

¿Es proporcionado cerrar una empresa por infracciones a la Ley del mercado de derechos de emisión de gases de efecto invernadero?

GABRIEL DOMÉNECH PASCUAL

Doctor en Derecho.

Universidad Cardenal Herrera-CEU, Valencia

Resumen: La reciente Ley reguladora del mercado de derechos de emisión de gases de efecto invernadero prevé la posibilidad de castigar la infracción de sus preceptos con la clausura de las correspondientes instalaciones, así como la posibilidad de cerrarlas cautelarmente para asegurar la eficacia de la resolución del procedimiento administrativo sancionador. El autor considera que, tanto en uno como en otro supuesto, el cierre vulnera manifiestamente el principio de proporcionalidad, vulnerando derechos consagrados en la Constitución española, por lo que la Administración, al precisar la sanción o la medida cautelar procedente en cada caso, deberá abstenerse de ordenarlo. El autor también sostiene que los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo puede y en su caso deben suspender cautelarmente y anular las órdenes de cierre eventualmente impugnadas, sin necesidad de elevar antes una cuestión de inconstitucionalidad.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. LA PROPORCIONALIDAD COMO LÍMITE CONSTITUCIONAL DE LAS POTESTADES SANCIONADORA Y CAUTELAR

III. LA COPIA ACRÍTICA DEL RÉGIMEN SANCIONADOR Y CAUTELAR ESTABLECIDO EN LA LEY DE PREVENCIÓN Y CONTROL INTEGRADOS DE LA CONTAMINACIÓN

1. La función de las normas reguladoras del régimen de prevención y control integrados de la contaminación
2. La función de las normas que establecen el mercado de derechos de emisión de gases de efecto invernadero

IV. LA DESPROPORCIÓN DE LA SANCIÓN DE CIERRE

V. LA DESPROPORCIÓN DEL CIERRE CAUTELAR

VI. CONSECUENCIAS DE LA DESPROPORCIÓN

1. El deber de la Administración de no imponer sanciones o medidas cautelares desproporcionadas. La invalidez de las sanciones y medidas que impongan el cierre
2. ¿Están obligados los órganos de lo contencioso-administrativo a elevar una cuestión de inconstitucionalidad para anular las sanciones y órdenes de cierre adoptadas al amparo de la Ley 1/2005?
3. La suspensión cautelar del cierre

VII. RECAPITULACIÓN

I. INTRODUCCIÓN

El 8 de septiembre de 2005 pudimos leer en los periódicos que la Conselleria de Territorio de la Generalidad Valenciana había ordenado la «clausura con carácter cautelar de tres empresas por incumplir el Protocolo de Kioto [sic], al no disponer de la autorización para la emisión de gases de efecto invernadero».

dero». El Conseller explicaba que su Departamento desarrollaba estrictos controles para que la Comunidad Valenciana alcanzase los objetivos marcados en dicho Protocolo. La Ministra de Medio Ambiente, por su parte, consideraba positiva la decisión, y aplaudía el hecho de que las Comunidades Autónomas hiciesen cumplir la normativa con la que España pretendía dar respuesta al referido Protocolo¹.

A nosotros, en cambio, la primera impresión que nos causó la noticia fue muy negativa, pues nos parecía que las referidas órdenes incurrieran en una desproporción patente, hasta el punto de que nos costaba creer que contasen con la debida cobertura legal. La Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, sin embargo, no deja lugar a dudas sobre esto último. Además de contemplar la posibilidad de castigar cualquiera de las infracciones muy graves tipificadas en esta disposición legal con la «clausura temporal, total o parcial, de las instalaciones por un período máximo de dos años» y/o con la «extinción de la autorización o suspensión de ésta por un período máximo de dos años»², el legislador establece que «cuando se haya iniciado un procedimiento sancionador por infracción muy grave... y si fuera necesario para asegurar la eficacia de la resolución, el órgano competente para sancionar podrá acordar... la clausura temporal, parcial o total, de las instalaciones», el «precintado de aparatos o equipos» y/o la «suspensión temporal de la autorización de emisión de gases de efecto invernadero»³.

Así las cosas, la pregunta que todavía nos seguimos haciendo es si las sanciones y las otras medidas restrictivas de la libertad de empresa previstas en estos preceptos legales respetan el principio constitucional de proporcionalidad, al que tanto las unas como las otras deben ajustarse.

II. LA PROPORCIONALIDAD COMO LÍMITE CONSTITUCIONAL DE LAS POTESTADES SANCIONADORA Y CAUTELAR

El principio de proporcionalidad, como es sabido, exige que las actuaciones públicas restrictivas de la libertad sean: *útiles* para satisfacer un fin constitucionalmente legítimo; *necesarias*, de modo que se escoja de entre las medidas útiles la menos restrictiva; y *no excesivas*, de manera que sus beneficios superen a los costes que las mismas implican⁴.

Las citadas sanciones y medidas provisionales deberían respetar este principio constitucional. De un lado, porque la clausura de las instalaciones, el precintado de equipos y aparatos, la suspensión o la extinción de la correspondiente autorización, así como la inhabilitación para ejercer la función de administrador fiduciario, tengan carácter sancionador o cautelar, suponen una restricción –notablemente intensa– de la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la Constitución. Y, de acuerdo con lo declarado

1. Vid. *El País* (edición Comunidad Valenciana) y *El Mundo*, de 8 de septiembre de 2005.
2. Vid., respectivamente, los números 2 y 4 del art. 30.a) de la Ley 1/2005. Repárese en que el cierre de las instalaciones y la extinción o suspensión de la referida autorización producen el mismo efecto. Como advierte REBOLLO PUIG, Manuel, «El contenido de las sanciones», *Justicia Administrativa. Número extraordinario: Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador*, 2001, pg. 189, la sanción de cierre comporta que, durante el período de cierre, las autorizaciones que permiten tener abierto y en funcionamiento el local pierden su eficacia. Y viceversa, las «revocaciones, retiradas o suspensiones de las licencias o autorizaciones que permiten tener abierto y en funcionamiento un establecimiento no son más que una forma de imponer la sanción de cierre».
3. Vid., respectivamente, los apartados a), b) y c) del art. 34 de la Ley 1/2005. La observación que se ha hecho en la anterior nota al pie puede ser reproducida, *mutatis mutandi*, en ésta.
4. Vid. AGUADO CORREA, Teresa, *El principio de proporcionalidad en el Derecho penal*, EDERSA, Madrid, 1999; ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, *El concepto de necesidad en Derecho público*, Civitas, Madrid, 1996, pgs. 458 y ss.; BARNES, Javier, «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario», *RAP*, 135, 1994, pgs. 495 y ss.; BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2003; GAVARA DE CARA, Juan Carlos, «El principio de proporcionalidad como elemento de control de la constitucionalidad de las restricciones de los derechos fundamentales», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 16, 2003; GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Cizur Menor, Aranzadi, 2003; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990; LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *El principio general de proporcionalidad en Derecho administrativo*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1988; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pgs. 105 y ss.; SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; y los trabajos incluidos en el número monográfico de *Cuadernos de Derecho Público*, 5, 1998.

por nuestros Tribunales en reiteradas ocasiones, los derechos y libertades contemplados en los artículos 14 a 38 de la norma suprema no admiten restricciones desproporcionadas⁵.

De otro lado, porque, con arreglo a la Sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999, el derecho fundamental a la legalidad penal reconocido en el artículo 25.1 de la norma suprema comprende el derecho a no ser castigado con sanciones penales o administrativas desproporcionadas⁶. Esta doctrina, recogida luego por el Tribunal Supremo⁷, cobra especial relevancia precisamente en casos como los considerados en el presente trabajo, en los que la sanción no consiste en una restricción de la libertad personal o de otros derechos susceptibles de amparo constitucional. Es claro que si se limita desproporcionadamente uno de estos derechos –con independencia de que la limitación tenga o no carácter sancionador–, se habrá producido una violación de los mismos, frente a la cual los afectados podrán recabar su tutela a través de los medios privilegiados establecidos en nuestro ordenamiento jurídico para proteger los derechos fundamentales (nulidad de pleno derecho de los actos administrativos que los violen, procesos sumarios y preferentes, recurso de amparo, etc.). Lo interesante de esta jurisprudencia es que abre la posibilidad de utilizar tales medios privilegiados también cuando la sanción limita desproporcionadamente un derecho no susceptible de amparo constitucional, como la libertad de empresa.

Esta doctrina, que ninguno de los citados Tribunales se ha detenido a justificar, es coherente, de todos modos, con su consolidada jurisprudencia según la cual el citado artículo 25.1 abarca también el derecho a no ser sancionado dos o más veces por los mismos hechos y sobre la base de idéntico fundamento jurídico⁸. Si, como muy bien han advertido el Tribunal Constitucional y varios autores, la vertiente material del *non bis in idem* se fundamenta en el principio de proporcionalidad –en la necesidad de evitar que por

5. En relación con la libertad de empresa, vid. la STC 225/1993, de 8 de julio (FJ 3); la STS de 2 de abril de 2002 (RJ 2002, 9844) (rec. cont.–adm. 1585/2000); GARCÍA VITORIA, Ignacio, *Prohibiciones ambientales y libertad de empresa*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pgs. 173 y ss.; y, sobre todo, ARROYO JIMÉNEZ, Luis, *Libertad de empresa y títulos habilitantes*, CEPC, Madrid, 2004, *passim*, esp. pgs. 43 y ss., 151 y ss. y 203 y ss.
6. STC 136/1999, de 20 de julio (especialmente sus FJ 22 y 30), dictada en el caso *Mesa Nacional de Herri Batasuna*, que declara vulnerado el «principio de legalidad penal [establecido en el art. 25.1 CE] en cuanto comprensivo de la proscripción constitucional de penas desproporcionadas» por la aplicación de un precepto legal que establecía una sanción excesiva. Esta importante pero también controvertida Sentencia cuenta con varios votos particulares, en la mayoría de los cuales (los formulados por los Magistrados Rafael MENDIZÁBAL ALLENDE, Manuel JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA y Vicente CONDE MARTÍN DE HIAS) se critica a la mayoría del Tribunal el no haber respetado el amplio margen de discrecionalidad que constitucionalmente le corresponde al legislador para determinar la proporcionalidad de las penas. En su voto particular, el Magistrado Manuel JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA añade que «el art. 25.1 CE no consagra un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la pena con la gravedad del delito». Sobre esta Sentencia, en tono muy crítico, vid. ALÁEZ CORRAL, Benito, «Defensa de la Constitución, libertades de expresión e información y principio de proporcionalidad. A propósito de la STC 136/1999, de 20 de julio de 1999», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 1999, vol. III, pgs. 2567-2594; ALVAREZ GARCÍA, Javier, «Principio de proporcionalidad: Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1999, recaída en el recurso de amparo interpuesto por los componentes de la Mesa Nacional de Herri Batasuna», *La Ley*, 1999, vol. 5, pgs. 2053-2059; BILBAO UBILLOS, Juan María, «La excarcelación tenía un precio: el Tribunal enmienda la plana al legislador. Comentario de la STC 136/1999, en el caso de la Mesa Nacional de HB», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 58, 2000, pgs. 314 y ss. Vid., también, la crítica favorable de PERIS RIERA, Jaime/CUESTA PASTOR, Pablo, «Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1999 (proporcionalidad de los sacrificios en la aplicación de las penas)», *La Ley*, 2000, vol. 1, pgs. 1580-1584; HUERTA TOCILDO, Susana, «Principio de legalidad y normas sancionadoras», en *El principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, 2000, pgs. 64 y ss.; y DE OLIVEIRA ROCHA, Luiz Otavio, «El principio de proporcionalidad y el control constitucional de las normas penales: el amparo a la Mesa de Herri Batasuna», *Cuadernos de Política Criminal*, 70, 2000, pgs. 219 y ss. Por su parte, MIR PUIG, Santiago, «Principio de proporcionalidad y fines del Derecho penal», en *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, coord. Juan Ignacio ECHANO BASALDÚA, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, pgs. 349-366, considera positiva la doctrina sentada en la STC 136/1999 acerca del control judicial de la proporcionalidad de las penas establecidas por el legislador, si bien estima que en el caso concreto enjuiciado hubiera sido más correcto que el Tribunal Constitucional hubiese anulado parcialmente, por haber aplicado desproporcionadamente la ley, la Sentencia del Tribunal Supremo recurrida. Vid., asimismo, CUERDA RIEZU, Antonio, «Proporcionalidad, efecto desaliento y algunos silencios en la Sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999, que otorgó el amparo a los dirigentes de Herri Batasuna», en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor don José Cerezo Mir*, dir. Díez RIPOLLÉS y otros, Tecnos, Madrid, 2002, pgs. 237 y ss. Por otro lado, también DOMÍNGUEZ VILA, Antonio, *Constitución y Derecho sancionador administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pg. 291, había sostenido el rango constitucional del principio de proporcionalidad de las sanciones administrativas.
7. La STS de 26 de mayo de 2003 (RJ 2003, 4099) (rec. casación 7726/1999) declara que la vulneración del principio de proporcionalidad puede hacerse valer para impugnar una sanción –en el caso enjuiciado, el traslado forzoso de un Notario– a través del proceso especial para la protección de los derechos fundamentales.
8. Vid., entre otras muchas, las SSTC 2/1981, de 30 de enero (FJ 4), y 177/1999, de 11 de octubre (FJ 3).

defectos de técnica legislativa acaben imponiéndose castigos que son desmesurados con arreglo a la valoración efectuada por el propio legislador⁹-, resulta plausible entender que este precepto consagra igualmente el derecho mismo a no sufrir sanciones desproporcionadas.

El principio de proporcionalidad no sólo juega en el plano normativo, a modo de parámetro con el que juzgar la licitud constitucional de las normas generales y abstractas formuladas por el legislador, sino también en el plano ejecutivo, constituyendo aquí un criterio que debe presidir la interpretación y aplicación que de esas normas efectúen los órganos administrativos y, eventualmente, los jurisdiccionales en cada caso concreto. Para las sanciones, esto último ha sido establecido explícitamente por el legislador¹⁰ y señalado unánimemente por la jurisprudencia¹¹ y la doctrina¹². Para las medidas provisionales, así lo indican varios preceptos legales¹³ -entre ellos el propio artículo 34 de la Ley 1/2005, al exigir que las medidas adoptadas sean *necesarias* para asegurar la eficacia resolución que ponga fin al procedimiento sancionador-, y así lo han declarado de manera no menos unánime tanto los Tribunales¹⁴ como los autores¹⁵.

Es más, puede decirse que «el ámbito natural del principio de proporcionalidad no es tanto el del

9. ALONSO MAS, María José, *Prevalencia de la vía jurisdiccional penal y prohibición de doble enjuiciamiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pg. 26, lo ha explicado muy bien: «si el legislador ha previsto una determinada sanción para una conducta, en atención a determinado bien jurídico protegido, es porque entiende que es ésa la sanción adecuada y proporcionada a dicha conducta... Castigar pues la misma, además, con arreglo a otro precepto supone imponer un castigo desproporcionado respecto del querido por el legislador». En sentido similar, vid. las SSTC 154/1990, de 15 de octubre (FJ 3), y 177/1999, de 11 de octubre (FJ 3), así como CANO CAMPOS, Tomás, «*Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho administrativo sancionador», *RAP*, 156, 2001, pgs. 201 y ss.; MUÑOZ LORENTE, José, *La nueva configuración del principio non bis in idem*, Ecoiris, Madrid, 2001, pg. 50, y la bibliografía allí citada.
10. El art. 131.3 de la Ley 30/1992 dispone que «en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada...». El art. 32.1 de la Ley 1/2005 reitera que «en la imposición de las sanciones se deberá mantener la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada...».
11. Vid., por ejemplo, la STS de 15 de marzo de 2005 (RJ 2005, 2238) (rec. casación 4576/2002).
12. Vid., entre otros, TORNOS MÁ, Joaquín, «Infracción y sanción administrativa: el tema de su proporcionalidad en la jurisprudencia contencioso-administrativa», *REDA*, 7, 1975, pgs. 607 y ss.; CALVO CHARRO, María, *Sanciones medioambientales*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pgs. 115 y ss.; GARBERÍ LLOBREGAT, JOSÉ/BUITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe, *El procedimiento administrativo sancionador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, vol. I, pgs. 135 y ss.; y, sobre todo, IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, «La determinación de la sanción administrativa», *Justicia Administrativa. Número extraordinario: Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador*, 2001, *passim*, esp. pgs. 254 y ss.
13. El principio de prohibición de exceso puede entenderse implícito en el art. 72.3 de la Ley 30/1992, que dispone que «no se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados...». Según RODRÍGUEZ RAMOS, María José/PÉREZ BORRERO, Gregorio, «Las medidas cautelares en el procedimiento de gestión recaudatoria de Seguridad Social», *Aranzadi Social*, 1999, vol. V, pgs. 925 y ss., este requisito «se relaciona íntimamente con la proporcionalidad entre las medidas cautelares acordadas y el perjuicio que se pretende evitar». Por otro lado, el art. 15.3 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (RD 1398/1993, de 4 de agosto) establece que «las medidas provisionales deberán... ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los objetivos que se pretendan garantizar en cada supuesto concreto».
14. Vid., entre otras, la STC 104/1995, de 3 de julio (FJ 2), así como las SSTS de 15 de marzo de 2002 (RJ 2002, 5047) (rec. casación 9062/1996), 29 de octubre de 2003 (RJ 2003, 8722) (rec. casación 618/1999) y 16 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 55) (rec. casación 586/2000).
15. Vid. CORCUERA TORRES, Amable, *Las medidas cautelares que aseguran el cobro de la deuda tributaria*, CEF-Marcial Pons, Madrid, 1998; GARBERÍ LLOBREGAT, JOSÉ/BUITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe, *El procedimiento...*, pgs. 324 y ss.; LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, FRANCISCO DE BORJA, *La autorización ambiental integrada*, con Ángel RUIZ DE APODACA, Civitas, Madrid, 2002, pg. 385; MARTÍ DEL MORAL, Antonio José, «Medidas cautelares de carácter no sancionador en materia de medio ambiente (a propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 27 de septiembre de 1999)», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 42, 2001, pgs. 189 y 190; MESEGUER YEBRA, Joaquín, «Tutela cautelar y medidas provisionales previas al procedimiento administrativo», *La Ley*, 1999, vol. 3, pg. 2014; PONS CÁNOVAS, Ferran, *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo sancionador*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pgs. 171 y ss.; REBOLLO PUIG, Manuel, «Medidas provisionales en el procedimiento administrativo», en *La protección jurídica del ciudadano. Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, coord. L. MARTÍN-RETORTILLO, Civitas, Madrid, 1993, t. I, pgs. 669 y ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, María José/PÉREZ BORRERO, Gregorio, «Las medidas...», pgs. 925 y ss.; RUIGÓMEZ MOMEÑE, Adolfo, «El inicio del procedimiento sancionador», en *Manual de Derecho administrativo sancionador*, dir. Joaquín DE FUENTES BARJADÍ, Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pgs. 365 y ss.; TARDÍO PATO, José Antonio, en «Medidas provisionales en el procedimiento administrativo», *Diccionario de Derecho administrativo*, dir. MUÑOZ MACHADO, Iustel, Madrid, 2005, t. II, pg. 1552, y en «Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo», *Revista Jurídica de Navarra*, 38, 2004, pgs. 119 y ss.

control de las normas como el de la imposición de sanciones»¹⁶. La vara utilizada por los Tribunales para medir si el principio de proporcionalidad ha sido respetado por una resolución administrativa sancionadora debe ser –y de hecho es– mucho más estricta que la empleada para hacer lo propio respecto de las leyes que tipifican sanciones¹⁷. De un lado, porque la mayor legitimidad democrática del legislador le pone en una situación óptima a los efectos de realizar las complejas ponderaciones requeridas para precisar cuál es la sanción proporcionada. De otro, porque las previsiones generales y abstractas de la ley suelen dejar un cierto margen para interpretarlas de manera que la sanción aplicable en cada caso concreto resulte equilibrada, mientras que ese margen queda notablemente reducido cuando se enjuicia una determinada resolución sancionadora. Y lo mismo podemos decir respecto de las medidas cautelares.

Los Tribunales deben reconocer al legislador un muy amplio margen de apreciación para efectuar los pronósticos y ponderaciones requeridos para determinar si la sanción o medida cautelar es útil, necesaria y no excesiva para lograr un fin constitucionalmente atendible, pues la representatividad del Parlamento y el carácter participativo, plural, transparente y público de sus procedimientos de actuación le otorgan mayor legitimidad democrática y le ponen en mejor situación que a los órganos jurisdiccionales para realizar esas complejas tareas. En palabras del Tribunal Constitucional: el legislador, en el ejercicio de su «potestad exclusiva» de «configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo... goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática»¹⁸.

Ahora bien, ese margen no puede ser infinito, pues de otra manera el respeto del principio de proporcionalidad quedaría al albur de la ley. Los Tribunales no han de «renunciar a todo control material sobre la pena, ya que el ámbito de la legislación penal no es un ámbito constitucionalmente exento»¹⁹. Así, por ejemplo, cuando se enjuicia la necesidad de una sanción penal establecida por el legislador –es decir, la «existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia que la analizada»–, «sólo si a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador, podría» declararse la inconstitucionalidad de la ley²⁰. «Las medidas alternativas han de ser, pues, palmariamente de menor intensidad coactiva y de una funcionalidad manifiestamente similar a la que se critique por desproporcionada»²¹.

Y cuando se juzga el carácter excesivo o ponderado de la sanción, hay que tener en cuenta que «la relación final que guarde la magnitud de los beneficios obtenidos por la norma penal y la magnitud de la pena es el fruto de un complejo análisis político-criminal y técnico que [en principio] sólo al legislador corresponde y que, por ende, en ningún caso se reduce a una exacta proporción entre el desvalor de la sanción y el desvalor del comportamiento prohibido, según un hipotético baremo preciso y prefijado»²². En consecuencia, únicamente cabe concluir la inconstitucionalidad de la disposición legal «cuando concurra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma»²³, cuando la norma produzca «un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho»²⁴.

Interesa resaltar el importante papel que a la hora de juzgar la proporcionalidad de una medida

16. NIETO, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 2005, pg. 354.

17. Como señala la STC 55/1996, de 28 de marzo (FJ 6), «la posición constitucional del legislador... obliga a que la aplicación del principio de proporcionalidad para controlar constitucionalmente sus decisiones deba tener lugar de forma y con intensidad cualitativamente distinta a las aplicadas a los órganos encargados de interpretar y aplicar las leyes». Hacen hincapié en este punto ALÁEZ CORRAL, Benito, «Defensa...», *in toto*; BILBAO UBILLOS, Juan María, «La excarcelación...», pgs. 329 y ss., y 340 y ss.; así como el voto particular (FJ 5) del Magistrado Vicente CONDE MARTÍN DE HJAS a la STC 136/1999, de 20 de julio.

18. STC 55/1996, de 28 de marzo (FJ 6), y 161/1997, de 2 de octubre (FJ 9).

19. SSTC 55/1996, de 28 de marzo (FJ 6).

20. SSTC 55/1996, de 28 de marzo (FJ 8), y 161/1997, de 2 de octubre (FJ 11), y ATC 63/2004, de 24 de febrero (FJ 7).

21. STC 161/1997, de 2 de octubre (FJ 11).

22. STC 161/1997, de 2 de octubre (FJ 12).

23. SSTC 55/1996, de 28 de marzo (FJ 9), y 161/1997, de 2 de octubre (FJ 12).

24. SSTC 55/1996, de 28 de marzo (FJ 8).

legislativa restrictiva de la libertad debe jugar la comparación con otras medidas equivalentes adoptadas por el legislador en supuestos equiparables. Si la ley castiga cierta infracción con una sanción de una determinada gravedad, resulta incoherente con la ponderación efectuada en ese caso por el propio legislador –o, dicho de otra manera, resulta desproporcionado en atención a dicha ponderación legislativa– conminar otro ilícito de gravedad equiparable con una sanción muy superior. La congruencia o la incongruencia de las medidas adoptadas por el legislador en casos análogos constituyen así un indicio relevante acerca de su carácter proporcionado o desproporcionado²⁵.

Puede apreciarse que este criterio ha jugado *de facto* un importante papel en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Con carácter general, el Tribunal ha señalado que para enjuiciar la proporcionalidad de las penas hay que «partir de pautas valorativas constitucionalmente indiscutibles, atendiendo en su caso a la concreción efectuada por el legislador en supuestos análogos, al objeto de comprobar si la pena prevista para un determinado tipo se aparta arbitraria o irrazonablemente de la establecida para dichos supuestos»²⁶.

Así, la semejanza que guardaba la sanción cuestionada con las impuestas por el legislador para infracciones semejantes, de gravedad equiparable, ha servido como argumento para justificar su proporcionalidad: el «análisis comparativo con otras opciones del legislador... refleja que la elección de la sanción no ha sido arbitraria, sin que en la norma cuestionada se dé el patente desfase valorativo que veta el principio de proporcionalidad en su dimensión constitucional... el examen de las sanciones que el legislador asigna a ciertos comportamientos que guardan un grado relevante de semejanza con el de la negativa al cumplimiento de la prestación social sustitutoria muestra, de un lado, que, significativamente, merece idéntica pena a la cuestionada la conducta de quien rehusa el cumplimiento del servicio militar... y, de otro, que el incumplimiento de otros deberes generales de los ciudadanos contemplados en la Constitución también resultan sancionados con penas privativas de libertad parecidas a las previstas en el supuesto aquí analizado»²⁷.

Y, al contrario, la circunstancia de que la sanción cuestionada fuese idéntica a la prevista por el legislador para otras infracciones a primera vista más graves, así como el hecho de que la magnitud de esa sanción superase significativamente la contemplada para la misma conducta ilícita en la legislación de otros Estados europeos, se han erigido en argumentos de peso para declarar su desproporción y, por ende, su inconstitucionalidad²⁸.

Merece destacarse en esta misma línea la Sentencia *Thlimmenos* del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos²⁹, en la que se declara que el legislador griego había vulnerado el derecho del actor a no ser discriminado por razones religiosas, al haber castigado su objeción de conciencia al servicio militar con

25. Advierte FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2001, pg. 402, que «aunque sea imposible medir la gravedad de un delito singularmente considerado, es posible... afirmar, conforme al principio de proporcionalidad, que desde el punto de vista interno, si dos delitos se castigan con la misma pena, es que el legislador los considera de gravedad equivalente, mientras que si la pena prevista para un delito es más severa que la prevista para otro, el primer delito es considerado más grave que el segundo. De ello se sigue que si desde el punto de vista externo dos delitos no son considerados de la misma gravedad o uno se estima menos grave que el otro, es contrario al principio de proporcionalidad que sean castigados con la misma pena o, peor aún, el primero con una pena más elevada que la prevista para el segundo. En todos los casos el principio de proporcionalidad equivale al principio de igualdad en materia penal». ÁLVAREZ GARCÍA, Javier, «Principio...», pg. 2058, en sentido similar, afirma que el juicio sobre la proporcionalidad de la pena es «referencial»: la proporcionalidad resulta infringida «tanto si, en general, se amenaza con mayor pena el ataque a un bien de menor importancia que la agresión a uno de mayor relieve, como si se [castiga] con penas distintas el acometimiento... a bienes de igual valor».
26. STC 55/1996, de 28 de marzo (FJ 8). Recordemos que aquí también se dice que sólo cabe calificar la norma penal como innecesaria cuando, «a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador» [la cursiva es nuestra].
27. STC 55/1996, de 28 de marzo (FJ 8). En la STC 161/1997, de 2 de octubre (FJ 13), también se analizan diversos «argumentos comparativos» a los efectos de juzgar la proporcionalidad de la sanción impugnada, considerándose que ninguna de las infracciones que se aducían como término de comparación era en realidad equiparable a la enjuiciada con carácter principal. Vid., asimismo, el ATC 63/2004, de 24 de febrero (FJ 7).
28. STC 136/1999, de 20 de julio (FJ 29). ÁLVAREZ GARCÍA, Javier, «Principio...», pgs. 2056 y ss., no obstante, ha criticado la «manipulación» del Derecho comparado efectuada en esta Sentencia. En los votos particulares de los Magistrados Rafael MENDIZÁBAL ALLENDE y Manuel JIMÉNEZ DE PARGA y CABRERA también se esgrimen diversos argumentos comparativos a fin de justificar la proporcionalidad de la pena aplicada.
29. STEDH (Gran Sala) de 6 de abril de 2000 (*Thlimmenos*, 34369/1997, §§39 y ss.).

una sanción –la prohibición de ejercer como auditor contable– que se considera desproporcionada, en cuanto que idéntica a la prevista para otros ilícitos mucho más graves. El Tribunal advierte que «el derecho a disfrutar de los derechos garantizados por el Convenio sin ser sometido a discriminación es... transgredido cuando, sin justificación objetiva y razonable, los Estados no tratan de manera diferente a personas en situaciones sensiblemente diferentes» (§44). Y estima que, si bien «los Estados tienen un interés legítimo en excluir a determinados delincuentes de la profesión de auditor contable... contrariamente a las condenas por otras infracciones más graves, una condena derivada de la negativa a llevar uniforme por motivos religiosos o filosóficos no denota ninguna actitud deshonesto o bajeza moral de tal naturaleza que pudiera reducir la capacidad del interesado para ejercer esta profesión. La exclusión del demandante por no cumplir las condiciones requeridas no estaba, por tanto, justificada. El Tribunal tiene en cuenta el argumento del Gobierno, según el cual, las personas que se niegan a servir a su país deben ser, en consecuencia, castigadas. Sin embargo, señala igualmente que el demandante ha cumplido una pena de prisión por haberse negado a llevar uniforme. En estas condiciones, el Tribunal señala que imponerle otra sanción era desproporcionado... la exclusión del demandante de la profesión de auditor contable no perseguía ningún objetivo legítimo.. el rechazo a tratar al demandante de manera diferente de las otras personas declaradas culpables de un delito no tenía ninguna justificación objetiva y razonable» (§47).

III. LA COPIA ACRÍTICA DEL RÉGIMEN SANCIONADOR Y CAUTELAR ESTABLECIDO EN LA LEY DE PREVENCIÓN Y CONTROL INTEGRADOS DE LA CONTAMINACIÓN

Salta a la vista que el régimen de sanciones y medidas cautelares contemplado primero por el Real Decreto-ley 5/2004³⁰ y luego recogido sin modificación alguna por los artículos 29 a 34 de la Ley 1/2005 se ha inspirado en el establecido por los artículos 32 a 35 de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación. Las semejanzas de contenido y hasta de redacción son muy notables.

El artículo 32.1.a) de la Ley 16/2002, por ejemplo, permite castigar las infracciones muy graves con: multas; la «clausura definitiva, total o parcial, de las instalaciones»; la «clausura temporal, total o parcial, de las instalaciones por un período no inferior a dos años ni superior a cinco»; la «inhabilitación para el ejercicio de la actividad por un período no inferior a un año ni superior a dos»; la «revocación de la autorización o suspensión de la misma por un tiempo no inferior a un año ni superior a cinco»; y la «publicación, a través de los medios que se considere oportunos, de las sanciones impuestas, una vez que éstas hayan adquirido firmeza en vía administrativa o, en su caso, jurisdiccional, así como los nombres, apellidos o denominación o razón social de las personas físicas o jurídicas responsables y la índole y naturaleza de las infracciones»³¹. Y el artículo 30.a) de la Ley 1/2005 prevé para las infracciones que la misma tipifica como muy graves: multas; la «clausura temporal, total o parcial, de las instalaciones por un período máximo de dos años»; la «inhabilitación para el ejercicio de las funciones de administrador fiduciario por un período no superior a dos años»; la «extinción de la autorización o suspensión de ésta por un período máximo de dos años»; «y la publicación, a través de los medios que la autoridad competente considere oportunos, de las sanciones impuestas una vez que éstas hayan adquirido firmeza, así como los nombres, apellidos o razón social de las personas físicas o jurídicas responsables y la índole de las infracciones».

La Ley 16/2002 establece en su artículo 35.1 que «cuando se haya iniciado un procedimiento sancionador, el órgano competente para imponer la sanción podrá acordar, entre otras, alguna o algunas de las siguientes medidas provisionales: a) Medidas de corrección, seguridad o control que impidan la continuidad en la producción del riesgo o del daño. b) Precintado de aparatos o equipos. c) Clausura temporal, parcial o total, de las instalaciones. d) Parada de las instalaciones. e) Suspensión temporal de la autorización para el ejercicio de la actividad». La Ley 1/2005, por su parte, dispone en su artículo 34 que «cuando se haya iniciado un procedimiento sancionador por infracción muy grave o grave, y si fuera necesario para asegurar la eficacia de la resolución, el órgano competente para sancionar podrá acordar alguna o algunas de las siguientes medidas provisionales: a) Clausura temporal, parcial o total, de las instalaciones, únicamente cuando se trate de procedimientos incoados por infracciones muy graves... b) Precintado de aparatos o

30. Real Decreto-ley 5/2004, de 27 de agosto, por el que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero.

31. Art. 32.1.a) de la Ley 16/2002.

equipos. c) Suspensión temporal de la autorización de emisión de gases de efecto invernadero. d) Suspensión del acceso al mercado de derechos de emisión».

Es probable que las prisas derivadas de la urgente necesidad de dictar el citado Real Decreto-ley 5/2004, a fin de cumplir el calendario de transposición previsto por el Derecho comunitario, provocaran la traslación mimética e irreflexiva de este régimen, una traslación que no ha tenido en cuenta la diversidad de los objetivos perseguidos respectivamente por ambos cuerpos legales y que, nos parece, es la causa principal de las inconstitucionalidades que se denuncian en el presente trabajo.

1. La función de las normas reguladoras del régimen de prevención y control integrados de la contaminación

La Ley 16/2002 declara que su objeto es «evitar o, cuando ello no sea posible, reducir y controlar la contaminación de la atmósfera, del agua y del suelo, mediante el establecimiento de un sistema de prevención y control integrados de la contaminación, con el fin de alcanzar una elevada protección del medio ambiente en su conjunto» (art. 1).

Lo que aquí interesa resaltar es que la contaminación que esta Ley trata de prevenir y controlar, y que cada una de las instalaciones sujetas a su ámbito de aplicación puede engendrar, es capaz, cuando supera ciertos niveles, de dañar seriamente el medio ambiente y poner en grave peligro la salud humana. De ahí la prohibición de que las emisiones contaminantes procedentes de cada concreta instalación superen los «valores límite» establecidos en la correspondiente autorización ambiental integrada³².

La violación de sus preceptos por parte de un empresario, en consecuencia, puede crear un riesgo serio de que se ocasionen importantes daños ambientales y/o sanitarios. Así lo ha entendido la propia Ley 16/2002, al establecer como elemento que distingue a la mayoría de las infracciones muy graves por ella tipificadas el hecho de que «se haya producido un daño o deterioro grave para el medio ambiente o se haya puesto en peligro grave la seguridad o salud de las personas»³³.

2. La función de las normas que establecen el mercado de derechos de emisión de gases de efecto invernadero

La función de estas normas es muy diferente. Aquí se trata de controlar tan sólo las emisiones de dióxido de carbono (CO₂) a fin de intentar frenar el cambio climático que está produciendo la creciente presencia de este gas en la atmósfera y que puede ocasionar daños de la mayor importancia. Lo que debe destacarse, no obstante, es que este peligro medioambiental que el Protocolo de Kioto, la Directiva europea 2003/87/CE y la Ley 1/2005 tratan de combatir sólo se hace relevante como consecuencia de la acumulación de las emisiones producidas por millones de emisores a lo largo de muchos años. Es decir, el riesgo que para la salud humana y el medio ambiente suponen las emisiones de CO₂ procedentes de una o incluso de varias instalaciones resulta prácticamente insignificante. Es más, el legislador permite a los titulares de las mismas emitir en principio cuantas toneladas de este gas deseen³⁴, siempre que entreguen a la Administración los derechos de emisión equivalentes, previa su adquisición en el mercado, si no bastaran los que

32. Vid. el art. 22.1.a) de la Ley 16/2002.

33. Vid. los apartados a), b) y d) del art. 31.2 de la Ley 16/2002. Como señala ALENZA GARCÍA, José Francisco, «La disciplina ambiental en la Ley de prevención y control integrados de la contaminación», en *Régimen de prevención y control integrados de la contaminación*, Ed. Agustín García Ureta, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, Zaragoza, 2004, pg. 306, «el daño o deterioro ambiental y la puesta en peligro de la seguridad o salud de las personas se erige... en el principal criterio definidor de la gravedad de las infracciones».

34. A tal efecto, la disposición final 2ª de la Ley 1/2005 introduce un nuevo ap. 2 en el art. 22 de la Ley 16/2002, de prevención y control integrados de la contaminación, en el que se dispone que «en el caso de instalaciones sujetas a la Ley por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, la autorización [ambiental integrada] no incluirá valores límite para las emisiones directas de tales gases, a menos que sea necesario para garantizar que no se provoque contaminación local significativa» [lo cual muy difícilmente ocurrirá].

el Gobierno les hubiera asignado gratuitamente. Es decir, los titulares pueden contaminar cuanto quieran, siempre y cuando paguen por ello³⁵.

La función de estas normas es simplemente internalizar los costes ambientales de las emisiones de dióxido de carbono, con el fin de lograr una cierta reducción de las mismas con el menor coste económico posible. El sistema consiste en distribuir entre los agentes contaminantes derechos a emitir determinadas cantidades de CO₂ cuya suma total coincide con la cantidad máxima fijada como objetivo, permitiéndoles transmitir luego a título oneroso tales derechos. Se crea así un mercado que se supone asignará eficientemente los derechos de emisión –pues éstos irán a parar allí donde se paga más por ellos, que es donde son más rentables, reduciéndose las emisiones allí donde menor es el coste de la reducción–, lo que supuestamente permitirá lograr el objetivo de reducir en cierta medida las emisiones globales del referido gas minimizando el coste económico de la reducción.

La Ley 1/2005 viene a cumplir, pues, una función equivalente a la de una disposición legal que gravase con un tributo ambiental las emisiones de dióxido de carbono. El objetivo perseguido es en ambos casos desincentivarlas económicamente. La obligación impuesta a los titulares de las instalaciones de entregar a la Administración los correspondientes derechos de emisión encaja perfectamente, lo mismo que cualquier tributo, en el concepto de «prestación patrimonial de carácter público» a que se refiere el artículo 31.3 de la Constitución³⁶. La peculiaridad es que el «tipo de gravamen» lo fija el mercado, y que las «cantidades recaudadas» no las ingresa la Administración, sino los «contribuyentes» que reducen en mayor medida sus emisiones y venden los derechos que les «sobran».

Resulta muy ilustrativo al respecto lo ocurrido en Andalucía. La Ley andaluza 18/2003 creó un «impuesto sobre emisión de gases a la atmósfera» por el que se gravaban «las emisiones a la atmósfera de determinadas sustancias generadas en los procesos productivos desde instalaciones situadas en Andalucía», y ello «con la finalidad de incentivar conductas más respetuosas con el aire así como la mejora de su calidad» (art. 22.1). Constituía el hecho imponible la emisión desde dichas instalaciones a la atmósfera de dióxido de carbono (CO₂), óxidos de nitrógeno (NO_x) u óxidos de azufre (SO_x) (art. 23). Pues bien, la entrada en vigor de la normativa estatal por la que se establece el mercado de derechos de emisión de gases de efecto invernadero ha obligado a modificar el hecho imponible del mentado impuesto, a fin de evitar la «doble imposición» de las emisiones de CO₂ que superen las que los sujetos pasivos pueden realizar en virtud de las asignaciones gratuitas efectuadas por el Consejo de Ministros. El legislador andaluz ha tenido en cuenta que esas emisiones que exceden de las permitidas en virtud de las asignaciones gratuitas van a quedar gravadas a partir de ahora con una prestación patrimonial coactiva equiparable –consistente en la obligación de entregar a la Administración los correspondientes derechos de emisión adquiridos en el mercado– y, por esa razón, pasa a considerarlas como no sujetas al impuesto³⁷.

35. Sobre la función, los antecedentes y el régimen jurídico del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, vid., entre otros, FORTES MARTÍN, ANTONIO, «Reflexiones a propósito del futuro régimen europeo de intercambio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero», *Revista Aranzadi de derecho ambiental*, 5, 2004, pgs. 89-113; GUTIÉRREZ FRANCO, YANNA, «El sistema europeo de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero. Análisis de la propuesta de Directiva europea de 23 de octubre de 2001», en *Noticias de la Unión Europea*, 223, 2003, pgs. 51-76; JUNCEDA MORENO, JAVIER, *Comentarios a la Ley 1/2005, de 9 de marzo, de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, y a la normativa complementaria de aplicación del Protocolo de Kioto*, Civitas, Madrid, 20; RODRÍGUEZ ARIZA, LÁZARO/FERNÁNDEZ PAVÉS, MARÍA JOSÉ/LÓPEZ GORDO, MARÍA GLORIA/LÓPEZ GORDO, JOSÉ FRANCISCO, «El mercado europeo de derechos de emisión de gases de efecto invernadero», *Noticias de la Unión Europea*, 232, 2004, pgs. 85-106; RODRÍGUEZ LÓPEZ, FERNANDO, «Derechos de emisión transferibles. Un nuevo instrumento de la política ambiental comunitaria frente al cambio climático», en *Noticias de la Unión Europea*, 240, 2005, pgs. 95-105; ROSEMBUJ GONZÁLEZ-CAPITEL, FLAVIA, *El precio del aire. Aspectos jurídicos del mercado de derechos de emisión*, El Fisco, Barcelona, 2005; SANZ RUBIALES, IÑIGO, «Una aproximación al nuevo mercado de derechos de emisión de gases de efecto invernadero», *REDA*, 125, 2005, pgs. 31-64.
36. Así lo estiman HERRERA MOLINA, PEDRO MANUEL/GUTIÉRREZ FRANCO, YANNA, «Los nuevos instrumentos económicos para el fomento de energías renovables desde la perspectiva del Derecho financiero comunitario», *Noticias de la Unión Europea*, 237, 2004, pgs. 56, 57 y 67. Sobre el concepto de «prestación patrimonial de carácter público», vid. la STC 185/1995, de 14 de diciembre (FJ 3).
37. Así, el art. 11 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de medidas tributarias, administrativas y financieras, modifica el art. 24.b) de la Ley 18/2003, de 29 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas, que ahora dice que «no estarán sujetas al impuesto las emisiones... de CO₂ procedentes de la combustión de biomasa, biocarburante o biocombustible, así como las realizadas desde instalaciones sujetas al régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero que constituyan emisiones en exceso respecto de las asignaciones individuales según su normativa reguladora, salvo el exceso que suponga incumplimiento de la obligación de entregar derechos de emisión conforme a dicha normativa».

IV. LA DESPROPORCIÓN DE LA SANCIÓN DE CIERRE

La tesis que aquí se sostiene es que el cierre de la empresa causante de las emisiones constituye una sanción desmesurada para cualquiera de las infracciones a la Ley 1/2005, ninguna de las cuales reviste la entidad suficiente como para merecer semejante castigo. En apoyo de esta afirmación, cabe aducir, siguiendo la citada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, varios argumentos comparativos.

Debe notarse, en primer lugar que resulta incoherente y desproporcionado, con arreglo a la valoración efectuada por el propio legislador en otros casos, conminar con una sanción idéntica una infracción que reviste una gravedad a todas luces muy inferior. La Ley 1/2005 contempla la posibilidad de castigar cualquiera de las infracciones muy graves previstas en su artículo 29.2 (ejercer la correspondiente actividad sin la preceptiva autorización de emisión de gases de efecto invernadero; incumplir la obligación de informar sobre la modificación del carácter, el funcionamiento o el tamaño de la instalación, cuando suponga alteraciones significativas en los datos de emisiones o requiera cambios en la metodología aplicable para cumplir las obligaciones de seguimiento de las emisiones; no presentar el informe anual verificado sobre las emisiones del año precedente; ocultar o alterar intencionadamente la información que debe comunicarse a la Administración al solicitar la autorización; incumplir la obligación de entregar los derechos de emisión correspondientes a las emisiones realizadas; impedir indebidamente el acceso del verificador a las instalaciones; y no aportar la información necesaria para el procedimiento de verificación) con la misma sanción de clausura de las instalaciones o de suspensión o extinción de la autorización de emisión por un período máximo dos años³⁸ que cabe imponer a quienes ejerzan una actividad o lleven a cabo una modificación sustancial de la misma sin la preceptiva autorización ambiental integrada o incumplan las condiciones establecidas en ella o en determinadas disposiciones legales, causando daños (no graves) al medio ambiente o poniendo en peligro (no grave) la seguridad o la salud de las personas³⁹. Es más, la sanción establecida en aquella disposición legal tiene incluso mayor entidad que la prevista por ésta, pues mientras la Ley 1/2005 permite en tales casos suspender la correspondiente autorización por un período de hasta dos años, la duración máxima de la suspensión prevista en la Ley 16/2002 es de un año.

A nosotros nos parece que ejercer una actividad sin la preceptiva autorización ambiental integrada, causando daños ambientales no graves o poniendo en peligro no grave la salud de las personas, constituye un ilícito socialmente más ofensivo que ejercer una actividad sin la autorización de emisión de gases de efecto invernadero. Y ello por la sencilla razón de que en el primer caso se está engendrando un riesgo o incluso un daño para la salud humana y el medio ambiente mucho más concreto, cierto y agudo que en el segundo. Nótese que allí se genera el peligro de que la instalación produzca un nivel de contaminación intrínsecamente intolerable, excesivamente perjudicial o riesgoso para dichos bienes jurídicos protegidos, mientras que aquí la contaminación que la instalación puede producir no es *per se* intolerable, hasta el punto de que el titular puede emitir cuantas toneladas de CO₂ guste, siempre que compre y entregue los correspondientes derechos.

De otro lado, resulta incongruente y excesivo castigar una conducta ilícita con sanciones mucho más graves que las previstas para infracciones que revisten una gravedad equiparable. Como ya hemos señalado, la obligación de entregar a la Administración esos derechos cumple una función equiparable a la de un tributo ambiental. Se trata igualmente de una prestación patrimonial impuesta coactivamente. Su finalidad es la misma. Y la gravedad de su incumplimiento, también. Pues bien, ¿dónde se ha visto que se castigue con el cierre de su empresa al empresario que deja de pagar un tributo, por muy ambiental que éste sea? Desde luego, la Ley andaluza 18/2003 antes citada se remite, por lo que se refiere a las consecuencias de la infracción de las normas reguladoras del impuesto sobre emisión de gases a la atmósfera, al cuadro de sanciones establecido por la Ley General Tributaria, y aquí sólo en circunstancias excepcionales, de comisión repetida de infracciones, se contempla la posibilidad de imponer sanciones distintas de la multa, que en ningún caso llegan al punto de suponer el cierre, siquiera temporal, de la empresa⁴⁰.

Todavía cabe aducir otro argumento comparativo. Puede observarse que en la legislación de otros

38. Vid. el art. 30.a) en relación con el art. 29.2 de la Ley 1/2005. Ha de entenderse que la clausura temporal procede en los casos en los que la instalación carecía de la preceptiva autorización que legitimara el ejercicio de la actividad llevada a cabo, mientras que la extinción de la autorización y su suspensión por un período de hasta dos años constituyen las sanciones pertinentes para los supuestos en que el infractor ha incumplido las obligaciones derivadas de la autorización.

39. Vid. el art. 32.1.b) en relación con el art. 31.3 de la Ley 16/2002.

40. Vid. el art. 19 de la Ley andaluza 18/2003 y el art. 186 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

Estados miembros de la Unión Europea no se contempla ni la clausura de las instalaciones ni la extinción o la suspensión de la autorización de emisión de gases de efecto invernadero –medidas todas ellas que suponen el cierre de la empresa– entre las sanciones que cabe imponer en este ámbito. La legislación alemana, por ejemplo, sólo prevé la posibilidad de imponer multas⁴¹. Y la británica, sólo multas y la prisión de los responsables por un período de hasta dos años⁴².

Al margen de las comparaciones, el cierre de la empresa supone en estos casos un patente derroche *innecesario* de coacción. Para el titular de la instalación y responsable de la infracción cometida, la clausura produce prácticamente el mismo efecto disuasorio que una multa lo suficientemente cuantiosa, ya que el tipo de daño es idéntico: una pérdida de beneficios económicos. El coste social del cierre, en cambio, es muchísimo más elevado que el de la multa. De un lado, porque la ejecución de ésta supone simplemente un desplazamiento patrimonial del que se aprovechan otros sujetos y que, en principio, no altera la riqueza del conjunto de la sociedad, mientras que el cierre supone una destrucción de riqueza social. De otro lado, porque la clausura conlleva normalmente unos demolidores efectos negativos para terceros inocentes, en especial para los proveedores, los acreedores y, sobre todo, los trabajadores de la empresa⁴³. El artículo 32.4 de la Ley 1/2005 establece que «la clausura temporal, total o parcial, de las instalaciones se acordará sin perjuicio del pago del salario o de las indemnizaciones a los trabajadores que procedan y de las medidas que puedan arbitrarse para su garantía». Sin embargo, ¿cuántas empresas pueden permitirse un cierre de dos años acompañado de la obligación de seguir abonando el salario a sus empleados, como si éstos realmente siguiesen trabajando? Una sanción semejante muy probablemente determinará, en un buen número de casos, el cierre definitivo⁴⁴, como el propio precepto citado deja entrever, al referirse a las indemnizaciones procedentes y a las medidas que puedan arbitrarse para garantizarlas. Y en caso de cierre, con frecuencia son los trabajadores, no el empresario, los que se ven abocados a vivir las situaciones más dramáticas. Es por ello que estas sanciones propician desigualdades en perjuicio de las pequeñas empresas, pues difícilmente la Administración se atreverá a cerrar aquellas que cuenten con un gran número de empleados⁴⁵. No es de extrañar, como advierte REBOLLO PUIG, que «en la mayoría de ámbitos en que está prevista la sanción de cierre de establecimientos permanezca inédita y que la Administración rara vez se plantee siquiera, ni ante las infracciones más graves, su aplicación»⁴⁶.

Si se considera que las multas no disuaden lo suficiente, o que tienen un coste social demasiado elevado al poner en peligro la viabilidad económica de las correspondientes empresas, lo razonable sería recurrir a sanciones como las privativas de libertad, que comportan para los responsables efectos mucho más graves que el cierre de la empresa, pero que no producen externalidades tan negativas para sus trabajadores, proveedores, acreedores y la sociedad en general. Ésta es la solución establecida por el legislador británico, según hemos podido comprobar.

Es más, cabría poner en duda que la clausura de las instalaciones constituya una sanción proporcionada en algún caso, aun cuando se castiguen ilícitos mucho más graves que los previstos en la Ley 1/2005. LOZANO CUTANDA estima que «atendiendo al principio de proporcionalidad... sólo cabe la imposición de este tipo de sanciones para los supuestos de infracciones más graves y lesivas del medio ambiente o de reiteraciones en el incumplimiento de la normativa protectora, es decir, en todos aquellos casos en los que *«la actividad o empresa se muestra, por su conducta infractora, como una grave amenaza para el interés*

41. Vid. el §19 de la *Gesetz über den Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen (Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz-TEHG)*, de 8 de julio de 2004 (BGBl. I, pg. 1578).
42. Vid. el art. 38 de las *Greenhouse Gas Emissions Trading Scheme Regulations 2005 (Statutory Instrument 2005 núm. 925)*.
43. Así lo advierte LOZANO CUTANDA, Blanca, *Derecho ambiental administrativo*, Dykinson, Madrid, 2004, pg. 507: «la suspensión o clausura del establecimiento o actividad constituye sin duda la medida sancionadora más contundente y eficaz que la Administración puede imponer ante las actuaciones degradantes del medio ambiente, pero se trata también de una sanción muy grave y que tiene un alto costo económico y social que alcanza por lo general a terceros ajenos a la infracción, como es el caso de los trabajadores o los proveedores de las empresas sancionadas» [la cursiva es del original].
44. Como señala REBOLLO PUIG, Manuel, «El contenido...», pg. 188, a pesar de esta cautela, las «sanciones de cierre, salvo que sean muy breves, acabarán frecuentemente por perjudicar a los trabajadores».
45. Así lo han notado TORNOS MAS, Joaquín, «Las sanciones en materia de disciplina de mercado», *REDA*, 13, 1977, pgs. 240 y 241; y REBOLLO PUIG, Manuel, «El contenido...», pg. 188.
46. REBOLLO PUIG, Manuel, «El contenido...», pg. 188, quien advierte que en la práctica sólo se aplica en casos muy concretos (v. gr., cierre de recintos deportivos), y por un tiempo muy breve, lo cual resulta plausible, «porque es así, aunque parezca paradójico, como consigue ser aflictiva y no mostrar, o mostrar en menor grado, sus efectos secundarios y perversos».

público ambiental»⁴⁷. Sin embargo, puede ponerse en duda que en estos casos el cierre constituya una genuina sanción. Más bien se trataría de una «medida de policía»⁴⁸. La finalidad no sería la prevención general y especial propia de las sanciones. Aquí no se perseguiría disuadir a los ciudadanos en general y al infractor en particular de cometer determinadas infracciones, sino impedirle a éste o a otros que utilicen la empresa para seguir cometiendo cuando la probabilidad de que ello ocurra es demasiado elevada, o impedir que se sigan manifestando los efectos lesivos de la conducta ilícita. Se trataría, simplemente, de adoptar una medida protectora de los intereses públicos a fin de evitar que se materialice un concreto peligro que los está amenazando. Nótese que, para el Código Penal vigente, la clausura de empresas y demás medidas análogas previstas en su artículo 129 no tienen la consideración de penas, sino la de «consecuencias accesorias» de la infracción penal, «orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma» (art. 129.3 CP). Tan es así que la clausura temporal de la empresa y la suspensión de sus actividades pueden imponerse a modo de medida cautelar, durante la tramitación de la causa, cuando todavía no se ha constatado la comisión de un delito (art. 129.2 CP). Se trataría, como ha señalado acertadamente la mayoría de los penalistas, de una suerte de «medidas de peligrosidad objetiva» que tratan de enervar el riesgo de que un determinado objeto peligroso –v. gr., un establecimiento industrial– pueda seguir siendo utilizado para infringir el ordenamiento jurídico, y que se aplican sin consideración al principio de culpabilidad propio del Derecho penal. Mientras que la finalidad preventiva característica de las penas es una «prevención disuasora de voluntades», la de estas medidas es una «prevención de aseguramiento frente a cosas o estados de cosas». El cierre de una instalación, por ejemplo, no buscaría disuadir a los ciudadanos de realizar ciertas conductas ilícitas, sino neutralizar el riesgo, especialmente elevado, de que esa instalación en concreto sea utilizada delictivamente en el futuro⁴⁹. El ilícito penal del que estas medidas de peligrosidad objetiva son consecuencia eventual constituye simplemente un «síntoma del peligro objetivo de realización de futuras infracciones»⁵⁰.

Nos atrevemos a decir que la mil veces denunciada confusión entre las sanciones (administrativas) y otros actos (administrativos) restrictivos de derechos –v. gr., actos que obligan a indemnizar los daños causados o a restaurar la realidad física ilegalmente alterada, o que protegen cautelarmente el interés público frente a los peligros derivados de una actividad o instalación que no cumple los requisitos de seguridad legalmente exigidos–⁵¹ ha propiciado que muchas disposiciones legales, entre ellas las Leyes 16/2002 y 1/2005, hayan tipificado como sanciones medidas que resultan desproporcionadas si se las adopta en calidad de tales.

De todas formas, lo que está claro es que una medida tan grave como la clausura de la empresa sólo podrá acordarse «en situaciones de excepcional gravedad»⁵², cuando su funcionamiento suponga una «grave

47. LOZANO CUTANDA, Blanca, *Derecho...*, pg. 507. La cursiva es nuestra. En sentido similar, vid. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo general*, Iustel, Madrid, 2004, t. II, pg. 403: «tales sanciones sólo serán compatibles con la CE en la medida en que respondan a la seguridad razonable de que la continuación de la actividad impedida va a dar lugar a la comisión de nuevas [infracciones], y siempre que ello pueda causar graves perjuicios al interés público».
48. REBOLLO PUIG, Manuel, «El contenido...», pg. 189, nota 87, advierte que su crítica a la sanción de cierre no «empece... para admitir de buen grado el cierre administrativo de establecimientos, pero no como sanción, no en ejercicio de potestades punitivas, sino de limitación o policía, para impedir la utilización de aquellos locales que no reúnan las condiciones adecuadas o que por cualquier otra razón constituyan un peligro, siquiera potencial o abstracto para los poderes públicos».
49. GRACIA MARTÍN, LUIS, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pgs. 478 y ss. y 511 y ss. Vid., también, FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente. Presupuestos dogmáticos y criterios de imputación para la intervención del Derecho penal contra las empresas*, Civitas, Madrid, 2002, *passim*, esp. pgs. 137 y ss.; MIR PUIG, Santiago, «Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 6, 2004, *in toto*.
50. GRACIA MARTÍN, LUIS, *Lecciones...*, pg. 489.
51. Sobre esta confusión y sus efectos perversos, es imprescindible la consulta de REBOLLO PUIG, Manuel, «El contenido...», pgs. 151 y ss. Sobre el tema, vid., también, CASINO RUBIO, Miguel, «La indebida confusión entre sanciones y otras medidas administrativas de policía», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 283, 2000, pgs. 569 y ss.; PEMÁN GAVIN, Ignacio *El sistema sancionador español*, CEDECS, Barcelona, 2000, pgs. 33 y ss.; REVUELTA PÉREZ, Inmaculada, *El control integrado de la contaminación*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pgs. 318 y ss.; ARROYO GIMÉNEZ, Luis, «El régimen sancionador en los mercados de telecomunicaciones», *RAP*, 167, 2005, pgs. 288 y ss.; nuestro trabajo «La tipificación de infracciones y sanciones por las Entidades locales», *Revista General de Derecho Administrativo*, 6, 2004, pgs. 11 y 12; así como el voto particular del Magistrado Fernando GARRIDO FALLA a la STC 132/2001, de 8 de junio.
52. Como sostiene FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Sanciones...*, pgs. 177 y 178, la clausura de las instalaciones prevista en el art. 327 CP como consecuencia accesoria de los delitos ecológicos sólo podrá acordarse en «situaciones de excepcional gravedad donde se manifiestan especiales necesidades preventivas».

amenaza para el interés público ambiental». Y, por las razones ya apuntadas, es claro que el mero hecho de que se haya infringido cualquiera de los preceptos de la Ley 1/2005 en ningún caso convierte el funcionamiento de una empresa en una amenaza semejante. La posibilidad de que una determinada instalación emita CO₂ sin que su titular haya adquirido y entregado los correspondientes derechos de emisión representa un riesgo ambiental prácticamente intrascendente. Resulta extremadamente improbable que el dióxido de carbono emitido por una sola instalación o incluso por varias pueda causar daños a la salud de las personas o al medio ambiente.

V. LA DESPROPORCIÓN DEL CIERRE CAUTELAR

En los procedimientos administrativos sancionadores cabe adoptar normalmente dos tipos de medidas «provisionales». De un lado, las dirigidas a asegurar la eficacia de la resolución que pueda poner fin al procedimiento sancionador. Éstas persiguen neutralizar el peligro de que la futura resolución del procedimiento devenga ineficaz por algún hecho sobrevenido durante su tramitación (*periculum in mora*). De otro lado, cabe dictar medidas que pretendan salvaguardar algún interés jurídicamente protegido frente a cualquier otro peligro distinto del *periculum in mora* o, como dice alguna disposición reglamentaria, «evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción» y asegurar «las exigencias de los intereses generales»⁵³.

El artículo 34 Ley 1/2005 sólo contempla explícitamente la posibilidad de adoptar medidas dirigidas a combatir el primero de los peligros mentados. El órgano competente, «si fuera necesario para asegurar la eficacia de la resolución» que ponga fin al procedimiento sancionador incoado por sanciones graves o muy graves, podrá adoptar alguna o algunas de las siguientes medidas provisionales:

- a) Clausura temporal, parcial o total, de las instalaciones, únicamente cuando se trate de procedimientos incoados por infracciones muy graves, y sin perjuicio del pago del salario o de las indemnizaciones a los trabajadores que procedan y de las medidas que puedan arbitrarse para su garantía.
- b) Precintado de aparatos o equipos.
- c) Suspensión temporal de la autorización de emisión de gases de efecto invernadero.
- d) Suspensión del acceso al mercado de derechos de emisión.

A nosotros nos parece que al menos las tres primeras medidas referidas, especialmente la primera y la tercera, son ora inútiles ora innecesarias para asegurar la eficacia de la resolución que eventualmente ponga fin al correspondiente procedimiento sancionador. Es más, en algún caso pueden resultar contraproducentes.

La resolución de este procedimiento sancionador puede contener varios tipos de pronunciamientos. Cabe la posibilidad, en primer lugar, de que la Administración competente resuelva que el interesado no ha cometido infracción alguna por la cual deba responder. Pero también es posible que declare cometida una infracción, en cuyo caso la declaración deberá ir acompañada de la imposición a los responsables de alguna o algunas obligaciones de hacer (de pagar una multa, entregar derechos de emisión y/o cerrar temporalmente las correspondientes instalaciones) y/o de la extinción o suspensión temporal de la autorización de emisión de gases de efecto invernadero.

La clausura cautelar de las instalaciones resulta absolutamente desproporcionada si lo que se pretende es neutralizar el peligro de que algún hecho sobrevenido durante la tramitación del procedimiento sancionador convierta en ineficaz la resolución administrativa que imponga el cierre temporal de las mismas, la entrega de derechos de emisión, una multa y/o la extinción o suspensión de la correspondiente autorización. De un lado, porque no existe peligro alguno de que las sanciones consistentes en la clausura de las

53. Los arts. 72 y 136 de la Ley 30/1992 contemplan explícitamente sólo la posibilidad de tomar medidas del primer tipo. El art. 15 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (RD 1398/1993, de 4 de agosto), en cambio, prevé la posibilidad de adoptar las medidas provisionales que resulten necesarias no sólo para «asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer», sino también para «evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción y las exigencias de los intereses generales». Sobre el tema, vid. REBOLLO PUIG, Manuel, «Medidas provisionales en el procedimiento administrativo», en *La protección jurídica del ciudadano. Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, coord. L. MARTÍN-RETORTILLO, Civitas, Madrid, 1993, t. I, pgs. 659 y ss.; PONS CANOVAS, Ferran, *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo sancionador*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

instalaciones o en la revocación o suspensión de la autorización no puedan llevarse a efecto a la conclusión del procedimiento sancionador. Pase lo que pase durante su tramitación, la Administración siempre podrá revocar o suspender la autorización, así como ejecutar el cierre de las instalaciones. El *periculum in mora* es en estos casos inexistente. No concurre, pues, el requisito exigido explícitamente por el artículo 34 de la Ley 1/2005 de que la medida sea necesaria para asegurar la eficacia de la resolución.

De otro lado, aunque sí existe la posibilidad de que la multa o la obligación de entregar los derechos de emisión devengan ineficaces por hechos acaecidos durante el procedimiento –v. gr., por la insolvencia del obligado–, la *clausura temporal de las instalaciones constituye una cautela del todo inútil para enervar ese peligro*. Es más, se trata de una medida contraproducente, por cuanto normalmente agravará la situación económica del responsable y, en consecuencia, el riesgo de que éste no pueda pagar las eventuales multas ni adquirir los correspondientes derechos de emisión para luego entregárselos a la Administración. Si lo que se pretende es asegurar el cumplimiento efectivo de estas obligaciones, habría que adoptar otras medidas cautelares, tales como la suspensión del acceso al mercado de derechos de emisión prevista en el artículo 34.d) de la Ley 1/2005 –a fin de evitar que el imputado pueda enajenar los derechos de que sea titular– o el embargo preventivo de los bienes del responsable, cautela que, por cierto, dicha Ley no contempla.

¿Cabría, no obstante, ordenar cautelarmente la clausura a fin de salvaguardar los intereses públicos en juego frente a las amenazas derivadas de peligros distintos del *periculum in mora*? Nuestra opinión es que hay que responder a este interrogante en sentido negativo. En primer lugar, porque ni los artículos 72 y 136 de la Ley 30/1992 ni el artículo 34 de la Ley 1/2005 contemplan esa posibilidad. En segundo lugar, porque, como ya sabemos, el riesgo que para esos intereses legítimos –fundamentalmente, para la salud y el medio ambiente– se desprenden del hecho de que una determinada instalación emita CO₂ sin entregar los correspondientes derechos de emisión es prácticamente insignificante.

El precintado de aparatos o equipos plantea mayores dudas, por cuanto pudiera ser una cautela adecuada para investigar y probar si se ha infringido o no la obligación de informar sobre la modificación del carácter, el funcionamiento o el tamaño de la instalación, de modo que se hubiesen producido alteraciones significativas en los datos de emisiones o fueren exigibles cambios en la metodología aplicable para cumplir los deberes de seguimiento que incumben al titular de la instalación⁵⁴. No obstante, creemos que se trata de una medida innecesaria, puesto que la Administración puede servirse de otros medios igualmente eficaces para averiguar y acreditar la comisión de la infracción, pero mucho menos restrictivos de la libertad de empresa y menos costosos socialmente, tales como la toma de fotografías y la declaración, formalizada en documento público observando los requisitos legales pertinentes, en la que la autoridad competente constata los hechos correspondientes, declaración que, como es sabido, tiene fuerza probatoria suficiente como para destruir la presunción de inocencia⁵⁵.

La Ley 1/2005 ha estado muy desafortunada al copiar miméticamente el régimen de medidas provisionales establecido en la Ley de prevención y control integrados de la contaminación, sin tener en cuenta las sustanciales diferencias existentes entre los problemas regulados respectivamente por estas dos disposiciones legales.

El artículo 35.1 de esta última Ley prevé la posibilidad de que en el procedimiento sancionador se adopten medidas muy semejantes: medidas de corrección, seguridad o control que impidan la continuidad en la producción del riesgo o del daño; el precintado de aparatos o equipos; la clausura temporal, parcial o total, de las instalaciones; la parada de las instalaciones; y la suspensión temporal de la autorización para el ejercicio de la actividad. Nótese, sin embargo, que este precepto no exige que estas cautelas resulten necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer en el procedimiento. Y es que ninguna de ellas está pensada para combatir el *periculum in mora*, sino para luchar contra otros peligros distintos que pueden cernirse sobre los bienes jurídicos protegidos en juego, fundamentalmente para salvaguardar la salud humana y el medio ambiente contra los daños que pueda ocasionar la contaminación proveniente de la instalación de que se trate.

Pues bien, ningún sentido tienen semejantes medidas para proteger esos mismos bienes frente a las emisiones de dióxido de carbono provenientes de una de las instalaciones sometidas al ámbito de aplicación de la Ley 1/2005, habida cuenta de que los riesgos sanitarios y ambientales derivados de esas emisiones

54. Infracción que se califica como muy grave por el art. 29.2.b) de la Ley 1/2005.

55. Vid. el art. 137.3 de la Ley 30/1992.

son prácticamente despreciables. Y mucho menos sentido tienen esas medidas para neutralizar el *periculum in mora*.

VI. CONSECUENCIAS DE LA DESPROPORCIÓN

1. El deber de la Administración de no imponer sanciones o medidas cautelares desproporcionadas. La invalidez de las sanciones y medidas que impongan el cierre

La primera consecuencia es que la Administración no podrá castigar las infracciones tipificadas en la Ley 1/2005 con la clausura temporal de las instalaciones, ni con la extinción o suspensión de la autorización de emisión de gases de efecto invernadero, ni tampoco podrá adoptar, en el marco de los correspondientes procedimientos sancionadores, medidas provisionales consistentes en el precintado de aparatos o equipos, el cierre de las instalaciones o la suspensión de la citada autorización.

Para llegar a esta conclusión no hace falta abordar el controvertido problema de si a la Administración le está permitido inaplicar por su propia autoridad las leyes que estime inconstitucionales⁵⁶. Nótese que la Ley 1/2005 en ningún caso obliga a la Administración a adoptar una de estas medidas sancionadoras o provisionales. Los artículos 30, 32 y 34 de este texto legal le otorgan un ancho margen de apreciación para optar por alguna o algunas de las allí contempladas⁵⁷. Y, como ya sabemos, la determinación de las sanciones y medidas cautelares procedentes en cada caso deberá efectuarse aplicando el principio de proporcionalidad. De entre la amplia gama de sanciones y medidas provisionales susceptibles de ser adoptadas, de acuerdo con lo establecido en dicha Ley, la Administración deberá escoger las que en el caso concreto resulten ser útiles, necesarias y no excesivas para lograr el fin público que les es propio, debiendo desechar las desproporcionadas a estos efectos. Lo cual no significa que la Administración obre en contra de lo establecido por el legislador, sino simplemente que actúa de manera correcta dentro del margen de maniobra que éste le ha dejado. Cuando el órgano competente, por ejemplo, descarta clausurar provisionalmente las instalaciones con ocasión de un procedimiento sancionador incoado por la falta de la preceptiva autorización para emitir CO₂, no está violando lo dispuesto en el artículo 34 citado, sino que, muy al contrario, lo está acatando estrictamente, pues en este supuesto no concurre el requisito legalmente establecido de que la medida sea *necesaria* para asegurar la eficacia de la resolución del procedimiento.

Ahora bien, ¿qué ocurre si la Administración impone alguna de las sanciones o medidas cautelares que en este trabajo hemos considerado desproporcionadas? Si se trata de una sanción, se habrá producido una lesión del derecho fundamental a la «legalidad penal en cuanto comprensivo de la proscripción constitucional de penas desproporcionadas»⁵⁸. Ello implica que el correspondiente acto administrativo, además de impugnabile a través de los recursos ordinarios, podrá ser revisado y declarado nulo de pleno derecho, de oficio o a solicitud de interesado, en cualquier momento⁵⁹, y recurrido ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa a través del procedimiento especial, sumario y preferente para la protección de los derechos fundamentales⁶⁰.

Cuando se trate de una medida cautelar, el derecho vulnerado no será el reconocido en el artículo 25.1 de la Constitución, sino, por regla general, la libertad de empresa, en cuyo caso la desproporción constituirá normalmente una causa de anulabilidad, que los interesados podrán hacer valer a través de los medios ordinarios de impugnación previstos en nuestra legislación. En ambos supuestos, la regla es que la

56. Sobre el problema, vid. nuestro trabajo «La inaplicación administrativa de reglamentos ilegales y leyes inconstitucionales», *RAP*, 155, 2001, pgs. 90 y ss., donde defendemos la tesis afirmativa.

57. Es más, cabe afirmar que el margen otorgado para elegir la sanción procedente es excesivo, hasta el punto de que puede ponerse en duda su conformidad con el mandato de tipicidad del art. 25.1 CE. Las observaciones que en relación con la Ley del Ruido efectúa REBOLLO PUIG, Manuel, «Inspección y régimen sancionador», en *Comentario a la Ley del ruido: Ley 37/2003, de 17 de noviembre*, coord. Blanca LOZANO CUTANDA, Civitas, Madrid, 2004, pgs. 362 y ss., valen también para la Ley 1/2005, habida cuenta de la similitud que en este punto presentan ambas disposiciones legales.

58. STC 136/1999, de 20 de julio (FJ 30).

59. Vid. los arts. 62.1.a) y 102.1 de la Ley 30/1992.

60. Vid. los arts. 114 y ss. de la Ley 20/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Administración quedará obligada a indemnizar a los interesados por los daños que la ejecución de las sanciones o las medidas cautelares les haya podido causar⁶¹.

2. ¿Están obligados los órganos de lo contencioso-administrativo a elevar una cuestión de inconstitucionalidad para anular las sanciones y órdenes de cierre adoptadas al amparo de la Ley 1/2005?

En cualquiera de los dos casos, se plantea el interesante problema de si estos órganos jurisdiccionales pueden anular por su propia autoridad tales sanciones y medidas provisionales desproporcionadas o si, por el contrario, carecen de competencia para ello, debiendo elevar una cuestión de inconstitucionalidad contra los preceptos de la Ley 1/2005 aplicados y esperar a que el Tribunal Constitucional declare su invalidez para luego dictar sentencia. Nuestra opinión es que no están obligados a plantear dicha cuestión.

El artículo 163 de la Constitución dispone que cuando un órgano judicial considere en algún proceso que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, deberá plantear la cuestión. El texto constitucional consagra así un sistema concentrado de control de constitucionalidad de las normas legales, en el que el Tribunal Constitucional monopoliza el poder de inaplicarlas y anularlas.

FERRERES COMELLA y MUÑOZ MACHADO han denunciado recientemente la crisis y los defectos de este sistema, postulando su sustitución por un sistema difuso de control, en el que también los Tribunales ordinarios puedan inaplicar, en determinadas circunstancias, las leyes que estimen inconstitucionales⁶². Frente a los argumentos empleados tradicionalmente para justificar aquel monopolio –la seguridad jurídica y la democracia–, se advierte que los órganos jurisdiccionales, especialmente los del orden contencioso-administrativo, llevan décadas inaplicando y anulando reglamentos, normas abstractas y generales como las leyes e igualmente emanadas de órganos provistos de legitimidad democrática, sin que ello suponga menoscabo alguno de la seguridad jurídica. Y desde hace décadas los Tribunales de los Estados miembros de la Unión Europea vienen inaplicando por su propia autoridad las leyes que estiman contrarias al Derecho comunitario, sin que ello haya ocasionado perjuicios significativos para dichos principios. En ambos casos puede apreciarse que los sistemas de control difuso, complementados con algunos mecanismos que permitan efectuar interpretaciones con efectos jurídicos *erga omnes* de las normas en cuestión –v. gr., la cuestión de ilegalidad contra reglamentos o la cuestión prejudicial comunitaria–, son capaces de proporcionar un nivel de certeza jurídica y de respeto al principio democrático equiparable al que se les supone a los sistemas centralizados. Se ha puesto de manifiesto, asimismo, que los particulares carecen de un recurso directo que les permita defenderse contra las normas de rango legal contrarias a la Constitución, por lo que la única vía que les queda para defender sus derechos e intereses legítimos frente a las mismas es solicitar el planteamiento de la correspondiente cuestión. El gran problema es que esta vía supone la tramitación de un incidente que tardará años en resolverse. Es decir, que la tutela judicial que se les ofrece es, inevitablemente, contraria al derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas reconocido en el artículo 24 de la Constitución.

No causa extrañeza por ello que dicho monopolio haya sido matizado y flexibilizado, que se aprecie una cierta tendencia hacia la descentralización en el control judicial de la ley. De entre las manifestaciones de este fenómeno⁶³ cabe destacar, con los citados autores, la inaplicación judicial de las leyes preconstitucionales y, muy especialmente, la llamada interpretación conforme con la Constitución: cuando un precepto legal es susceptible de varias interpretaciones, hay que escoger alguna de las compatibles con la norma

61. Para el caso de los daños causados por medidas cautelares ilegales, vid. nuestro trabajo «La responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la adopción de medidas cautelares», *REDA*, 125, 2005, pgs. 65-99. En general, sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por actos ilegales, vid. MEDINA ALCOZ, Luis, *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Civitas, Madrid, 2005, esp. pgs. 253 y ss.

62. Vid. FERRERES COMELLA, Víctor, «Integración europea y crisis del modelo centralizado de justicia constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, 65 (II), 2003, pgs. 73 y ss.; MUÑOZ MACHADO, Santiago, en «La garantía jurisdiccional de la integridad y superioridad de la Constitución: la descentralización del sistema», *Revista General de Derecho Administrativo*, 5, 2004, y, sobre todo, en «El control judicial de las normas. La crisis de justicia concentrada y la tendencia a la configuración difusa de las potestades de enjuiciamiento», *Revista General de Derecho Administrativo*, 10, 2005.

63. Otra manifestación de esta tendencia es la inaplicación judicial de las leyes autonómicas en virtud de la cláusula de prevalencia establecida en el art. 149.3 CE. Vid., al respecto, ALONSO MAS, María José, «La prevalencia del Derecho del Estado y la inaplicación judicial de las leyes autonómicas: el caso de las cesiones de aprovechamiento en suelo urbano», *RAP*, 161, 2003, pgs. 305 y ss.

suprema y rechazar aquellas contrarias a la misma. El artículo 5.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial consagra un reflejo de esta máxima al establecer que «procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional». Habida cuenta del significativo menoscabo que para el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas conlleva el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, es muy razonable que los Tribunales ordinarios lo eludan en la medida de lo posible, apurando al máximo los resquicios interpretativos de las leyes.

En el caso que estamos considerando, es muy plausible entender que no concurre la relevancia exigida por el artículo 163 de la Constitución para que surja la obligación de cuestionar la ley⁶⁴, pues el sentido de la resolución del proceso contencioso-administrativo no depende necesariamente de la validez –proporcionalidad– de los preceptos legales aquí analizados. Para que la cuestión sea relevante, el sentido del fallo que debe pronunciar el Tribunal *a quo* ha de estar necesariamente determinado por la validez o invalidez de la disposición legal aplicable al caso. Es decir, ese sentido deberá ser uno u otro según la ley sea válida o inválida.

Pues bien, como antes se ha apuntado, en realidad no hace falta inaplicar la Ley 1/2005 para declarar que a la Administración le está prohibido acordar en un caso concreto el cierre de una empresa con ocasión de un procedimiento sancionador tramitado por infracción de lo establecido en dicha disposición legal. Dado que ésta en ningún caso impone al órgano administrativo competente la orden de cierre, sino que, muy al contrario, le permite siempre escoger entre ésta u otras medidas con arreglo al principio de proporcionalidad, el Juzgador puede entender que ha sido la Administración la que ha actuado inconstitucionalmente, al haber escogido una alternativa que en el caso concreto enjuiciado incurría en una evidente desproporción. Y ello con independencia de que pueda haber o no otras situaciones en las que el cierre previsto por el legislador se ajuste a Derecho. El Juzgador siempre puede llegar a la conclusión de que en el caso enjuiciado la decisión administrativa es desproporcionada, sin necesidad de interrogarse acerca de si el cierre contemplado por la Ley puede ser constitucionalmente lícito en algún caso o es siempre inconstitucional. Esta cuestión es irrelevante a tales efectos. La sentencia contencioso-administrativa siempre puede ser anulatoria, con independencia de que la disposición legal sea válida o inválida.

Todo lo cual no quita que, si el órgano de lo contencioso-administrativo decide finalmente elevar la cuestión, pueda ser oportuno resolverla en aras de la seguridad jurídica, a fin de despejar las dudas existentes sobre la validez de las disposiciones legales cuestionadas, habida cuenta de que, cuando el Tribunal Constitucional pueda pronunciarse cabalmente sobre la (discutible) relevancia de la cuestión, el «mal ya estará hecho» –el retraso en la obtención de la tutela judicial efectiva será ya irreparable–, por lo que, llegados a este punto, al menos podrá aprovecharse la ocasión para aclarar con efectos jurídicos *erga omnes* aquellas dudas. El propio Tribunal Constitucional ha reconocido que en la práctica «ha venido manteniendo en lo posible una concepción no rigorista de las condiciones de admisibilidad [de estas cuestiones] con el fin de propiciar la depuración del Ordenamiento»⁶⁵.

3. La suspensión cautelar del cierre

Con independencia de que eleve o no una cuestión de inconstitucionalidad, el órgano jurisdiccional que conozca del recurso contra la orden de cierre podrá y deberá adoptar las medidas cautelares adecuadas –en especial la suspensión de la ejecución del acto impugnado– para asegurar la efectividad de la sentencia (anulatoria).

Es relativamente frecuente que los Tribunales suspendan con carácter cautelar la ejecución de las resoluciones administrativas que imponen el cierre de un establecimiento, en atención a los significativos perjuicios que a los recurrentes y a terceros causaría dicha ejecución, perjuicios que una eventual sentencia favorable muy difícilmente podría reparar, lo que les impediría obtener una tutela judicial verdaderamente efectiva⁶⁶. Nuestra opinión es que esta medida cautelar resulta especialmente pertinente en los supuestos

64. Sobre el llamado juicio de relevancia, vid., por todos, JIMÉNEZ CAMPO, Javier, «Cuestiones irrelevantes», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 7, 1995, pgs. 79-101.

65. Vid., por ejemplo, el ATC 25/2003, de 28 de enero (FJ 5).

66. Vid., entre otras muchas, las SSTs de 8 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 8433) (rec. 8460/1992), 31 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7477) (rec. casación 6556/1995) y 14 de diciembre de 2000 (RJ 2000, 10482) (rec. casación 11691/1998), así como los AATS de 9 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 8751) (rec. 4529/1991), 15 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10042) (rec. 12314/1991) y 25 de julio de 1995 (RJ 1995, 6103) (rec. 109/1994).

que estamos considerando. Aquí concurren de manera evidente todos los requisitos necesarios para acordar la suspensión⁶⁷.

La existencia de un *periculum in mora* sigue siendo indiscutible, ya que el cierre de la empresa causaría igualmente a su titular los referidos perjuicios irreparables, que convertirían en ineficaz la sentencia favorable que se pudiera dictar, haciendo perder al recurso contencioso-administrativo su finalidad legítima: la obtención de una tutela judicial auténticamente efectiva.

Debe notarse, en segundo lugar, que aquí el *fumus boni iuris* es singularmente intenso, habida cuenta de la grosera desproporción en la que incurren las medidas analizadas previstas en la Ley 1/2005. Si en otros supuestos en los que se impugna la orden de clausura, el hecho de que el Tribunal no albergue duda alguna acerca de la validez de la ley a cuyo amparo se ordena el cierre no constituye obstáculo alguno para suspender su ejecución, mucho menos lo constituirá cuando el Tribunal esté convencido de que la ley aplicada viola la Constitución. La apariencia de buen derecho del recurrente –la probabilidad de que éste obtenga una sentencia favorable– queda entonces notablemente reforzada, lo que constituye un factor que ha de tenerse muy en cuenta a la hora de tutelar cautelarmente sus derechos.

La suspensión, por último, no puede provocar en este caso a una «perturbación grave de los intereses generales o de tercero» justificativa de la denegación de la medida cautelar referida⁶⁸. El Tribunal Supremo ha desestimado en numerosas ocasiones la suspensión de órdenes de cierre que traían causa de alguna (supuesta) infracción medioambiental, considerando con razón que los intereses públicos sanitarios y ambientales que podían verse irreparablemente perjudicados en la hipótesis de que esta medida cautelar fuese adoptada debían prevalecer sobre los legítimos intereses económicos del actor y sus empleados. No obstante, conviene subrayar que en todos esos casos la correspondiente infracción había engendrado un riesgo más o menos acuciante, o incluso daños efectivos, para la salud humana y/o el medio ambiente. Piénsese en lo preocupante que para los vecinos de una instalación puede resultar el hecho de que en ella se realice clandestinamente, sin control público alguno, una actividad insalubre, molesta, nociva o peligrosa⁶⁹. Piénsese en el peligro que representa un vertedero de residuos tóxicos que, de acuerdo con el criterio de la Administración, debe ser clausurado por no cumplir los requisitos legalmente establecidos⁷⁰.

La trascendencia de las infracciones a la Ley 1/2005 es bien distinta, según sabemos ya. Los riesgos sanitarios y medioambientales derivados del dióxido de carbono que una concreta instalación haya podido emitir clandestinamente a la atmósfera son triviales, intrascendentes. Ni de lejos tienen la entidad suficiente como para justificar la clausura, siquiera con carácter cautelar.

VII. RECAPITULACIÓN

La Ley 1/2005, reguladora del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, ha copiado acríticamente el régimen de sanciones y medidas cautelares de la Ley 16/2002, de prevención y control integrados de la contaminación, sin haber tenido en cuenta la distinta función que cumplen estas dos disposiciones legales, ni la circunstancia de que la infracción de los preceptos de esta última encierra una gravedad mucho mayor que la violación de lo establecido por aquélla.

Las emisiones contaminantes que la Ley 16/2002 pretende controlar y que una sola instalación puede engendrar son capaces de causar serios daños al medio ambiente y de poner en grave peligro la salud de las personas. El funcionamiento de una instalación que no se ajuste a los preceptos de esta Ley puede representar, por lo tanto, un riesgo ambiental y sanitario de primer orden.

Resulta extremadamente improbable que las emisiones de dióxido de carbono –que la Ley 1/2005 regula– procedentes de una sola instalación puedan ocasionar daños sanitarios o ambientales significativos. La infracción de sus preceptos engendra, en consecuencia, un riesgo ambiental y sanitario prácticamente

67. Sobre estos requisitos, vid., por todos, DE LA SIERRA, Susana, *Tutela cautelar contencioso-administrativa y Derecho europeo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pgs. 223 y ss.

68. Vid. el art. 130.2 de la Ley 29/1998.

69. Vid., entre otras muchas, las SSTs de 5 de febrero de 2001 (RJ 2001, 1730) (rec. casación 10611/1998), 5 de abril de 2001 (RJ 2001, 3029) (rec. casación 1548/1999), 17 de diciembre de 2001 (RJ 2002, 7849) (rec. casación 8520/1996), 24 de abril de 2002 (RJ 2002, 4075) (rec. casación 3767/2000) y 12 de junio de 2002 (RJ 2002, 5633) (rec. casación 3526/2000).

70. Vid. la STS de 11 de diciembre de 2000 (RJ 2000, 9996) (rec. casación 6876/1998).

intrascendente. El legislador tan sólo pretende internalizar el coste económico de estas emisiones, al permitir al titular de cada instalación emitir cuantas toneladas de CO₂ desee siempre que entregue a la Administración los derechos de emisión correspondientes. Dicha Ley viene a cumplir, pues, una función equivalente a la de una disposición legal que gravase con un tributo ambiental tales emisiones.

El cierre de la empresa previsto para algunas infracciones tipificadas en la Ley 1/2005 constituye una sanción manifiestamente desproporcionada. En primer lugar, porque hay otras sanciones que tienen la misma eficacia disuasoria o incluso superior –las multas o la privación de libertad de los responsables– y, en cambio, no ocasionan unos costes para la sociedad –en especial para los trabajadores y otras personas inocentes que dependen económicamente del funcionamiento de la empresa– tan elevados. En segundo lugar, porque el legislador, al establecer aquí una sanción de esta magnitud, se ha apartado arbitrariamente de las ponderaciones efectuadas por él mismo en supuestos comparables. Resulta incongruente dar el mismo castigo a quienes infringen la Ley 16/2002, causando daños ambientales y/o poniendo en peligro la salud humana, que a los infractores de la Ley 1/2005, pues en este último caso los daños y peligros que para dichos bienes jurídicos representa el ilícito son insignificantes. Resulta incongruente que esta Ley imponga una sanción, la de cierre, mucho más grave que la prevista por el legislador para otras infracciones que encierran la misma gravedad, como son las de las normas que establecen tributos ambientales.

No menos desproporcionado es clausurar cautelarmente una empresa para asegurar la eficacia de la decisión que ponga fin a los procedimientos sancionadores tramitados por infracciones a la Ley 1/2005. De un lado, porque esta medida es innecesaria para garantizar el cumplimiento de una resolución absolutoria o que imponga el cierre de la empresa. De otro, porque constituye una medida inútil para asegurar el pago de una eventual multa o la entrega de los derechos de emisión. Es más, resulta contraproducente, en la medida en que agrava la situación económica del responsable y, con ello, el riesgo de que éste no pueda pagar las multas ni comprar los correspondientes derechos para luego entregárselos a la Administración.

El cierre de la empresa también resulta excesivo si lo que se busca es proteger provisionalmente la salud humana o el medio ambiente frente a los efectos nocivos o riesgos engendrados por una infracción a la Ley 1/2005, y ello por la sencilla razón de que los riesgos sanitarios y ambientales creados por estas infracciones son prácticamente insignificantes, ni de lejos tienen la magnitud suficiente como para justificar una medida tan grave.

La Administración, en consecuencia, a la hora de elegir entre la amplia gama de sanciones y medidas cautelares previstas en la Ley 1/2005 no podrá escoger las que impliquen la clausura de la correspondiente instalación. La desproporción de las resoluciones que impongan en estos casos la clausura determinará su invalidez y, si se trata de sanciones, incluso su nulidad de pleno derecho. Además de impugnarlas a través de los medios procedentes, los afectados podrán exigir de la Administración una indemnización por los daños que estos actos antijurídicos les hayan causado.

Los Tribunales, por su parte, podrán anular por su propia autoridad los actos administrativos que impongan el cierre de la empresa por infracciones a la Ley 1/2005, sin necesidad de elevar previamente una cuestión de inconstitucionalidad. Cuestión que aquí es en realidad irrelevante, porque con independencia de que los preceptos de esta Ley que contemplan la posibilidad de la clausura se ajusten o no a la Constitución, el órgano jurisdiccional siempre puede anular las resoluciones impugnadas al entender que ha sido la Administración la que ha actuado inconstitucionalmente, al haber escogido de entre todas las sanciones y medidas cautelares previstas por el legislador una que en el caso concreto incurría en desproporción.

En los correspondientes procesos contencioso-administrativos los Tribunales deberán acordar, si el actor lo solicita, la suspensión cautelar de la orden de cierre, en atención a los perjuicios difícilmente reparables que con toda probabilidad éste ocasionaría, a la evidente apariencia de buen derecho del recurrente y a que, en estos casos, la suspensión no puede causar una «perturbación grave de los intereses generales o de terceros».