

## EL ASPECTO ECONÓMICO DEL CONTROL DE LA LEGISLACIÓN AMBIENTAL: UN ESTUDIO DE POR QUÉ LIMITAR LAS SANCIONES PENALES

Wesley D. Sherman \* \*\*

*Las infracciones ambientales afectan a toda la sociedad, por lo que su regulación debe ser especialmente efectiva, con el fin de disuadir a los posibles infractores. Así, las sanciones penales aparecen, por un lado, como las más duras y, por consiguiente, las más eficientes en esta tarea de disuasión. Sin embargo, también surgen ciertas interrogantes, ¿son las sanciones penales realmente beneficiosas para la sociedad? ¿O, por el contrario, sólo añaden más costos, por algo que podría ser fácilmente regulado por una sanción civil grave? Y, si se da este supuesto, ¿sería una multa un pago por destruir el medio ambiente?*

*En el siguiente artículo, el autor pondera estas dos opciones y, utilizando datos objetivos, llega a una interesante conclusión.*

\* Candidato Juris Doctorate de Florida State University College of Law. B.A. de Hamilton College. El presente artículo fue originalmente publicado en Journal of Land Use & Environmental Law. Volumen 23. 2007. La traducción estuvo a cargo de María José Higuera, miembro de la comisión de Contenido de THEMIS.

\*\* Quiero agradecerle al profesor Jonathan Klick por su ayuda en el desarrollo de la idea de este trabajo y por sus valiosos comentarios a lo largo del proyecto. Aprecio también los esfuerzos de edición de mis compañeros de clase y amigos, Brad deBeaubien y Colin McMichen. Le agradezco a Dave McCrea, FSU COL 07, por sus comentarios sobre alternativas para implementar la regulación sobre medio ambiente. Le debo también un especial agradecimiento al Comité Ejecutivo del JLUEL por seleccionar este artículo, y a Julie Angelini por su arduo esfuerzo editándolo. Finalmente, esta nota está dedicada a mis padres, Martin y Beteann Sherman, por su apoyo incondicional y estímulo no sólo en la Facultad de Derecho, sino en todos mis proyectos.

## I. INTRODUCCIÓN

“El control penal de las leyes ambientales es la forma más efectiva de asegurar su cumplimiento”<sup>1</sup>.

Quizá no existe un disuasivo legal más grande para los delitos ambientales que la amenaza de un proceso penal y una encarcelación; sin embargo, no necesariamente es el control penal de las normas ambientales el que lleva al resultado más favorable para la sociedad. Parte del problema de esta determinación es que existen muchas partes interesadas pero no existe un acuerdo sobre qué tanto peso se le debería dar a las pretensiones de cada una de éstas. Gran parte de la doctrina temprana tomó por sentado que el punto más importante en la aplicación de las normas ambientales era proteger al medio ambiente, desalentando todas las violaciones de las leyes ambientales. En este artículo, sin embargo, busco balancear los intereses de las empresas afectadas por las normas ambientales, los consumidores de los productos de estas empresas, los individuos afectados por las violaciones de las normas ambientales, y las entidades a cargo de regular a los contaminadores. Así, concluyo que, en muchos casos, el control penal de las leyes ambientales está mal planteado. Por el contrario, sugiero que las penas civiles y administrativas son formas preferibles para el control de los delitos ambientales.

Comienzo la Parte II explicando las teorías utilizadas por los abogados y economistas para apoyar o criticar el control penal de las leyes. En la Parte III, trato las pretensiones principales de las partes interesadas en el contexto de las normas ambientales con el fin de que el lector pueda tomar en consideración las diferentes implicancias sociales de los sistemas de control. Luego, en la Parte IV, discuto los diversos niveles de culpabilidad requeridos por las normas ambientales para imputar la responsabilidad criminal del infractor. En la Parte V, explico los puntos básicos del análisis costo-beneficio aplicado tanto a los contaminadores como a los reguladores, y también hago un balance de los beneficios potenciales y los pro-

blemas de quebrar las normas ambientales de manera eficiente.

Con todo este contexto teórico ya establecido, continúo la Parte VI analizando la información de los años 2000-2006<sup>2</sup> de la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos (EPA), haciendo deducciones acerca de la difícil decisión de la EPA entre los controles penal, civil y administrativo. Al hacer esto, encuentro que el número de investigaciones penales ambientales ha disminuido desde el año 2002, pero el porcentaje de las investigaciones que han terminado en acusaciones ha aumentado desde el 2003<sup>3</sup>. También encuentro que durante el periodo en el que las investigaciones penales disminuyeron, las sanciones civiles subieron, lo que sugiere que el EPA puede, de hecho, estar buscando penas civiles y administrativas en la mayoría de casos, dejando a la investigación penal sólo para las violaciones más significativas<sup>4</sup>. En la Parte VII, discuto otras maneras menos convencionales de resolver los problemas mencionados a lo largo del artículo. Finalmente, concluyo sugiriendo las áreas en las cuales se podrían conducir estudios empíricos para ayudar a las autoridades a determinar cuál es el mejor control de la normatividad ambiental.

## II. EL CONTROL PENAL DE LAS NORMAS AMBIENTALES

### A. Teorías legales

Con el fin de discutir el método más apropiado para el control de las violaciones a la regulación ambiental, uno debe primero entender los diversos mecanismos de control en general, y las teorías detrás del Derecho Penal<sup>5</sup>. Las leyes pueden ser controladas mediante tres ramas del Derecho –Penal, Civil, y Administrativa–, cada una con “sus propias definiciones, estándares de pruebas, procedimientos y remedios”<sup>6</sup>. Generalmente las leyes penales “necesitan que haya una intención, son de control público y no requieren que la víctima haya realmente sufrido el daño”; las leyes de responsabilidad civil, por el contrario, “no necesitan una intención, son controladas de manera

<sup>1</sup> JESUP, Ethan. “Environmental Crimes and Corporate Liability: The Evolution of the Prosecution of “Green” Crimes by Corporate Entities”. En: *New England Law Review* 33. 1999. pp. 721, 725.

<sup>2</sup> Ver: Figura 1, *infra*

<sup>3</sup> Ver: Figura 2, *infra*

<sup>4</sup> Ver: Figura 3, *infra*.

<sup>5</sup> COHEN, Mark A. “Environmental Crime and Punishment: Legal/Economic Theory and Empirical Evidence on Enforcement of Federal Environmental Statute”. En: *Journal of Criminal Law and Criminology* 82. 1992. pp. 1054, 1057.

<sup>6</sup> *Op. Cit. Loc. Cit.* p. 1058.

privada, y requieren que el demandante establezca los daños que le han sido causados<sup>7</sup>.

Un propósito primario de cualquier ley penal es disuadir a los sujetos de cometer crímenes<sup>8</sup>. Debido a su poder de quitarle la libertad al actor, las sanciones criminales proveen un método poderoso de disuasión<sup>9</sup>. Incluso cuando las acciones civiles también pueden tener efectos graves, las consecuencias de una investigación y un proceso penal son más severas, pues llevan consigo la posibilidad de multas económicas, tiempo de prisión, y un "estigma de criminal"<sup>10</sup>. Esto es particularmente cierto para las autoridades corporativas, que tienden a estar especialmente preocupadas por su estatus social<sup>11</sup>. Adicionalmente, "los acusados de crímenes ambientales [pueden] incurrir en gastos que llegan a los miles de dólares en honorarios de abogados dentro de un proceso"<sup>12</sup>. Dado el poder de los cargos criminales, muchos reguladores consideran al control penal como el más grande disuasivo de las violaciones ambientales<sup>13</sup>.

El Derecho Penal también se utiliza para expresar "el sentido de indignación moral y condena de la sociedad" por considerar la conducta del actor culpable<sup>14</sup>. Como resultado de esto, las creencias de la sociedad son cruciales para la "determinación de cuándo un acto es criminal y hasta qué punto éste debe ser penado"<sup>15</sup>. Desgraciadamente, mientras crece la presión pública de proteger al medio ambiente<sup>16</sup>, y dado que los procesos penales son "noticias de primera plana",

las agencias buscan el control penal incluso cuando son las acciones civiles o administrativas las que serían más apropiadas<sup>17</sup>.

Otra meta del Derecho Penal es el remedio, lo que se torna importante cuando un sujeto continúa violando una norma ambiental incluso luego que una agencia de control conoce de esta violación<sup>18</sup>. Las violaciones persistentes pueden causar serios peligros y daños a la salud humana y al ambiente<sup>19</sup>. Dada la eficiencia del sistema penal comparado al sistema civil o administrativo, el control penal puede ser necesario cuando un infractor no cambia sus actividades después de haber sido descubierto<sup>20</sup>.

## B. Teorías económicas

De acuerdo al Juez Richard Posner, la diferencia entre el Derecho Penal y el de la responsabilidad civil no se basa en la intención<sup>21</sup>. Por el contrario, él establece que el propósito del Derecho Penal en una sociedad capitalista es prevenir que la gente evite los intercambios voluntarios en el "mercado"<sup>22</sup>. Dado que la mayoría de estos *bypasses* del mercado (por ejemplo los asesinatos o violaciones) no pueden ser evadidos por el Derecho de Responsabilidad Civil (dado que el monto de los daños excedería de manera significativa la habilidad de pago del infractor), se requieren sanciones no económicas como la encarcelación<sup>23</sup>. Sin embargo, si un infractor puede pagar los costos sociales de sus acciones, "no existe un beneficio social derivado de usar una sanción penal"<sup>24</sup>.

<sup>7</sup> Ibidem

<sup>8</sup> JESSUP. Op. Cit.. Nota 1, supra. p. 730.

<sup>9</sup> Ibidem.

<sup>10</sup> GAYNOR, Kevin A. et al. "Environmental Criminal Prosecutions: Simple Fixes for a Flawed System". Villanova Environmental Law Journal 3. 1992. pp. 1, 2.

<sup>11</sup> BRICKEY, Kathleen F. "Environmental Crime at the Crossroads: The Intersection of Environmental and Criminal Law Theory". En: Tulane Law Review 71. 1996. pp. 487, 506. Ver también: BELLEW Sean J. y Daniel T. SURTZ. "Criminal Enforcement of Environmental Laws: A Corporate Guide to Avoiding Liability". En: Villanova Environmental Law Journal 205. 1997. pp. 209-210. (donde señala que la investigación de crímenes de "camisa blanca", es decir funcionarios altos, podrían tener un efecto disuasivo más grande que la investigación de los crímenes callejeros, debido a las "severas consecuencias personales" que resultan de ésta).

<sup>12</sup> GAYNOR et al. Op. Cit. Nota 10, supra. p. 2.

<sup>13</sup> Ibid. pp. 2-3.

<sup>14</sup> BRICKEY. Op. Cit. Nota 11, supra. p. 506.

<sup>15</sup> JESSUP. Op. Cit. Nota 1, supra. p. 731.

<sup>16</sup> Ver: FROMM, Eva M. "Commanding Respect: Criminal Sanctions for Environmental Crimes". En: St. Mary's Law Journal 21. 1990. pp. 821, 823. Ver también: BELLEW y SURTZ. Op. Cit. Nota 11, supra. p. 205. n.2.

<sup>17</sup> FROMM. Op. Cit. Nota 16, supra. p. 823.

<sup>18</sup> Ver: JESSUP. Op. Cit. Nota 1, supra. p. 731.

<sup>19</sup> Ibidem

<sup>20</sup> Ibidem

<sup>21</sup> Ver: POSNER, Richard A. "An Economic Theory of the Criminal Law". En: Columbia Law Review 85. 1985. pp. 1193, 1194. Posner establece que en el Derecho penal, poner el énfasis "en castigar actividades preparatorias inofensivas, en el estado mental del acusado, y relacionado a ambos puntos, en el carácter moral en vez de en las consecuencias de una conducta, sugiere una perspectiva totalmente no económica". Sin embargo, Posner no está de acuerdo con esta diferencia y cree que tanto el Derecho penal como el Derecho común pueden tener un significado económico.

<sup>22</sup> Ibid. p. 1203.

<sup>23</sup> Ibidem.

<sup>24</sup> Ibid. p. 1204.

## 1. Precios y sanciones

Al determinar cuál es la mejor manera de control de una ley o regulación, los economistas muchas veces distinguen entre los precios y las sanciones. El profesor Robert D. Cooter ha definido a la sanción como “un detrimento impuesto por hacer aquello que estaba prohibido, y un precio como dinero extraído por hacer algo que estaba permitido”<sup>25</sup>. Si la conducta prohibida es sancionada, entonces la conducta del sujeto cambia drásticamente cuando se mueve “de la zona permitida a la zona prohibida”<sup>26</sup>. Si la conducta prohibida está sujeta a un precio en vez de a una sanción, sin embargo, la conducta del sujeto se torna “mucho más elástica respecto a los cambios” en el precio impuesto<sup>27</sup>. Como resultado, explica Cooter, los precios deben ser usados para “llevar a los que toman las decisiones a considerar los costos externos de sus actos”, mientras que las sanciones deben ser impuestas para “disuadir a la gente de hacer lo que está mal”<sup>28</sup>.

La diferencia en la elasticidad de las conductas, por lo tanto, se torna importante para los legisladores. Si logran identificar la conducta socialmente deseable, pero tienen dificultades para valorar de manera exacta el costo de la desviación de tal conducta, entonces las sanciones deben ser preferidas sobre los precios<sup>29</sup>. Si, por otro lado, “las autoridades pueden medir de manera exacta el costo externo de la conducta, pero no pueden identificar exactamente el nivel socialmente deseable de ésta, entonces se deben preferir los precios a las sanciones”<sup>30</sup>. Por ejemplo, en el contexto de las emisiones de una planta de energía, las autoridades pueden identificar la conducta socialmente deseable –emisiones bajas–, pero tienen dificultad para tasar los costos de desviación de esta conducta –el detrimento de la calidad del aire y la salud humana creada por las emisiones altas–, por lo que las sanciones son preferibles a los precios si seguimos el modelo de Cooter.

## 2. Disuasión condicional versus disuasión incondicional

La fórmula de “la Mano Experimentada”, que balancea el costo del demandado de evitar un accidente contra la pérdida para el demandante resultado del accidente multiplicada por la probabilidad de la ocurrencia del mismo, es aplicada por las cortes a los casos que involucran responsabilidad civil sin intención<sup>31</sup>. Para los actos penales, sin embargo, el costo para el infractor es irrelevante, pues la sociedad no quiere que los sujetos eviten el mercado y transfieran bienes de manera coercitiva<sup>32</sup>.

Algunos crímenes, por otro lado, son resultado de actividades que la sociedad no quiere eliminar totalmente<sup>33</sup>. Si las sanciones por realizar estas actividades son demasiado severas, entonces existe el riesgo de que se realicen de manera menos frecuente que la socialmente deseable<sup>34</sup>. Como resultado, las actividades pueden ser divididas en las que buscamos disuadir de manera “condicional” y aquellas que buscamos disuadir de manera “incondicional”<sup>35</sup>. Una acción que se disuade de manera condicional es una en la cual la actividad subyacente le causa un beneficio a la sociedad (por ejemplo, un incumplimiento contractual)<sup>36</sup>. Una actividad que se disuade de manera incondicional (como el asesinato) es una en la cual la parte en falta debe ser castigada sin considerar su beneficio y los costos de la víctima<sup>37</sup>.

Las violaciones de normas son normalmente actividades de disuasión condicional porque “la sociedad se beneficia de la actividad subyacente”<sup>38</sup>. Por esto, no queremos aumentar el precio de realizar éstas a tal punto que disuadamos a las empresas de realizarlas<sup>39</sup>. Esto es especialmente cierto en las violaciones a la regulación tales como derrames de petróleo, que no están totalmente dentro del control de la empresa o sus empleados<sup>40</sup>. Si el costo en el que incurren las compañías

<sup>25</sup> COOTER, Robert. “Prices and Sanctions”. En: Columbia Law Review 84. 1984. pp. 1523, 1523.

<sup>26</sup> Ibidem.

<sup>27</sup> Ibid. pp. 1523-1524.

<sup>28</sup> Ibid. p. 1523.

<sup>29</sup> Ibid. p. 1524.

<sup>30</sup> Ibidem.

<sup>31</sup> POSNER, Richard A. “Economic Analysis of Law”. 1974. p. 69.

<sup>32</sup> POSNER. Op. Cit. Nota 21, supra. pp. 1195-1198.

<sup>33</sup> COHEN. Op. Cit. Nota 5, supra. p.1062.

<sup>34</sup> Ibidem.

<sup>35</sup> Ibidem.

<sup>36</sup> Ver: POSNER. Op Cit. Nota 31, supra. pp.357-358.

<sup>37</sup> Ver: Ibid. p. 358.

<sup>38</sup> COHEN. Op Cit. Nota 5, supra. p. 1062.

<sup>39</sup> Ibidem.

<sup>40</sup> Ibidem.

de petróleo como resultado de las sanciones impuestas por un derrame hiciera muy costoso seguir con el negocio, la sociedad sufriría, pues se elevarían los precios del petróleo o habría escasez.

Otro problema que nace del contexto de las actividades condicionalmente disuadidas es si basar el método de control en el beneficio obtenido por el infractor o en el daño a la sociedad<sup>41</sup>. Si el castigo del infractor estuviera basado en el beneficio obtenido, entonces todas las actividades de disuasión condicional se tornarían, en los hechos, en actividades de disuasión incondicional, pues no habría oportunidad de conseguir un beneficio<sup>42</sup>. Por lo tanto, "el debate sobre en qué basar las sanciones, si en la ventaja o al daño, es esencialmente el debate sobre si la sociedad desea "disuadir condicionalmente" algunos crímenes"<sup>43</sup>.

### 3. El modelo de la "sanción óptima"

Adicionalmente a la sobre-disuasión de las actividades beneficiosas para la sociedad, el control penal de la regulación ambiental que termina en la encarcelación puede costarle mucho a la sociedad. Las sentencias de prisión llevan no sólo a que se gasten recursos para crear y operar cárceles, sino también lleva a la pérdida de productividad del infractor, quien se ve imposibilitado de trabajar<sup>44</sup>. Aunque sea difícil medir de manera exacta lo que se gana como resultado de la encarcelación de un infractor debido a los beneficios indirectos difíciles de cuantificar (como la disuasión de otros potenciales violadores y la eliminación de la posibilidad de futuras infracciones por el mismo infractor), los costos indirectos para la sociedad que resultan del modelo de la "sanción óptima" deberían ser considerados por los legisladores cuando determinen el régimen regulatorio más efectivo para las violaciones ambientales.

### III. PRETENSIONES DE LAS PARTES INTERESADAS

Uno de los problemas para determinar el método apropiado de control de la regulación ambiental es tomar en cuenta las pretensiones de todas las partes interesadas. Esta Sección examinará éstas, las cuales deben ser consideradas a lo largo de este artículo.

Una preocupación primaria del infractor es la justicia<sup>45</sup>. "El cumplimiento perfecto de las leyes ambientales es casi, si no totalmente, imposible"<sup>46</sup>. Como resultado, una empresa puede ser condenada por una violación menor que ni siquiera estaba conciente que había cometido<sup>47</sup>. Por lo que sería injusto para esa empresa que el Departamento de Justicia (DOJ) busque sanciones penales agresivas en su contra para que sirva como ejemplo para los muchos infractores a los cuales no tiene ni el tiempo ni los recursos para perseguir<sup>48</sup>.

Adicionalmente, las empresas deben preocuparse por que la responsabilidad penal sea impuesta sobre la organización entera por los actos incontrolables de un solo empleado<sup>49</sup>. Mientras que es común que los empleadores sean responsables por los actos cometidos por sus empleados en la ejecución de sus labores, la responsabilidad vicaria "es una doctrina civil, no de responsabilidad penal"<sup>50</sup>. La jurisprudencia de la responsabilidad penal ha evolucionado, sin embargo, a transferir la responsabilidad a las empresas y sus autoridades sin el requisito de la intención individual<sup>51</sup>.

Las preocupaciones de las autoridades corporativas, sobre todo el estado mental necesario para imponer responsabilidad penal individual, también deben ser tomadas en consideración. Tener que responder penalmente simplemente por tener una posición en una organización es una difícil realidad a aceptar<sup>52</sup>. Aunque algunos casos

<sup>41</sup> Ibid. pp. 1062-1063.

<sup>42</sup> Ibidem.

<sup>43</sup> Ibidem.

<sup>44</sup> BECKER, Gary S. "Crime and Punishment: An Economic Approach". En: *Journal of Political Economy* 76. 1968. pp. 169, 179,180.

<sup>45</sup> FORTNEY, David C. "Thinking Outside the "Black Box": Tailored Enforcement in Environmental Criminal Law". En: *Texas Law Review* 81. 2003. pp. 1609, 1615.

<sup>46</sup> Ibidem. Ver. de manera amplia: LAZARUS, Richard J. "Meeting the Demands of Integration in the Evolution of Environmental Law: Reforming Environmental Criminal Law". En: *Georgetown Law Review* 83. 1995. pp. 2407, 2428-2440. (describe la complejidad del Derecho ambiental).

<sup>47</sup> Ver, por ejemplo: FORTNEY. Op. Cit. Nota 45, supra. pp. 1615-1616.

<sup>48</sup> Ibid. p. 1616.

<sup>49</sup> Ibid.

<sup>50</sup> Ibid. pp. 1616-1617 (citando a KEETON, W. Page et al. "Prose y Keeton on the Law of Torts". § 2. 1984.).

<sup>51</sup> Ver discusión en la Parte IV.B, infra.

<sup>52</sup> FORTNEY. Op. Cit. Nota 45, supra. pp. 1617-1618.

involucren a autoridades que han participado, o sabían, de las violaciones, las autoridades pueden ser condenadas bajo la mayoría de estatutos ambientales incluso cuando ese no sea el caso<sup>53</sup>. La idea de que alguien pueda ser encarcelado “por un hecho que no cometió ni conoció viola la premisa más básica del Derecho Penal estadounidense” –que las sanciones sólo sean aplicadas a aquellos con mentes criminales<sup>54</sup>.

Los intereses del gobierno son, por supuesto, centrales para el sistema de control. El DOJ y las entidades reguladoras están forzadas a trabajar con recursos limitados, que deben cubrir un amplio rango de actividades de control<sup>55</sup>. Más aún, en respuesta a la demanda pública de resultados, el gobierno se puede concentrar mucho en los casos “fáciles” (como las violaciones de pequeños negocios) y en los acusados corporativos con grandes bolsillos<sup>56</sup>.

Queda un número de pretensiones sociales cruciales a considerar. Primero, el público tiene un interés en los programas de control ambiental que fomentan la prevención sobre las sanciones porque el daño causado, incluso si es compensable, es muchas veces permanente<sup>57</sup>. Luego, la sociedad tiene un interés en el castigo, dado que cualquier sistema regulatorio no será suficiente para detener a cualquier infractor<sup>58</sup>. Como resultado, sería poco sabio abolir la posibilidad de perseguir a los infractores penales, especialmente en el caso de contaminantes reincidentes que se niegan a cumplir<sup>59</sup>. Finalmente, la sociedad tiene un interés en el uso eficiente de los tributos<sup>60</sup>. Mientras que “la protección ambiental es una meta admirable y necesaria, (...) no debería lograrse teniendo como costo dejar en la quiebra a los negocios estadounidenses o a los propios consumidores”<sup>61</sup>.

#### IV. REQUISITOS DE CULPABILIDAD DE LOS CRÍMENES AMBIENTALES

##### A. Violaciones concientes

Muchas normas ambientales requieren “conocer” las violaciones para una condena penal<sup>62</sup>. Kevin A. Gaynor, Jodi C. Remer, y Thomas R. Bartman argumentan, sin embargo, que:

“[d]ada la naturaleza seria de los crímenes y las sanciones involucradas, la complejidad de las leyes, y el amplio ámbito de aplicación de las leyes ambientales federales para la sociedad americana, un alto nivel de culpabilidad debe ser impuesto, ya sea como un tema de discreción dentro del proceso o uno de enmiendas estatutarias. Este estándar más alto establecería una gran línea entre las violaciones ambientales que son penales, y las que son civiles o administrativas, guiando así a los fiscales y estableciendo estándares de conducta que el público puede entender”<sup>63</sup>.

Explican que, en el contexto de las leyes ambientales, lo “conciente” ha sido interpretado por las cortes “no (como) el conocimiento de que uno está violando la ley, sino tan sólo una conciencia de sus propios actos”<sup>64</sup>. Bajo este estándar, el gobierno puede declarar cumplido el elemento del conocimiento de manera más fácil que bajo normas penales no ambientales que lo requieren<sup>65</sup>.

Sin embargo, la historia de la posición del Congreso respecto a la adopción del estándar de conocimiento bajo el *Resource Conservation and Recovery Act* (en adelante, “RCRA”)<sup>66</sup>, indica que fue realizada con la intención de darle a los fiscales la autoridad para dirigirse contra las violaciones más graves, pero también para proteger “los de-

<sup>53</sup> Ibid. p. 1618.

<sup>54</sup> Ibid. (citando a LAFAYE, Wayne R. y Austin W. SCOTT. “Criminal Law”. §§ 1.2, 3.1. 1986).

<sup>55</sup> Ibid. p. 1619.

<sup>56</sup> Ibidem.

<sup>57</sup> Ibid. pp. 1619-1620.

<sup>58</sup> Ibid. p. 1620.

<sup>59</sup> Ver, de manera amplia a: MANDIBERG, Susan F. “Moral Issues in Environmental Crime”. En: *Fordham Environmental Law Journal* 7. p. 881.1996. (discutiendo la interacción entre las doctrinas regulatorias y penales).

<sup>60</sup> FORTNEY. Op. Cit. Nota 45, supra. p. 1620.

<sup>61</sup> Ibidem.

<sup>62</sup> GAYNOR et al. Op. Cit. Nota 10, supra. p. 4.

<sup>63</sup> Ibid. pp. 4-5. Le otorga más fuerza a los cambios del sistema penal ambiental, discuten la ausencia de mecanismos de aplicación uniforme de las leyes ambientales. Mientras que este puede ser un argumento efectivo, los cambios podrían ser hechos por el Congreso u otras entidades reguladoras para corregir el problema. Adicionalmente, algunos escritores argumentan que la discrecionalidad de investigación que se le da a la regulación ambiental no es el problema en lo absoluto. Ver, por ejemplo: BARKER, David A. “Environmental Crimes, Prosecutorial Discretion, and the Civil/Criminal Line” En: *Virginia Law Review* 88. 2002. pp. 1387, 1388. Si bien este tema debe ser considerado, no será tocado en detalle en esta nota.

<sup>64</sup> GAYNOR et al. Op. Cit. Nota 10, supra. p. 12.

<sup>65</sup> Ibid. p. 11.

<sup>66</sup> 42 U.S.C. §§ 6901-6992 (2000).

rechos de los ejecutivos corporativos cuyos conocimientos de las prácticas de eliminación de desechos no eran totales<sup>67</sup>. Así, al modificar las leyes ambientales actuales y su aplicación, se deberían fijar líneas claras para diferenciar lo penal de lo que no lo es, dejando así que los sujetos con buena fe eviten la responsabilidad criminal y que el gobierno enfoque sus recursos en los peores infractores<sup>68</sup>.

## B. La doctrina de la autoridad corporativa responsable

“La responsabilidad penal se imputa a una empresa cuando se cumplen tres condiciones: se ha cometido un crimen, el empleado infractor estaba actuando dentro de sus funciones laborales, y el empleado infractor tenía la intención de beneficiarse de la empresa<sup>69</sup>. Dado que la empresa no tiene conciencia y no puede expresar su remordimiento, los fiscales a veces buscan entrar dentro de las empresas e imputan la responsabilidad a sus oficiales y directores<sup>70</sup>. La teoría más comúnmente usada para imputar la responsabilidad en las acciones ambientales es “la doctrina de la autoridad corporativa responsable”, que se desprende de dos casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos<sup>71</sup>.

En *United States v. Dotterweich*<sup>72</sup>, el presidente y gerente general de una compañía farmacéutica, Dotterweich, fue procesado bajo el *Federal Food, Drug, and Cosmetic Act*<sup>73</sup>. A pesar de que no estaba conciente de la violación cuando ésta ocurrió y nunca se alegó que había participado activamente en la infracción, fue igualmente considerado responsable por su posición en la compañía<sup>74</sup>. En *United States v. Park*<sup>75</sup>, otro presidente de una gran

sociedad, Park, fue considerado responsable bajo el *Federal Food, Drug, and Cosmetic Act*, incluso cuando había delegado responsabilidades a empleados de menor nivel<sup>76</sup>. La Corte explicó que dado que Park estaba conciente de la violación previa y estaba en una posición de supervisor, tenía una obligación tanto de escrutar cualquier nueva violación como “de implementar medidas que aseguren que las violaciones no ocurran<sup>77</sup>”. Más aún, el público tiene el derecho de esperar que su salud y bienestar sean considerados por “aquellos que voluntariamente asumen posiciones de autoridad en las empresas<sup>78</sup>”.

Desde *Park*, “ha existido un estándar de “debió haber sabido” en la responsabilidad de las autoridades corporativas para las actividades o violaciones que supervisen<sup>79</sup>. “Este abandono aparente de cualquier estándar de *mens rea* deja preguntas inquietantes cuando estas autoridades son encarceladas sin referencia alguna a si poseían o no mentes culpables<sup>80</sup>. Esto también ha sido utilizado, sin embargo, como una “defensa de las autoridades empresariales pues la presunción de responsabilidad que resulta de una posición corporativa puede ser refutada con evidencia de que la autoridad estaba “imposibilitada” de prevenir o corregir la violación<sup>81</sup>. Más aún, la doctrina puede estar restringida a los casos donde el director o tenía un control directo sobre las acciones de la corporación o tenía conocimiento de violaciones previas<sup>82</sup>.”

## C. Violaciones negligentes

Algunas normas imputan responsabilidad penal por la simple muestra de negligencia<sup>83</sup>. Emplear un estándar de negligencia para sancionar penal-

<sup>67</sup> HARRIS, Christopher et al. “Criminal Liability for Violations of Federal Hazardous Waste Law: The “Knowledge” of Corporations and Their Executives”. En: *Wake Forest Law Review* 23. 1988. pp. 203, 207.

<sup>68</sup> GAYNOR et al. Op. Cit. Nota 10, supra. pp. 30-31.

<sup>69</sup> WOODKA, Janet L. “Sentencing the CEO: Personal Liability of Corporate Executives for Environmental Crimes”. En: *Tulane Environmental Law Journal* 5. 1992. pp. 635, 647.

<sup>70</sup> Ibid. p. 648.

<sup>71</sup> Ibid. pp. 649.

<sup>72</sup> 320 U.S. p. 277 (1943).

<sup>73</sup> Ibid. p. 278.

<sup>74</sup> Ibid. pp. 280-281.

<sup>75</sup> 421 U.S. 658 (1975).

<sup>76</sup> Ibid. pp. 660, 677.

<sup>77</sup> Ibid. p. 672.

<sup>78</sup> Ibidem.

<sup>79</sup> WOODKA. Op. Cit. Nota 69, supra. p. 650.

<sup>80</sup> HARE, Truxtun. “Reluctant Soldiers: The Criminal Liability of Corporate Officers for Negligent Violations of the Clean Water Act”. En: *University of Pennsylvania Law Review* 138. 1990. pp. 935, 936. Pero también ver: ESCOBAR, Jeffrey R. “Holding Corporate Officers Criminally Responsible for Environmental Crimes: Collapsing the Doctrines of Piercing the Corporate Veil and the Responsible Corporate Officer”. En: *New England Journal on Criminal and Civil Confinement* 305, 307. 2004. (argumenta que el RCRA y el “Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act” (CERCLA) han hecho casi imposible investigar penalmente a los oficiales corporativos y buscan un requisito menor de intención criminal que el actual).

<sup>81</sup> WOODKA. Op. Cit. Nota 69, supra. p. 650 (citando a Park, 421 U.S. p. 673).

<sup>82</sup> Ibidem.

<sup>83</sup> GAYNOR et al. Op. Cit. Nota 11, supra; ver también el “Federal Water Pollution Control Act”, 33 U.S.C. § 1319(c)(1). 2000.

mente a las autoridades empresariales saca a la luz serios problemas; concretamente, si es justo encarcelar a las autoridades por accidentes que resultan de decisiones o acciones negligentes y cuál es el nivel mínimo de negligencia para imputar culpabilidad<sup>84</sup>. Aunque algunos académicos argumentan que el estándar de negligencia es necesario para disuadir a las personas de realizar actividades particularmente dañinas<sup>85</sup>, otros mantienen que “castigar una conducta sin una referencia clara al estado de conciencia del sujeto es “tanto ineficaz como injusto” y no disuadirá a otros de actuar de manera similar en el futuro”<sup>86</sup>.

## V. ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO EN EL PROCESO DE TOMA DE DECISIONES DE LOS CONTAMINANTES Y REGULADORES

Si los economistas van a defender ante las entidades ambientales y los legisladores lo que consideran ser una política regulatoria efectiva, necesitan tener un método efectivo y confiable para llegar a sus conclusiones. Un acercamiento usado con frecuencia por los economistas es el análisis costo-beneficio, el cual “es una herramienta económica para comparar los impactos deseables y no deseables de las políticas propuestas”<sup>87</sup>. Los beneficios ambientales son definidos como el valor de obtener un ambiente más limpio, mientras que los costos son definidos por el aumento en los precios al llegar al objetivo regulatorio<sup>88</sup>.

Los problemas llegan, sin embargo, al medir los costos y beneficios de los programas ambientales<sup>89</sup>. Para comenzar, muchos beneficios y costos involucran elementos (tales como la salud) para los cuales no hay valor de mercado<sup>90</sup>. Adicionalmente, los creadores de las políticas muchas veces son reacios a ponerle un valor económico a cosas como la vida humana<sup>91</sup>. En respuesta, los econo-

mistas han desarrollado técnicas para medir los beneficios del control de la contaminación al determinar la relación entre la calidad ambiental y los diferentes bienes<sup>92</sup>. También les han preguntado directamente a individuos acerca de su valoración de los bienes ambientales, buscando determinar así el valor que se le da a un mejor ambiente<sup>93</sup>.

El marco de costo-beneficio para los programas ambientales, sin embargo, podría no llegar a determinar los castigos apropiados (por ejemplo, multas, encarcelación e impuestos) para las violaciones ambientales. Es decir, no queremos necesariamente asegurar el cumplimiento de la regulación ambiental en todos los aspectos, sino que queremos asegurar su cumplimiento en los puntos donde la sociedad está mejor sin incumplimientos y asegurar una compensación justa para las partes que sufrieron un daño, en los casos en que la sociedad se beneficia si el sujeto no cumple con la regulación.

### A. “Los incumplimientos eficientes” de la regulación ambiental

Frank H. Easterbrook y Daniel R. Fischel han escrito que los “[g]erentes no tienen una obligación general de evitar violar las leyes regulatorias cuando las violaciones son beneficiosas para la empresa”<sup>94</sup>. Bajo esta teoría, a la que se refieren como “incumplimientos eficientes del Derecho público”<sup>95</sup>, explican:

“[L]os gerentes no tienen un deber ético de obedecer las normas regulatorias económicas sólo porque éstas existen. Deben determinar primero la importancia de éstas. Las sanciones que el Congreso crea por desobediencia son una medida de cuánto quiere que las empresas se sacrifiquen para poder adherirse a las normas; la idea de

<sup>84</sup> HARE. Op. Cit. Nota 80, supra. p. 938. Hare también cuestiona si un estándar de negligencia penal junto con la doctrina del oficial corporativo responsable violan el principio constitucional del debido proceso.

<sup>85</sup> Ibid. p. 960 (citando a las cartas de Holmes-Laski. 1953. p. 806.).

<sup>86</sup> Ibid. p. 965 (citando a PACKER, Herbert L. “Mens Rea and the Supreme Court”. En: Supreme Court Review 107, 109. 1962).

<sup>87</sup> ARROW, Kenneth J. et al. “Is There a Role for Benefit-Cost Analysis in Environmental, Health, and Safety Regulation?”. 272 SCI. 221, 221. 1996. Ver, de manera general: PALMER, Karen et al. “Tightening Environmental Standards: The Benefit-Cost or the No-Cost Paradigm?”. En: Journal of Economic Perspectives 9. 1995. p. 119. (dando una aproximación sobre el costo-beneficio).

<sup>88</sup> ARROW et al. Op. Cit. Nota 87, supra. p. 221.

<sup>89</sup> CROPPER, Maureen L. y Wallace E. OATES. “Environmental Economics: A Survey”. En: Journal of Economic Literature 30. 1992. pp. 675, 677.

<sup>90</sup> Ibidem.

<sup>91</sup> Ibidem.

<sup>92</sup> Ibidem.

<sup>93</sup> Ibidem.

<sup>94</sup> EASTERBROOK Frank H. y Daniel R. FISCHEL. “Antitrust Suits by Targets of Tender Offers”. En: Michigan Law Review 80. 1982. pp. 1155, 1168.

<sup>95</sup> WILLIAMS, Cynthia A. “Corporate Compliance with the Law in the Era of Efficiency”. En: North Carolina Law Review 76. 1998. pp. 1265, 1324.



sanciones óptimas está basada en la suposición de que los gerentes no sólo pueden sino que deben violar las normas cuando es beneficio hacerlo<sup>96</sup>.

Otros académicos han dependido de la idea de “la inversión eficiente al cumplir”<sup>97</sup>, lo que sugiere que el monto máximo de dinero que una empresa debería invertir para cumplir con la ley está determinado por la máxima sanción para las violaciones de esa ley en particular, dado que sería ineficiente invertir más en el cumplimiento que el potencial riesgo de multa<sup>98</sup>.

Ambas posiciones, sin embargo, han sido sujetas a críticas por carecer de buenos cimientos legales y políticos<sup>99</sup>. La Profesora Cynthia Williams argumenta, por ejemplo, que estas teorías “subestiman el significado de la ley...al tratar estos dominios legales tan vastos como un simple sistema de precios o grupo de impuestos aplicados a la conducta”<sup>100</sup>. Se refiere a estos tipos de teorías como “la visión de la “ley como precio”<sup>101</sup> y mantiene “que la ley regulatoria no debería ser vista como...algo que los ciudadanos están libres de ignorar o aceptar, arriesgando las consecuencias conocidas”<sup>102</sup>. La Profesora Williams, aunque concede que “la ley es funcionalmente voluntaria en el sentido que cada decisión de seguir una norma es tomada de manera voluntaria”, argumenta que “no es voluntaria en lo que respecta a la visión de la “ley como precio”, al menos no en un sentido filosófico serio”<sup>103</sup>.

Si bien pueden existir problemas morales y obstáculos filosóficos sobre las teorías del precio-como-ley, no deben ser desechadas sólo por eso. Uno de los argumentos principales contra los incumplimientos eficientes de la regulación ambiental es que los argumentos económicos están basados en teorías que, o no tienen una base de información empírica, o se sabe que si son usadas por individuos y empresas en sus procesos de toma de decisiones crearían serios e irreversibles problemas en el “mundo real”. Las razones pro-

puestas por los que se oponen a la visión económica (como la Profesora Williams) están, no obstante, basadas en argumentos teóricos y filosóficos de similar refutabilidad.

Adicionalmente, aquellos que se oponen a la visión económica muchas veces fallan al no reconocer el beneficio general para la sociedad que se podría derivar de un incumplimiento eficiente, concentrándose, por el contrario, sólo en los beneficios obtenidos por la empresa infractora. Al decidir tomar una oportunidad económica que viola una ley o regulación –o incluso actuar en una forma negligente que conlleva el riesgo de hacerlo–, un individuo o empresa no se está sirviendo sólo a sí mismo. Por el contrario, los consumidores de los productos o servicios de la empresa también se benefician. Si el costo para el sujeto se torna muy alto para seguir con la actividad<sup>104</sup>, entonces la sociedad sufriría, pues no recibiría los bienes y servicios que esa empresa otorga, o lo haría a un precio elevado. Al imponer multas en vez de sanciones criminales, por otro lado, las empresas pueden introducir estos costos a sus precios, dejando al consumidor la decisión de si un servicio vale realmente su precio<sup>105</sup>.

Más aún, la afirmación de Williams respecto a que aunque los individuos pongan en una balanza los costos y beneficios de sus decisiones sobre si cumplir o no con la ley diariamente es fundamentalmente equivocada en las empresas. En realidad, de hecho lo contrario debería ser el caso. Aunque los individuos pongan en una balanza los costos y beneficios del cumplimiento, exponemos nuestra reputación cada vez que decidimos violar una ley o regulación. Las autoridades de las empresas, por otro lado –especialmente de aquellas empresas que tienen accionistas–, están forzadas a tomar decisiones basadas en el interés de la empresa. Por lo tanto, la conducta de una autoridad o gerente de una empresa podría ser completamente inelástica con respecto a su vida personal –así, se podría negar a romper la ley a

<sup>96</sup> EASTERBROOK. Op. Cit. Nota 94, supra. p. 1177. n.57.

<sup>97</sup> WILLIAMS. Op. Cit. Nota 95, supra. p. 1342.

<sup>98</sup> ENGEL, David L. “An Approach to Corporate Social Responsibility”. En: Stanford Law Review 32. 1979. pp. 1, 43-45.

<sup>99</sup> WILLIAMS. Op. Cit. Nota 95, supra. p. 1267.

<sup>100</sup> Ibidem.

<sup>101</sup> Ibidem.

<sup>102</sup> Ibid. p. 1207.

<sup>103</sup> Williams apoya su visión de que el Anteproyecto de Gobierno Corporativo del “American Law Institute”, que mantiene los argumentos de la ley-como-precio, están “basados en la visión falsa del deber ciudadano en un Estado democrático”. Ibid. pp. 1271-1272. (citando al “American Law Institute Principles of Corporate Governance and Structure: Restatement and Recommendations” § 2.01 cmt. f. ).

<sup>104</sup> Por ejemplo, si los oficiales deciden imponer sanciones como cárcel en vez de precios como multas. Ver: Parte II.B.1., supra.

<sup>105</sup> Pero ver: BELLEW y SURTZ. Op. Cit. Nota 11, supra. p. 209 (argumentando que el control criminal es preferible a las multas civiles porque “rompen la creencia de las corporaciones” que una multa civil es tan sólo una licencia para contaminar o un costo de negocio que se puede pasar al consumidor”).

pesar del potencial beneficio—, pero podría tomar la decisión de que la empresa viole una ley o regulación, pues será lo mejor para ésta<sup>106</sup>.

Como resultado, la decisión de un individuo o empresa sobre si violar una ley o regulación —ya sea de manera intencional mediante un incumplimiento eficiente o actuando de manera que se incremente el riesgo de violación— estará basada en el tipo y nivel del mecanismo de control que se utilice. Aunque el American Law Institute (en adelante, “ALI”) se ha opuesto a los modelos de la ley-como-precio, el Comité de Leyes Corporativas del American Bar Association (en adelante, “ABA”) ha establecido que “la ley penal es la única ley imperativa importante, y que las violaciones intencionales del Derecho civil podrían no ser problemáticas, y por el contrario podrían ser socialmente beneficiosas en ciertos casos”<sup>107</sup>. Por consiguiente, si los economistas buscan obtener apoyo para sus posturas acerca de 1) que la ley como modelos de precios, en ciertos momentos, beneficia a la sociedad en general y 2) que los individuos y las empresas sólo incumplirán de manera intencional las normas (o quizá se arriesgarán a violarlas) cuando las sanciones son civiles y no penales, entonces deben presentar información empírica convincente que pruebe la validez de estas posiciones<sup>108</sup>.

## B. Problemas con los incumplimientos eficientes y con la eliminación de los crímenes ambientales

Desde una visión de eficiencia económica, la sociedad estaría mejor en muchos casos sin un control penal de las leyes ambientales. Las sanciones penales disuaden a los sujetos de tomar oportunidades económicas que benefician no sólo a sí mismos sino también a los consumidores. Más aún, la amenaza de encarcelación y el estigma que surge de una investigación penal pueden disuadir a los sujetos de realizar conductas que tan sólo creen la posibilidad de ser sujetos del control penal —ya sea por la conducta negligente de un empleador o por la responsabilidad de la teoría

de la autoridad corporativa. Con todo eso establecido, sin embargo, se presentan serios problemas si las regulaciones ambientales se restringen sólo al control civil y administrativo.

Para comenzar, el ambiente no es un recurso ilimitado. Como resultado, si se permite a los individuos y a las empresas tomar decisiones basadas en el bienestar general de la sociedad, incluso tomando en cuenta los daños al medio ambiente, el daño causado por estas decisiones puede tener un efecto que va en aumento mientras que los recursos se van viendo contaminados y agotados.

No sólo algunos de los aspectos del ambiente se ven limitados cuantitativamente, sino que también existen daños irreversibles. Por ejemplo, si una compañía de energía viola las regulaciones de emisiones porque es menos caro pagar las multas y/o las sanciones civiles que cumplir con éstas, podría tornarse imposible regresar a la calidad del aire antes de la polución. Más aún, incluso si las multas y sanciones civiles se destinan a erradicar el daño causado por el incumplimiento, hay una buena posibilidad de que esos fondos sean usados en algo más o desechados mientras se mueven por la burocracia gubernamental.

Otro problema que se presenta por los incumplimientos eficientes de la regulación ambiental es que los sujetos, incluso asumiendo que son altruistas, pueden aún errar al calcular los costos y beneficios. Uno tiene que preguntarse si realmente queremos que el pueblo se guíe por algo más que la ley<sup>109</sup>. Si es así, y una empresa se equivoca al valorar el costo del daño al medio ambiente, lo que lleva a que la empresa ejerza una actividad en la cual los costos son mayores que los beneficios, significa que no sólo la sociedad no se ha beneficiado, sino que el daño al ambiente podría ser importante e irreversible.

Más aún, existen más temas con la cuantificación de los costos y beneficios. Primero, siempre habrá una discusión sobre qué factores deberían ser

<sup>106</sup> Ver, por ejemplo: *Smith v. National Transportation Safety Board*. 981 F.2d 1326, 1328 (D.C. Cir. 1993), en donde el Juez Douglas H. Ginsburg explicó que el propósito del carácter público de la ley es que cada individuo pueda actuar de cierta manera. Usualmente esto significa actuar conforme a la ley, pero a veces también significa violar la ley (o acercarse a una violación) y aceptar las consecuencias conocidas de hacerlo —especialmente cuando se habla de una norma regulatoria y no moral o penal.

<sup>107</sup> WILLIAMS. Op. Cit. Nota 99, supra. p. 1275.

<sup>108</sup> Ver: HAY, Bruce L. et al. “The Four Questions of Corporate Social Responsibility: May They, Can They, Should They, Do They?”. En: HAY, Bruce L. et al (editors). *Environmental protection and the social responsibility of firms: perspectives from law, economics, and business*. pp. 1, 2 (“[T]heoretical arguments frequently have failed to take account of whether there is relevant, supporting empirical evidence.”).

<sup>109</sup> Ver: ESTY, Daniel C. “On Portney’s Complaint: Reconceptualizing Corporate Social Responsibility” En: *Environmental Protection and the Social Responsibility of Firms*. Op. Cit. Nota 108, supra. pp. 137-143.

incluidos en cada cálculo. Incluso si los factores están decididos, hay una dificultad de cuantificar el daño al ambiente así como al detrimento al bienestar y a la salud humana que resultan del daño. Finalmente, en el caso poco probable de que los factores se hayan establecido y que los costos y beneficios sean cuantificables, el problema de la impredecibilidad aparece. Es decir, aunque una firma pueda identificar el costo específico por cada unidad de contaminación, por ejemplo, es poco probable que la empresa pueda determinar exactamente cuántas unidades de contaminación fueron causadas por la actividad.

## VI. INFORMACIÓN EMPÍRICA DE LOS PROGRAMAS DE CONTROL DEL EPA

Mientras reconocía que pueden existir una serie de explicaciones para algunas de las tendencias en la información, al igual que problemas potenciales creados por el número limitado de años que examiné para hacer deducciones sobre estas tendencias, los números de control del EPA<sup>110</sup> de hecho se prestan para conclusiones favorables desde el punto de vista de los economistas. Primero, el número de investigaciones penales ambientales que se llevan a cabo está disminuyendo. Segundo, el número de infractores que son llevados a proceso por crímenes ambientales también ha disminuido<sup>111</sup>, aunque no en la misma proporción que el número de investigaciones. Tercero, el porcentaje de las investigaciones<sup>112</sup> que han resultado en una condena sí ha aumentado de manera significativa desde el año 2003<sup>113</sup>, lo que demuestra que la EPA puede estar escogiendo sólo a los casos más grandes para procesar a los infractores de manera más fácil. Cuarto, aunque sea difícil sacar deducciones sobre el número de años de cárcel sin más información, como por ejemplo el número de infractores condenados<sup>114</sup> así como el número de años que se le dio a cada uno, los números sí son similares a la cantidad de condenados. De ser esto cierto, se estaría sugiriendo que las sentencias de cárcel no se han tornado más duras. Finalmente, el nivel de penas civiles aumentó entre el año 2002 y el 2005, mientras que las administrativas también tuvieron un aumento similar desde el 2003<sup>115</sup>.

Algunas de las deducciones que saqué de la información del EPA son favorables para defender

el punto de vista de los economistas. El hecho que el número de investigaciones penales sobre crímenes ambientales haya disminuido de manera constante desde el año 2002 sugiere que el EPA puede estar buscando controlar sus normas utilizando más sanciones civiles y administrativas, y menos mediante el control penal. Uno podría argumentar, quizá, que investigaciones criminales previas ya tuvieron un efecto disuasivo, que causa que los individuos y las empresas violen la regulación de manera menos frecuente, lo que a su vez llevó al EPA a disminuir su control penal sin realmente decidir hacerlo. Sin embargo, el incremento en sanciones civiles entre el 2002 y el 2005 sugiere que el EPA en realidad parece haber buscado intencionalmente las sanciones civiles en casos en los que anteriormente hubiera buscado iniciarle una investigación penal al infractor.

Consecuentemente, el número de infractores a los que se les ha iniciado un proceso ha disminuido desde su nivel del año 2000, pero no en la misma proporción que las investigaciones. Juntos, estos datos indican que el porcentaje de las investigaciones que llevaron al inicio de un proceso ha aumentado desde el año 2003. Como se mencionó anteriormente, esto podría sugerir que la EPA está decidiendo investigar sólo a los violadores más grandes contra los cuales es más fácil construir un caso. Si esta deducción es cierta, y el EPA está buscando el control penal contra los infractores reincidentes, uno de los propósitos del Derecho penal –el remedio– podría cumplirse. Igualmente, al seguir menos investigaciones penales, el EPA está ahorrando recursos importantes y dinero de impuestos, permitiendo que sujetos productivos para la sociedad se mantengan, en vez de convertirse en gastos de impuestos en una prisión.

## VII. SUGERENCIAS PARA UN CONTROL EFECTIVO DE LA REGULACIÓN AMBIENTAL

A través de este artículo he hecho notar los problemas que entorpecen el control efectivo de las leyes ambientales. En esta Parte, discutiré algunas ideas que han sido propuestas con el fin de mejorar y, en algunos casos, revolucionar el sistema de control de las leyes ambientales.

<sup>110</sup> Ver: Figura 1, *infra*.

<sup>111</sup> Ver: Figura 2, *infra*.

<sup>112</sup> Ver: *ibidem*.

<sup>113</sup> Ver: *ibidem*.

<sup>114</sup> Ver: Figura 3, *infra*.

<sup>115</sup> Ver: Figura 4, *infra*.

## A. Un estándar elevado de *mens rea*

Elevar el nivel de culpabilidad necesario para una condena penal para la regulación ambiental podría ayudar mucho a proteger a las empresas de sanciones excesivas y arbitrarias. Al obligar al gobierno a demostrar un estándar más alto de la intencionalidad, se crearía una línea clara entre el control penal y el civil o administrativo<sup>116</sup>. Como resultado, el gobierno podría concentrar sus recursos en los peores infractores —aquellos que saben que sus acciones violan la ley<sup>117</sup>. De manera alternativa, el Congreso podría especificar que “concientemente” significa conocer que la ley está siendo violada, lo que también indicaría a las agencias de control que el nivel de culpabilidad debe ser sustancial antes de que se pueda iniciar un proceso penal<sup>118</sup>.

## B. Control a la medida

Quienes critican la aplicación de teorías penales tradicionales a la regulación ambiental han sugerido que ambas no pueden ser combinadas, pues es como tratar de meter un cuadrado a un agujero circular. Es decir, el Derecho ambiental penal se acerca a las decisiones y acciones corporativas como si éstas fueran tan unitarias y racionales como las de un individuo, cuando en la realidad habrían pocos que creerían que éste es el caso<sup>119</sup>. Los académicos se refieren a este quiebre como la teoría de “la caja negra” de la empresa<sup>120</sup>. Bajo un argumento de caja negra, las sanciones penales ambientales de las empresas se justifican porque éstas son contaminadoras racionales que violan las normas ambientales cada vez que sea beneficioso<sup>121</sup>. La evidencia demuestra, no obstante, que los que toman las decisiones corporativas efectivamente toman en consideración también todos los aspectos no monetarios<sup>122</sup>. Por consiguiente, el modelo de la caja negra es

una falla importante en el sistema penal ambiental<sup>123</sup>.

Si aceptamos que el modelo de la caja negra es la “raíz de la causa” de los problemas con el sistema de control ambiental actual, entonces implementar un modelo nuevo más realista es la única opción aceptable<sup>124</sup>. En vez de utilizar un régimen de control de “talla única”, quizá sería más apropiado sancionar a los infractores de manera diferente por la misma violación, de acuerdo al tipo de organización<sup>125</sup>. Esta idea describe el “control a medida”<sup>126</sup>. Dado que las organizaciones tienen diferentes objetivos, estructuras y procesos de toma de decisiones, responden de manera diferente a los incentivos y sanciones<sup>127</sup>. Por consiguiente, al reconocer estrategias “objetivo” de control para cada tipo de organización, parte del impacto disparejo causado por el control penal de la regulación ambiental será eliminado<sup>128</sup>. Más aún, el control a medida permitirá al gobierno cumplir con sus metas de manera más eficiente con sus recursos limitados<sup>129</sup>.

## C. Aseguramiento financiero o “afianzamiento”

Un principio fundamental de la regulación ambiental es que los costos de la contaminación deberían ser cubiertos por los que contaminaron<sup>130</sup>. Los problemas aparecen, sin embargo, cuando las obligaciones ambientales son evitadas porque el contaminador entra en un proceso concursal, se disuelven las empresas, o simplemente se abandonan<sup>131</sup>. Algunas reglas sobre aseguramiento financiero, o requerimientos de afianzamiento, podrían solucionar estos problemas<sup>132</sup>.

“Las reglas de aseguramiento requieren que los potenciales contaminadores demuestran —*ex ante*—

<sup>116</sup> GAYNOR et al. Op. Cit. Nota 10, supra. p. 29.

<sup>117</sup> Ibidem.

<sup>118</sup> Ibid. p. 30.

<sup>119</sup> FORTNEY. Op. Cit. Nota 45, supra. p. 1629.

<sup>120</sup> Ibidem.

<sup>121</sup> SPENCE, David B. “The Shadow of the Rational Polluter: Rethinking the Role of Rational Actor Models in Environmental Law”. En: California Law Review 89. 2001. pp. 917, 919-921.

<sup>122</sup> Ibid. p. 970.

<sup>123</sup> FORTNEY. Op. Cit. Nota 45, supra. p. 1630.

<sup>124</sup> Ibid. p. 1631.

<sup>125</sup> Ibidem.

<sup>126</sup> Ibidem.

<sup>127</sup> Ibidem.

<sup>128</sup> Ibid. pp. 1632-1633.

<sup>129</sup> Ibid. p. 1634. Para una discusión completa de la teoría del control a la medida, ver: *ibid.* pp. 1631-1635.

<sup>130</sup> BOYD, James. “Financial Responsibility for Environmental Obligations: Are Bond-ing and Assurance Rules Fulfilling Their Promise? “.

<sup>131</sup> Ibidem.

<sup>132</sup> Ibidem.

los recursos financieros adecuados para corregir y compensar los daños ambientales que podrían causar en el futuro<sup>133</sup>. Las reglas de aseguramiento permiten que las empresas determinen por sí mismas, si es que, y hasta qué nivel, realizarán actividades que dañen al medio ambiente<sup>134</sup>. Esta libertad, sin embargo, deberá ser controlada por “la experiencia y escrutinio de financieras privadas” tales como “los aseguradores y bancos que otorguen productos financieros que sean usados para demostrar el cumplimiento”<sup>135</sup>. De esta manera, “las reglas de aseguramiento pueden otorgar un cumplimiento flexible y basado en el mercado”<sup>136</sup>. Adicionalmente, el aseguramiento obligatorio responde al problema de la insolvencia directamente y aumenta la efectividad de la regulación ambiental<sup>137</sup>.

### VIII. CONCLUSIÓN

Mientras el medio ambiente se mueve al frente de la preocupación social y el debate político, la decisión concerniente a qué métodos deben estar disponibles para el control de los estatutos ambientales es crucial. Para obtener las mejores políticas para todas las partes interesadas, es

esencial que las autoridades estén concientes de la amplitud de los argumentos legales y económicos. Como resultado, los académicos deben continuar explotando la eficacia del control penal, civil y administrativo de las diversas regulaciones ambientales. Deben hacer eso, sin embargo, no sólo discutiendo teorías –e incluso tampoco sólo presentando información empírica, sino realizando estudios empíricos y relacionando sus resultados con la teoría y las políticas de una manera clara y notable. Algunas preguntas importantes a examinar cuando se determina el mecanismo de control apropiado de cada violación potencial incluyen: 1) el nivel de disuasión deseado; 2) el grado de daño que se causaría al medio ambiente y a la salud pública por una infracción; 3) el beneficio para la sociedad que surgiría de un incumplimiento; 4) el requerimiento de culpabilidad/*mens rea* designado, y 5) el monto de recursos necesario para poder cumplir de manera exitosa con el programa de control. Finalmente, mientras que los académicos y las autoridades continúan examinando las diferentes teorías, políticas y resultados, deben mantenerse abiertos a la posibilidad de que esta área del Derecho, al ser única, requiere un sistema único de regulación.

FIGURA 1

#### Sanciones Penales

Año	Años de pena privativa de la libertad	Investigaciones penales ambientales	Acusados condenados	Monto de multas (en millones)
2000	146	477	360	122
2001	212	482	372	95
2002	215	484	325	62
2003	146	471	247	71
2004	77	425	293	47
2005	186	372	320	100
2006	154	305	278	43

#### Sanciones Civiles/Administrativas (en millones)

Año	Medidas cautelares	Sanciones civiles	Sanciones administrativas	Valor de SEPs <sup>+</sup>	Sanciones estipuladas
2000	1600	55	29	56	N/A
2001	4500	102	24	89	N/A
2002	3900	64	26	58	4
2003	2900	72	24	65	128
2004	4800	121	28	48	68
2005	10000	127	27	57	4
2006	4900	82	42	78	10

<sup>+</sup> Proyectos Suplementarios del Ambiente (Supplemental Environmental Projects).

**Total de Sanciones Económicas (en millones)**

Año	Total de sanciones económicas	Total sin incluir medidas cautelares
2000	2699.5	258.5
2001	4611	310
2002	4070	200
2003	3168	360
2004	5065	312
2005	10215	315
2006	5112	255

Fuente:  
U.S. Environmental Protection Agency. "Data, Planning and Results: Annual Results".  
En: <http://www.epa.gov/compliance/data/results/annual/index.html>.

**FIGURA 2**

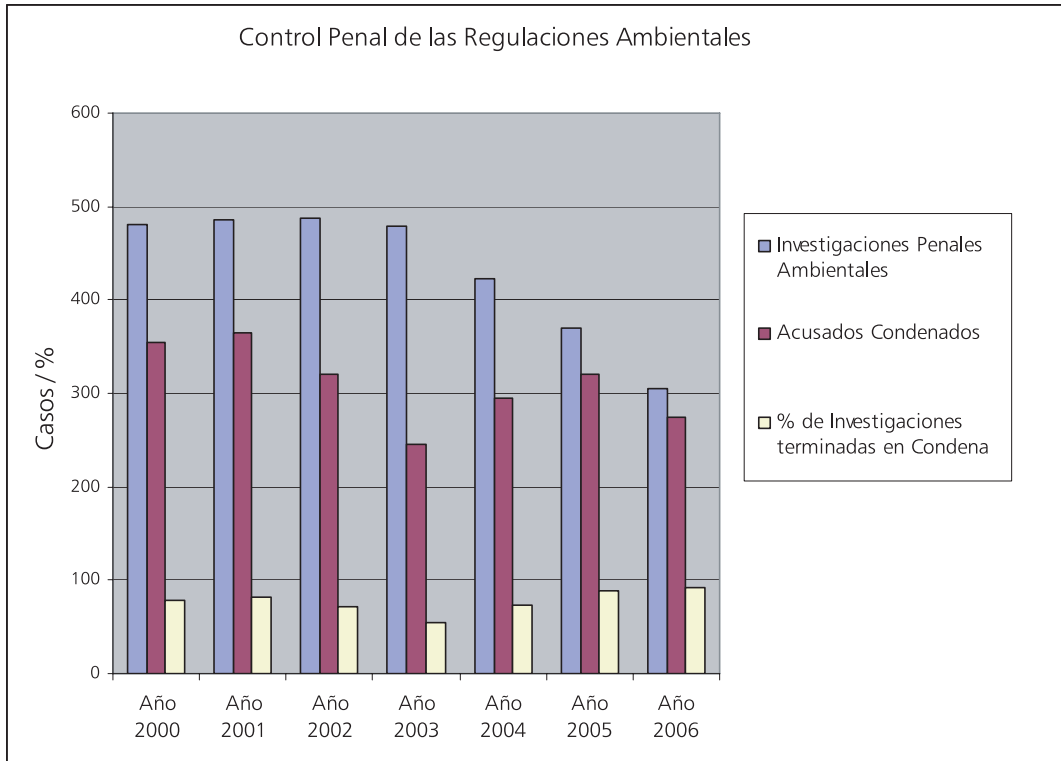


FIGURA 3

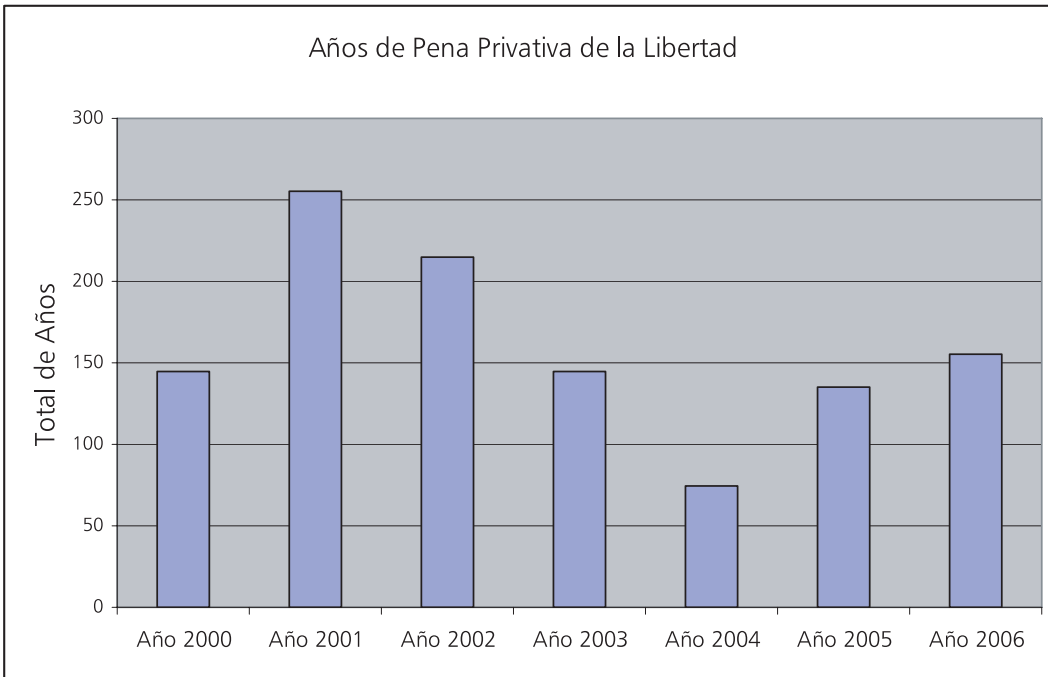
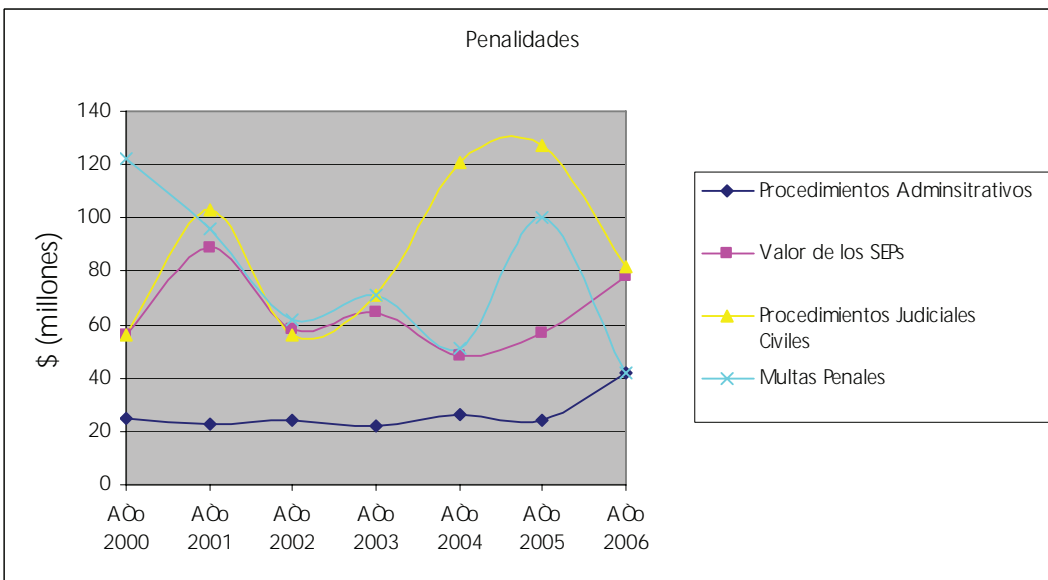


FIGURA 4



Wesley D. Sherman