

Paradoja Harrington en España

Juan F. Sánchez Otharán ¹

En España las conductas que atacan al medio ambiente se encuentran incluidas dentro del numerus clausus de delitos que pueden cometer las personas jurídicas. En efecto, la mayoría de los delitos contra ese bien jurídico serán ejecutados en ocasión del desarrollo de algún tipo de actividad con fin de lucro. En ese sentido, es pertinente realizar una evaluación de la función disuasoria de la sanción penal mediante las herramientas que otorga el análisis económico del derecho. Ese método parte de la teoría de la “elección racional”. Según esa teoría todos los sujetos realizarán actividades que logren una maximización en sus beneficios. Sin embargo, se ha descubierto que en el ámbito medioambiental se produce una paradoja por la cual las empresas actúan de forma “irracional” sobre cumpliendo con sus obligaciones legales.

Sumario

I. Introducción II. La paradoja Harrington o ¿por qué cumplen las empresas? III. Intentos de explicación del fenómeno IV. Reflexión final

I. Introducción

Desde el enfoque del análisis económico del derecho (en adelante AED) la comisión de un delito es producto de una decisión racional basada en la maximización de ganancias y minimización de costes². En ese sentido, los analistas económicos del derecho asemejan al castigo con el precio que el delincuente

¹ Abogado por la Universidad Católica Argentina de Buenos Aires, Magister en Derecho Penal por la Universidad Austral de Argentina, Master en Derecho Penal y Ciencias Penales por la Univ. Pompeu-Fabra y Uni. Barcelona. Master en Estudios Jurídicos Avanzados dictado por la UB. Ha realizado posgrado en Compliance, dictado por la Univ. Pompeu Fabra-Carlos III de Madrid-KPMG. Es Doctor por la Universidad de Barcelona, obteniendo la máxima calificación Cum Laude.

² Si bien existe mucha bibliografía sobre esta cuestión, propongo leer como contenido básico a la siguiente: POSNER, R. A. El análisis económico del Derecho, Fondo de Cultura Económica, 2013, México D. F., p. 350; BECKER, G. *Crime and Punishment: an Economic Approach*, en *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, Eds. BECKER, G./LANDES, M., NBER, 1974, p. 3 y ss.

debe “abonar” por la fechoría cometida. Ese precio que representa el castigo dependerá de la magnitud de la sanción y de la probabilidad de que se torne efectiva.

En definitiva, este enfoque considera al delito como una actividad rentable cuando el beneficio obtenido por el delito sea superior al costo esperado por el autor. Sin embargo, en el ámbito medioambiental, pareciera que esta teoría no siempre se cumple. A continuación, se desarrollará muy brevemente este fenómeno en España.

II. La paradoja Harrington o ¿por qué cumplen las empresas?

Un fenómeno que llama la atención a los autores especializados es el alto cumplimiento de la normativa protectora del medioambiente por parte de las grandes corporaciones. Ello se debe a que, si nos atenemos estrictamente a lo que surge del modelo de disuasión basado en la teoría de la elección racional, no parece del todo racional acatar la normativa. Incluso en algunos casos existe un sobre cumplimiento de las normas, ya que la probabilidad de ser aprehendidos no es realmente alta y las sanciones parecieran no significar un gran costo en comparación con los patrimonios de algunas empresas. A este fenómeno de cumplimiento por parte de un gran número de empresas se le denomina paradoja HARRINGTON, en honor a quién lo advirtiera por primera vez.³ En concreto, HARRINGTON advirtió que, en EE. UU., los estudios empíricos sobre el cumplimiento de las reglamentaciones ambientales, especialmente las referidas a la contaminación del agua y aire, han demostrado que: 1) para la mayoría de las empresas la frecuencia de vigilancia es bastante baja; 2) incluso cuando se descubren las infracciones, las multas u otras sanciones raramente se aplican en la mayoría de los estados; 3) sin embargo, se cree que las empresas cumplen una gran parte del tiempo.⁴

Este fenómeno parece darse, también, en España. Para analizarlo, tomaremos como referencia el listado de las veinte empresas que realizan una mayor cantidad de emisiones de CO₂ según el informe realizado

³ Cfr. FAURE, M./SVATIKOVA, K. *Criminal or Administrative Law to Protect the Environment? Evidence from Western Europe*, en *Journal of Environmental Law*, vol. 24, 2012, pp. 253-286; ABBOT, C., *Enforcing Pollution Control Regulation. Strengthening Sanctions and Improving Deterrence*, Hart Publishing, 2009, Portland, p. 28.

⁴ Cfr. HARRINGTON, W. *Enforcement leverage when penalties are restricted*, en *Journal of Public Economics*, 1988, vol. 37 (1), pp. 29-53. Ver también, HEYES, A., RICKMAN, N. *Regulatory dealing - revisiting the Harrington paradox*, en *Journal Of Public Economics*, Jun, 1999, vol.72 (3), pp. 361-378; VANDENBERGH, M. *Beyond Elegance: A Testable Typology of Social Norms in Corporate Environmental Compliance*, en *Stanford Environmental Law Journal*, 22, 2003, p. 127 ss.

por el Observatorio de la Sostenibilidad⁵. En efecto, según ese estudio, las veinte empresas que emiten una mayor cantidad de CO₂ a la atmósfera en España son las siguientes: Endesa, Repsol + Petronor, Gas Natural Fenosa, Hidrocarbónico, ArcelorMittal, EON, Cepsa, Cemex, Iberdrola, Cementos Portland, Cementos Tudela Veguin, Central térmica Velilla del Río Carrión, Lafarge Cementos, Alcoa, Sociedad Financiera y Minera SA, Holcim España, BP Oil España, SAU, Fertiberia, Dow Chemical Ibérica y Solvay.

Tabla 1: empresas españolas que más emisiones de CO₂ realizan. Cumplimiento normativo.

Repsol	1) Política de salud, seguridad y medioambiente. 2) Informe de sostenibilidad.
Endesa	1) Política de cumplimiento normativo penal y antisoborno. 2) Informe de sostenibilidad. 3) Principios generales para la prevención de riesgos penales.
Acelormetal	1) Política ambiental. 2) Informe de sostenibilidad.
Cemex	1) Declaración medioambiental. 2) Certificación AENOR del Esquema Europeo de Ecogestión y Ecoauditoría. 3) Política ambiental.
ALCOA	1) Reporte de sustentabilidad.
Cementos Portland	1) Política ambiental. 2) Memoria de sostenibilidad.
Gas Natural Fenosa	1) Declaración medioambiental. 2) Código ético (4.15: Respeto al medio ambiente). 3) Criterios de gestión de activos nucleares. 4) Informe: Huella de carbono. 5) Certificado global del sistema de gestión ambiental.
Cementos Tudela	1) Código de conducta: establece sistema de control para prevenir delitos.

⁵ Observatorio de la Sostenibilidad, Responsabilidad de las grandes empresas energéticas e industriales de España en el cambio climático. Emisiones de gases de efecto invernadero de grandes empresas. GEI x EMP. CC17., informe basado en el Registro Nacional de Emisores, por una política inteligente de cambio climático; <www.observatoriosostenibilidad.com>

CEPSA	1) Código de ética y de conducta: p. 23: Protección del medio ambiente. 2) Política de salud, seguridad, medio ambiente y calidad (HSEQ).
Iberdrola	1) Declaración Ambiental. 2) Informe de sostenibilidad.
E.ON	1) Informe de sostenibilidad.
HCH	1) Política de medio ambiente.
Holcim	1) Política de responsabilidad social corporativa. 2) Política medioambiental.
EDP	1) Principios de desarrollo sostenible
SOLVAY	Incluye en sus políticas un compromiso con el planeta.

Luego de analizar la documentación publicada por esas empresas en sus respectivas páginas web, podemos observar que todas, en principio, cumplen con las normativas vigentes. Asimismo, las veinte poseen una política ambiental y la mayoría asumen compromisos ambientales de todo tipo, participando y apoyando asociaciones e instituciones protectoras del medioambiente. También aparentan una gran transparencia sobre sus acciones. Para ello, la mayoría realiza informes sobre la sostenibilidad ambiental de la empresa.

En el cuadro anterior (tabla 1), podemos ver quince de las empresas que más emisiones generan en la atmósfera de España y, en la celda continua, las manifestaciones de cumplimiento con el que cuentan en la organización corporativa.

Tomando estos parámetros, y al solo efecto de considerarlos indiciarios, podríamos deducir que la paradoja HARRINGTON sucede también en España (al menos en el sector industrial que realiza grandes emisiones de CO₂).

Esta situación evidentemente deja abierta una interrogante: ¿por qué las empresas parecen cumplir más de lo previsto por la teoría?

La respuesta no es unívoca. Evidentemente, esta situación podría sugerir que el enfoque económico racional no responde completamente a la dinámica empresarial y su relación con el medioambiente. Pareciera, desde un punto de vista de disuasión puro, que las empresas que cumplen —o que lo hacen incluso por demás— con las normativas protectoras del medioambiente, lo hacen de manera irracional.

III. Intentos de explicación del fenómeno

Existen diversos intentos por explicar el fenómeno descrito en el punto anterior. Entre ellos, pueden destacarse los siguientes:

a) Teoría de la legitimidad: esta línea de pensamiento parte de la siguiente premisa: el modelo de “contaminador racional” puede ofrecer únicamente una visión parcial del comportamiento organizacional. En ese sentido, esta teoría sugiere que las organizaciones existen por el consentimiento de la sociedad a través de una especie de contrato social. Si la organización incumple ese contrato social, entonces su supervivencia se verá amenazada.⁶

En concreto, podría afirmarse que habrá legitimidad cuando una condición o estado es congruente con el sistema de valores del sistema social más amplio del cual la entidad es parte. Cuando exista una disparidad, real o potencial, entre los dos valores de ese sistema, existe una amenaza a la legitimidad de la entidad.⁷ Por ello, las organizaciones se preocupan por la legitimidad dado que es esencial para su supervivencia a largo plazo.

b) Licencia social y cumplimiento: otro argumento que suele utilizarse para explicar el fenómeno del cumplimiento por parte de las empresas incluso más allá de las obligaciones legales viene de la mano de una posible censura pública. En ese sentido, los grupos comunitarios y las organizaciones no gubernamentales juegan un papel importante como grupos de presión para las empresas con el objetivo de que reduzcan sus impactos sociales adversos. Por ello, se trata de actuar conforme a una “licencia social”, ello significa que están obligados a cumplir expectativas de la sociedad y evitar actividades y conductas que las sociedades consideran inaceptables. A esos fines, puede definirse la licencia social como las demandas y expectativas para una empresa originadas en los barrios, grupos ambientalistas, miembros de la comunidad y otros elementos de la sociedad civil circundante.⁸

⁶ Cfr. EMERY, A./WATSON, M. *Organizations and environmental crime*, en *Managerial Auditing Journal*, 01 de agosto de 2004, Vol. 19 (6), pp. 741-759.

⁷ Cfr. DOWLING, J./PFEFFER, J. *Organizational legitimacy: societal values and organizational behavior*, en *Pacific Sociological Review*, vol. 18, N.º. 1, 1975, pp. 122-36.

⁸ Cfr. GUNNINGHAM, N./KAGAN, R./THORNTON, D. *Social License and Environmental Protection: Why Businesses Go Beyond Compliance*, en *Law & Social Inquiry*, abril, vol. 29 (2), 2004, pp. 307-341. Señalan estos autores que incluso, en algunos casos, las condiciones exigidas por los «licenciantes sociales» pueden ser más estrictas que las impuestas por la regulación, lo que arroja como resultado medidas ambientales corporativas «más allá del cumplimiento», aún en circunstancias donde es poco probable que sean rentables. Estos mismos autores señalan que un buen ejemplo de esto es lo que sucede con las plantas de celulosa y pasta de papel. En un estudio en que se entrevistó a distintos gerentes de empresas de este rubro, la mayoría estuvo de acuerdo en que la presión

c) Normas internas: Mediante un marco conceptual de disuasión alternativo, VANDENBERGH propone incorporar, al tradicional binomio probabilidad de detección–severidad de sanción, la presencia de un tipo de sanción que denomina «interna». Este autor parte de la premisa de la racionalidad de la toma de decisiones. De ese modo los costos y beneficios influyen en las intenciones del comportamiento de los individuos. En este marco, las sanciones formales son uno de esos costos percibidos. Sin embargo, el modelo de disuasión tradicional diferencia, por un lado, los costos percibidos de las normas externas (aquellos que surgen de las expectativas del individuo de que las sanciones sociales externas se impondrán si otros se enteran de la violación de la norma) y los costos que derivan de las normas internas (que surgen de la expectativa individual respecto de la culpa o vergüenza que sentirá por violar la ley).

Así, desde este enfoque, existen tres factores determinantes: el primero es el temor a las sanciones legales formales, que serían los costos comúnmente incluidos en el modelo de disuasión clásico. El segundo, el temor a las sanciones informales, es simplemente —según el autor— el miedo a las sanciones de normas externas; y el tercer factor consiste en el compromiso moral de cumplir con la ley (norma interna).⁹

Según el autor citado, una norma interna puede surgir cuando un individuo internaliza una estrategia o patrón de comportamiento como una obligación. Las normas internas también pueden ser inculcadas a través de contactos con familiares, amigos, grupos educativos y religiosos u otras organizaciones. Un individuo puede internalizar una norma ampliamente compartida y ejecutada por otros, y en ese caso la norma puede funcionar tanto a través de sanciones internas como externas.¹⁰

social era determinante en su actividad. Así, por ejemplo, cuando una empresa se enfocó principalmente en el uso de cloro como agente blanqueador, las comunidades a menudo han hecho que el control del olor y otros problemas estéticos sean parte de las licencias sociales y regulatorias de las fábricas de celulosa. Cuando en una entrevista se le preguntó a un funcionario de qué estaba más orgulloso del programa ambiental, la respuesta inequívoca fue: la reducción del olor.

⁹ Cfr. VANDENBERGH, M., op. cit., pp. 67-68.

¹⁰ *Ibidem*, p. 69. Un buen ejemplo de esto es el estudio realizado por KUPERAN /SUTINEN, *Blue water crime: deterrence, legitimacy, and compliance in fisheries*, en *Law and Society Review*, 1998, pp. 309-338, en relación con la disuasión de la actividad pesquera. Los autores advierten que el sistema de disuasión clásico no funciona como un predictor correcto de la conducta de los pesqueros ya que la probabilidad de aprehensión de aquellos que pescan de forma ilegal es muy baja. De acuerdo con el enfoque de la disuasión beckeriano, la predicción indica que los pescadores incumplirán la norma, ya que es lo que resulta racionalmente más beneficioso desde un punto de vista económico. Sin embargo, los investigadores observan que una alta proporción (de 50 % a 90 %) de los pescadores normalmente cumplen con las regulaciones. Los autores citados encuentran una explicación al cumplimiento en el sentido de obligación moral, que expresa la obediencia hacia un conjunto de reglas y que es común a toda la sociedad. Así, los individuos tenderían a cumplir la ley en la medida en que la perciben como apropiada y consistente con sus formas internalizadas.

IV. Reflexión final

Pareciera que, en el ámbito medioambiental, la prevención de delitos en el sector empresarial no se logra únicamente con la amenaza de sanción. Como vimos anteriormente existen factores que impulsan a las empresas a cumplir por demás con las exigencias legales. Y ese sobre cumplimiento no es el resultado del temor al castigo ni a la alta probabilidad de condena.

Evidentemente, como señala MIRÓ, la norma penal no solo se manifiesta como una amenaza que influye en el comportamiento humano; sino que tiene otro efecto comunicativo relacionado con las motivaciones conductuales humanas, como las creencias morales y la pertenencia a un grupo social.¹¹ Así, señala el autor citado que «la norma penal no es solo una amenaza, sino la expresión del modelo de conducta socialmente adecuado y revestido de legitimidad formal y, usualmente, material. Y al tipificarse una conducta y adscribirse a ella una pena, siempre que eso se haga desde un sistema legítimo y en correspondencia con las intuiciones de justicia generales, se está comunicando a las personas que ese comportamiento es considerado por la sociedad como un modelo de conducta no válido, activándose, así, tanto el mecanismo de influencia social como el de la legitimidad moral».¹²

En consecuencia, traspasando estas ideas (junto con lo visto en puntos anteriores) al ámbito empresarial, cuando se piense en un modelo de prevención de delito medioambiental, no debería tenerse únicamente en cuenta la sanción esperada y su eventual probabilidad de efectivizarse en la realidad (aunque sea uno de los factores más importantes a la hora de evaluar el efecto disuasivo de la pena), sino que debe destacarse y evaluarse, también, el contexto y circunstancias sociales y morales en que la actividad se desarrollará.

Bibliografía

ABBOT, C.: *Enforcing Pollution Control Regulation. Strengthening Sanctions and Improving Deterrence*, Hart Publishing, 2009, Portland.

BECKER, G.: *Crime and Punishment: an Economic Approach*, en *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, Eds. BECKER, G./LANDES, M., NBER, 1974.

¹¹Cfr. MIRÓ LLINARES, F., «La función de la pena ante el “paso empírico” del derecho penal», Revista General de Derecho Penal, Ed. Iustel, n.º 27, mayo, 2017.

¹²*Ibidem*.

DOWLING, J./PFEFFER, J.: *Organizational legitimacy: societal values and organizational behavior*, en *Pacific Sociological Review*, vol. 18, N.º. 1, 1975.

EMERY, A./WATSON, M.: *Organizations and environmental crime*, en *Managerial Auditing Journal*, 01 de agosto de 2004, Vol.19 (6).

FAURE, M./SVATIKOVA, K.: *Criminal or Administrative Law to Protect the Environment? Evidence from Western Europe*, en *Journal of Environmental Law*, vol. 24, 2012.

GUNNINGHAM, N./KAGAN, R./THORNTON, D.: *Social License and Environmental Protection: Why Businesses Go Beyond Compliance*, en *Law & Social Inquiry*, abril, vol. 29 (2), 2004.

HARRINGTON, W.: *Enforcement leverage when penalties are restricted*, en *Journal of Public Economics*, 1988, vol. 37 (1).

HEYES, A., RICKMAN, N.: *Regulatory dealing - revisiting the Harrington paradox*, en *Journal Of Public Economics*, Jun, 1999, vol.72 (3).

KUPERAN K. / SUTINEN J.: *Blue water crime: deterrence, legitimacy, and compliance in fisheries*, en *Law and Society Review*, 1998.

MIRÓ LLINARES, F.: *La función de la pena ante el "paso empírico" del derecho penal*, Revista General de Derecho Penal, Ed. Iustel, n.º 27, mayo, 2017.

OBSERVATORIO DE LA SOSTENIBILIDAD, *Responsabilidad de las grandes empresas energéticas e industriales de España en el cambio climático. Emisiones de gases de efecto invernadero de grandes empresas. GEI x EMP. CC17., informe basado en el Registro Nacional de Emisores, por una política inteligente de cambio climático*; <www.observatoriosostenibilidad.com> (visto por última vez el 16/04/18).

POSNER, R. A.: *El análisis económico del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, 2013, México D. F.

VANDENBERGH, M.: *Beyond Elegance: A Testable Typology of Social Norms in Corporate Environmental Compliance*, en *Stanford Environmental Law Journal*, 22, 2003.