

MARCO LEGAL DE LAS AUDITORÍAS AMBIENTALES EN EL MUNDO

Jorge Roberto BRACAMONTES ALDANA

SUMARIO: I. *Introducción*. A. *La auditoría ambiental en el continente americano*. B. *La auditoría ambiental en los Estados Unidos de Norteamérica*. II. *Beneficios de las auditorías ambientales*. A. Auditoría previa a la violación. B. *Auditorías pos-violación*. III. *Riesgos de las auditorías ambientales en Estados Unidos y cómo aminorarlos*. A. *Políticas gubernamentales respecto a la información derivada de las auditorías*. B. *Recursos en contra de la "divulgación"*. C. *Manejo de riesgos asociados con la revelación*. IV. *Desarrollo e implementación de programas de auditorías ambientales*. V. *La auditoría ambiental en la Comunidad Económica Europea*. VI. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

La Cámara de Comercio Internacional sostiene:

que la protección efectiva del ambiente se alcanza mejor a través de la correcta combinación de legislación/regulación y de políticas y programas establecidos de manera voluntaria por la industria... La auditoría ambiental constituye un componente importante de dichas políticas voluntarias.¹

Con la apertura de nuevos mercados internacionales, derivada de la caída de los líderes comunistas en Alemania del Este, Checoslovaquia, Bulgaria, Rumania y la ex Unión Soviética, así como del fin de la guerra fría, la agenda internacional se aboca más a exhortar tanto la cooperación entre las diversas economías de mercado como a proteger el medio

¹ ICC Position Paper on Environmental Auditing, Adopted by the ICC Executive Board at it's 56th Session, 29 November 1988, citado en Lawrence B Cahill & Raymond W. Kane, *Environmental Audits*, 6a. ed., 1994.

ambiente, dentro de una economía cada vez más global, en lugar de las confrontaciones militares. Bajo este contexto se vuelve esencial buscar la coherencia dentro del laberinto del establecimiento de políticas, acuerdos internacionales e instituciones internacionales que afectan el diario intercambio entre las gentes y las naciones.

La implementación de reglas de control de calidad tales como la ISO,² en su última versión, la ISO 14,000, cuyos estándares se espera entren en vigor a principios de 1996, tendrán una gran influencia para guiar a las empresas del mundo que deseen contar con la calificación ISO 14,000, en la estructuración de sus políticas de administración ambiental. De manera más concreta, éstas versan sobre la administración de estructuras, su planeación y la auditoría ambiental de dichas estructuras.

Las auditorías ambientales internacionales reciben en la actualidad cada vez más atención tanto de compañías de Estados Unidos como de diversas compañías internacionales; la mayor evidencia de esto la representa el ensayo publicado por la Cámara de Comercio Internacional respecto a la auditoría ambiental,³ en 1988. Dicho ensayo apoya la implementación de programas de auditoría voluntarios. Por lo que toca a Estados Unidos, la mayoría de las compañías que tienen una presencia internacional, llevan a cabo auditorías rutinarias de sus instalaciones de ultramar.

La mayoría de las compañías industriales multinacionales que cuentan con un programa de auditoría ambiental mundial, lo desarrollaron con objetivos cercanamente paralelos a las metas y objetivos de los programas domésticos de auditoría. Realizando un corte transversal de los objetivos típicos de los programas de auditoría mundiales de las 200 compañías mundiales reconocidas por la revista *Fortune*, encontramos lo siguiente:

Proveer verificación independiente respecto a que las operaciones de la Corporación están acordes con las leyes del país huésped.

Asegurarse de que las políticas, procedimientos y prácticas ambientales de la Corporación sean observadas en sus plantas de ultramar.

Identificar y evaluar todas las condiciones peligrosas, actividades u operaciones que conlleven un riesgo a la planta o al público.

2 El sistema de certificación ISO, cuya versión más conocida es la ISO 9,000, que ha emitido miles de certificados, se ha convertido en el parangón más fidedigno para evaluar a las empresas que cumplen con él.

3 *Ibid.*, p. XVII-1.

Garantizar que se han establecido procedimientos para manejar emergencias e incidentes ambientales.⁴

Respecto al último punto, de emergencias e incidentes, hay que reconocer que la tragedia de Bophal, India, de diciembre de 1984,⁵ constituye el factor primordial que encauzó el desarrollo de los programas internacionales de auditorías. No obstante que varias empresas norteamericanas con oficinas alrededor del mundo, hubiesen establecido programas previos a la explosión en Bophal, ésta marcó la pauta para que de forma más acuciosa se revisaran tanto programas como objetivos. Como resultado, la mayoría de los programas de auditoría internacionales parecen concentrarse más en “la evaluación del riesgo” de actividades y operaciones peligrosas que en el cumplimiento detallado de los programas de auditoría ambiental domésticos.

Los programas de auditoría ambiental mundiales se estructuran de manera totalmente separada de los programas domésticos de auditoría, dentro de la organización de una compañía. En la mayoría de los casos, se designa a una persona o a un grupo dentro de la administración corporativa de la compañía, el cual se dedica completamente a operar el programa de auditoría mundial; lo anterior debido a la necesidad de viajar, las comunicaciones de ultramar, la actualización de leyes, regulaciones y demás, que requieren de un esfuerzo de tiempo completo.⁶

En general, las compañías norteamericanas cuyas matrices están en los Estados Unidos, han emitido por escrito la política que con toda claridad coloca la responsabilidad del cumplimiento y protección sobre los directores o funcionarios a cargo de las instalaciones mundiales. El mensaje es claro y coinciden más de 100 compañías de las más importantes:

La protección ambiental responsable es una de las áreas prioritarias que se toman en cuenta para evaluar el desarrollo profesional de los funcionarios.

La administración de todas las plantas de producción de las compañías, laboratorios de investigación y demás unidades de producción, deben asegurarse de garantizar operaciones y de que sus instalaciones cumplan con los requerimientos de las políticas corporativas al igual que con las leyes aplicables y regulaciones gubernamentales.⁷

4 Véase *supra* nota 1, p. XVII-2.

5 *In re Union Carbide Corporation Gas Plant Disaster at Bophal India in December, 1984*, 634 F. Supp. 842 (S.D.N.Y. 1986), *modified on other grounds*, 809 F.2d 195 (2d Cir. 1987).

6 *Supra* nota 1, p. XVII-3.

7 *Ibidem*.

El grado en que estas políticas y procedimientos se ejecutan por parte del grupo o individuo encargado dentro de estas compañías, constituye un punto particular dentro de los programas de auditoría internacional; de hecho, para las subsidiarias internacionales, en las que la compañía establecida en los Estados Unidos detenta la mayoría de las acciones, el cumplimiento con dichos programas simplemente se dicta desde ésta. Sin embargo, muchas compañías norteamericanas poseen un interés minoritario en sus plantas de ultramar, lo que hace que el apego a sus políticas ambientales corporativas se vuelva más difícil de alcanzar. Bajo estas circunstancias, existe gran sutileza por parte de la minoritaria en sugerir y recomendar que la mayoritaria adopte las políticas de la primera o emita una propia que concuerde y dé apoyo a nivel gerencial a las prácticas gerenciales de la minoritaria.

El papel que desempeña la administración corporativa

El papel que desempeña la administración corporativa de las compañías, cuyos cuarteles generales se encuentran en los Estados Unidos dentro de los programas mundiales de auditorías ambientales, no termina con la promulgación de las políticas ambientales descritas con anterioridad.

Las actividades corporativas generalmente incluyen:

Proveer asesoría y apoyo en tecnología ambiental a sus subsidiarias foráneas o unidades operativas de sus unidades o divisiones domésticas.

Llevar a cabo programas de entrenamiento para los gerentes ambientales de las instalaciones y demás funcionarios con responsabilidades similares.

Proveer información y funciones de centro de distribución a fin de asegurar el acceso a la información tecnológica y a los bancos de datos.

Participación en seminarios, conferencias internacionales y demás simposios que demuestren el apoyo en programas ambientales a las naciones extranjeras.

Asistencia en el desarrollo de lineamientos y procedimientos ambientales escritos que ayuden a las instalaciones de ultramar a operar de conformidad con prácticas adecuadas de administración.

Llevando a cabo auditorías ambientales y/o evaluación de riesgo, ya sea de manera independiente o conjuntamente con las unidades corporativas foráneas.⁸

⁸ *Ibid.*, p. XVII-4.

El personal que generalmente se encarga de los programas ambientales internacionales en la mayoría de las compañías es tan pequeño que va de una a tres personas. Es sorprendente ver que muchas de las compañías más grandes de los Estados Unidos, tienen tan sólo a una persona asignada a programas internacionales.⁹ Con el creciente y renovado interés de conducir más y con mayor frecuencia auditorías ambientales, algunas compañías han incrementado su personal internacional o contratado firmas externas para que les proporcionen asesoría.

El número de auditorías/evaluación de riesgo ambientales, varía substancialmente de acuerdo con factores como ubicación de las plantas, grado del riesgo, preocupación y dureza de las leyes ambientales del país huésped.¹⁰ Es interesante ver que la mayoría de las compañías norteamericanas multinacionales se enfocan únicamente en llevar a cabo auditorías ambientales en países que tienen leyes ambientales débiles basándose en la creencia de que sus riesgos son mayores ahí que en aquellos países que cuentan con leyes ambientales similares. Dentro de un sondeo de las compañías norteamericanas, arrojó un rango de auditorías ambientales terminadas de un promedio anual de entre 10-30 instalaciones.¹¹

Diseño de programas de auditoría ambiental internacional

Es importante entender tanto el alcance de los programas de auditoría ambiental internacional como los estándares bajo los que se va a evaluar. A continuación se describe el proceso que se emplea y que consta de dos fases.

Las auditorías fase 1 consisten en la generalidad de la concepción del problema ambiental, es decir, una investigación sobre los requerimientos y prácticas ambientales dentro de las instalaciones. De manera típica se emplea una lista general, diseñada como una herramienta para conseguir información acerca de las operaciones de la planta en cuestión, químicos y prácticas, e información sobre los alrededores de ésta (agua subterránea, agua superficial, suelos).

De esta información, el auditor emite un juicio respecto al riesgo al público y al ambiente que representa la instalación. La clasificación que se

⁹ *Ibidem.*

¹⁰ *Ibidem.*

¹¹ *Ibidem.*

obtiene, determinará la ulterior decisión sobre las instalaciones que necesitan más atención y/o subsecuentes auditorías.

En la fase 2, las instalaciones que se determinaron con mayor riesgo, se someten a una auditoría más detallada confeccionada para verificar el peligro potencial y la solución, mitigación o eliminación del riesgo.

De lo anterior se desprende que los programas de auditoría ambiental internacional parecen tener como común denominador el enfocarse más en la evaluación del “riesgo ambiental”, que en el cumplimiento de los requerimientos administrativos y procedimentales de las regulaciones.

Desempeño de las auditorías ambientales internacionales

Debido a que se repiten muchos de los pasos señalados en el capítulo de la auditoría ambiental en los Estados Unidos de Norteamérica, relacionados con la conducción de auditorías ambientales, este subcapítulo se enfocará únicamente a las diferencias o problemas especiales que se suscitan al llevar a cabo auditorías alrededor del mundo. Utilizando los mismos tres pasos que se emplean en la realización de una auditoría, descritos en el siguiente capítulo —auditoría previa a la violación, auditorías pos-violación y actividades en sitio—, se analizan las cuestiones claves con las que se enfrentan las compañías transnacionales dentro de sus programas de auditorías.

Auditoría previa a la violación

Tal como se describe con anterioridad, se requiere de un esfuerzo adicional para llevar a cabo tanto la investigación legal como la evaluación de las leyes y demás regulaciones ambientales del país donde se encuentran las plantas e instalaciones. En el caso de las transnacionales que tienen su oficina principal en los Estados Unidos, éstas cuentan con fuentes adicionales de información, tanto las embajadas ubicadas en Washington, como el “International Environmental Reporter of the Bureau of National Affairs”, ubicado también en Washington.

El aviso y confirmación de las fechas y alcance de la auditoría se deben dar con más premura que la dada en auditorías domésticas. La mayoría de las compañías mandan una carta señalando los requerimientos de la auditoría ambiental que se le practicará a la instalación foránea, cuando

menos con un mes de anticipación. Faltando una semana para que se realice, se manda una segunda confirmación vía telefónica o fax.

A. La auditoría ambiental en el continente americano

México, la industria petrolera

El 17 de febrero de 1993, Petróleos Mexicanos¹² y Sedesol¹³ suscribieron las “Bases de colaboración para la realización de auditorías ambientales en las instalaciones de los organismos subsidiarios de Petróleos Mexicanos¹⁴ (Pemex Exploración y Producción, Pemex Gas y Petroquímica, Pemex Petroquímica y Pemex Refinación). A la fecha, la institución ha realizado 33 auditorías y cinco más se encuentran en proceso de licitación,¹⁵ la auditoría de seguridad industrial, protección ambiental y ahorro de energía de Petróleos Mexicanos es la dependencia responsable de la realización de las auditorías.

No existe artículo alguno que obligue a la realización de auditorías ambientales en nuestra legislación, motivo por el cual, y con base en la

12 Petróleos Mexicanos, creado por decreto el 7 de junio de 1938, es un organismo descentralizado, que tiene por objeto ejercer la conducción central y la dirección estratégica de todas las actividades que abarca la industria petrolera estatal en los términos de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el ramo del petróleo, artículo 2 de la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios publicada el 16 de julio de 1992 en el *Diario Oficial de la Federación*.

13 El 26 de mayo de 1992, la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología se convirtió con una nueva denominación en la Secretaría de Desarrollo Social (Sedesol). Es importante señalar que como la palabra ecología no está incluida en el nuevo nombre de la secretaría, surgieron muchas dudas sobre si el gobierno mexicano estaba desmantelando o degradando sus compromisos con la materia ecológica. Lejos de ser verdad, la creación de Sedesol tiene como finalidad darle un nuevo enfoque y dimensión a la protección del medio ambiente. Bajo la aparición de la nueva secretaría “Sedesol”, se crearon dos nuevos órganos desconcentrados al mas alto nivel, el Instituto Nacional de Ecología, responsable del diseño, elaboración, implementación y fijación del marco normativo para ambas políticas y programas ambientales. Y la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, que desempeña el papel de un verdadero procurador. Por lo que hace a la protección ambiental, su responsabilidad radica en garantizar la estricta observancia de las regulaciones y estándares establecidos por el instituto, al igual que aquellos contenidos en las normas y leyes emanadas del Congreso. Es en su reglamento interno donde se señala, dentro de sus facultades, supervisar las auditorías ambientales. Por decreto presidencial publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, correspondiente al 28 de diciembre de 1994, fue creada la Secretaría de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca, como dependencia encargada de coordinar la administración y fomentar el aprovechamiento de los recursos naturales y la protección al medio ambiente.

14 Véase, *supra* nota 1, artículo 3.

15 La licitación se lleva a cabo con base en la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de diciembre de 1993.

Consulta Nacional Sobre Legislación Ambiental,¹⁶ se considera que se deben regular por las razones expuestas en este capítulo.

Como resultado de la consulta en comento, existe la tercera versión del proyecto de ley que se distribuyó para su análisis el 5 de noviembre de 1995, y que incluye, bajo la sección IV, un capítulo de autorregulación ambiental; en cuyos artículos 38, 38 bis, bis 1 y bis 2, se enuncia lo siguiente:

Artículo 38. La autoregulación ambiental es un proceso voluntario asumido por iniciativa de productores, empresas u organizaciones, a través del cual se mejora su desempeño ambiental, respetando la legislación y normatividad vigente en la materia y se comprometen a superar o cumplir mayores niveles, metas o beneficios en materia de protección ambiental.

La Secretaría en el ámbito federal, inducirá o concertará:

I. Auditorías Ambientales por empresas;

II. Procesos productivos adecuados y compatibles con el ambiente, así como sistemas de protección y restauración en la materia, convenidos con cámaras de industria, comercio y otras actividades productivas, organizaciones de productores, organizaciones representativas de una zona o región, instituciones de investigación científica y tecnológica y otras organizaciones interesadas;

Artículo 38 bis. La auditoría ambiental es un instrumento voluntario de política ambiental que consiste en el examen metodológico de la operación de una industria, respecto de la contaminación y el riesgo que genera, así como el grado de cumplimiento de la normatividad ambiental y de los parámetros internacionales y de buenas prácticas de ingeniería aplicables, con el objeto de definir las medidas preventivas y correctivas necesarias para proteger el medio ambiente.

La Secretaría supervisará la ejecución de las auditorías ambientales y desarrollará un programa dirigido a fomentar su realización. Para tal efecto, de conformidad con el reglamento y las normas oficiales mexicanas que al efecto se expidan:

I. Elaborará los términos de referencia que establezcan la metodología para la realización de las auditorías ambientales;

II. Establecerá un Sistema de Certificación de Peritos y Auditores Ambientales, determinando los procedimientos y requisitos que deberán cumplir los interesados para incorporarse a dicho Sistema.

¹⁶ Publicada por la LVI Legislatura del H. Congreso de la Unión el 22 de marzo de 1995 en el periódico El Universal.

Para tal efecto, integrará un comité técnico constituido por representantes de instituciones de investigación, colegios y asociaciones profesionales y organizaciones del sector industrial;

III. Desarrollará programas de capacitación en materia de peritajes y auditorías ambientales;

IV. Instrumentará un sistema de reconocimientos y estímulos que permita identificar a las industrias que cumplan oportunamente los compromisos adquiridos en las auditorías ambientales;

V. Promoverá la creación de centros regionales de apoyo a la mediana y pequeña industria, con el fin de facilitar la realización de auditorías en dichos sectores; y

VI. Convendrá o concertará con personas físicas o morales, públicas o privadas, la realización de auditorías ambientales.

Artículo 38 bis 1. La Secretaría pondrá los programas preventivos y correctivos derivados de las auditorías ambientales a disposición del público, con el fin de que puedan ser consultados por cualquier interesado, en los términos de los artículos 159 bis 3 y 159 bis 4 de la presente ley.

Artículo 38 bis 2. Las entidades federativas y el Distrito Federal podrán establecer sistemas de autorregulación en los ámbitos de sus respectivas competencias.

Artículo 159 bis 3. Toda persona tendrá derecho a que la Secretaría, las entidades federativas, el Distrito Federal y los municipios pongan a su disposición la información ambiental que les solicite, en los términos previstos por esta ley.

Para los efectos de lo dispuesto en el presente ordenamiento, se considera información ambiental, cualquier información escrita, visual o en forma de base de datos, de que dispongan las autoridades ambientales en materia de agua, aire, suelo, flora, fauna y recursos naturales en general, así como sobre las actividades o medidas que les afectan o puedan afectarlos.

Toda petición de información ambiental deberá presentarse por escrito, especificando claramente la información que se solicita y los motivos que justifiquen la petición. Los solicitantes deberán identificarse indicando su nombre o razón social y domicilio.

Artículo 159 bis 4. La Secretaría, las entidades federativas y los municipios podrán denegar la entrega de información cuando:

I. Se considere por disposición legal que la información es confidencial o que por su propia naturaleza su difusión afecta la seguridad o el interés nacionales;

II. Se trate de información relativa a procedimientos administrativos en donde la autoridad no ha emitido resolución o dictamen definitivo, salvo en el caso de manifestaciones de impacto ambiental o informes preventivos;

III. Se soliciten documentos emitidos por una autoridad distinta a la que se presenta la solicitud;

IV. Se trate de información aportada por terceros cuando los mismos no estén obligados por disposición legal a proporcionarla;

V. Se puedan afectar las relaciones internacionales;

VI. Sea evidente que la información se solicita con el objeto de causar un daño o perjuicio a terceros, o pueda ser utilizada para obtener beneficios indebidos para el solicitante; o

VII. La divulgación de la información pudiera afectar el recurso natural de que se trate o causar desequilibrios ecológicos.

Por otra parte, la vigencia de las bases de colaboración PEMEX-Sedesol es de tres años a partir de la fecha en que se suscribieron, es decir que vence en dos meses, a principios de 1996, por lo que se espera que, de no sufrir ninguna modificación, el texto de los artículos de la propuesta de la LGEEPA regirá al instrumento que supla al actual. Anteriormente se proponía el análisis del marco legal de las auditorías ambientales en los Estados Unidos a falta de uno propio, no obstante que en la mayoría de los casos, lo que para nosotros es una simple evaluación de residuos, aire, desechos, etcétera, para los norteamericanos es una auditoría. Es por ello que las 33 auditorías que por su parte ha concluido PEMEX, son globales (integradas), puesto que agrupan toda clase de muestreo, evaluaciones e inspecciones de los tres elementos (agua, tierra y aire) y llegan a concluir, en ocasiones, en más de 1000 recomendaciones.

Es importante mencionar que a Petróleos Mexicanos le practican las auditorías ambientales legales “Environmental Due Diligence”¹⁷ cada vez que coloca un bono, ya sea por parte de la SEC,¹⁸ o en los mercados europeos, cuyo carácter se limita al análisis de documentos que muestren que la Institución no es parte de ningún litigio o reclamación cuyo resultado pueda afectar de manera material, el respaldo de dichos instrumentos financieros.

¹⁷ El *Diccionario Jurídico* Wiley inglés/español y español/inglés. Steven M. Kaplan, traduce “Due Diligence”, como diligencia debida, sin embargo, el autor considera de mayor precisión considerarla como auditorías ambientales legales.

¹⁸ Véase *supra* 20.

B. La auditoría ambiental en los Estados Unidos de Norteamérica

Debido a que los Estados Unidos de Norteamérica puede considerarse como la nación pionera en el desarrollo de auditorías ambientales, se decidió dedicarle gran parte de este trabajo. El antecedente más remoto es el de la compañía eléctrica Pennsylvania Power & Light (PP&L) que de *motu proprio* estableció un “Programa de Evaluación de Calidad Ambiental”.¹⁹ Esta compañía realizó una auditoría ambiental interna a sus instalaciones que comprendían ocho centrales térmicas, trece minas a cielo abierto, cinco minas subterráneas y un oleoducto.

Como herramienta separada de la gestión de cumplimiento, las auditorías ambientales tienen sus inicios a fines de los setenta y principios de los ochenta en los Estados Unidos. Estos inicios fueron estimulados principalmente por las acciones de la Comisión de Intercambio de Valores “Securities and Exchange Commission (SEC)”²⁰ contra tres compañías: U.S. Steel (1977), Allied Chemical (1979), and Occidental Petroleum (1980).²¹ La SEC le requirió a cada una de estas compañías públicas,²² que emprendieran acción corporativa minuciosa para realizar auditorías con el fin de determinar con precisión hasta dónde llegaba la responsabilidad ambiental que realmente encaraban. De hecho, la SEC estimaba que cada una de las compañías falseaba lo referente a su responsabilidad ambiental en su reporte anual a los accionistas. Es importante señalar que desde ese entonces, cada compañía de éstas instituyó un programa de auditoría ambiental desde la auditoría original de la SEC.

De nueva cuenta en 1988 la SEC volvió a tocar el punto respecto a la imprecisión de los reportes anuales falseados presentados a los accionistas de las compañías respecto a su responsabilidad ambiental. De igual

¹⁹ Citado en “Concepto y práctica de la auditoría ambiental”, dentro del curso *La auditoría como instrumento de gestión medio ambiental*, Madrid, mayo 1995.

²⁰ Organismo autónomo, con funciones de supervisión y regulación similares a las de la Comisión Nacional de Valores.

²¹ *SEC v. Allied Chemical Corp.*, No. 77-0373 (D.D.C., marzo 4, 1977); *SEC v. United States Steel Corp.*, (1979-1980 transfer binder) Fed. Sec. L. Rep. (CCH) 82,319 (1979) (Oct. 18, 1979), the SEC, relying on Securities Act Release No. 5170 (July 19, 1971), Securities Act Release No. 5386 (Apr. 20, 1973), and Securities Act Release No. 5704 (May 6, 1976), encontraron que U.S. Steel no cumplió con la presentación de los estatutos de revelar responsabilidades ambientales o potenciales desembolsos necesarios para cumplir con dichos preceptos encontrados en la forma 10K y S-7. *SEC v. Occidental Petroleum Corp.* (1980 Transfer Binder) Fed. Sec. L. Rep. (CCH) 82,622 (1980); regulation S-K, Item 101(C)(1)(xii), 17 C.F.R. 229.101(c)(1)(xii) (requiring disclosure of environmental conditions).

²² Se les llama compañías públicas por cotizar sus acciones en el mercado de valores.

manera, la SEC consideró que tampoco describían correctamente lo concerniente a la responsabilidad de contribución al “Superfund”.²³

En la actualidad, y desde fines de los ochenta, el término auditoría ambiental ha alcanzado cierto grado de madurez, aplicado a una serie de actividades de evaluación ambiental, y que constituyen un requisito *sine qua non* en los Estados Unidos para operaciones como preadquisición, *Due Diligence* (diligencia de revisión legal) investigaciones corporativas internas de supuestas violaciones a las auditorías regulares y sistemáticas de cumplimiento. Este capítulo versa sobre auditorías de rutina conducidas para identificar con acierto, el *status* regulatorio de cumplimiento de una instalación, y evaluar la efectividad de su programa de cumplimiento respecto a la legislación ambiental. Cada empresa tiene necesidades y preocupaciones distintas; no obstante, la mayoría de éstas que buscan el consejo y la ayuda legal con respecto a las auditorías, hacen en principio las mismas preguntas básicas: ¿cuáles son los beneficios legales de las auditorías? ¿Qué riesgos legales conllevan? Especialmente, si la auditoría ¿creará evidencia que pueda ser eventualmente utilizada contra la compañía en la ejecución de procedimientos judiciales? ¿Cómo aminorar éste y otros riesgos? En este capítulo se pretende contestar a estas preguntas.

Es de relevante importancia mencionar que a raíz de lo anteriormente expuesto, han surgido varias asociaciones que promueven la profesión de las auditorías ambientales, a continuación se describen tres de las mas importantes:

Mesa Redonda de Auditoría Ambiental “Environmental Auditing Roundtable”

La Mesa Redonda de Auditoría Ambiental es una organización profesional dedicada a promover el desarrollo y la práctica profesional de las auditorías ambientales. Comenzó a operar en enero de 1982 cuando varios

²³ “Superfund”, una de las de características más importantes del “CERCLA” (Ley de Responsabilidad, Compensación y Respuesta Comprensiva Ambiental), es el Superfundo de Substancias Peligrosas para ser utilizado por la EPA en la limpieza de sitios contaminados con desechos peligrosos. Este superfundo se integra por los impuestos que se gravan a las industrias químicas y del petróleo, conjuntamente con el impuesto ambiental con que contribuyen las empresas; además de la parte que del impuesto general al ingreso, se destina al superfundo. Véase “Title V of the Superfund Amendments and Reauthorization Act (en lo sucesivo SARA) of 1986”. La enmienda SARA, autorizó la asignación de \$8.5 millones de dólares para el periodo de cinco años que empezó en 1986 42 U.S.C. S 9611. En 1990, el Congreso reautorizó el programa Superfund hasta el pasado 14 de septiembre de 1994 con un fondeo de 5.1 billones de dólares. 21 Env’t Rep. (BNA) 1243 (Noviembre 2, 1990).

gerentes de distintos programas de auditoría ambiental se juntaban de manera informal a discutir sus prácticas y programas, al igual que políticas y acciones regulatorias relacionadas con la auditoría.

El grupo original se incrementó a diez miembros que se empezaron a reunir de manera periódica durante 1982 y 1983. Estas reuniones se abrieron a todos los interesados en septiembre de 1984, con los diez miembros originales como miembros fundadores, es entonces cuando adopta nombre, principios y postulados.

En junio de 1987, la EAR adoptó un código de ética y reglamento, los cuales, entre otras cosas, establecían criterios de membresía y un periodo de cinco años para los miembros de la junta directiva.

La mayoría de los miembros de la EAR son auditores en cuestiones de seguridad, salud y medio ambiente que cuentan con una amplia experiencia en campo, sin embargo, la membresía está abierta para cualquier profesionista interesado en la práctica de las auditorías ambientales. Desde junio de 1984, la EAR ha seguido sesionando cada tres meses con mas de 100 miembros por consejo, llevándose a cabo tres de los cuatro consejos anuales en Washington, y el cuarto casi siempre en Arizona.

Foro de Auditoría Ambiental “Environmental Auditing Forum”

El Foro de Auditoría Ambiental es una organización informal que provee un medio para intercambiar información sobre cuestiones relacionadas con la auditoría ambiental. La participación de la EAF incluye por lo general representantes de compañías operadoras, agencias reguladoras, constructores, consultores y personal de instituciones financieras y despachos de abogados.

Al igual que la organización anterior, EFA también sesiona cuatro veces al año, celebrando tres de sus cuatro consejos en el sur de California y el cuarto al norte.

Instituto para la Auditoría Ambiental “Institute for Environmental Auditing”

El Instituto para la Auditoría Ambiental es una asociación formal de auditores ambientales y gerentes ambientales. El IEA ha establecido varias organizaciones locales y ha celebrado reuniones en Seattle, Baltimore, y Washington. Los objetivos del Instituto son los siguientes:

- * Participar en y promover el desarrollo de los lineamientos para las auditorías ambientales y los programas de auditorías.
- * Promover el uso de la auditoría ambiental en industria y negocios, como herramienta para la planeación de éstos, para cuestiones administrativas y transacciones comerciales.
- * Proporcionar información para apoyar a agencias gubernamentales a entender el papel real que juegan las auditorías ambientales en asuntos de regulación.
- * Buscar la promoción del reconocimiento de la calificación de aquellos involucrados en el campo de las auditorías ambientales.
- * Participar en entrenamiento y otras actividades dirigidas a personas involucradas con la auditoría ambiental, a fin de que mejoren su calificación.
- * Proveer foros para sus miembros para que intercambien información, conocimientos e ideas a fin de mejorar la calidad de la práctica de las auditorías ambientales.
- * Establecer estándares de ética que guíen a los involucrados en la materia así como buscar la aceptación y reconocimiento de los líderes en auditoría ambiental.
- * Representar a sus agremiados ante instituciones públicas y privadas con el fin de que obtenga el reconocimiento de profesión la auditoría ambiental.

II. BENEFICIOS DE LAS AUDITORÍAS AMBIENTALES

En los Estados Unidos, cuando las auditorías ambientales se realizan con cuidado y reflexión, ofrecen muchos beneficios, algunos de estos beneficios caen fuera del ámbito legal y por lo tanto no son analizados con todo detalle en este artículo.²⁴ Desde una perspectiva legal, los mayores beneficios de las auditorías ambientales son los siguientes:

²⁴ Estos beneficios pueden incluir obtención de información útil para la planificación general del negocio o solicitud de cobertura de seguro, sentar las condiciones para lograr la membresía de alguna asociación comercial (por ejemplo, Asociación de Fabricantes Químicos “Responsible Care Program”), el cumplir los estándares establecidos bajo varias iniciativas ambientales privadas (como los principios CERES, anteriormente conocidos como los Principios de Valdez), proporcionando una herramienta para evaluar el progreso de una instalación para lograr sus objetivos corporativos internos (como metas de prevención de la contaminación), y sirve de estigma de buena ciudadanía lo que aumentará y beneficiará la imagen pública de la compañía. Véase Carol Clayton, P. Kathleen Wells & Jeffrey D. Watkiss, *Environmental Auditing and the Law*.

a) permiten que una compañía discierna las condiciones o las actividades que pueden violar las leyes y las regulaciones ambientales, para que la compañía pueda corregirlas antes de que causen daño o lleven a la imposición de multas; y

b) aunque se suscite una violación, la implementación de un programa de auditoría (que por lo menos forme parte de un programa de cumplimiento, completo y estructurado) puede ayudar a mitigar las multas pretendidas o impuestas.

El costo de las violaciones ambientales puede ser sumamente alto. Virtualmente todas las leyes ambientales federales autorizan la imposición de severas multas, tanto civiles como penales en individuos y compañías. Las violaciones inadvertidas son típicamente penalizadas por multas civiles de hasta \$25,000 por día.²⁵ Las infracciones tipificadas (incluidas en el Clean Air Act y Clean Water Act, las ocasionadas por negligencia) son penalizadas por multas sustanciales de tipo penal y pena corpórea.²⁶ Las infracciones cometidas pueden conducir también a la exclusión para obtener contratos de gobierno.²⁷

Tanto los gobiernos estatales como locales han puesto un énfasis especial en la aplicación de multas en años recientes, intimidando así tanto a empresas como a sus funcionarios y empleados. Esta bien establecido que una corporación puede ser considerada penalmente responsable por los actos que un empleado haya realizado dentro de sus funciones.²⁸ Los tribunales han sostenido que, bajo las leyes que regulan el bienestar público, tales como las leyes ambientales, el gobierno no necesita probar que el infractor tuvo la intención específica para violar la ley, bastaría sólo con aplicar el estándar del conocimiento²⁹ (aunque en la actualidad esté débilmente definido).

²⁵ Eg., Ley del Aire Limpio (Clean Air Act) 42 U. S. C. 5 7413(d); Ley de Conservación y Recuperación de Recursos (RCRA), 42 U. S. C. § 6928(d).

²⁶ Eg., RCRA, 42 U. S. C. S 6928(d); Ley del Aire Limpio (CAA), 42 U. S. C. S 113(c)(4); Ley del Agua Limpia (Clean Water Act), 33 U. S. C. § 1319(c)(1).

²⁷ El Clean Water Act, 33 U. S. C. § 1368, y el Clean Air Act, 42 U. S. C. § 7606, proporciona la prohibición automática y obligatoria de aquellos condenados por infracciones penales a los estatutos. Las Regulaciones de la EPA proporcionan la prohibición discrecional basada en la "continuación" o "reincidencia" del incumplimiento con los estándares ambientales. 40 C. F. R. § 15.11(a). Además, las regulaciones federales de la adquisición aplicables a todo gobierno federal que contrata permiten la prohibición discrecional de personas condenadas de violar algún estatuto ambiental, la suspensión y la disposición de multas penales 48 C. F. R. § 9.400/9.409.

²⁸ *C.I. T.Corp. v. United States*, 150 F.2d 85, 89-90 (Cir 9th. 1945 (imputación de tipo penal de un representante individual imputada a una corporación).

²⁹ Véase, e.g., *Unites States v. Park*, 421 U.S. 658, 672-74 (sentencia dictada en contra del

Se puede considerar que una empresa tenga el conocimiento colectivo de sus empleados como grupo, para que ésta se ubique como responsable aunque ningún empleado tenga conocimiento de todos los hechos que constituyen la infracción.³⁰ Idealmente, la auditoría de rutina permitirá que una compañía evite las multas ambientales en general. Aunque una violación ocurra, la existencia de un programa sistemático de auditoría, puede servir como un factor atenuante que prevenga a una agencia del gobierno de ejecutar una acción o reducir la multa en cuestión. Al evaluar los beneficios de la auditoría en el contexto de la aplicación, es importante distinguir los programas de auditoría en existencia antes de que ocurra una violación de los programas implementados a la postre de ésta.

A. Auditoría previa a la violación

Tanto la Agencia de Protección Ambiental (EPA) como el Departamento de Justicia (DOJ) de los Estados Unidos, tienen políticas para exhortar y recompensar las auditorías y otros esfuerzos de cumplimiento voluntarios.³¹ La EPA ha explicado que cuando se responde a una violación, tomará en cuenta, bajo la base de caso por caso, los esfuerzos honestos y genuinos de entidades reguladas para evitar y corregir inmediatamente las violaciones a cuestiones ambientales fundamentales.³² Esfuerzos “honestos y genuinos”, según la EPA, se evidencian por las precauciones razonables para evitar incumplimiento que corrijan expeditamente problemas ambientales fundamentales descubiertos por auditorías u otros medios, y por las medidas tomadas para prevenir su reaparición.³³ Las

presidente corporativo bajo la Ley de Cosméticos, Drogas y Alimentos (Food, Drug and Cosmetic Act) con base en “la relación como responsable de la situación” y para prevenir la violación); *Unites States v. Frezzo Bros., Inc.*, 546 F. Supp. 713, 720 (E. D. Pa. 1982) las sentencia penales bajo el Clean Water Act no requirió la prueba de la intención específica a violar la ley, sino únicamente el que los acusados intentaron realizar actos por los cuales se les condenó). *Aff'd*, 703 F.2d 62 (3d. Cir 1983), *cert. denied*, 464 U.S. 829 (1983).

³⁰ E.g., *United States v. T.I.M.E.-D.C. Inc.*, 381 F. Supp. 730, 740-41 (W. D. Va. 1974) (acusación corporativa por infracciones del acto interestatal del comercio basado en el conocimiento colectivo de los empleados).

³¹ Véase EPA Declaración de la Política Ambiental de Auditorías, 51 Fed. Reg. 25,004 (9 de julio de 1986) (en lo sucesivo Política de Auditorías de la EPA); el Departamento de Justicia de los Estados Unidos. Factores de Decisiones en Prosecuciones Penales para Infracciones Ambientales en el Contexto de Esfuerzos Voluntarios Significativos de Cumplimiento o Revelación por parte del infractor (1 de julio de 1991) (en lo sucesivo Política de Aplicación del DOJ).

³² Política de Auditorías de la EPA, *supra* nota 27, 51 Fed. Reg. en 25,007.

³³ *Ibidem*.

políticas de respuesta a ciertas leyes de la EPA consideran los “esfuerzos de buena fe para cumplir con las políticas y estatutos de que un programa de auditoría efectivo que debe ser la evidencia y un factor para determinar la respuesta de la EPA a las violaciones de la ley”.³⁴

La Ley de Prosecución por Contaminación de 1990 “The Pollution Prosecution Act of 1990”,³⁵ aumentó de manera importante la capacidad de la Oficina de la EPA para la Aplicación de cuestiones Penales (Office of Criminal Enforcement OCE) para detectar y procesar penalmente las infracciones ambientales. En un memorándum guía interno de 1994, la OCE reconoce que una estrategia central de tipo penal efectiva de investigación, como proceso de selección del caso, “distingue de los casos que requieren de la investigación penal de los que merecen de manera más apropiada seguir bajo la investigación de autoridades judiciales civiles o administrativas.”³⁶ Congruente con la política expresada por la EPA de alentar la autoauditoría, la guía de la OCE explica que la infracción que se revela voluntaria, completa e inmediatamente que se remedia como parte de un programa de cumplimiento de auditoría corporativo, “no será considerado como candidato para que se le apliquen temerosos recursos penales de investigación”.³⁷

El DOJ, de igual manera alienta las actividades de cumplimiento ambiental voluntarias al considerarlas “factores de mitigación en el ejercicio discrecional de aplicación penal”.³⁸ El DOJ publicó en julio de 1991, una descripción de los factores que afectan el grado de la respuesta de la aplicación del DOJ a las infracciones ambientales, inclusive aquellos factores que implican la prosecución de tipo penal.³⁹ Uno de tales factores es la existencia de un programa de auditoría ambiental suficiente que “identifique y prevenga incumplimiento futuro que... halla sido adoptado en buena fe y en oportunidad.”⁴⁰ Es sabido que las auditorías que se llevan a cabo después de que surge un problema ambiental no se consideran en

34 Véase, e.g., Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos, Política de Respuesta de la Aplicación para la Sección 313 del EPCRA 14 (diciembre 2, 1988).

35 Pub. L. 101-593, el Título II, §§ 201-05, *codified at* 42 U. S. C. § 4321 (Supp. 1992).

36 Forma Memorándum de Earl E. Devaney, el Director, OCE/EPA, a todos los empleados de la EPA que trabajan en apoyo al Programa de Aplicación Penal 1 (enero 12, 1994) (en lo sucesivo principios OCE).

37 *Ibid.*, p. 6.

38 Política de Aplicación del DOJ, *supra* nota 26, en la 1.

39 *Ibidem*.

40 *Ibid.*, p. 4.

“oportunidad”.⁴¹ La revelación oportuna, completa y “voluntaria de cuestiones bajo investigación, tomando en cuenta el grado y el sentido del tiempo de la cooperación, pueden también influenciar la ejecución del DOJ”.⁴² En la mayoría, si no es que en todos los casos, la revelación y cooperación oportunas serán posibles sólo donde exista un programa rutinario de auditoría.

Algunos estados han identificado, de manera semejante, la existencia de un programa de auditorías rutinario como un factor que influirá en la discreción con que se ejecute la sanción ambiental. Nueva Jersey considera la existencia y alcance de un programa de auditorías rutinario como un elemento importante para decidir si se debe seguir la prosecución de la violación de un estatuto ambiental.⁴³ Igualmente, al escoger las opciones de la aplicación, los fiscales ambientales en California están encauzados a “considerar la existencia y el alcance de cualquier programa comprensivo de auditorías ambientales”.⁴⁴ Al igual que el DOJ tanto Nueva Jersey como California dan crédito a aquellos infractores que revelan voluntariamente las infracciones de manera oportuna en cuanto a tiempo se refiere.⁴⁵

Si una agencia federal o estatal decide ejercitar una acción, la existencia de un programa de auditoría puede justificar una reducción en multas civiles. Por ejemplo, el RCRA y el Clean Air Act requieren que la EPA considere “esfuerzos de buena fe para cumplir” al valorar la imposición de multas civiles.⁴⁶ La EPA ha explicado también que los esfuerzos de buena fe para el cumplimiento pueden reducir multas impuestas bajo el Toxic Substances Control Act (TSCA),⁴⁷ Ley de Control de Sustancias Tóxicas, el Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act⁴⁸ (CERCLA), Ley de Responsabilidad, Compensación y

41 *Ibid.*, 8-9.

42 *Ibid.*, 3.

43 Oficina de fiscales ambientales de Nueva Jersey, New Jersey Voluntary Environmental Audit/Lineamientos de Cumplimiento en Auditorías (mayo 15, 1992) (en lo sucesivo Lineamientos N. J.).

44 Agencia de Protección Ambiental de California, General Cal/ Política de la EPA para Auditorías Ambientales 10 (marzo 8 1993).

45 Lineamientos de New Jersey *supra* nota 44.

46 RCRA § 3008, 42 U. S. C. § 6928(a)(3) (1988); Ley del Aire Limpio (CAA) 113, 42 U. S. C. § 7413(e)(1) (Supp. III 1991).

47 Política de multas de Polychlorinated Byphenils (PCB) de la EPA (abril 9, 1990), reimpresso en (Administrative Materials) 20 Env'tl. L. Rep. (Env'tl. L. Inst.) 35,235.

48 Agencia de protección Ambiental, OSWER Directive 9841.2, Final penalty Policy para EPCRA §§ 302-304, 311-312 y CERCLA § 103 (1990) (en lo sucesivo Política de Multas EPCRA/CERCLA).

Respuesta Comprensiva Ambiental, y bajo la Emergency Planning and Community Right to Know Act⁴⁹ (EPCRA), Ley de Acceso a la Información de la Comunidad y Plan de Emergencia. La existencia de programas de administración de auditorías debe ser la evidencia más fuerte en la mayoría de los casos de los esfuerzos de buena fe de una compañía para cumplir con todos los requisitos reglamentarios enunciados por estos programas.

La existencia de un programa de auditorías (otra vez, uno que por lo menos sea parte de un programa completo y comprensivo de cumplimiento) puede dirigir también a una reducción en multas penales. El 16 de noviembre de 1993, el Grupo Consultivo de Sentencias y Sanciones Ambientales de los Estados Unidos, publicó su auditoría final de sanciones recomendadas para infracciones penales de leyes ambientales federales cometidas por demandados organizados (Borrador de Lineamientos de Sentencias).⁵⁰ La parte B del Borrador de Lineamientos de Sentencias establece un sistema de puntos bajo el cual a seis categorías de ofensas primarias ambientales se les asignará una “base de niveles de ofensa” de 2 a 24, siendo el 24 el que indica 100 por ciento de la pena máxima permitida bajo la ley pertinente. Cada base de niveles de ofensa se aumenta por la presencia de factores agravantes “factores de culpabilidad” o disminuye por la presencia de factores atenuantes “factores de inculpabilidad”

En el lado de las agravantes, la ecuación está en la ausencia completa de un programa de cumplimiento u otro esfuerzo organizado para asegurar el cumplimiento, como un programa de auditorías.⁵¹

Por lo que hace a las atenuantes, la base de niveles de ofensa se puede reducir hasta ocho niveles por las compañías que:

Previo a la ofensa... hayan dispuesto los recursos y procesos administrativos... determinados razonablemente como suficientes, dado su tamaño y la naturaleza de su ámbito de negocios, para lograr y mantener el cumplimiento con los requisitos ambientales.⁵²

49 *Ibidem*.

50 Propuestas a la Comisión de Sentencia de los Estados Unidos por el Grupo Consultor en Ofensas Ambientales, publicadas noviembre 16, 1993, reimpresso en Daily Env't Rep. (BNA), noviembre. 17, 1993, en E I.

51 Sección 9Cl.1(f) aumentaría el nivel de la base de la ofensa en cuatro niveles si la organización se encontraba en carencia de un “esfuerzo genuino de controlar, monitorear verificar, y cumplir con los requisitos ambientales.” *Ibid.*, en E-6.

52 *Ibid.*, § 9Cl.2(a) parte E-6.

Las reducciones de hasta seis niveles están disponibles para aquellas compañías que reporten inmediatamente las infracciones y cooperen en la investigación y corrección de las infracciones.⁵³

Es particularmente digno de mencionar que los miembros del grupo consultivo no otorgarían reconocimiento completo a cualquier factor atenuante de alguna organización que falle en “completar sustancialmente siete de” los factores mínimos que demuestran un compromiso de cumplimiento ambiental.⁵⁴ Tales factores mínimos consisten en que la compañía halla diseñado, financiado, y proveído los programas de “auditorías frecuentes” de operaciones principales y de instalaciones de control de la contaminación, monitoreo continuo en sitio, control interno, rastreo de respuestas a problemas conocidos y los chequeos redundantes en el cumplimiento de ciertas áreas donde el cumplimiento ha sido un problema.⁵⁵

B. Auditorías pos-violación

Aunque una compañía no haya tenido un programa de auditorías antes de que una infracción ocurriera, puede ser capaz de atenuar multas aplicando un programa posterior. La EPA puede acceder a negociar la acción impuesta como respuesta a una infracción ambiental si el infractor “puede asegurarle a la Agencia que [el incumplimiento] será (o ha sido) corregido”.⁵⁶ En ocasiones la EPA estará de acuerdo en reducir la multa acordada si una compañía emprende “proyectos que remedien las consecuencias ambiental adversas a la salud pública o las infracciones en cuestión”.⁵⁷ Estos proyectos, llamados Gastos en Beneficio del Ambiente o Proyectos Ambientales Suplementarios, que puede incluir la iniciación de programas ambientales de auditorías. Sin embargo, la EPA no aceptará un programa que represente simplemente “prácticas de negocio generalmente buenas” o que sólo tenga que ver con “infracciones semejantes y obvias en otras instalaciones”.⁵⁸ Más bien, la agencia puede reducir multas

⁵³ *Ibid.*, § 9Cl.2(b) parte E-7.

⁵⁴ *Ibid.*, § 9Dl.2(a) parte E-7.

⁵⁵ *Ibid.*, § 9Dl.l(a) (3) (i)-(v) en E-8.

⁵⁶ Agencia de Protección Ambiental, OSWER Directiva 9891.3, Política de Inclusión de Provisiones de Auditoría Ambientales en arreglos para la Ejecución 2 (1986).

⁵⁷ Agencia de Protección Ambiental, la Política de la EPA para el Uso de Proyectos Ambientales en arreglos para la Ejecución 1 (febrero 12, 1991).

⁵⁸ *Ibid.*, p. 4.

cuando un programa auditorías que vaya más allá del mínimo requerido por las prácticas usuales de negocio, es decir

diseñado para buscar el corregir prácticas administrativas y/o ... ambientales existentes, cuyas deficiencias aparentemente contribuyan a infracciones potenciales o recurrentes. Estas otras infracciones potenciales pueden abarcar no sólo la instalación afectada... sino otras instalaciones poseídas y operadas por el acusado/demandado, a fin de identificar, y corregir *tanto como sea necesario*, la administración o las prácticas ambientales que podrían guiar a infracciones futuras o recurrentes... del tipo de aquellas que constituyen la base para el ejercicio de una acción.⁵⁹

Tal y como se señaló anteriormente, una condena penal bajo la Ley del Agua Limpia bajo la Ley del Aire Limpio (CWA y CAA) respectivamente, puede dirigir a la exclusión de los contratos del gobierno. Antes de que la EPA quite la sanción, el infractor debe demostrar que ha tomado los pasos necesarios para prevenir infracciones futuras, incluyendo la creación y la aplicación (para lo que la EPA sugiere a través de medios de control tales como “sistema de auditorías y monitoreo”) de un programa efectivo para prevenir y detectar problemas ambientales e infracciones a la ley.⁶⁰ Además, una vez que se ha detectado una violación, el infractor debe tomar los pasos necesarios para prevenir infracciones semejantes en lo sucesivo. Un paso recomendado es llevar a cabo una auditoría de cumplimiento —“una auditoría ambiental independiente que asegure que no existe ningún otro problema o infracción ambiental en la instalación”.⁶¹

59 *Ibid.*, pp. 3-4 (énfasis en el original). California cuenta con una política semejante para acreditar ciertos “proyectos ambientales suplementarios”, incluyendo programas ambientales de Auditorías que van más allá de la práctica sencilla del buen y están “diseñadas a buscar correcciones a administraciones existentes o practicas ambientales cuyas deficiencias” contribuyen a infracciones reincidentes o potenciales. Véase California Environmental Protection Agency Supplemental Environmental Projects 3 (marzo 22, 1993).

60 Políticas de la EPA respecto al papel de la actitud corporativa, políticas, prácticas, y procedimientos, a determinar si se quita una instalación de la lista de instalaciones en violación de la EPA a lo que le sigue una convicción de tipo penal, 56 Fed. Reg. 64,785, 64,787 (diciembre 12, 1991).

61 *Ibidem*.

III. RIESGOS DE LAS AUDITORÍAS AMBIENTALES EN ESTADOS UNIDOS Y CÓMO AMINORARLOS

Hemos visto que las auditorías ambientales pueden ofrecer beneficios importantes desde una perspectiva legal, sin embargo, las auditorías no están libres de riesgos. Una gran —y legítima— preocupación de cada compañía que considera iniciar un programa de auditorías es que los reportes de éstas puedan ser utilizados como evidencia contra la misma en la ejecución de un proceso. Consecuentemente, las empresas preguntan a menudo si la EPA, el DOJ, u otras entidades gubernamentales procurarán obtener copias de los reportes de la auditoría y, si ese es el caso, si los reportes se pueden proteger de la revelación bajo el privilegio abogado/cliente u otro privilegio de tipo legal. Esta sección del subcapítulo explica la postura de la EPA y del DOJ en lo que al uso de reportes de auditorías dentro de la ejecución de procesos se refiere, resume la ley pertinente del privilegio, explica cómo llevar al máximo las oportunidades de que un reclamo de privilegio se ha sustentado, y discute los inconvenientes potenciales de estructurar un programa de auditorías con el propósito primario de establecer un privilegio legal para los reportes de auditoría.

En principio, es importante reconocer que el reporte de la auditoría puede llegar a convertirse en evidencia contra una compañía en un caso de ejecución, cuando la compañía falle en corregir una infracción identificado por la auditoría. Verdaderamente, el ignorar la información del reporte puede transformar una infracción relativamente insignificante en una infracción de tipo penal. La guía OCE de la EPA explica que la culpabilidad de la empresa puede “ser detectada cuando una compañía realice una auditoría de cumplimiento o administrativa, y falle astutamente en remediar de inmediato el incumplimiento y en corregir cualquier daño ocasionado”.⁶² Obvio es que una compañía puede aminorar el riesgo que un reporte de auditoría sea usado contra ésta en la aplicación de un proceso al rectificar la conducta violatoria o las condiciones resaltadas en el proceso de auditoría.

62 Lineamientos de la OCE, *supra* nota 37, p. 6.

A. Políticas gubernamentales respecto a la información derivada de las auditorías

A pesar de sus políticas para alentar las auditorías, ni la EPA ni el DOJ han estado dispuestos a promover este objetivo a través del establecimiento del compromiso de no utilizar los informes de las auditorías voluntarias como evidencia en los procesos. La EPA reconoce, sin embargo, que el pedimento frecuente de los reportes de la auditoría podría inhibir las auditorías a la larga, disminuyendo ambas en cantidad y calidad de las realizadas; por consiguiente, la agencia ha expresado que “no solicitará rutinariamente los reportes de las auditorías ambientales”.⁶³ No obstante lo anterior, la agencia ejercerá su “amplia autoridad reglamentaria de solicitar un reporte de auditoría” si considera al reporte como “material para una investigación penal”, o determina que su revelación es necesaria para “alcanzar una misión reglamentaria”.⁶⁴ En un intento para equilibrar el terrible efecto de revelar los reportes necesarios bajo ciertas circunstancias, la EPA ha señalado que “en la mayoría de los casos limitará sus pedimentos a información particular requerida en vez de solicitar el reporte por completo y, por lo general, sólo cuando la información necesaria no se pueda obtener a través de monitoreo, informes u otros datos disponibles para la agencia”.⁶⁵ La EPA de California ha adoptado una política semejante.⁶⁶ La política de la aplicación del DOJ resalta la importancia de los programas voluntarios de auditoría al advertir que el DOJ no está legalmente obligado para desestimar el uso de cualquier evidencia material.⁶⁷ De hecho, la definición del DOJ de “cooperación” contempla “la revelación de cualquier documento relacionado con las infracciones o con los empleados responsables.”⁶⁸

Además de la intención del gobierno de obtener los reportes de las auditorías ambientales, los particulares pueden tratar de obtenerlos durante el curso de litigio a través de leyes del *common law*, leyes federales

63 Política de Auditorías de la EPA, *supra* nota 32, 25,007.

64 *Ibidem*.

65 Ejemplos de estas situaciones incluyen los casos en los que las “Auditorías se llevan a cabo bajo convenios de consentimiento u otros acuerdos de concertación; en los que una compañía haya arrancado sus prácticas administrativas en cuestión esgrimiéndolas como defensa; o el estado de la mente o intención constituyan un elemento pertinente de indagación, tal como durante una investigación penal”. *Ibidem*.

66 Cal. Audit Policy, *supra* nota 60 parte 2.

67 Política de Aplicación del DOJ, *supra* nota 32, p. 15.

68 *Ibid.*, parte 9.

estatales que permiten las demandas ciudadanas, para aplicar las leyes ambientales. En tribunales federales, las Leyes Federales de Procedimiento Civil establecen una tendencia fuerte en favor de la revelación de cualquier información “relevante” a la *litis* del asunto. Aun información no admisible en el tribunal puede ser solicitada a través de la figura del “discovery”⁶⁹ si se considera “puede guiar calculada y razonablemente al descubrimiento de evidencia admisible.”⁷⁰ Cuando se considera que una compañía ha infringido estándares ambientales, el contenido de su reporte de auditoría ambiental será invariablemente considerado relevante y “descubrible” a no ser que se encuentre de otro modo protegido por algún privilegio aplicable.

B. Recursos en contra de la “divulgación”

No obstante el gran favoritismo en pro de la divulgación de información tanto en las cortes federales como estatales, las Leyes Federales de Procedimiento Civil proveen recursos que protegen material “privilegiado”.⁷¹ Entre los privilegios que las cortes han señalado, tres son los potencialmente aplicables a los reportes de Auditorías ambientales: (1) el privilegio cliente-abogado, (2) la doctrina del producto del trabajo, y (3) el privilegio de la autoevaluación.

1. El privilegio (inmunidad) cliente-abogado

Este privilegio fue concebido con el fin de facilitar la representación legal efectiva al proteger del descubrimiento ciertas comunicaciones entre el cliente (o cliente potencial) y su abogado. En caso de ser una compañía, la Suprema Corte sostiene que el privilegio aplica a las comunicaciones entre (1) empleado de la compañía a abogado⁷² (en funciones) o un

69 Véase *Pemex Lex*, núm. 59-60, mayo-junio 1993, Bruno Risteau, artículo sobre Discovery 1, *Ley del descubrimiento*.

70 Fed. R. Civ. P. 26 (b). (1).

71 Fed. R. Civ. P. 26 (b). Esta discusión de privilegios se enfoca predominantemente en ley federal. Las leyes estatales pueden definir los privilegios o su aplicación de manera diferente. Incluso en corte federal, las leyes estatales predominan en la aplicación del privilegio si dicha corte aplica ley estatal. Véase Fed. R. Evid. 501. “Aunque los orígenes del *common law* respecto al privilegio sugieren que las leyes aplicables serán generalmente las mismas en diferentes jurisdicciones, la aplicación precisa de las leyes puede diferir de una corte a otra”, Stephen F. Black & Robert M. Pozin, *Internal Corporate Investigations*, 20 Bus L. Monographs (MB) at 6~3 n. 14 (mayo 1993) en lo sucesivo Black & Pozin.

72 Algunos estados se adhieren al análisis de un grupo de control más estricto para determinar en

representante de éste,⁷³ (2) hechas en la dirección corporativa superior, (3) con respecto a cuestiones dentro del alcance de los deberes del empleado, (4) con el propósito de habilitar al abogado para que rinda el consejo legal a la corporación, y (5) consideradas confidenciales cuando se hicieron y se hayan mantenido así por la corporación.⁷⁴ Significativamente, el privilegio protege únicamente las comunicaciones entre el abogado y el cliente; los hechos fundamentales de la comunicación no se protegen si evidencia de ellos está disponible en otra forma.⁷⁵ De manera adicional, el fracaso a mantener la confidencialidad de la comunicación puede tener como resultado la renuncia completa del privilegio.

Si una compañía procura acoger sus reportes ambientales bajo la protección del privilegio cliente-abogado, debe involucrar consejo legal dentro o fuera de la compañía en el proceso de auditorías, en vez de mandar simplemente copias de los reportes de la auditoría al abogado. Las auditorías deben ser conducidas por o bajo la supervisión del abogado y para el propósito expreso de obtener consejo legal del abogado.⁷⁶ Los reportes en sí mismos deben estar escritos en forma de consejo legal y deben estar marcados “Privileged and confidential”. La compañía debe restringir también la distribución de los reportes de la auditoría a abogados,

que momento la comunicación de cualquier empleado se considerará comunicación del cliente. El análisis se basa en considerar si el empleado que hace la comunicación está en una posición de controlar o ser parte sustancial en una decisión acerca de la acción de la corporación puede tomar sobre el consejo del abogado. Si una comunicación circula más allá de individuos responsables sustancialmente de la materia en cuestión (ejemplo: el grupo de control), el privilegio se pierde. Aunque la Suprema Corte ha rechazado el análisis del estricto grupo de control, *Upjohn Co. v. Los Estados Unidos*, 449 U.S. 383 (1981), la ley estatal gobierna en asuntos de privilegio en los casos en que ésta proporciona el sustento de la decisión en el caso. En los estados que aplican el análisis de control de grupo, sería difícil establecer el privilegio para los reportes de auditoría porque los empleados que se comunican con el abogado probablemente incluirían técnicos y otros empleados no administrativos que no juegan ningún papel en la decisión del curso de la acción que tomaría la compañía.

⁷³ Comunicaciones del personal corporativo a peritos retenidos por el abogado patrono pueden entrar en el privilegio cliente-abogado si éstos son retenidos para participar en la provisión de consejo legal. Véase *United States v. Cote*, 456 F.2d 142, 144 (8th Cir. 1972); *Bailey v. Meister Brau, Inc.*, 57 F. R. D. 11, 13 (N. D. Ill. 1972).

⁷⁴ *Upjohn*, 449 U.S. 394-95.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 395.

⁷⁶ La corte en el caso *Diversified Indus. v. Meredith*, 572 F.2d 596, 608, 610 (8th Cir. 1977) (en banc), concluyó que la participación de abogados independientes en una investigación interna aportó evidencia *prima facie* en relación a que el propósito de la investigación era el de asegurar el consejo legal privilegiado. La ley es menos clara con respecto a reportes preparados por el consejo entre compañía, que a menudo proporciona el negocio al igual que el consejo legal. Véase *In re Grand Jury Subpoena*, 599 F.2d 504, 511 (Cir 2d. 1979) (“La participación del abogado general no para automáticamente la investigación con malicia legal”).

administración, personal, y demás que tengan responsabilidad de tomar las decisiones legales de cumplimiento, y encargados de establecer los controles internos para asegurar que los reportes de la auditoría no sean revelados inadvertidamente a otros. Las compañías deben reconocer que puede ser difícil establecer el privilegio para reportes de auditoría preparados en el curso regular de un programa de auditorías rutinario y que puede haber inconvenientes al procurar realizarlo de esta manera. Para que el privilegio opere, el reporte necesita ser para el propósito de buscar consejo legal; el foco de auditorías de rutina puede ser de ingeniería, de operaciones y de administración. Establecer el privilegio requiere la distribución restrictiva del reporte de la auditoría, lo cual puede prevenir que la mayoría de las gentes que más necesitan de la información contenida en el reporte la reciban y puedan responder con base en ésta (tal es el caso de auditores internos, empleados de bajo nivel que manejan información requerida bajo las leyes ambientales u operarios de equipo de control de la contaminación). Consecuentemente, medidas tomadas para establecer el privilegio, podrían socavar las metas básicas de administración de cumplimiento de las auditorías ambientales.

2. La doctrina del producto del trabajo

Las Leyes Federales de Procedimiento Civil proporcionan una inmunidad calificada del descubrimiento para documentos y cosas palpables que fueron (1) preparados en anticipación del litigio o para un juicio, y (2) por o para otra parte o por o para otro de sus representantes.⁷⁷

Esta protección, conocida como la “doctrina del producto del trabajo”, fue concebida para proteger las ideas e impresiones mentales del abogado. Semejante al privilegio cliente-abogado, la doctrina del producto del trabajo no protege, sin embargo, de los actos del descubrimiento contenidos en los documentos del producto del trabajo.⁷⁸ Debido a que la protección del producto del trabajo aplica sólo a documentos preparados en la anticipación del litigio, el privilegio no es extensible a documentos creados en el curso regular del negocio, aunque haya sido preparado por

⁷⁷ Fed. R. Civ. P. 26(b)(3) (codifica la doctrina de *Hickman v. Taylor*, 329 Estados Unidos 495 (1947); véase A. Wright y Arthur R. Miller, *Práctica federal y procedimiento* § 2024 en 196-197 (1970) (en lo sucesivo Wright & Miller).

⁷⁸ Véase, e.g., *Nat'l Protective Ins. Co. v. Commonwealth Ins. Co.*, 137 F. R. D. 267, 280-81 (D. Neb. 1989).

un abogado.⁷⁹ Las auditorías rutinarias conducidas como parte de un programa de administración de auditorías ambientales frecuentes, son por lo tanto improbables de caer bajo la cobertura del privilegio porque se realizan en el curso regular del negocio, y no “en la anticipación de un litigio.” Sin embargo, una auditoría realizada como parte de una investigación corporativa interna de una infracción específica o conocida debe comúnmente ser considerada como preparada en anticipación de un litigio (por ejemplo, procedimientos de aplicación) y por lo tanto debe ser protegida por la doctrina del producto del trabajo.⁸⁰

La protección del producto del trabajo no se limita a materiales preparados directamente por el abogado de la compañía. Tomando en consideración que los abogados a menudo deben fiarse de la ayuda de investigadores y otros agentes en la compilación de materiales en preparación para el litigio, “la Suprema Corte ha sostenido que la protección se extiende a materiales preparados por agentes de un abogado de las partes”.⁸¹

Por consiguiente, el producto del trabajo de especialistas (consultores) ambientales, si se prepara para la compañía en anticipación de un litigio, debe ser protegido también del descubrimiento. En tales casos, una compañía debe crear un registro documental fuerte con respecto a la probabilidad o expectativa de litigio. Al investigar la materia del posible litigio separadamente, en vez de tomarlo como parte de una auditoría de rutina llevada a cabo bajo el programa de auditorías ambientales de la compañía, puede dar creencia adicional a un reclamo basado en que la auditoría se condujo en anticipación de un litigio. Antes de divulgar cualquier parte del reporte ambiental al gobierno, la compañía debe buscar un acuerdo que considere al reporte como confidencial y que asegure que no será revelado a terceros.

⁷⁹ Véase, e.g., *Bristol Myers Co. v. F.T.C.*, 598 F.2d 18, 28 (D. C. Cir. 1978).

⁸⁰ No es necesario que el litigio tenga absoluta certeza. La Suprema Corte ha mantenido documentos protegidos que fueron creados voluntariamente por la compañía a causa de su sospecha, como resultado de una auditoría interna, de que una sucursal extranjera podría haber realizado pagos ilegales. Véase *Upjohn*, 449 U.S. 386-87. De acuerdo con varios tribunales, todo lo que se necesita para que la protección se aplique es que los documentos puedan “ser considerados como preparados u obtenidos a causa de la perspectiva del litigio”. *Martin V. Bally's Park Place & Casino*, 983 F.2d 1252, 1258 (3d Cir. 1993) (quoting *United States v. Rockwell Intern.*, 897 F.2d 1255, 1266 (Cir 3d. 1990); véase *Diversified Inds. v. Meredith*, 572 F.2d en 604.

⁸¹ *United States v. Nobles*, 422 Estados Unidos 225, 238-39 (1975), *remand*, 522 F.2d 1274 (th Cir. 1975); Fed. R. Civ. P. 26(b)(3).

Aunque un reporte califique para obtener la protección del producto del trabajo, las Leyes Federales de Procedimiento Civil permiten a la parte contraria tener acceso a un documento del producto del trabajo mostrando una necesidad sustancial por los materiales para preparar su caso, y a una incapacidad para obtener documentos sustancialmente equivalentes sin tanta dificultad.⁸² Algunos tribunales distinguen entre compilaciones puras de información y documentos basados en hechos que contienen “impresiones mentales, las conclusiones, opiniones o teorías legales de un abogado u otro representante de la parte concerniente al litigio”, proveyendo un nivel más alto de protección (casi la protección absoluta, según algunas cortes)⁸³ para este último, y la supresión que permite declaraciones puras de opinión antes de que un documento se revele.⁸⁴

Al igual que en el privilegio cliente-abogado, en la doctrina del producto del trabajo se renuncia si la comunicación se revela de manera voluntaria en una forma que “sustancialmente aumente las oportunidades para que adversarios potenciales obtengan la información”.⁸⁵ Algunos tribunales sostienen que la revelación voluntaria de reportes de auditoría internos a las agencias del gobierno, trae aparejada la renuncia al privilegio,⁸⁶ aunque también de manera explícita los acuerdos escritos —donde la agencia concuerda en no revelar los documentos a terceros— han preservado la protección del producto del trabajo.⁸⁷

3. *El privilegio de la autoevaluación*

Algunos tribunales han reconocido “la autoevaluación” o el privilegio de “auto crítica” para proteger la confidencialidad de las discusiones internas e investigaciones con respecto al cumplimiento de requisitos legales u otros. El privilegio ha sido descrito como un privilegio que aplica en los casos en que el interés público, al demandar el auto análisis

⁸² Leyes Federales de Procedimiento Civil, Fed. R. Civ. P. 26(b)(3); véase también 4 James W. Moore et al. & Jo D. Lucas, *Moore's Federal Practice* 1 26.64[3.-I] (ed 2d. 1991).

⁸³ Véase, e.g. *In re Martin Marietta Corp.*, 856 F.2d 619, 626 (4th. Cir. 1988), *cert. denied*, 490 U.S. 1011 (1989); *In re Murphy*, 560 F.2d 326, 336 (8th. Cir. 1977); *Duplan Corp. v. Moulinage et Retorderie de Chavanoz*, 509 F.2d 730, 734 (4th Cir. 1974), *cert. denied*, 420 U.S. 997 (1975).

⁸⁴ *Wright & Miller*, *supra* nota 78, § 2026.

⁸⁵ *Niagara Mohawk Power Corp. v. Stone & Webster Eng. Corp.*, 125 F. R. D. 578, 587 (N.D.N.Y. 1989); véase *Wright & Miller*, *supra* nota 78, 2024 en 210.

⁸⁶ Véase *In re Martin Marietta Corp.*, 856 F.2d en 623 (revelación de auditorías internas a agencias de gobierno traen la renuncia del privilegio del cliente y del privilegio del producto del trabajo).

⁸⁷ *Black & Pozin*, *supra* nota 72, § 6.04[1] en 6-11.

confidencial, le da mayor peso a la necesidad de los litigantes y sistema judicial para tener acceso a la información.⁸⁸ Aunque no definido sólidamente, el privilegio ha sido aplicado en los casos que (1) la información resulte de un análisis autocrítico emprendido por la parte que busca protección de la revelación; (2) existe un interés público fuerte en preservar el libre flujo del tipo de información buscada; (3) la revelación reduciría el flujo de ese tipo de información; y (4) los documentos en cuestión se prepararon con la expectativa de que permanecerían confidenciales, y de hecho se hallan mantenidos en confidencialidad.⁸⁹

Según un tribunal, el privilegio de la autoevaluación aplica a ciertos documentos subjetivos o evaluativos, pero no a información objetiva.⁹⁰ Hasta el momento el privilegio de la autoevaluación aplica sólo a análisis subjetivos de información basada en hechos que se requiere sea revelada a entidades gubernamentales, tiene un valor limitado en proteger información sensitiva del descubrimiento desde que las infracciones ambientales se tornen en hechos crudos, como qué se emitió, dónde y en qué cantidad. Este mismo tribunal, sin embargo, rechazó el panorama de que el autocrítico análisis garantice el privilegio hasta el punto que se realicen de acuerdo con un requisito legal.⁹¹ Otros tribunales han sostenido que el privilegio de la autoevaluación no puede proteger documentos de la revelación al gobierno.⁹² El privilegio se argumentó y fue rechazado como defensa a los esfuerzos del gobierno para obtener “documentos autoevaluativos” en una acción para aplicar la Ley del Agua Limpia (CWA).⁹³ Después de revisar los propósitos de la ley, el tribunal encontró que reconocer “el privilegio de autocrítica impediría de manera efectiva la capacidad del Administrador para aplicar la [ley]”, y sostuvo el privilegio

⁸⁸ *Granger v. National R. R. Passenger Corp.*, 116 F. R. D. 507, 508 (E. D. Pa. 1987); *Webb v. Westinghouse Elec. Corp.*, 81 F. R. D. 431, 433-35 (E.D.Pa. 1978) (discusión de la evolución del privilegio en el contexto del análisis de la oportunidad equitativa en el trabajo, políticas y metas).

⁸⁹ Véase *Dowling v. American Hawaii Cruises, Inc.*, 971 F.2d 423, 425-26 (9th Cir. 1992) (analizando precedentes de decisión y literatura en el contexto del privilegio); véase también *CPC Int'l, Inc. v. Hartford & Indemn. Co.*, 620 A.2d 462, 467 (N. J. Super. Ct. 1992); *Ohio ex rel. Celebrezze v. CECOS Int'l Inc.*, 583 N.E.2d 1118, 1120 (Ohio Ct. App. 1990).

⁹⁰ *Hoffman v. Telecommunications, Inc.*, 117 F. R. D. 440, 442-43 (D. Kan. 1987).

⁹¹ *Ibid.*, 443; *contra Webb*, 81 F. R. D. 434 (caso sobre discriminación de empleo cuya resolución es “los documentos protegidos son generalmente aquellos solicitados por el gobierno como reportes gubernamentales obligatorios”).

⁹² Véase, e.g., *Emerson Elec. Co. v., Schlesinger*, 609 F.2d 898, 907 (8th Cir. 1979) (la base que fundamentó el privilegio calificado —y que alienta por completo sin duda las autoevaluaciones— es menos persuasiva... [cuando] los reportes son revelados sólo a agencias federales, no a terceras partes).

⁹³ *United States v. Dexter Corp.*, 132 F. R. D. 8, 10 (D. Conn. 1990).

como inaplicable en aquellos casos en que “los documentos en cuestión hayan sido solicitados por una agencia gubernamental”.⁹⁴ Por lo menos un tribunal ha sostenido que aun cuando el gobierno no sea parte, “el interés público al prevenir y remediar la contaminación ambiental” crea la “necesidad para la revelación de documentos relativos a la contaminación ambiental y [circunstancias relativas que] crean la necesidad pública para la confidencialidad de tales documentos”.⁹⁵ Semejantemente, un tribunal de Ohio rechazó una reclamación del “privilegio de autocritica” por parte del operador de una instalación de desechos peligrosos con base en que “la regulación estricta de la industria de desechos peligrosos” por el estado, requirió la revelación de los récords de la compañía a funcionarios del estado.⁹⁶

En otro caso reciente, un tribunal distinguió entre auditorías de seguridad voluntaria rutinarias de aquellas emprendidas en respuesta a un accidente. El tribunal sostuvo que las auditorías de seguridad voluntarias rutinarias no están protegidas por el privilegio de la autoevaluación puesto que fueron concebidas para prevenir el litigio y, por tanto, es poco probable que se vea reducido a la figura del descubrimiento.⁹⁷ Este razonamiento (de seguirlo otros tribunales) cuestionablemente negaría el privilegio de la auto-evaluación a toda auditoría sistemática y rutinaria. La utilidad del privilegio se ve limitada además porque, al igual que ambos privilegios de cliente-abogado y el de la protección del producto del trabajo, cualquier información basada en hechos en el análisis autoevaluativo respecto a una infracción permanece descubrible.⁹⁸

Un estado, Oregon, decretó legislación en 1993 para reconocer un privilegio para las auditorías ambientales.⁹⁹ Parte de una iniciativa establece multas penales para infracciones en aire, agua y desechos peligrosos, la ley de Oregon extendería un privilegio a: (a) reportes de auditoría, (b)

⁹⁴ *Ibid.*, 9-10 (quoting *Federal Trade Comm'n v. TRW, Inc.*, 628 F.2d 207, 210 (D. C. Cir. 1980); véase también *Celebrezze*, 583 N.E.2d 1120 (En presencia de una directiva legislativa clara respecto a que la industria peligrosa de desecho esté sujeta a la averiguación pública, el tribunal se rehusó a aplicar un privilegio autoevaluativo porque el hacerlo permitiría a las compañías “escabullirse de las obligaciones de —revelación— establecidas por la ley”).

⁹⁵ Véase *CPC Int'l*, 620 A.2d p. 467.

⁹⁶ *Celebrezze*, 583 N.E.2d p. 1121.

⁹⁷ *Dowling*, 971 F.2d 427.

⁹⁸ Véase *Hoffman*, 117 F. R. D. 442.

⁹⁹ Véase Thomas E. Lindley & Jerry B. Hodson, *Environmental Audit Privilege: Oregon Experiment* [Desarrollo Actual] *Env't Rep. (BNA)* 1222 (octubre 29, 1993). En 1990, la legislatura de Colorado pasó una iniciativa semejante, que fue vetada por el gobernador.

análisis de tales reportes, y (c) planes de implementación para mejorar el cumplimiento, atender incumplimiento, además de prevenir incumplimiento futuro.

Para alcanzar el *status* de privilegio, estas comunicaciones se deben marcar al prepararse como “reporte de auditoría ambiental— documento privilegiado”.

El privilegio de Oregón no es absoluto. Permite que partes adversas obtengan acceso en los casos en que la inspección llevada a cabo *in camera* muestren que se ha renunciado al privilegio por parte del dueño u operario (el privilegio se acogió para un propósito fraudulento) o el reporte de auditoría muestre que la compañía ha descubierto una violación y ha fallado en procurar que se rectifique la violación con razonable diligencia. A los fiscales del gobierno se les permite también el acceso en los casos en que puedan demostrar: (a) una necesidad compulsiva para la información de la auditoría, (b) que la información de la auditoría no esté disponible de otro modo, y (c) una incapacidad para obtener el equivalente sustancial sin el costo y demora desrazonables.¹⁰⁰

A pesar de estas limitaciones, el estatuto de Oregon confiere mayor protección que la proporcionada por el privilegio del *common law* actualmente aplicado en los tribunales. Específicamente, la ley de Oregon protege ambos, el análisis subjetivo y los hechos fundamentales. Adicionalmente, la ley de Oregon protege los reportes autoevaluativos indistintamente de que hallan sido preparados según mandato gubernamental.

La Asociación de la Barra Americana (ABA) ha preparado también propuestas que protegerían del descubrimiento o del uso en la corte “de todas las actividades” —inclusive reportes de auditorías que formen parte de programas ambientales y de cumplimiento—. ¹⁰¹ Según esta propuesta, la protección aplicaría sólo a una corporación que halla actuado en buena fe para aplicar un programa de cumplimiento efectivo, y habría multas financieras severas para cualquier compañía o individuo que reclame la protección en mala fe. A diferencia del privilegio cliente-abogado y del de la protección del producto del trabajo, no se renuncia al privilegio

¹⁰⁰ Privilegio de auto Evaluación Gana Buena Acogida en Oregon, Crim. Prac. Man. (BNA) 571 (noviembre. 24, 1993).

¹⁰¹ Joseph E. Murphy, Organizational Compliance Program Improvement Act, *adjunto al* Reporte sobre El Privilegio Autoevaluativo (primer ensayo del 16 de julio de 1991) (manuscrito no publicado en el archivo junto con el Comité Consultivo Corporativo, ABA Sección Antimonopolios).

propuesto por la ABA por revelar documentos relativos al programa de cumplimiento a los tribunales, cuerpos del gobierno o a cualquier tercero.

C. Manejo de riesgos asociados con la revelación

La protección más importante contra el riesgo de la revelación de resultados de auditoría de una compañía radica en asegurarse de que tiene un sistema efectivo en marcha para dirigir las infracciones en cuanto sean detectadas. De esta manera, aunque un reporte de auditoría llegue a ser público, la compañía puede demostrarle al gobierno y al público que inmediatamente remedió el problema.

La posibilidad de que los reportes de auditoría puedan convertirse en públicos o sean revelados a partes potencialmente adversas se debe a políticas del idioma utilizado por los auditores en sus reportes. Es generalmente imprudente e innecesario el opinar en un reporte de auditoría que una actividad dada o una condición es “ilegal” o constituye una “violación”. Los auditores deben identificar los requisitos aplicables y el resumen de las condiciones encontradas en campo. Después, en un separado escrito u oralmente, el consejero legal puede valorar si se ha incurrido en una violación.

IV. DESARROLLO E IMPLEMENTACIÓN DE PROGRAMAS DE AUDITORÍAS AMBIENTALES

Una compañía puede llevar al máximo los beneficios y aminorar los riesgos de las Auditorías ambientales a través de la planificación cuidadosa y anticipada, implementación pensada y riguroso seguimiento a las recomendaciones del auditor. Esta sección del subcapítulo abarca algunas de las sugerencias básicas para diseñar y conducir auditorías ambientales efectivas.

Como abogado, la primera pregunta que se pregunta cuando un cliente busca ayuda en una auditoría es “¿por qué lleva a cabo usted la auditoría?” La respuesta a veces es poco clara, particularmente si el cliente la realiza por primera vez y no ha considerado cómo la auditoría encaja en la estrategia completa del cumplimiento de la compañía.

Un abogado independiente puede ser de gran ayuda en esta etapa temprana del proceso, ayudando al cliente a definir sus metas de cumplimiento ambiental y a desarrollar un plan para lograrlas.

Cabe repetir que el mayor riesgo de las auditorías ocurre cuando una compañía elabora un reporte escrito revelando una violación a la ley y no toma suficiente acción para corregirla. Si una compañía no tiene la estructura adecuada de administración en marcha para responder a información negativa en una auditoría, el propósito fundamental de éstas, que es mejorar el *status* de cumplimiento de la compañía, no se puede lograr. Las auditorías en estas circunstancias son particularmente probables de que engendren un “rastreo de papel” para los fiscales que muestren la existencia de una violación y, al mismo tiempo, ni la menor acción para corregirla. Es por ello que las compañías que carecen por lo menos de programas de cumplimiento rudimentarios pueden ser bien aconsejados a aplazar el conducir auditorías comprensivas, y en lugar se aboquen en conducir sus esfuerzos iniciales en crear una estructura básica de administración de cumplimiento, políticas de cumplimiento limpias y viables, así como un programa interno de capacitación de cumplimiento.

Si se considera que la auditoría será una herramienta útil para el cumplimiento a los ojos de las necesidades individuales de una compañía de los procedimientos de cumplimiento existentes, la compañía debe invertir tiempo y recursos sustanciales en la planificación de la auditoría. Mandar un equipo de campo integrado de manera apresurada con una lista estándar “sacada del cajón”, arrojaría probablemente anotaciones y recomendaciones tales que ni los propios auditores podrían explicar. Para evitar este resultado, la compañía debe expresar y definir las metas y alcances de la auditoría. Por ejemplo, ¿la auditoría deberá cubrir el cumplimiento con base en toda la legislación ambiental federal aplicable, estatal y demás leyes y políticas ambientales locales? Si ese es el caso, un esfuerzo sustancial puede ser requerido para asegurar con antelación y de manera precisa lo que esos requisitos significan con respecto a cierta instalación u operación. ¿Se espera que los auditores evalúen la eficacia del programa de cumplimiento de la compañía y el programa, además del desempeño del personal encargado del cumplimiento? Si ese es el caso, a ellos se les debe decir todo al principio de la auditoría, y darles la dirección exacta respecto a qué aspectos del programa deben evaluar.

La compañía debe asegurarse de que la auditoría se conduzca por un equipo con el necesario conocimiento legal, técnico y operacional. Los

auditores deben ser también suficientemente ajenos a la instalación y al personal cuyo desempeño evalúan, por lo que su objetividad no debe ceder. En palabras de la EPA:

El *status* o *locus* de la organización de los auditores ambientales debe ser suficiente para que asegure una indagación objetiva y clara, al observar y analizar (muestrear)...

La objetividad del auditor no se debe ver dañada por relaciones de tipo personal, financiero o por cualquier otro conflicto de interés, interferencia con la libre indagación o juicio, o por el temor de una potencial retribución.¹⁰²

La auditoría más completa será de ínfimo valor y llevará muy poco peso con las agencias ejecutoras de existir dubitación respecto a la independencia de los auditores.

Es crucial que la compañía determine de antemano quién será el responsable de evaluar la información generada por la auditoría y asegure que se toman las medidas apropiadas en respuesta a esa información. A causa de la complejidad de los estatutos y regulaciones ambientales, a menudo se requerirá determinar si condiciones o actividades dudosas identificadas en la auditorías constituyen de hecho una violación a la ley, y si ése es el caso, cómo debe responder la compañía. Como se explicó anteriormente, los auditores no deben apuntar conclusiones legales en su reporte, sino identificar los requisitos que consideran aplicables y las condiciones que han observado, dejando al abogado que evalúe las implicaciones legales de la información presentada.

La compañía puede ayudar a asegurar la certeza de la información contenida en los reportes de la auditoría, al instruir a los auditores para que preparen los reportes para la revisión del abogado, de los gerentes corporativos encargados del cumplimiento, y de los encargados del nivel de cumplimiento de la instalación. Aún los más hábiles y experimentados auditores pueden mal interpretar la información que han obtenido; los errores pueden evitarse mejor al permitir a los que mejor conocen la instalación auditada o la operación, comentar el informe. Este procedi-

¹⁰² Política de Auditorías de la EPA, *supra* nota 32, 51 Fed. Reg. en 25,009; véase también Informe de lineamientos para las Sentencias, *supra* nota 27, § 901.1(a)(3) en E-8 (que requiere auditoría frecuentes llevadas a cabo con “la independencia debida de la línea impuesta por la administración”). La EPA de California ha señalado que la “[o]bjetividad del auditor no se debe ver dañada por relaciones de tipo personal, financiero o por cualquier otro conflicto de interés, interferencia con la libre indagación o juicio, o por el temor de una potencial retribución”.

miento ayudará también a establecer un diálogo abierto entre todos los participantes de la auditoría que resulta tan crítico para el éxito de la auditoría.

La compañía debe planear por adelantado cómo responderá a las recomendaciones de la auditoría. Debe existir un protocolo establecido y un calendario para evaluar las recomendaciones ambientales y tomar las medidas correctivas necesarias. Desde el punto de vista del abogado defensor, siempre es preferible contar con un plan de remediación por escrito para demostrar que el plan en cuestión de hecho se aplicó en un tiempo oportuno.

Es importante considerar por adelantado qué tipo de información contenida en el reporte de auditoría sería requerido legalmente a ser informado al gobierno federal o estatal. La compañía debe estar enterada también de que aunque no se requiera legalmente que se reporte la información, pueden existir razones tanto legales como estratégicas para revelar de manera voluntaria la información. La pregunta respecto a qué información debe o debería ser reportada amerita una discusión detallada en este artículo.

Tanto las leyes y regulaciones ambientales, como los permisos ambientales individuales otorgados a la compañía, pueden requerir información identificada durante la auditoría. Muchas regulaciones ambientales y permisos individuales establecen un deber continuo de informar ciertos acontecimientos que los reportes deben consignar para evitar que sean inexactos, sin perjuicio de informar también las providencias correctivas adoptadas o por adoptar. Además, algunos estatutos ambientales (y políticas de evaluación de multas de la EPA bajo éstos) autorizan la imposición de multas bajo la base diaria para violaciones de la información requisitada; las multas proceden de la fecha de la infracción hasta la presentación del reporte requerido. Aunque la falta inicial de presentar un reporte oportuno no se puede subsanar “curar” haciendo un reporte posterior, la exposición continua a multas diarias se puede detener.¹⁰³

Aun en la ausencia de un deber legal de informar, existe un número importante de razones por las que una compañía debe ser bien aconsejada de informar el incumplimiento de manera voluntaria. Tal como se señaló anteriormente, en conjunto, DOJ y EPA exhortan la información voluntaria y pueden reducir las multas que recaen a una infracción pretendida,

103 Véase, por ejemplo, EPCRA/ CERCLA PENALTY POLICY, *supra* 49, p. 21.

basada en los esfuerzos de cumplimiento de buena fe, que incluyen la revelación voluntaria de la violación. La política para la imposición de multas EPA-RCRA indica que una compañía actúa de buena fe al “indicar e informar de inmediato el incumplimiento o el instituir las medidas para remediar la violación antes que la EPA la detecte”.¹⁰⁴ La política de la EPA para evaluar multas civiles bajo la Ley de Control de Sustancias Tóxicas (TSCA) apunta la reducción en la multa de hasta 50% si el infractor revela inmediatamente la infracción. La EPA considera también la identificación y reporte inmediato de las infracciones para que estime como un factor positivo en la consideración de multas bajo la Ley del Aire Limpio,¹⁰⁵ CERCLA¹⁰⁶ y EPCRA.¹⁰⁷ Debido a que el elemento central de éstas interpretaciones de buena fe radican en la revelación inmediata, justifica la reiteración de que la revelación inmediata requiere la detección inmediata, lo cual es más probable que ocurra cuando la compañía cuenta con un programa de auditorías en marcha.

Pueden existir otros beneficios (aunque menos palpables) de la revelación voluntaria de una infracción o problema ambiental. Al hacer del conocimiento de la autoridad regulatoria la infracción, de manera voluntaria, una compañía muestra una actitud responsable y cooperativa que puede ocasionar el que la autoridad reguladora la trate de manera más favorable en cuestiones posteriores. Es obvio que la compañía debe desarrollar un plan para encausar la infracción o problema ambiental antes de acercarse a las agencias reguladoras a fin de que la compañía pueda demostrar su responsiva y se aboque a definir y aplicar medidas que subsanen.

¹⁰⁴ La política de las multas impuestas por la EPA bajo RCRA expresa: El infractor manifiesta buena fe al identificar e informar de inmediato el incumplimiento o al instituir las medidas para remediar la violación antes de que la agencia la detecte. Asumir el autorreporte no es requerido por la ley y las infracciones son corregidas de manera expedita; la admisión o corrección de una infracción antes de que se detecte puede ser la causa para mitigar la multa, particularmente donde el infractor instituye medidas nuevas significativas para prevenir la reincidencia. La falta de buena fe, por otra parte, puede tener como resultado una pena mayor. RCRA Civil Penalty Policy (octubre 29, 1990), reimpressa en (Federal Regulations) Env't Rep. (BNA) 41:3603 (enero. 4, 1991).

¹⁰⁵ Política de imposición de multas de la EPA para las Fuentes Inmóviles (estacionarias) Violaciones al Clean Air Act Corregidas (enero 17, 1992), reimpresso en Daily Env't Rep. (BNA) enero 31, 1992, en E-8 (incita el informar de inmediato “cuando no exista ninguna obligación legal de reportar” evidencia del infractor “grado de cooperación”).

¹⁰⁶ EPCRA/CERCLA Política de Multas, *supra* nota 49, pp. 26-27 (incita a la identificación e información como evidencia de buena fe, lo que justifica la mitigación de una multa de hasta 25%).

¹⁰⁷ *Ibidem*.

V. LA AUDITORÍA AMBIENTAL EN LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA

La Comunidad Económica Europea, conocida también como Unión Europea, cuenta con 12 naciones y tiene la autoridad de publicar regulaciones y directrices en materia ambiental.

Por lo que toca a la Comunidad Económica Europea, desde los años setenta se realizan actividades como las llevadas a cabo en los Estados Unidos con el nombre de revisiones ambientales, declaraciones mediante encuesta o controles de calidad ambiental.

Dentro de la Legislación de la Unión Europea, el consejo de ésta aprobó el 29 de junio de 1993 el Reglamento de la Unión Europea 1836/93 “por el que se permite que las empresas del sector industrial se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales”.¹⁰⁸ Este sistema promueve la mejora continua de los resultados de las actividades industriales en relación con el medio ambiente mediante el establecimiento y aplicación de políticas, programas y sistemas de gestión de medio ambiente, por parte de las empresas, en relación con sus centros de producción; la evaluación sistemática, objetiva y periódica del rendimiento de dichos elementos; y la información al público en relación con el comportamiento de ésta en materia de medio ambiente. Dicho reglamento contempla un procedimiento de “oficialización” de los resultados de auditoría que incluye eventualmente, el que se les conceda a aquellas instalaciones cuyos procedimientos de auditoría ambiental hayan sido formalmente validadas, con el logotipo de Eco-gestión y Eco-auditoría.

Es importante señalar, que no obstante que la decisión de acogerse al Sistema Comunitario de Eco-gestión y Eco-auditoría es totalmente voluntario, tal como lo contempla el 1836/93, el proceso en que se basa está influenciado, entre otras cuestiones, por los beneficios de mercado que para la empresa pueda representar el apegarse al Sistema Comunitario de Eco-gestión y Eco-auditoría.

El concepto de eco-auditoría que contempla el Reglamento ambiental no se apega en nada al concepto manejado en los temas anteriores, donde se plantea el concepto tradicional de “auditoría ambiental”. Lo anterior

¹⁰⁸ Reglamento que entró en vigor el 13 de abril de 1995, cuya iniciativa surgió a principios del año 1990 en la Dirección General XI de la CCE, que comunicó al Consejo Europeo de la Industria Química (CEFIC) su intención de preparar una directiva para imponer a determinadas actividades la realización de auditorías ambientales periódicas y públicas.

debido principalmente a que el enfoque planteado es el de la auditoría financiera y contable de la empresa, a través de una evaluación externa que certifica la conformidad con la legislación aplicable, mientras que el sistema de eco-auditoría supone un proceso voluntario mediante el cual una empresa decide ser transparente en su gestión ambiental, informando de la misma al público. El tema principal en la eco-auditoría se vuelve el compromiso individual y voluntario de desarrollar un plan de mejora ambiental sometido a la vigilancia del público, bandera que enarbola la CCE a través de su principio fundamental dentro de la nueva política ambiental: “la potenciación del papel de los consumidores en la formación de una demanda orientada hacia los productos y procesos limpios”.

VI. CONCLUSIÓN

Las compañías internacionales no deben esperar hasta que hayan descubierto una violación de las leyes ambientales, de los países donde tienen operaciones, para implementar un programa sistemático de cumplimiento, incluyendo las auditorías. El compromiso con dicho programa es esencial para cumplir con el creciente cuerpo de leyes y normas ambientales internacionales. Las auditorías de rutina constituyen un valioso elemento dentro de un programa de cumplimiento, puesto que detectan violaciones existentes, permiten la remediación inmediata o ayudan a prevenir violaciones inminentes antes de que sucedan. De ocurrir una violación, el establecimiento de un programa de auditorías puede servir como base para aminorar la multa, por parte de las autoridades responsables. Finalmente, en una era de creciente preocupación pública por la protección ambiental en todo el mundo, los programas de auditorías ambientales internacionales constituyen la mayor evidencia de que se trata de una administración ambientalmente responsable. Aun cuando las auditorías ambientales internacionales conllevan ciertos riesgos, éstos se pueden minimizar a través de una planeación cuidadosa y una implementación bien pensada.