autor acaba reconociendo que «l'organisme de contrôle portera nécessairement une appréciation d'ordre juridique sur la conformité du fonctionnement des installations» (p. 290) (las cursivas son nuestras).

<sup>71</sup> Como subraya S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER («Reflexiones sobre la huida del Derecho administrativo», *ibid.*, núm. 140, 1996), «la llamada privatización de la Administración» no se manifiesta solamente en «las transferencias de activos patrimoniales del sector público al sector privado», sino también en el «hecho de que funciones y cometidos de inequívoco carácter público» se remitan «a organizaciones de carácter privado» (p. 34).

<sup>72</sup> En Francia, esta prohibición arranca del viejo principio jurisprudencial según el cual la actividad de policía no puede encomendarse a personas privadas, sino solamente a agentes situados bajo la autoridad directa de la Administración. Ténganse presentes en relación con este tema, las Sentencias del *Conseil d'État* de 17 de junio de 1932, «Ville de Castelnau».



La proclamación de dicha regla obedece a una razón de buen sentido: el abandono por la Administración de sus poderes de policía a favor de empresas privadas puede causar graves daños a ciertos principios del Estado de Derecho y, con ello, desde luego, al debido respeto de la libertad de empresa y de la seguridad jurídica del industrial. Piénsese, por ejemplo, en el hipotético caso en que los expertos de la entidad encargada de realizar la inspección estén bajo la influencia de un competidor de la industria controlada. Ya sabemos que el ordenamiento establece un régimen riguroso de incompatibilidades al que tienen que someterse las entidades colaboradoras de la Administración (y su personal) para poder ejercer su actividad<sup>75</sup>. Pero ¿es una precaución suficiente? Quizá estemos exagerando la importancia de esta problemática, pero nos parece que se trata de una medida que dista mucho de alcanzar el grado de garantía que ofrecen —con todos sus defectos y carencias, es cierto— los principios de sujeción de la autoridad administrativa y de sus agentes a los requisitos de justicia, de igualdad y de prohibición de la arbitrariedad.

Por si fuese poco atribuir a estas entidades la gestión de una fase preparatoria del procedimiento administrativo, el ordenamiento les otorga ciertas facultades con una incidencia extraordinariamente restrictiva en la libertad de empresa. Así, por ejemplo, el art. 24.2 de la Orden de 18 de octubre de 1976 estipula que en los casos en que la inspección permita detectar problemas de contaminación, compete a dichas entidades el establecimiento del régimen de vigilancia intensiva al que tendrá que someterse la empresa en tanto no cesen las causas que motivaron el juicio desfavorable. ¿No se trata de una competencia que tendría que reservarse a la autoridad administrativa, al menos en su dimensión resolutoria, esto es, en la adopción e imposición de los actos en cuestión? En el caso en que subsista alguna duda sobre la procedencia de nuestra crítica, puede citarse otro precepto que atribuye a las entidades colaboradoras unas facultades que constituyen indubitadamente auténticas potestades públicas: el art. 47.1.j) del *Real Decreto 2200/1995*. Este precepto, en efecto, les confiere nada menos que la posibilidad de tomar «medidas especiales (...) en los casos de grave riesgo de accidente o emergencia», lo cual, en el contexto del precepto en cuestión, parece incluir la facultad de «interrumpir (...)

(Rec. 595); de 23 de mayo de 1958, «Amoudruz» (Rec. 301; *ADA* 1958.309, nota FOURNIER y COMBARROUS); y de 20 de enero de 1978, «Syndicat national de l'enseignement technique agricole public» (*ADA* 1979.37, concl. DENOX DE SAINT-MARC). Esta jurisprudencia ha sido ratificada recientemente por la Sentencia de 1 de abril de 1994, «Commune de Menton». Para un comentario a este pronunciamiento, *vid.* las conclusiones del *commissaire du gouvernement* LASVIGNES: «Dans quelle mesure la gestion du stationnement payant sur la voie publique peut-elle être confiée à une personne privée?», *Droit Administratif*, noviembre 1994.

<sup>75</sup> *Ibid.* los arts. 42.2 y 47.1.b) del *Real Decreto 2200/1995*, de 28 de diciembre, y los arts. 3.b) y 7.2 de la Orden de 16 de julio de 1987. En Derecho francés, *vid.* M. DUROUSSEAU, «Installations...», cit., pp. 293 y 295.

el servicio cuando se aprecie que no ofrece las debidas garantías de seguridad industrial» [art. 47.1.i)].

El hecho de que el tipo de colaboración que aquí se enjuicia permita remediar las carencias personales y materiales de la Administración<sup>74</sup>, y el hecho de que fomente un cierto «management ambiental en la empresa»<sup>75</sup> o un mayor grado de responsabilización<sup>76</sup> —facilitando así la emergencia de un nuevo mercado (con los beneficios que eso conlleva para la salud económica de un país o de una región)<sup>77</sup>—, no deben hacernos olvidar que la Administración no puede renunciar a sus cometidos más elementales y encomendar el ejercicio de competencias necesariamente públicas a personas privadas, incluso si parece responder a una exigencia del Derecho comunitario<sup>78</sup>.

Las soluciones a estos problemas han de buscarse por otras vías más acordes con los planteamientos legales y con el sistema de garantías vigente en nuestra sociedad<sup>79</sup>. Así pues, sin caer en la ingenua tentación de afirmar que para hacer frente a la carencia de medios el remedio estriba en dotar la Administración de recursos suficientes, quizá la solución más idónea sea la de generalizar las fórmulas antes estudiadas de descentralización funcional y de colaboración privada, limitándolas a tareas de asistencia (no de sustitución). Lo que no es aceptable es que las operaciones de trámite integradas en la actividad inspectora dejen de realizarse bajo la responsabilidad directa de la Administración<sup>80</sup>.

<sup>74</sup> *Ibid.* M. DUROUSSEAU, *ibid.*, pp. 220-221.

<sup>75</sup> M. DUROUSSEAU, *ibid.*, p. 291.

<sup>76</sup> M. DUROUSSEAU, *ibid.*, p. 289.

<sup>77</sup> M. DUROUSSEAU, *ibid.*, p. 288 y pp. 293-294.

<sup>78</sup> Téngase en cuenta la exposición de motivos del *Real Decreto 2200/1995*. La *praxis* que aquí se analiza contrasta con la tendencia del ordenamiento comunitario a limitar en los Estados el proceso de huida del Derecho administrativo, en materia de procedimiento como en otros ámbitos. *Ibid.*, sobre esta tendencia, S. MUNOZ MACHADO, «Los principios generales del procedimiento administrativo comunitario y la reforma de legislación básica española», *REDA*, núm. 75 (1992), pp. 341 ss.

<sup>79</sup> En lo que se refiere al fomento de la responsabilización empresarial, por ejemplo, un breve repaso al ordenamiento basta para percatarse de que los medios alternativos de estímulo positivo («ecoetiqueta», «ecoauditoría», etc.) o negativo, esto es, de disuasión («arbitrios con fines no fiscales», «restricción de contratos», etc.), son lo suficientemente numerosos como para que resulte innecesario «privatizar» (E. MALARET I GARCIA, M. M. PÉREZ I VELASCO, J. CONDE I CASTEJÓN, «La regulación...», cit., p. 152) actuaciones que tienen una sustancia jurídica-pública inescindible e inescindible. *Ibid.*, sobre estos medios, R. MARTÍN MATEO, *Nuevos instrumentos para la tutela ambiental*, Madrid, Trivium, 1994, pp. 118-119.

<sup>80</sup> La naturaleza y el alcance de las potestades en cuestión nos impide definir su ejercicio por empresas privadas como un supuesto de delegación legítima de poderes de policía. *Ibid.*, sobre la llamada «actividad administrativa de los particulares», E. GARCÍA DE ENTERRÍA Y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, vol. I, cit., pp. 41-43.



## B) Técnicas represivas: las sanciones administrativas (breve atención a las condenas penales)

### 1. Planteamiento del tema

Ya hemos podido comprobar que una de las características de la situación jurídica aquí estudiada, tanto en su configuración de deber *stricto sensu* como en su faceta de obligación, es que su incumplimiento conlleva la imposición de sanciones. En efecto, una vez superada la opinión según la cual el deber *stricto sensu* «no es jurídicamente nada para el ciudadano en tanto no se transforma en obligación»<sup>81</sup>, es fácil observar que desde el punto de vista sancionador, no existe una diferencia significativa entre los deberes y las obligaciones que gravan a la industria. Tanto si incumplen los mandatos generales impuestos por las normas legales o reglamentarias, como si no obedecen a los condicionamientos establecidos por la Administración para adecuar, en un plano relacional, su actividad al interés general, las empresas se exponen a la aplicación por la autoridad pública de sanciones que, según la voluntad del legislador y con arreglo a la gravedad de la infracción, pueden tener carácter administrativo o penal.<sup>82</sup>

Sobraría entrar aquí en consideraciones reiteradamente expuestas por una variedad de autores sobre la teoría general de la potestad sancionadora de la Administración.<sup>83</sup> No viene tampoco al caso comen-

<sup>81</sup> J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., p. 902.

<sup>82</sup> El apartado 3 del art. 45 CE, que puede considerarse «como el eje alrededor del cual van a girar todos los aspectos sancionatorios en materia ambiental» (D. J. VERA JURADO, *La disciplina...*, cit., p. 189), lo expresa claramente.

<sup>83</sup> El importante desarrollo de esta potestad ha hecho surgir una preocupación doctrinal muy fecunda. *Vid.*, por ejemplo, J. R. PARADA VAZQUEZ, «Evolución y constitucionalización de las infracciones administrativas», *Poder Judicial*, núm. 4 (1982), pp. 19 ss.; J. ESTEVE PARDO, «Sanciones administrativas y potestad reglamentaria», *REDU*, núm. 49 (1986), pp. 109 ss.; J. SUAY RINCÓN, «El Derecho...», cit., pp. 185-191; M. RIBOLLO PUIG, *Potestad...*, cit., de nuevo, J. R. PARADA VAZQUEZ, «Las sanciones administrativas», en vol. col., *La empresa en la Constitución española*, Pamplona, Aranzadi, 1989, pp. 539-555; J. SUAY RINCÓN, *Sanciones administrativas*, Bolonia, Real Colegio de España, 1989; E. BAGCALUPO, *Sanciones administrativas (Derecho español y comunitario)*, Madrid, Colex, 1991; A. NIETO, *Derecho...*, cit. En Francia, aun si puede percibirse una cierta evolución (F. MODERNE, «Le pouvoir...», cit., p. 1), la potestad sancionadora sigue considerándose como un «pouvoir très exorbitant» de la Administración (A. DE LAUBADIERE, *Tratado...*, vol. 1, cit., p. 311). En efecto, el monopolio represivo de la jurisdicción penal constituye la regla, y la potestad sancionadora administrativa la excepción. En este sentido, F. MODERNE (*Sanciones administrativas et justice constitutionnelle. Contribution à l'étude du jus puniendi de l'Etat dans les démocraties contemporaines*, Paris, Economica, 1993, pp. 26 ss.) sitúa a Francia en la categoría de los Estados que cuentan con un sistema de «repression administrative residual». Para una crítica global a este sistema en materia ambiental, *vid.* M. PRIEUR, *Droit...*, cit., p. 723. *Vid.*, también, sobre la pasividad del juez penal, X. MATHARAN y D. MONDON, «Parquet et protection de l'environnement: pour une politique volontariste», *RESCD*, 2/1991, pp. 301-302; M. DOUMENO, «Juge...», cit., p. 50.

tar el debate suscitado por la criminalización de ciertas infracciones administrativas<sup>84</sup>. Hemos de restringir nuestro estudio a la enumeración de los distintos tipos de sanciones y al análisis de algunos aspectos problemáticos que, si bien no afectan en exclusiva a este campo de actuación pública, cobran por diversas circunstancias una gran relevancia práctica cuando se refieren al castigo de las infracciones ambientales.

### 2. Clases de sanciones

#### a) La pena judicial

Dando cumplimiento al art. 45 CE, la *Ley Orgánica 8/83* tipificó por primera vez un «delito ecológico» al incluir en el CP un precepto muy comentado: el art. 347 bis. La *Ley Orgánica 10/1995* modificó esta regulación y, en la actualidad, los delitos ambientales se castigan en el art. 325<sup>85</sup>. Sin entrar ahora en el examen de dicho precepto, reservando razonablemente tal tarea a los penalistas<sup>86</sup>, nos limitaremos a resaltar que se trata de una «norma en blanco»; en efecto, su configuración depende de las disposiciones administrativas que se dicten para defender el entorno<sup>87</sup>. De ello puede deducirse que la función

<sup>84</sup> *Vid.*, sobre este aspecto, J. A. DE VEGA RUIZ, *El delito ecológico*, Madrid, Colex, 1991, pp. 21 ss. *Vid.*, también, I. PONT CASTEJÓN, «Medio ambiente...», cit., p. 332.

<sup>85</sup> Otros preceptos del CP, como los contenidos en su Título XVI («De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente») y en su Título XVII («De los delitos contra la seguridad colectiva»), se aplican indirectamente a los delitos ambientales. Pero en lo que se refiere a los incumplimientos por la industria de la disciplina ambiental de su actividad, son de aplicación prioritaria los arts. 325 ss.

<sup>86</sup> Para un análisis detallado de este precepto y para un examen de los problemas concursales a los que su aplicación puede dar lugar, *vid.*, por ejemplo, J. A. DE VEGA RUIZ, «Delitos contra el medio ambiente», *La Ley*, núm. 4061, 19 de junio de 1996, pp. 1 ss. Pueden citarse también diversos estudios relativos al tipo anterior (art. 347 bis): B. LOZANO, «La actividad...», cit., pp. 20-21; de nuevo, J. A. DE VEGA RUIZ, *El delito...*, cit., pp. 21-33; C. CONDE-PUMPIDO, «Protección penal del medio ambiente. Cuestiones generales», *Poder Judicial*, núm. esp. IV, 1988, pp. 67 ss.; E. BELTRÁN BALLESTER, «El delito ecológico», *Poder Judicial*, núm. esp. IV, 1988, pp. 91 ss. Sobre la supuesta ineficacia de este precepto, *vid.* R. MARTÍN MATEO, *Tratado...*, vol. I, cit., pp. 232 ss. *Vid.*, también, E. MOREU CARBONELL, «Relaciones entre el Derecho administrativo y el Derecho penal en la protección del medio ambiente», *REDU*, núm. 87 (1995), pp. 385-403.

<sup>87</sup> El art. 325 se remite a «las Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente». Sobre la ilegitimidad de la remisión a normas reglamentarias, *vid.* J. A. DE VEGA RUIZ, *El delito...*, cit., pp. 28-30; J. CORDOBA RODA y J. R. PARADA VAZQUEZ, «El derecho sancionador y el principio de legalidad», en vol. col., *La empresa en la Constitución española*, Pamplona, Aranzadi, 1989, pp. 521-522. *Vid.*, en contra, A. NIETO, *Derecho...*, cit., pp. 264 ss. *Vid.*, en general, E. MISTRE DEIGADO, «Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal», *ADP*, 1988, pp. 507 ss.



del "delito ecológico" es secundaria<sup>88</sup>. Dicho de otra manera, el precepto en cuestión sólo sirve para completar la normativa administrativa<sup>89</sup>.

#### b) La sanción administrativa

Al igual que en el resto del Derecho administrativo sancionador, la multa aparece como la figura paradigmática en el campo de las infracciones ambientales<sup>90</sup>. Pero el *ius puniendi* de la Administración puede ejercerse también mediante lo que aquí denominamos "la privación del ejercicio de derechos industriales". Como veremos, la elección entre uno u otro medio constituye una manifestación de la discrecionalidad que se ofrece a la Administración en la represión de las infracciones ambientales<sup>91</sup>.

<sup>88</sup> Vid. I. PONT CASTEJÓN, «Medio ambiente...», cit., pp. 476-477. Vid., sobre esta relación, L. GONZÁLEZ GUTIÁN, «Sobre la accesoriadad del Derecho Penal en la protección del ambiente», *Estudios Penales y Criminológicos*, 1989-1990, pp. 109 ss.

<sup>89</sup> En Derecho penal francés no existe un precepto único de incriminación de los delitos ambientales. Si bien muchas voces se alzan para reclamar la tipificación de un delito general, el arsenal represivo penal sigue distribuyéndose entre numerosos preceptos dispares (art. 28 del Código de dominio público fluvial, art. L 232-2 del Código rural, art. 10 de la Ley n.º 77-771, de 12 de julio, de control de los productos químicos, etc.). Para un estudio general de estas penas, vid. J. M. ROBERT y M. REMOND-GOULLOUD, *Droit pénal de l'environnement*, Paris, Masson, 1983. Vid., también, M. PRIEUR, *Droit...*, cit., pp. 705-720; M. J. LITTMAN-MARTIN, «La protection pénale de l'environnement en droit français», en vol. col., *Environmental Rights* (dir. S. DEIMANN, B. DYNSTL), London, Cameron Bay, 1995, pp. 230 ss. Sobre la dificultad de formular un precepto represivo único, vid. J. ROBERT, «Défense de l'environnement, lutte contre la pollution et protection de la nature, répression pénale», *act*, 1980, núm. 30. Cabe advertir también que ciertas sanciones penales se imponen por los tribunales administrativos. Nos referimos aquí a las "contraventions de grande voirie" que castigan las infracciones cometidas contra el dominio público (art. L. 322-1 del Código de los puertos marítimos, art. 28 del Código de dominio público fluvial, etc.). Vid., sobre este tipo de sanciones, J. M. AUBY y P. BOS, *Droit administratif des biens*, Paris, Dalloz, 1991, p. 138. En opinión de muchos autores, tal fórmula de represión debería generalizarse. Vid., por ejemplo, J. LAMARQUE, *Droit...*, cit., pp. 584-590; Prieur, M., *ibid.*, p. 722; V. INSERGUET-BRISSET, *Propriété...*, cit., pp. 184-191. Sobre el intento de introducir en España esta figura sancionadora con el Proyecto Silvela de 1838, vid. T. FONT I LLOVET, «La protección del dominio público en la formación del Derecho administrativo español: potestad sancionadora y resarcimiento de daños», en vol. col., *Actualidad y perspectivas del Derecho público a fines del siglo XX (Homenaje al profesor Garrido Falla)*, vol. II, Madrid, Complutense, 1992, pp. 991 ss.

<sup>90</sup> Vid. L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Multas ambientales», cit., núm. 79 (1976), p. 9. Vid., también, J. M. DE LA CUESTA MARTÍNEZ, *La actividad...*, cit., p. 271; F. GARRIDO FALLA, *Tratado...*, vol. II, cit., pp. 156-157. En el ordenamiento francés, al contrario del español, la multa no aparece con mucha frecuencia en el abanico de sanciones administrativas por infracción ambiental. En la gran mayoría de los supuestos, en efecto, el *ius puniendi* de la Administración se ejerce mediante sanciones de "privación del ejercicio de derechos industriales".

<sup>91</sup> Sobre las diversas alternativas en la percepción de la relación infracción-sanción, vid. J. TORRES MAS, «Infracción y sanción administrativa: el tema de su proporcionalidad en la jurisprudencia contencioso-administrativa», *RDFA*, núm. 7 (1975), pp. 610 ss.

#### a) La multa

Como es bien conocido, la multa-sanción «supone una decisión administrativa que, a consecuencia de la realización de un ilícito, obliga al sujeto sancionado al pago, mediato o inmediato (...), de una cantidad de dinero»<sup>92</sup>. Este sujeto puede ser una persona física o, como es frecuentemente el caso en materia ambiental, una persona jurídica<sup>93</sup>.

Un simple repaso al ordenamiento permite observar que la previsión de las multas reviste esencialmente dos formas. Como primera posibilidad, la multa aparece entre otras modalidades de sanción y su imposición depende de la voluntad del órgano competente a partir de su apreciación de las circunstancias<sup>94</sup>. Como segunda posibilidad y de acuerdo con la clasificación de las infracciones en función de su gravedad<sup>95</sup>, la norma puede privilegiar el empleo de la técnica de la multa, encuadrando su importe dentro de unos límites máximos y mínimos (o exclusivamente máximos) y dejando a la Administración la libertad de fijar la cuantía exacta en cada caso concreto<sup>96</sup>.

#### b) La privación del ejercicio de derechos industriales. Su relevancia socioeconómica

Otra opción sancionadora que tiene la Administración, como hemos visto, es la de "privar" a la empresa infractora de la posibilidad de disfrutar materialmente de su derecho a la actividad económica. Esta alternativa se articula esencialmente a través de dos técnicas: la revocación de la autorización que permite el ejercicio de la actividad (revocación-sanción)<sup>97</sup> y la clausura o suspensión (temporal o definitiva) de dicha actividad (clausura-sanción)<sup>98</sup>.

Si bien estos instrumentos parecen eficaces y especialmente adaptados a las circunstancias (en efecto ¿qué mejor que paralizar la acti-

<sup>92</sup> L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Multas...», cit., p. 10.

<sup>93</sup> Sobre la inoperatividad del principio "*societas delinquere non potest*", en contraposición con la polémica que conoce el Derecho penal en esta materia, vid. A. NIETO, *Derecho...*, cit., pp. 352 ss.; A. DE PALMA DEL TESO, *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 188 ss.

<sup>94</sup> Art. 38 del Decreto 2414/61, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el *RAMINP*.

<sup>95</sup> La clasificación habitual es la que distingue entre faltas leves, graves y muy graves. Vid., por ejemplo los arts. 83 y siguientes del Decreto 833/1975, de 6 de febrero, por el que se desarrolla la *LPIA*. Para un análisis de los mecanismos de determinación de la relevancia de la infracción, vid. D. J. VERA JURADO, *La disciplina...*, cit., pp. 195-196.

<sup>96</sup> Art. 56.1 de la Orden de 18 de octubre de 1976 de prevención y corrección de la contaminación atmosférica de origen industrial.

<sup>97</sup> La revocación-sanción se justifica simplemente por el incumplimiento de las condiciones que acompañan al acto de autorización. Para una distinción entre la revocación de autorización y la declaración de caducidad del acto administrativo autorizador por incumplimiento de sus condiciones, vid. J. M. SALA AROJER, *La revocación...*, cit., p. 44. Para una distinción entre la revocación-sanción y diversas figuras afines (las reservas de revocación, la revocación por variación



vidad responsable de la contaminación?), conviene advertir que su aplicación encuentra un obstáculo de difícil salvación en la necesidad de proteger los intereses socioeconómicos de los trabajadores y en la de fomentar el desarrollo industrial del país.<sup>99</sup> Como es lógico, el legislador ha procurado remediar este problemático conflicto de intereses<sup>100</sup>; pero la mejor de las intenciones no basta para llegar a una solución eficaz y seriamente conciliadora entre los intereses en juego, resultando particularmente complicado evitar el sacrificio de uno de ellos. En tal contexto, como tendremos ocasión de comprobar, la utilización de criterios de ponderación se revela imprescindible.

Al margen de estos aspectos generales<sup>101</sup>, las sanciones ambientales revisten diversas características singulares que nutren debates muy polémicos, algunos comunes a la problemática del reconocimiento de la potestad sancionadora de la Administración<sup>102</sup> y otros específicos al ámbito de la tutela del entorno. Veamos alrededor de qué temas giran dichos debates.

de las circunstancias ambientales y la revocación por adopción de nuevos criterios en la normativa ambiental), *vid.* D. J. VERA JURADO, *La disciplina...*, cit., pp. 198-199. No todos los autores consideran que la revocación de la autorización tiene naturaleza sancionadora. Para un análisis esclarecedor del debate doctrinal relativo a esta cuestión, *vid.* Í. SANZ RUBIALES, *Los vertidos...*, cit., pp. 183-184. Este mismo autor subraya la naturaleza no sancionadora de esta técnica (p. 182).

<sup>99</sup> Art. 12.1 LPAA y art. 17.1 LRBTP. Para una consagración jurisprudencial de estas técnicas, ténganse en cuenta, por ejemplo, las SSTs de 18 de diciembre de 1956 (Ar. 4218. Cdo. 5.º) y de 11 de marzo de 1967 (Ar. 3460. Cdo. 4.º). Algunos autores se muestran particularmente reticentes a la hora de aceptar la legitimidad de tales potestades administrativas, considerando que la privación de derechos que forman parte del libre actuar humano sólo debería ser impuesta por un juez. *Id.*, en esta línea, J. M. DE LA CUESTA, *La actividad...*, cit., p. 271. *Id.*, también, J. R. PARADA VÁZQUEZ, «Las sanciones...», cit., p. 541.

<sup>100</sup> *Id.* M. DESPAX, *Droit...*, cit., p. 49.

<sup>101</sup> Así, por ejemplo, el art. 85.4 del Decreto 833/1975, de 6 de febrero, *por el que se desarrolla la LPAA* estipula que en el caso en que la Administración opte por la clausura de la actividad industrial hasta tanto no se corrijan las deficiencias observadas, los trabajadores (...) continuarán «adscritos a la plantilla de la Empresa sancionada, percibiendo la totalidad de sus remuneraciones». Dicho precepto establece, además, que «durante el período de cierre temporal, la empresa sancionada quedará obligada a cotizar a la Seguridad Social».

<sup>102</sup> Además de imponer sanciones a las industrias contaminantes, la Administración puede incapacitarlas o inhabilitarlas temporal o definitivamente para acceder a determinadas situaciones administrativas favorables (subvenciones, concesiones, autorizaciones, contratos con la Administración pública, etc.): art. 94.4 LC y art. 34.3 LL. *Id.*, sobre estas medidas, E. GARCÍA DE ENTERRÍA Y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, vol. II, cit., p. 196; D. J. VERA JURADO, *La disciplina...*, cit., p. 196. Otra técnica accesoria consiste en dar publicidad de las sanciones y de los infractores en medios de prensa o en publicaciones oficiales: art. 182 del *Real Decreto 1471/1989*, de 1 de diciembre, *por el que se aprueba el Reglamento General para desarrollo y ejecución de la LC*. *Id.* J. TORNOS MAS, «Las sanciones en materia de disciplina de mercados», *RDPA*, núm. 13 (1977), pp. 241-242. En Francia, ténganse en cuenta los arts. 131.34 y 131.35 CP.

<sup>102</sup> Estos aspectos polémicos tienen su origen, según J. R. PARADA VÁZQUEZ («Las sanciones...», cit., p. 541), en la ausencia de límites cualitativos y cuantitativos a las sanciones administrativas. *Id.*, también, A. CASO MATA, «Potestad normativa sancionadora y Comunidades Autónomas», *Rev.*, núm. 119 (1989), pp. 202-203.

### 3. La problemática de la cuantía de las multas

#### a) La afirmación de una cierta incoherencia en la fijación de la cuantía de las multas: solución enfocada

Un amplio sector de opinión considera que las multas que se imponen a los centros industriales por infracción ambiental son excesivamente reducidas<sup>103</sup>. La crítica se centra en el hecho de que las empresas castigadas aceptan las multas como un coste más de producción que suele repercutirse en el destinatario de los productos, siendo más ventajoso para ellas, por tanto, pagarlas que cesar en su conducta antijurídica<sup>104</sup>. Así las cosas, con el fin de restablecer y potenciar los efectos disuasivos de la multa, lo que se propone, de acuerdo con el art. 131.2 LRIPAC, es hacer corresponder su cuantía con la ventaja económica que la empresa ha conseguido contaminando<sup>105</sup>.

Antes de entrar a valorar la validez de tal planteamiento, conviene resaltar que esta circunstancia de excesiva permisividad de las multas no puede achacarse a los preceptos normativos que las establecen<sup>106</sup>.

<sup>103</sup> *Id.* V. R. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ DE PRADA, «Medio ambiente...», cit., p. 41. En algunos países, por el contrario, como en EEUU, se denuncia la excesiva severidad de las multas y de las sanciones en general. *Id.*, por ejemplo, J. M. LUMKIN, «Deterring Environmental Crime Through Flexible Sentencing: A Proposal for the New Organizational Environmental Sentencing Guidelines», *California Law Review* 2/1996, pp. 483 ss.

<sup>104</sup> *Id.* P. M. LARUMBE BURRIEN, «Medio ambiente...», cit., p. 41; R. MARTÍN MATO, *Tradido...*, vol. I, cit., p. 93; D. J. VERA JURADO, *La disciplina...*, cit., p. 196. En la doctrina francesa, *vid.* P. GIROD, *La réparation...*, cit., pp. 211-216.

<sup>105</sup> *Id.* R. CANOSA USERRA, *Protección...*, cit., p. 34; P. GIROD, *Id.*, p. 215.

<sup>106</sup> Un breve repaso al ordenamiento basta para percatarse de que los límites superiores de las cuantías de las sanciones previstas rebasan con mucho los límites económicos tradicionales de las sanciones administrativas (por ejemplo, art. 17.1 LRBTP y art. 99.1 LC). Si no fuese por razones objetivas de espacio, sería interesante detenerse en la cuestión de saber si «esta ruptura del esquema» ha de considerarse como algo normal o «como algo excepcional, como algo que se admite en última instancia, al lado de lo que es una regla general de signo contrario» (L. MARTÍN RETORTILLO, «Multas...», cit., p. 36). En relación con este tema, E. GARCÍA DE ENTERRÍA Y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (*Curso...*, vol. II, cit.) afirman que resulta «insólito favorecer a la autoridad administrativa con poderes sancionatorios más extensos que a los jueces» (p. 194) y que estos «preceptos plantean un verdadero reto al jurista, porque resulta bastante obvio que tal técnica de limitación de las sanciones, o de límites realmente exorbitantes y convencionales, es absolutamente contradictoria con exigencias elementales del Estado de Derecho. Por de pronto, con dos: con el principio de legalidad de las penas (*nulla poena sine lege*), que se incluye en el art. 25.1 de la Constitución, y que proscribía absolutamente las sanciones indeterminadas, y con el art. 33 de la Constitución, que reconoce y ampara la propiedad privada y prohíbe de manera indirecta, pero clara la pena de confiscación de bienes, confiscación a la que se puede llegar muy fácilmente con la aplicación de estos preceptos» (pp. 194-195). *Id.*, también, desde la perspectiva de las garantías del administrado, J. CIO MOJINET, «Garantías y sanciones (argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)», *Rev.*, núm. 140 (1996), pp. 131 ss.



La polémica debe reconducirse al plano de la instrumentación de las normas, esto es, en definitiva, a su aplicación por la Administración <sup>107</sup>.

#### b) *Necesaria matización de la crítica*

Si bien, muchas veces, la realidad parece confirmar y justificar tales críticas, conviene llamar la atención sobre un aspecto que hemos venimos repitiendo como un *leit motiv* a lo largo del presente trabajo: la ordenación ambiental de las actividades industriales encuentra un condicionamiento sumamente importante en la necesidad de salvaguardar los intereses económicos y sociales en juego. En este sentido, sin llegar a afirmar que la imposición de una multa a una empresa no tiene otra consecuencia que ponerla en graves dificultades (afirmación que sería a todas luces excesiva), hay que advertir que existe un cierto riesgo en aplicar multas muy elevadas con la única justificación de que así lo permite el ordenamiento o por la simple razón de que la tutela ambiental no puede ni debe ser ponderada en función de otras preocupaciones. La realidad es mucho más compleja.

Como paso previo a cualquier profundización, cabe reiterar las premisas de la problemática: hemos dicho que el objetivo es evitar que sea más ventajoso para la industria contaminar—incluso pagando multas por ello—que ajustarse al ordenamiento. Pero al mismo tiempo, hemos subrayado la necesidad de tener en cuenta que una excesiva severidad en la fijación de la sanción puede conllevar el riesgo de poner en peligro la viabilidad económica de la empresa castigada, provocando una situación de quiebra o de suspensión de pagos. ¿Qué solución permite resolver este aspecto de la pugna entre la protección ambiental y los intereses económicos? La respuesta discurre por la aplicación de criterios de ponderación. Estos criterios existen ya en el ordenamiento, no es ninguna novedad; pero si bien no son de utilización dispositiva, no se aprovechan debidamente.

#### c) *El interés de potenciar la utilización de criterios de ponderación*

##### a) *Su fundamento: la existencia de un amplio margen de discrecionalidad administrativa*

El ordenamiento no puede determinar la sanción adaptada a cada tipo de infracción; la realidad ofrece tantas variantes que resulta imposible prever de manera precisa todos los elementos a tener en cuenta <sup>108</sup>.

<sup>107</sup> M. PÉREZ (Droit..., cit., pp. 717-718 y 723) llega a afirmar que la débil cuantía de las sanciones equivale a un «permiso para contaminar» («permis de polluer»).

<sup>108</sup> Vid. J. TORRES MANS, «Infracción...», cit., p. 610.

En tales condiciones, debe necesariamente mantenerse un margen de valoración en el que la Administración habrá de adecuar el castigo a las circunstancias objetivas y subjetivas que concurren en cada supuesto <sup>109</sup>. Abriendo aquí un parentesis, cabe señalar que la causa de esta indeterminación normativa no radica solamente en una *imposibilidad material o técnico-jurídica*, sino también en una *necesidad funcional y teleológica*, que es la de atribuir a la Administración la flexibilidad imprescindible para reaccionar de manera efectiva cuando exista un peligro para la seguridad pública (“discrecionalidad táctica”) y para ponderar los intereses contrapuestos, es decir, en nuestro caso, el ecológico y el económico (“discrecionalidad configuradora similar a la planificación”) <sup>110</sup>.

Pues bien, es precisamente dentro de este margen de discrecionalidad en el que los órganos competentes habrán de maniobrar con el fin de resolver el problema de la cuantía de las multas <sup>111</sup>; y como observa SUAY RINCÓN, tendrán que hacerlo ejerciendo facultades muy similares a las de los jueces, esto es, valorando la realidad a la luz de unos puntos de referencia insustituibles: la personalidad del autor de la infracción y los criterios de ponderación que se refieren a ella <sup>112</sup>. Todo ello de conformidad con las reglas que informan el conjunto de la actividad sancionadora de la Administración, es decir, básicamente, guardando «la debida relación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada» <sup>113</sup> (art. 131.3 LRIPAC).

#### b) *Los criterios* <sup>114</sup>

##### 1) *La situación económica de la empresa*

A la hora de fijar el importe de la multa, la Administración deberá examinar la situación económica de la empresa infractora. En el

<sup>109</sup> Vid., en este sentido, J. SUAY RINCÓN, «El Derecho...», cit., p. 201.

<sup>110</sup> M. BULLINGER, «La discrecionalidad...», cit., pp. 906-908.

<sup>111</sup> El Derecho penal norteamericano suele ofrecerse como un modelo en relación con esta problemática. Vid. C. DE MAGLIE, «Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa (crisi e innovazioni nel diritto penale statunitense)», *RIAPP* 1/1995, pp. 88 ss.

<sup>112</sup> Vid. J. SUAY RINCÓN, *Sanciones...*, cit., pp. 104-105. Además de estos criterios subjetivos, existen otros de carácter objetivo que sirven también para encauzar el ejercicio por la Administración de su potestad sancionadora. Nos referimos aquí, por ejemplo, al espacio geográfico en el que se comete la infracción (zona declarada de atmósfera contaminada, espacio natural protegido, etc.), a la gravedad del daño producido en el entorno, etc. Vid., sobre estos criterios, D. J. VIERA JURADO, *La disciplina...*, cit., p. 206. Vid., en particular, el art. 131.3 LRIPAC.

<sup>113</sup> Sobre la importancia del principio de proporcionalidad en la actividad administrativa sancionadora, téngase en cuenta la sis de 18 de junio de 1984 (Ar. 3637, Cdo. 3.<sup>o</sup>).

<sup>114</sup> Para una plasmación normativa de los criterios de ponderación que se ofrecen a la Administración, vid. el art. 86 del *Decreto* 833/1975, de 6 de febrero, *por el que se desarrolla la L/14*.



supuesto en que ésta goce de una posición cómoda, podrá elevarse la cuantía sin correr el riesgo de provocar una situación financiera difícilmente sostenible. En el caso contrario, la Administración deberá moderar dicha cuantía<sup>115</sup>.

## 2) La reincidencia y la intencionalidad

Los criterios de la reincidencia y de la intencionalidad pueden ayudarnos a distinguir la «contaminación independiente del cálculo coste-beneficio» de la «contaminación económicamente premeditada». En efecto, salvo en los supuestos en que haya indicios manifiestos de «premeditación económica» o de intencionalidad (y teniendo en cuenta el criterio de ponderación anterior), quizá sea aconsejable asimilar la primera infracción cometida por una empresa a un tipo de *contaminación independiente del cálculo coste-beneficio*, lo que conllevaría la imposición de una multa relativamente reducida, reservando las sanciones más elevadas para las infracciones posteriores, por establecerse la presunción (salvo prueba en contrario) de que si la empresa vuelve a contaminar es porque le interesa o no le perjudica desde un punto de vista económico<sup>116</sup>.

Somos conscientes de que la simplicidad de este planteamiento le impide alcanzar una operatividad «todo-terreno» y que, por ello mismo, conviene enriquecerlo con otras variables. Sin embargo, además de facilitar la prueba de la concurrencia de la culpa o del dolo en la infracción<sup>117</sup>, tiene el mérito de despejar el camino hacia la definición de una estrategia represiva adaptada a las circunstancias y a los aspectos sensibles de la problemática ambiental<sup>118</sup>.

<sup>115</sup> La sts de 31 de enero de 1983 (Ar. 380, Cdo. 1.º) subraya la importancia de no prescindir de tal dato, «para evitar que la sanción (...) produzca una situación grave en el desarrollo de la actividad de la empresa».

<sup>116</sup> Sobre las figuras de la reincidencia y de la intencionalidad en Derecho administrativo sancionador, vid. D. J. VERA JURADO, *La disciplina...*, cit., pp. 208-209.

<sup>117</sup> Vid., sobre este tema, A. DE PALMA DEL TESO, *El principio...*, cit., pp. 150 ss.

<sup>118</sup> El ordenamiento privilegia como criterios de ponderación los de la reincidencia y de la intencionalidad. El dato de índole económica que suele tenerse en cuenta con más frecuencia es el del beneficio obtenido con la agresión (art. 122.1 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de puertos del Estado y de la marina mercante, y arts. 34 y 37 de la Ley 1/1995, de 2 de enero, de protección ambiental de Galicia). El criterio de la situación o salud económica de la empresa infractora —que es el que contiene probablemente la información más útil a la hora de fijar la cuantía de la sanción— no encuentra especial acogida normativa. Como excepción a esta tendencia, téngase presente el art. 81.c) de la Ley 6/1993, de 15 de julio, de la CA de Cataluña, reguladora de los residuos. Sobre la importancia de este último criterio en Derecho italiano, vid. J. SUAY RISCÓN, «Las sanciones administrativas en el Derecho comparado: Italia y Alemania», en vol. col., *Actualidad y perspectivas del Derecho público a fines del siglo XX (Homenaje al profesor Garrido Falla)*, vol. II, Madrid, Complutense, 1992, p. 1409.

## 4. La aplicabilidad del principio non bis in idem

Otra de las cuestiones que suscita ciertas dudas es la de saber si el principio *non bis in idem* es aplicable o no a las sanciones que se imponen a las empresas industriales por infracción ambiental<sup>119</sup>.

*A priori*, nada parece indicar que haya que aportar una respuesta negativa a este interrogante. En efecto, tal y como viene definida originariamente por la doctrina y la jurisprudencia (esto es, dicho sea con palabras necesariamente reduccionistas, que nadie puede ser condenado dos veces por un mismo hecho), la regla *non bis in idem* expresa un principio general (corolario del art. 25 CE<sup>120</sup>) que rige en prácticamente todo el *ius puniendi* de los Poderes públicos<sup>121</sup>.

Ahora bien, como observa NIETO, este principio constituye «una fórmula harto simplista, dentro de la cual se esconden diversas cues-

<sup>119</sup> En Francia, hasta fechas muy recientes, la compatibilidad de la condena administrativa con la sanción penal por una misma infracción se admitía pacíficamente. Vid. A. DE LAUBADÈRE, *Traité...*, vol. I, cit.: «La répression administrative est indépendante de la répression pénale; des sanctions administratives peuvent donc être prononcées nonobstant un acquittement ou un non-lieu au pénal et, d'autre part, elles peuvent se cumuler avec des sanctions pénales» (p. 132). Vid., también, M. HEERS, «Le principe *non bis in idem* devant le juge administratif français (l'application en droit interne d'une garantie procédurale consacrée par les systèmes internationaux de protection des droits de l'homme)», *RMU*, núm. 25 (1996), p. 37. En la jurisprudencia, vid. las Sentencias del Conseil d'Etat de 10 de marzo de 1961, «Société Delespaul» (RDP 1961-889) y de 5 de julio de 1968, «Le Rollé» (Rec. 420). Y como manifestación normativa de la inoperatividad del principio, vid. el art. 23 de la Ley n.º 76-663, de 19 de julio, relativa a las instalaciones clasificadas para la protección del ambiente. Sin embargo, la doctrina viene realzando cada vez más la importancia de dicho principio y, sobre todo, como observa F. MODERNE (*Sanctions...*, cit., p. 271), el juez se está esforzando para compensar su falta de operatividad. Vid., en relación con este punto, M. PRALUS, «A propos de la règle *non bis in idem*, valeur en droit interne d'un de ses aspects: *non bis?*», *Archives de Politique Criminelle*, núm. 18 (1996), pp. 37 ss. La consagración definitiva del *non-cumul* de las sanciones administrativas y penales arranca de la Decisión del Conseil Constitutionnel de 23 de julio de 1996 (10 de 27 de julio, p. 11400). Para un comentario a esta Decisión, vid. F. MODERNE, «Le pouvoir...», cit., pp. 15-16. Sobre el papel del principio en los supuestos de acumulación de sanciones administrativas exclusivamente, vid., de nuevo, F. MODERNE, *ibid.*, p. 16, en su comentario a la Sentencia del Conseil d'Etat de 9 de octubre de 1996, «Association Ici et maintenant» (Req. núm. 173.073).

<sup>120</sup> Para una interpretación de la regla *non bis in idem* como manifestación del principio de legalidad consagrado por este precepto, vid., entre otros, A. MUÑOZ QUIROGA, «El principio *non bis in idem*», *REDA*, núm. 45 (1985), pp. 129-142; T. QUINTANA LOPEZ, «El principio *non bis in idem* y la responsabilidad administrativa de los funcionarios», *REDA*, núm. 52 (1986), p. 585. Vid., también, A. CANO MATA, «Potestad...», cit., pp. 213-219.

<sup>121</sup> Un estudio detallado de este principio sobrepasaría los límites y las pretensiones del presente trabajo. Preferimos remitir su tratamiento a diversos trabajos especializados. Vid., por ejemplo, F. SANZ GANDASEGUI, *La potestad sancionatoria de la Administración: la Constitución española y el Tribunal Constitucional*, Madrid, RDP, 1985, pp. 125 ss.; J. CORDOBA RODA y J. R. PARADA VAZQUEZ, «El derecho...», cit., pp. 534-537; J. R. PARADA VAZQUEZ, «Las sanciones...», cit., pp. 546-549; J. SUAY RISCÓN, *Sanctions...*, cit., pp. 178 ss.; A. NIETO, *Derecho...*, cit., p. 398 ss. Para una afirmación del principio en Derecho comunitario, téngase en cuenta el art. 6 del Reglamento 2988/95, de 18 de diciembre, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas.



tiones —dogmáticas, procesales y prácticas— que necesitan un análisis separado»<sup>122</sup>. La manifestación más relevante de esta complejidad reside en la existencia de excepciones a la aplicabilidad del principio. Veamos si las sanciones que aquí se estudian quedan afectadas o no por ellas.

#### a) *Las posturas contrarias: el bis in idem*

Con algunos matices de relevancia limitada, la mayoría de la doctrina parece admitir la pluralidad de sanciones por una misma infracción (y, por tanto, la neutralización del principio *non bis in idem*) en los casos en que los intereses protegidos sean de naturaleza jurídica distinta<sup>123</sup> y en aquellos en que el sujeto infractor quede vinculado con la Administración mediante una relación de sujeción especial<sup>124</sup>.

Pues bien, según algunos autores, las sanciones que se imponen a las empresas industriales por infracción ambiental encajan en estas excepciones<sup>125</sup>. Dos tendencias interpretativas originan tal planteamiento: una primera que enfoca aquellos supuestos de manera separada, considerando que ambos pueden servir independiente y alternativamente para justificar la duplicidad de sanciones (lo cual, es evidente, extiende el abanico del *bis in idem*)<sup>126</sup>, y una segunda que, ante la necesidad de dar respuestas rápidas a un número creciente de infracciones —“ganando la delantera” a la justicia penal—, convierte dichas excepciones en supuestos de aplicación prácticamente sistemática<sup>127</sup>.

<sup>122</sup> «El principio *non bis in idem*», *REAL*, núm. 28 (1990), p. 157.

<sup>123</sup> *Vid.*, sobre este punto, A. NIETO, *Derecho...*, cit., pp. 406-409. Como referencia jurisprudencial, téngase en cuenta, por ejemplo, la STC 234/1991 (FJ 2.º).

<sup>124</sup> SSTC 2/1981 (FJ 4.º) y 94/1986 (FJ 4.º). En la jurisprudencia del TS, *vid.*, por ejemplo, la Sentencia de 7 de julio de 1992 (Ar. 5971, FJ 2.º). En materia de protección de las aguas, *vid.* S. DEL SAZ, *Aguas subterráneas, aguas públicas (el nuevo Derecho de Aguas)*, Madrid, Marcial Pons, 1990, pp. 322-323.

<sup>125</sup> *Vid.* T. QUINTANA LOWE, *La repercusión...*, cit., pp. 254 ss. *Vid.*, también, D. J. VERA JURADO, *La disciplina...*, cit., pp. 186 ss.

<sup>126</sup> *Vid.*, en materia de función pública, A. NIETO, *Derecho...*, cit.: «los funcionarios han de aceptar la doble sanción (penal y administrativa) o bien por considerarse que se encuentran en una relación de sujeción especial, o bien porque se entiende que son diversos los bienes e intereses jurídicos protegidos» (p. 407).

<sup>127</sup> A. NIETO (*ibid.*) afirma que «cuando un dogma no tiene aplicación posible —o no se quiere aplicar— en la práctica, entonces, para justificar su bloqueo, se acude al subterfugio de invocar la presencia de una relación de sujeción especial o de una variedad de intereses protegidos» (p. 407). En la misma línea, E. GARCÍA DE ENTERRÍA Y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (*Curso...*, vol. II, cit.) observan como «una cierta jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, siguiendo alguna imprecisa formulación doctrinal», aplica «sistemáticamente el concepto de *relaciones de especial sujeción*», incluso «fuera del estricto ámbito disciplinario, dándole una extensión desmesurada» (p. 170). *Vid.* también, A. JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, «Notas en torno a las relaciones de sujeción especiales: un

#### b) *Crítica: la necesidad de restringir el alcance de las excepciones al principio*

Si bien se ven a menudo contrarrestadas por impulsos garantistas de reciente aparición, estas tendencias constituyen una auténtica amenaza para los derechos de los administrados y provocan incertidumbres difícilmente compatibles con el principio de seguridad jurídica<sup>128</sup>. Por un lado, extienden desmesuradamente la categoría de las relaciones de sujeción especial, a expensas de ciudadanos (de los empresarios industriales en nuestro caso) que, en definitiva, se relacionan de manera “normal” con la Administración. Por otro lado, dichos planteamientos ven proliferar en las infracciones una pluralidad de bienes e intereses dignos de protección jurídica, cuando, en realidad, no hay más que problemas concursales de aplicación normativa susceptibles de resolverse, en muchos de los supuestos, utilizando técnicas bien conocidas en Derecho penal<sup>129</sup>.

En nuestra opinión, las dos excepciones al *non bis in idem* deben considerarse como las dos caras de una misma moneda. Con ello podremos decir que es justamente en el marco de las relaciones de sujeción especial —y sólo en él— que una infracción es susceptible de perjudicar de manera simultánea a bienes o intereses jurídicos de naturaleza dual o plural<sup>130</sup>. Pero cuando usamos el concepto de relaciones especiales de sujeción, seguimos una línea definitiva eminentemente restrictiva. En efecto, precisamente porque conlleva una relajación significativa de determinadas garantías constitucionales, dicha noción debe limitarse drásticamente y aplicarse sólo a los supuestos relacionales en los que resulta imprescindible la existencia en manos de la Administración de una potestad de dirección particularmente intensa y de una potestad sancionadora independiente, por estar en juego diversas necesidades

estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *La Ley* 2/1988, pp. 989 ss.; R. GARCÍA MACHO, «Sanciones administrativas y relaciones de especial sujeción», *REAL*, núm. 72 (1991), pp. 525-526. Como ejemplo de interpretación extensiva de la noción de relación especial de sujeción, *vid.* D. J. VERA JURADO (*La disciplina...*, cit., pp. 186-189) que, apoyándose en una construcción elaborada por E. GARCÍA DE ENTERRÍA Y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ —construcción que, por cierto, desapareció de las últimas ediciones del volumen II del *Curso de Derecho Administrativo*— (*vid.* nuestra recensión de la obra de D. J. VERA JURADO, publicada en la *Rev.* 136, 1995, p. 603), afirma que los castigos por infracción ambiental recaen en la categoría de las sanciones de autoprotección o especiales, bien como sanciones disciplinarias (son esencialmente las que se imponen en el marco de una concesión o de una autorización), bien como sanciones de policía demanial, siempre que los recursos dañados sean bienes del dominio público natural.

<sup>128</sup> *Vid.* A. NIETO, *ibid.*, p. 435.

<sup>129</sup> Sobre la necesidad de inspirarse en las figuras concursales penales, *vid.* A. NIETO, *ibid.*, pp. 408-409.

<sup>130</sup> Esta afirmación parece encontrar un cierto reflejo en la STS de 6 de mayo de 1988 (Ar. 3723, FD 1.º).



fundamentales como, por ejemplo, la preservación del orden interno de cada organización administrativa, la capacidad de llevar a buen puerto los fines públicos, etc. Si bien, como observa LASAGABASTER HERRARTE<sup>131</sup>, no existe ninguna definición estricta de las relaciones de sujeción especial, puede afirmarse que son exclusivamente las que se enmarcan en el ámbito doméstico de la Administración<sup>132</sup>, en el "círculo interior del Estado"<sup>133</sup>.

Simplemente cabe añadir, como modo de confirmar lo que antes se subrayaba sobre la estrecha vinculación entre las dos excepciones al *non bis in idem*, que las infracciones cometidas por los administrados insertos en este tipo de relaciones (es decir, por quienes se incorporan en la esfera organizativa pública —reclusos, estudiantes y enfermos hospitalizados<sup>134</sup>— y por quienes, al obrar como autoridades o agentes de la autoridad, están facultados para el ejercicio de potestades públicas, esto es, los funcionarios públicos<sup>135</sup>; art. 127.3 LRJPAC) lesionan simultáneamente dos intereses jurídicos distintos. Más allá de su carácter antiético (con especial referencia a los agentes públicos<sup>136</sup>), estas infracciones vulneran el interés general de la sociedad y el de la Administración en servir con objetividad dicho interés<sup>137</sup>.

### c) Conclusión: la aplicabilidad del principio a las sanciones ambientales

Las empresas industriales no se enmarcan en relaciones de sujeción especial con la Administración<sup>138</sup>. Ni siquiera la existencia de una autorización o de una concesión, como título legitimador del ejercicio de su actividad, permite detectar la presencia de una relación de esta naturaleza<sup>139</sup>. Nos parece, por tanto, que el principio *non bis in idem* debe aplicarse en nuestro ámbito de estudio.

<sup>131</sup> Las relaciones de sujeción especial, Madrid, Civitas, 1994, p. 418.

<sup>132</sup> Sobre lo que ha de entenderse por «esfera doméstica» de la Administración, *vid.*, por ejemplo, M. LOPEZ BENÍTEZ, *Naturalaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Madrid, Civitas, 1994, pp. 194 ss.

<sup>133</sup> STC 50/1983 (FJ 1.º).

<sup>134</sup> *Vid.* M. LOPEZ BENÍTEZ, *Naturalaleza...*, cit., pp. 260 ss.

<sup>135</sup> *Vid.* J. R. PARADA VAZQUEZ, «El poder sancionador de la Administración y crisis del sistema judicial penal», *RAJ*, núm. 67 (1972), p. 46. Sobre la aplicabilidad del principio en Derecho militar, *vid.* J. JIMENEZ VILLARERO, «Algunas consideraciones sobre el principio *non bis in idem* y su vigencia en el ordenamiento sancionador militar», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 65 (1995).

<sup>136</sup> Sobre el carácter antiético de las infracciones cometidas por los agentes públicos, *vid.* la STS de 3 de junio de 1987 (Ar. 3993, FJ 4.º).

<sup>137</sup> STC 234/1991 (FJ 2.º). Para un comentario a este pronunciamiento, *vid.* A. NIETO, *Derecho...*, cit., pp. 437-438. *Vid.*, también, la STS de 16 de diciembre de 1994 (Ar. 10480, FJ 5.º).

<sup>138</sup> *Vid.* J. M. TRAYTER JIMENEZ, «Protección...», cit., p. 580.

<sup>139</sup> Según algunos autores, la concesión si engendra una situación de sujeción especial para el particular. *Vid.*, en tal sentido, J. L. MEJLAN GIL, «Sobre la determinación...», cit., p. 97.

Tanto las leyes ambientales como el propio texto constitucional parecen confirmar esta postura. Por un lado, en efecto, el legislador viene consagrando dicha regla en la casi totalidad de sus textos<sup>140</sup>. Por otro lado, el art. 45.3 CE descarta toda posibilidad de duplicidad de castigo al estipular que «para quienes violen» la normativa ambiental, «se establecerán sanciones penales» o «administrativas»<sup>141</sup>.

El hecho de que la aplicación del principio en cuestión obstaculice la adecuada conformación del sistema punitivo de defensa ambiental, por cuanto, es cierto, la imposición prioritaria de una condena penal impide con mucha frecuencia la imposición de una sanción administrativa más gravosa (saliendo beneficiado el infractor<sup>142</sup>), no debe suponer un motivo de quebrantamiento de un principio protector de los intereses de los particulares. Esta falta de coordinación entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal puesta de manifiesto por el principio *non bis in idem* obedece a un problema de convivencia y de adaptación de las leyes a los principios rectores de la Constitución. Esta cuestión se sitúa desde luego en otro plano.

### 5. A modo de transición

En su misión de ordenar las actividades industriales, como hemos indicado al principio del capítulo, la Administración no dispone solamente de técnicas de índole constrictiva, sino también de un arsenal particularmente rico y diversificado de instrumentos basados en una cierta "cooperación" o "participación" de las empresas<sup>143</sup>. Así, por ejemplo, ante la evidencia de que la concertación y la negociación pueden dar en algunos casos mejores resultados que la constrictión policial, la autoridad administrativa optará por la alternativa de celebrar convenios con las grandes empresas, contando así con su adhesión voluntaria. Del mismo modo, podrá parecer aconsejable en determinados supuestos hacer descansar la defensa del ambiente en una cierta autodisciplina industrial, acudiendo a la acreditación de las virtudes ecológicas de algunos productos (o de ciertos procesos de producción) con las llamadas "ecoetiquetas". En otras circunstancias, los Poderes públicos basarán su estrategia en la aplicación de medidas compen-

<sup>140</sup> Por ejemplo, art. 112.1A y art. 178.3 del *Real Decreto 1471/1989*, de 1 de diciembre, por el que se aprueba el *Reglamento general para el desarrollo y ejecución de la LC*. *Vid.* T. QUINTANA LOPEZ, *La repercusión...*, cit., p. 259; D. J. VERA JURADO, *La disciplina...*, cit., p. 189.

<sup>141</sup> Para una interpretación del uso de la conjunción disyuntiva "o", esta vez en el marco del art. 25 CE, *vid.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de la Administración: dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional», *REDP*, núm. 29 (1981), pp. 361-362.

<sup>142</sup> *Vid.*, en esta línea, D. J. VERA JURADO, *La disciplina...*, cit., pp. 186 y 189.

<sup>143</sup> *Vid.* W. HOFFMANN-RIEM, «La reforma...», cit., pp. 36 ss. *Vid.*, también, M. KLOEPFER, «En torno...», cit., pp. 33 ss.