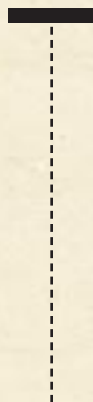




Medidas voluntarias para asegurar el cumplimiento ambiental

Recopilación y análisis de iniciativas en América del Norte



**Informe elaborado para
el Programa de Cooperación para
la Aplicación de la Legislación
Ambiental de la Comisión para
la Cooperación Ambiental**

Marzo de 1998



Medidas voluntarias para asegurar el cumplimiento ambiental

Recopilación y análisis de iniciativas en América del Norte

Esta publicación fue preparada para el Secretariado de la CCA y no necesariamente refleja los puntos de vista de los gobiernos de Canadá, México o Estados Unidos.

El contenido se puede reproducir en cualquier formato, todo o en partes, para fines educativos o no lucrativos, sin el permiso especial del Secretariado de la CCA, siempre y cuando se cite la fuente. La CCA agradecería recibir una copia de cualquier publicación o material que use como fuente este documento.

Edición al cuidado de la Coordinación de Comunicación y Difusión Pública del Secretariado de la CCA.

Para mayor información sobre esta u otras publicaciones de la CCA, comunicarse a:

COMISIÓN PARA LA COOPERACIÓN AMBIENTAL
393, rue St-Jacques Ouest, bureau 200
Montréal (Québec) Canada H2Y 1N9
Tel: (514) 350-4300 Fax: (514) 350-4314

h t t p : / / w w w . c e c . o r g

ISBN 2-922305-23-6

© Comisión para la Cooperación Ambiental, 1997

Depósito legal-Bibliothèque Nationale du Québec, 1997

Depósito legal-Bibliothèque Nationale du Canada, 1997

Disponible en français/Available in English

Papel:	50 por ciento reciclado con 20 por ciento de contenido postconsumo/ Sin barniz ni cloro básico
Tinta:	Vegetal, sin sustancias clorinadas o metales pesados
Solventes:	Sin alcohol isopropílico/ Menos de 1 por ciento de compuestos orgánicos volátiles
Lavado de prensas:	Se usaron productos de limpieza bajos en compuestos orgánicos volátiles
Diseño y formación:	Studio DB
Impreso en Canadá	

Perfil

En América del Norte todos compartimos recursos vitales: aire, océanos, ríos, montañas y bosques. En conjunto, estos recursos naturales son la base de una vasta red de ecosistemas que sostienen nuestra subsistencia y bienestar. Estos recursos deben ser resguardados para que en el futuro continúen siendo fuente de vida y prosperidad. La protección del medio ambiente de América del Norte es una responsabilidad compartida por Canadá, México y Estados Unidos.

La Comisión para la Cooperación Ambiental (CCA) es una organización internacional integrada por Canadá, México y EU. Fue creada en términos del Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte (ACAAN) para tratar las preocupaciones ambientales regionales, ayudar a prevenir los conflictos comerciales y ambientales potenciales y promover la aplicación efectiva de la legislación ambiental. El Acuerdo complementa las disposiciones ambientales del Tratado de Libre Comercio (TLC).

La CCA realiza su trabajo a través de la combinación de los esfuerzos de sus tres componentes principales: el Consejo, el Secretariado y el Comité Consultivo Público Conjunto (CCPC). El Consejo es el cuerpo gobernante y está integrado por representantes ambientales a nivel de gabinete de cada uno de los tres países. El Secretariado ejecuta el programa anual de trabajo y brinda apoyo administrativo, técnico y operativo al Consejo. El Comité Consultivo Público Conjunto está integrado por quince ciudadanos, cinco de cada uno de los países firmantes, con la función de asesorar al Consejo en los asuntos materia del Acuerdo.

Misión

A través de la cooperación y la participación del público, la CCA contribuye a la conservación, protección y mejoramiento del medio ambiente de América del Norte. En el contexto de los crecientes vínculos económicos, comerciales y sociales entre Canadá, México y Estados Unidos, trabaja para beneficio de las generaciones presentes y futuras.

Medidas voluntarias para asegurar el cumplimiento ambiental

Recopilación y análisis de iniciativas en América del Norte

■ Reconocimientos	vii
■ Introducción	ix
■ Canadá	1
■ México	105
■ Estados Unidos	145

Reconocimientos

La Comisión para la Cooperación Ambiental (CCA) agradece la colaboración de las numerosas personas que con su tiempo y conocimientos hicieron posible este proyecto y sus informes correspondientes. Iniciado por el Secretariado de la CCA, este proyecto contó con el apoyo de diversas personas que proporcionaron información e ideas y colaboraron en la redacción de los textos. Deseamos reconocer en particular la labor de los asesores legales que prepararon los informes:

- Canadá: doctora Dianne Saxe y John Moffet, de Futuro de los Recursos Internacionales; Darlene Pearson colaboró con la revisión del capítulo sobre ISO 14000.
- México: licenciado Juan Francisco Torres Landa R. y licenciado Wilehaldo Cruz Bressant; el licenciado José Antonio Ortega, de Corporación Radián, colaboró con la revisión, en particular del apartado sobre ISO 14000.
- Estados Unidos: Keith Welks y Carmen Korleski.

Damos las gracias, asimismo, a los muchos funcionarios de los gobiernos que ayudaron al Secretariado en la selección de los mecanismos voluntarios a revisar, en la realización de entrevistas y en el examen de los borradores de los informes. El Grupo de Trabajo de América del Norte sobre Cooperación en la Aplicación y el Cumplimiento de la Legislación Ambiental procuró, con el generoso apoyo y cooperación recibidos, que el informe final reflejara fielmente las leyes, procedimientos y prácticas reales. De igual modo, expresamos nuestro reconocimiento a los muchos funcionarios de gobierno y otras personas que compartieron ideas y datos sobre sus innovadores programas. La información y opiniones aquí contenidas son las de sus autores y no necesariamente coinciden con los puntos de vista de los gobiernos de Canadá, México, Estados Unidos o de la CCA.

Esperamos que este informe contribuya a la continuación del diálogo sobre experiencias voluntarias para conducir a la realización de programas eficaces de aplicación y cumplimiento de las normas ambientales en América del Norte. Desde que se inició el proyecto de cumplimiento voluntario, la CCA ha patrocinado algunas iniciativas afines, como es el caso del Diálogo de América del Norte sobre Legislación Ambiental, de 1996, y la consulta pública regional conducida por el Comité Consultivo Público Conjunto (CCPC) de la CCA. Las minutas de ambos diálogos se pueden consultar en la página de la CCA en Internet: <<http://www.cec.org>>.

Linda F. Duncan
Jefa de División, Programa de Cooperación en la Aplicación de la Legislación Ambiental
Comisión para la Cooperación Ambiental

Introducción

Antecedentes

Este informe fue encargado en 1995 por el Secretariado de la CCA en respuesta al considerable interés que el público de América del Norte, la industria regulada por las normas ambientales y las entidades gubernamentales han expresado en torno a la proliferación de un vasto espectro de procedimientos voluntarios en la observancia de las normas ambientales. Nuestra investigación indicaba que esos mecanismos voluntarios abarcaban una amplia gama de iniciativas privadas y públicas. Aquellos mecanismos que habían sido iniciados por el sector privado se encauzaban de ordinario a mejorar el desempeño ambiental, reduciendo los costos del control de la contaminación o asegurando la pertinencia del mismo. Los proyectos iniciados por los gobiernos, en cambio, solían apearse a lo que la ley autorizaba o la práctica aconsejaba y venían a ser un complemento de las medidas tradicionales para el cumplimiento obligatorio de la legislación. En algunos casos, los programas proporcionaban incentivos a las industrias que incluso superaran los estándares de regulación, mientras que otros reemplazaban algunas medidas de control.

Enfoque y objetivos

Al fijar la orientación de este informe, el Secretariado de la CCA llegó a la determinación de que sería conveniente concentrarse en la revisión de los compromisos y obligaciones establecidos en el Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte (ACAAN). El ACAAN obliga a las Partes a la aplicación efectiva de sus respectivas leyes ambientales, con la mira de lograr altos niveles de protección del medio ambiente, y de hacerlas cumplir mediante la apropiada acción del gobierno. Además, establece un marco de aplicación efectiva que, amén de los procedimientos tradicionales de imposición, “procura llegar a acuerdos tanto sobre cumplimiento coercitivo como de cumplimiento voluntario” y “fomenta la realización de auditorías ambientales”.

Por lo tanto, el informe se centra en un análisis de las experiencias de las instituciones encargadas de aplicar las normas ecológicas en América del Norte mediante el recurso de iniciativas voluntarias, como parte de sus estrategias de aplicación y cumplimiento de la normatividad ambiental. Además, de acuerdo con los compromisos del ACAAN, los objetivos del informe son:

- Acrecentar el conocimiento del público acerca del uso de medidas voluntarias para cumplir con las normas ambientales.
- Apoyar a las Partes en la búsqueda de mejores mecanismos para aplicar la legislación ambiental y mejorar su nivel de cumplimiento.

Metodología

Al emprender el estudio, el Secretariado formó un equipo de abogados y otros expertos de América del Norte con abundantes conocimientos y práctica en la aplicación de las normas ambientales. El primer reto al que tuvo que hacer frente dicho equipo fue definir el término “cumplimiento voluntario”. Se hizo evidente que dicha noción abarca de hecho un amplio espectro de iniciativas o medidas, desde códigos formulados y practicados por las industrias, ajenos al sistema regulatorio gubernamental, hasta un abundante abanico de rutas alternativas, de iniciativa gubernamental, para lograr el cumplimiento de las normas ambientales. El equipo, a continuación, se dispuso a catalogar toda la lista de iniciativas.

Una de las categorías consistía en privatizar las responsabilidades relacionadas con la aplicación de la normatividad (como el monitoreo y la inspección), a través de concesionar a la industria, la comunidad o un tercero, tareas de cumplimiento gubernamentales. Una segunda categoría consistía en compromisos de intercambio o mecanismos alternativos a las normas impositivas. En tales casos, determinada instalación queda eximida de atenerse a los requisitos legales, a cambio de comprometerse a lograr el mismo objetivo ambiental a través de una ruta alternativa. Una tercera categoría de mecanismos “voluntarios” es la de actividades emprendidas sólo por voluntad de una parte regulada, la cual puede mejorar el potencial de observancia de obligaciones legales, por ejemplo mediante auditorías ambientales o cumpliendo con los estándares de la ISO 14001. Se acordó incluir una cuarta categoría de iniciativas voluntarias: las acciones iniciadas por entidades privadas con el fin de mejorar su desempeño ambiental, no necesariamente con el fin prioritario y fundamental de asegurar el cumplimiento de las normas o procedimientos ambientales prescritos por ley.

Como el objetivo del estudio era la evaluación de experiencias derivadas de la aplicación de “acciones voluntarias” para satisfacer mejor lo establecido por las leyes ambientales, la revisión se centró sólo en dichas categorías de los mecanismos voluntarios. Por consiguiente, los mecanismos seleccionados estaban dirigidos ora a lograr el cumplimiento, ora a superarlo o, en ciertos casos, ofrecer medios alternativos de evaluar dicho cumplimiento. La información recabada en estos informes se basó, en su mayor parte, en entrevistas con funcionarios del gobierno encargados de poner en práctica los mecanismos voluntarios o se extrajo de documentos o informes relacionados con dichos mecanismos. Se procuró sobremanera describir con exactitud el propósito o aspiración de los mecanismos voluntarios y dejar fiel constancia de las perspectivas de las entidades entrevistadas.

Crterios

En la evaluación de los mecanismos voluntarios seleccionados, el equipo de asesores estableció los siguientes criterios que reflejan el marco y principios de aplicación de las normas del ACAAN:

1. Autoridad legítima: ¿existe una autoridad establecida para la aplicación del mecanismo y, de ser así, hay procedimientos y políticas prescritas legalmente para su uso y aplicación?
2. La eficacia como parámetro para acrecentar el cumplimiento: ¿cuál ha sido el efecto del mecanismo sobre los niveles de cumplimiento de las normas?
3. Correlación y efecto sobre los demás programas de aplicación y cumplimiento, políticas y respuestas: ¿quién tiene la autoridad o la responsabilidad para desarrollar y aplicar el mecanismo?; ¿está bajo la dirección de la entidad encargada de aplicarlo?; ¿se han tomado en cuenta y resuelto los conflictos reales o potenciales con otros mecanismos de aplicación y cumplimiento?; ¿se ha encarado la posibilidad del error inducido oficialmente?; ¿existe la posibilidad de que la entidad sea absorbida por el gobierno?; ¿se presta el mecanismo a que se proceda con negligencia en la actividad regulatoria?
4. Impacto sobre el estándar de cuidado: ¿cuál es el impacto sobre el estándar de cuidado de las industrias sujetas a regulación (el tema de la diligencia debida), o cuál la capacidad del gobierno para cumplir con su obligación de imponer la ley o, en general, de proteger el medio ambiente y la salud de la gente?; ¿cuál es el efecto, si existe, de cualquier equivocación de facto o legal?
5. Impactos en terceras partes: ¿hay transparencia en el proceso de aplicación del mecanismo?; ¿existen procedimientos de apelación o para exigir responsabilidades en el manejo del mecanismo?; ¿hay algún procedimiento para evaluar e informar sobre los impactos del cumplimiento?; ¿se ven afectados los procesos legales comunes?

6. Responsabilidades: ¿redunda la aplicación del mecanismo en alteraciones de las responsabilidades sobre aplicación y cumplimiento?
7. Equidad: la naturaleza o aplicación del mecanismo ¿ocasiona injusticias o desigualdades entre los sectores, entre los particulares afectados o entre las jurisdicciones? En tal caso, ¿se han resuelto estos conflictos?; ¿afectan el “juego limpio”?; ¿se prestan a que algunos aprovechen las ventajas del mecanismo sin dar nada a cambio?

Los consultores procuraron cotejar estos criterios con el marco legal y de políticas en los que se desarrolla cada mecanismo. Salvo donde se especifica lo contrario, la evaluación de los mecanismos representa sólo la opinión del equipo consultor. Las variantes en el estilo y en los métodos de aplicar los criterios son resultado del sistema de análisis que aplicó cada equipo particular.

Por último, si bien se procuró por todos los medios proporcionar una información precisa y oportuna, debido al tiempo que requirió la preparación del estudio, puede aparecer material que ya no sea vigente o haya periclitado.

Los errores y omisiones son de nuestra entera responsabilidad.

Canadá

Canadá

1	Introducción	7
2	Jurisdicción y mandato ambientales	8
	2.1 Legislación federal	8
	2.2 Legislación provincial	8
3	¿Qué significa cumplimiento voluntario?	12
	3.1 ¿Qué significa voluntario?	12
	3.2 ¿Qué significa cumplimiento?	12
	3.3 ¿Qué significa diligencia debida?	13
4	Planes y acuerdos de cumplimiento	15
	4.1 Propuestas del gobierno federal	15
	4.2 Ley Ambiental de Yukón	17
	4.3 Ontario	18
	4.3.1 Lineamientos de cumplimiento	18
	4.3.2 Aprobación de programas	19
	4.4 Quebec	22
	4.5 Nueva Brunswick	23
	4.6 Manitoba	24
	4.7 Otras jurisdicciones canadienses	25
	4.8 Autoridad legal	25
	4.9 Contratos y contraprestación	26
	4.9.1 ¿Qué contraprestación puede proporcionar el organismo regulador?	26
	4.9.2 ¿Qué contraprestación puede ofrecer la empresa?	28
	4.10 Eficacia	29
	4.11 Relación con otros mecanismos de aplicación de la ley	34
	4.11.1 Error inducido oficialmente	34
	4.11.2 Abuso de proceso	36
	4.11.3 Negligencia regulatoria	38
	4.12 Efectos en terceros	40
	4.13 Responsabilidad	41
	4.14 Equidad	43
	4.15 Conclusiones	43
5	Delegación de facultades: la ley federal de eficiencia regulatoria	45
	5.1 Introducción	45
	5.2 Autoridad legal	46
	5.3 Efectos en el cumplimiento	48
	5.4 Relación con otras actividades gubernamentales	48
	5.5 Efectos en la norma de cuidado	49
	5.6 Responsabilidad	49
	5.7 Equidad	50
	5.8 Conclusiones	50

6	Acuerdos de responsabilidad de los prestamistas	52
	6.1 Introducción	52
	6.2 Autoridad legal	55
	6.3 Eficacia	55
	6.4 Equidad	55
	6.5 Relación con otros mecanismos de cumplimiento y aplicación	56
	6.6 Responsabilidad	56
	6.7 Conclusiones	57
7	Políticas de privilegio por auditoría ambiental	58
	7.1 Introducción	58
	7.2 Ley de privilegio en Canadá	58
	7.3 Políticas federal y de Ontario	59
	7.3.1 Ley de Protección Ambiental de Canadá: Política de Aplicación y Cumplimiento	59
	7.3.2 Política de Ontario de acceso a las evaluaciones ambientales	59
	7.3.3 Autoridad legal	60
	7.3.4 Efectos en el cumplimiento	60
	7.3.5 Relación con otros mecanismos de cumplimiento y aplicación	63
	7.3.6 Efectos en la norma de cuidado	65
	7.3.7 Efectos en terceras personas	65
	7.3.8 Responsabilidad	65
	7.3.9 Equidad	65
	7.4 Apartado 70 de la ley ambiental de Nueva Escocia	65
	7.4.1 Introducción	65
	7.4.2 Efectos en el cumplimiento	66
	7.4.3 Efectos en terceras personas	67
	7.4.4 Equidad	67
	7.4.5 Respuesta pública	67
	7.5 Conclusiones	68
8	La ISO 14000	70
	8.1 ¿Qué es la ISO 14000?	70
	8.2 Sistemas de manejo y diligencia debida	71
	8.3 Autoridad legal	74
	8.4 Eficacia	74
	8.5 Relación con otros mecanismos de cumplimiento y aplicación	75
	8.5.1 ¿Sustituirá las regulaciones?	77
	8.5.2 ¿Dará inmunidad a las empresas?	77
	8.5.3 ¿Es importante sólo para las grandes empresas?	77
	8.5.4 Como parámetro, ¿impedirá el control público de la diligencia debida?	78
	8.6 Abuso, negligencia	79
	8.7 Efectos en la norma de cuidado	80
	8.8 Efectos en terceras personas	80
	8.9 Responsabilidad y transparencia	80
	8.10 Equidad	81
	8.11 Conclusiones	82

Memorandos de entendimiento ambiental	83
9.1 Introducción	83
9.2 Autoridad legal	84
9.3 Efectos en el cumplimiento	84
9.4 Efectos en la norma de cuidado	85
9.5 Relación con otros mecanismos de cumplimiento y aplicación	86
9.6 Relación con el actual proceso de desarrollo de las políticas	88
9.7 Responsabilidad y transparencia	90
9.7.1 Revisión judicial: equilibrio entre la flexibilidad y la certeza	90
9.7.2 La necesidad de objetivos claros	91
9.7.3 Disposiciones en torno a la información pública en los MDE	91
9.7.4 La necesidad de indicadores que midan el efecto de los MDE	92
9.8 Conclusiones	92
Bibliografía	94
Casos citados	99
Anexo: lista de entrevistados	101

1 Introducción

La forma más adecuada de medir el éxito de la ley ambiental no es el número de condenas obtenidas en un año ni el valor de las multas en dólares... La ley ambiental debe procurar cuando menos la preservación, cuando no el mejoramiento, de la calidad ambiental... El resultado buscado es que quien la ha infringido la cumpla oportunamente sin necesidad de una intervención adicional u otra infracción.¹

Actualmente, ante su imperiosa necesidad de hacer más con menos, los gobiernos buscan nuevas formas de motivar un mayor *cumplimiento* con menos fondos públicos destinados a la aplicación de la ley. El presente informe analiza y discute el modo en que las jurisdicciones canadienses recurren al cumplimiento voluntario como parte de su política de aplicación de las disposiciones ambientales.

El segundo apartado de este informe resume brevemente el marco legislativo ambiental de Canadá. El tercero introduce el concepto de “cumplimiento voluntario” en el contexto de la legislación ambiental de esa nación. Las seis partes que siguen estudian iniciativas concretas que los órganos reguladores canadienses utilizan o consideran en la actualidad. Este análisis no pretende ser exhaustivo; se centra en seis enfoques representativos de iniciativas que se aplican en todo el país:

- Políticas de cumplimiento que incluyen planes y acuerdos de cumplimiento (apartado 4).
- Autoridad estatutaria para exenciones reglamentarias (apartado 5).
- Acuerdos de exención de responsabilidad de los prestamistas (apartado 6).
- Políticas de privilegio por auditoría (apartado 7).
- Certificación ISO 14000 (apartado 8).
- Memorandos de entendimiento sobre prevención de la contaminación (apartado 9).

Estos enfoques comparten temas fundamentales y plantean problemas relacionados. Mientras que los apartados cuarto y quinto examinan las prácticas y las disposiciones concebidas específicamente para alentar a los particulares sujetos a la legislación ambiental a desarrollar planes que aseguren el cumplimiento, el sexto apartado analiza el esfuerzo reciente del gobierno federal por desarrollar una autorización amplia para que las partes sujetas a múltiples obligaciones legales negocien medidas de cumplimiento alternativas.

Por su parte, los apartados séptimo y octavo estudian temas estrechamente relacionados. En el séptimo, el análisis de las políticas gubernamentales de cara a las autoauditorías ambientales resalta las relaciones entre éstas y las políticas antes descritas sobre planes y acuerdos de cumplimiento. Posteriormente, el apartado 8 destaca la relación entre la autoauditoría (o auditoría interna) y las iniciativas más amplias para promover sistemas de manejo ambiental como la ISO 14000.

Por último, el noveno apartado examina algunas iniciativas federales y provinciales recientes destinadas a promover los memorandos de entendimiento ambiental (MDE), que apoyen la prevención de la contaminación. A pesar de la diferencia conceptual frente a cada una de las medidas mencionadas, los MDE plantean muchas cuestiones similares, como por ejemplo la relación entre los mecanismos voluntarios y las actuales obligaciones de cumplimiento y la necesidad de transparencia y responsabilidad en las iniciativas no estatutarias apoyadas por el gobierno.

¹ Gobierno de Nueva Brunswick, 1994.

El interés actual en los mecanismos de cumplimiento voluntario en los tres países del TLC obedece a una combinación de poderosas razones que ninguna autoridad ambiental puede ignorar. En tiempo de recortes y restricciones, una de las principales razones es la económica. Se ha extendido la creencia de que los mecanismos de cumplimiento voluntario representan un ahorro al:

- Reducir costos operativos para las autoridades.²
- Disminuir costos de la comunidad sujeta a regulación, al tener mayor flexibilidad en el cumplimiento y evitar gastos improductivos.
- Reasignar los recursos dedicados a abogados y otros costos de defensa hacia mecanismos que protejan el medio ambiente.
- Reducir la carga para el sistema judicial (incluidos juzgados y tribunales administrativos).

Otras razones importantes que apoyan el desarrollo y la promoción de las medidas voluntarias en Canadá incluyen:

- Los problemas ambientales han evolucionado de ser principalmente locales y causados por grandes contaminadores, a otros más difusos y de fuentes numerosas. Esto ha producido la correspondiente expansión del número y el alcance de las regulaciones ambientales y de aquellos a quienes se aplican. Un enfoque orientado a sanciones y acciones judiciales fue manejable cuando los “infractores” eran un grupo relativamente pequeño con malas intenciones. Sin embargo, los castigos por imponer se multiplican y el beneficio social que se percibe disminuye cuando los infractores son ubicuos.³
- En marcado contraste con la situación de hace 20 años, la mayoría de las comunidades reguladas acepta hoy en día que las normas ambientales sean obligatorias. Muchos de los “infractores” ya creen en la importancia de la protección ambiental; la mayoría cumpliría de tener claro lo que se le requiere. Por tanto, para inducir actitudes correctas o comportamientos adecuados, no se requerirá ni el enjuiciamiento ni el castigo. En contraste, castigar a los bien intencionados puede provocar grandes pérdidas.
- El creciente reconocimiento de las limitaciones de la modalidad de “comando y control” para producir los resultados deseados. Los gobiernos tienen recursos limitados, un control restringido sobre los demás factores económicos y un conocimiento imperfecto de su comportamiento. El gobierno es tan sólo una de las limitadas fuerzas entre otras muchas, y no un “padre” poderoso y omnisciente.⁴
- La prioridad que antes se concedía a controlar “el final del tubo” se ha desplazado a prevenir la contaminación. La prevención es flexible y proactiva, y está muy integrada al actual manejo de los negocios. Una parte fundamental de la prevención de la contaminación es internalizar la responsabilidad de los resultados ambientales. Los mecanismos voluntarios pueden enriquecer esa incorporación, en tanto que la prioridad del cumplimiento con métodos prescritos por el gobierno puede minarlo.

² En casos particulares, las medidas voluntarias pueden costar mucho menos que una demanda o una audiencia administrativa. Sin embargo, no está claro si las autoridades tendrán costos más bajos como resultado general. El tema requiere de mayor análisis.

³ Obviamente, esto se relaciona con el tema de los recursos.

⁴ Véase Teubner, 1983, y Bregman y Jacobson, 1994.

- Las iniciativas destinadas a promover las actividades voluntarias pueden utilizar razones económicas poderosas que favorezcan un mejor desempeño ambiental; por ejemplo, las ventajas de una buena reputación ambiental en las relaciones públicas, de mercado y comerciales, sobre todo el liderazgo ambiental y los beneficios financieros de la prevención efectiva de la contaminación.⁵

A la luz de esos factores, muchos gobiernos se esfuerzan por integrar mecanismos de cumplimiento voluntario dentro de su estrategia global para asegurar la aplicación efectiva de las leyes y los reglamentos ambientales. Lo anterior significa que los gobiernos desean crear, al menos en algunos sectores y entre ciertos infractores potenciales, un clima en que los empresarios, por interés propio, opten por cumplir. En términos ecológicos, ello entraña considerar al gobierno como un jardinero, más que como un policía.⁶

Estas ventajas no se pueden concretar a menos que los gobiernos tomen medidas decisivas para cambiar su modo de elaborar regulaciones y aplicarlas. No obstante, también hay riesgos considerables, como la potencial reducción de la eficacia, transparencia y responsabilidad. El presente estudio describe algunos de estos cambios, y algunos de los riesgos.

⁵ Los ahorros potenciales por reducción de insumos y costos de eliminación de residuos, la preocupación por la imagen pública, el liderazgo personal, la acción de los empleados y la presión de los consumidores, inversionistas, aseguradores y prestamistas pueden estimular la acción del sector privado (Grabosky, 1994; Schmidheiny, 1992; Roy, 1992). Actualmente, algunos economistas cuestionan hasta qué punto las empresas seguirán experimentando con las oportunidades “de ganancia constante”; señalan que muchas de las ineficacias ambientales más claras han sido ya eliminadas (Whalley y Whitehead, 1994). Asimismo, los gobiernos pueden desempeñar diversos papeles al fomentar un comportamiento ambiental racional. La regulación puede asegurar el cumplimiento de los objetivos ambientales básicos. De hecho, un reciente sondeo entre grandes negocios de Canadá confirmó que el cumplimiento de la legislación sigue siendo el factor que más influye en el comportamiento corporativo respecto al medio ambiente (KPMG, 1994). Sin embargo, como cabría esperar, en la práctica el peso relativo de diversos factores parece variar entre sectores. La experiencia obtenida con el programa de Reducción/Eliminación Acelerada de Tóxicos (ARET, por sus siglas en inglés) sugiere que los desafíos públicos y los requerimientos de proporcionar información pueden ser de gran influencia en algunos sectores. En ciertos casos, los instrumentos económicos pueden crear incentivos para las mejoras en curso. Los subsidios, así como los esfuerzos en investigación y desarrollo, pueden alentar la evolución y la difusión de tecnologías benéficas. Los programas de información y educación pueden promover los valores y el conocimiento de las oportunidades. Los programas de certificación pueden asegurar la integridad de la información al consumidor sobre productos verdes. Los estándares y requisitos para una información más abierta pueden mejorar la responsabilidad. El monitoreo científico puede rastrear las condiciones ambientales e informar para influir en la toma de decisiones sobre políticas.

⁶ Su meta principal sería transformar la comunidad de negocios de un ecosistema primitivo de “hierbas”, que constantemente requiere control externo, en un “bosque” diverso, estable y autosustentable (Hawkins, 1994).

2 Jurisdicción y mandato ambientales

En Canadá, tanto el gobierno federal como los provinciales tienen facultades legislativas y regulatorias en torno del ambiente y desempeñan un importante papel en integrar el ambiente y la economía. La Constitución de Canadá no menciona el “medio ambiente” de manera específica. Sin embargo, cada nivel de gobierno posee, en la práctica, facultades jurisdiccionales importantes para un manejo ambiental eficiente.

Las responsabilidades se basan en las facultades asignadas que se relacionan con el ambiente. La incumbencia federal en ese sentido se ha derivado de diversos poderes en materia de pesca, comercio y derecho penal, así como de paz, orden y buen gobierno. Las responsabilidades ambientales fundamentales en la escala provincial se desprenden, entre otras cuestiones, de la jurisdicción sobre la gestión de recursos, derechos civiles y de propiedad, obras y empresas locales. En Canadá la agricultura es una responsabilidad compartida entre la federación y la provincia.

2.1 Legislación federal

El gobierno federal administra una amplia gama de leyes, algunas expresamente concebidas para proteger el ambiente; otras para reglamentar actividades o sectores específicos y que tienen disposiciones de protección ambiental.⁷ Algunas, como la *Ley de Protección Ambiental de Canadá* (CEPA, por sus siglas en inglés), se formularon para prevenir la contaminación de todos los medios, incluidos aire, agua y tierra, durante todas las etapas del ciclo de vida de los productos, desde su importación o manufactura hasta que se desechan. Otras, como la *Ley de Prevención de la Contaminación de las Aguas del Ártico*, la de *Parques Nacionales*, la de la *Vida Silvestre de Canadá*, la *Ley de Convención de Aves Migratorias*, la *Ley de Pesca* y la *Ley de Conservación y Producción de Gas y Petróleo*, protegen recursos naturales específicos. Otras más, como la *Ley de Aguas de Canadá*, constituyen herramientas de planeación del ecosistema. Algunas regulan ciertos productos y actividades peligrosas, como la manufactura de plaguicidas y aparatos emisores de radiación, el cambio climático, la instalación de equipo contra la contaminación en vehículos automotores, la generación de energía atómica y el transporte de artículos peligrosos. Otras regulan el transporte en general o modos de transporte específicos, como el ferrocarrilero, el marítimo o el aéreo.

2.2 Legislación provincial

Las provincias gozan de la jurisdicción principal en casi todas las cuestiones ambientales internas, debido a sus facultades constitucionales en materia de “propiedad y derechos civiles”. Por ello, la mayoría de las empresas elegibles para los mecanismos de cumplimiento voluntario está regida por las leyes ambientales provinciales.

Cada provincia ha adoptado una o más leyes ambientales que comprenden una diversidad de medidas, entre las que se suelen incluir:

- Prohibiciones contra la contaminación redactadas en términos generales, como: “nadie podrá desechar, causar o permitir el desecho de contaminantes que produzcan efectos adversos en el ambiente natural”.⁸
- Disposiciones que prevén que las actividades susceptibles de causar un efecto perjudicial sobre el medio ambiente sean objeto de un permiso.

⁷ La CCA ha recopilado una lista de leyes ambientales de Canadá, disponible en Internet: <<http://www.ccc.org>>.

⁸ El cumplimiento de estas prohibiciones se hace normalmente por medio de procesos.

- Disposiciones sobre actos administrativos en los que las autoridades pueden ordenar a personas y organizaciones que protejan o reparen el ambiente.
- Requisitos para conducir evaluaciones ambientales antes de la construcción de grandes proyectos.

En 1985 Ontario fue la primera provincia en desarrollar un firme programa de aplicación de leyes y reglamentos ambientales. Desde entonces, casi todas las demás han sido más activas y han conseguido frutos con sus programas de aplicación de la legislación ambiental: En la actualidad, cada año hay en Canadá cientos de procesos jurídicos por causas ambientales. Los programas de aplicación, junto con otros factores, como el riesgo a que los bancos compartan las responsabilidades ambientales de sus deudores, se han traducido en una mayor atención de los empresarios a las cuestiones ambientales. Sin embargo, actualmente las dependencias ambientales enfrentan grave limitación de recursos; la respuesta de algunas ha sido reducir sus programas de aplicación de la legislación, mientras que la de otras ha consistido en buscar enfoques alternativos para lograr el cumplimiento.

3 ¿Qué significa cumplimiento voluntario?

3.1 ¿Qué significa voluntario?

El equipo que realizó el estudio y casi todos sus entrevistados tuvieron dificultades con el término *cumplimiento voluntario*. Para algunos, el término es contradictorio y tiene múltiples acepciones. *Cumplimiento* se refiere intrínsecamente a la obediencia de una norma legal y, por lo tanto, es algo exigido por la ley. En este sentido, ¿cómo puede ser *voluntario* el *cumplimiento*?

El término “cumplimiento voluntario” adquiere sentido si el enfoque es en el grado en que los recursos gubernamentales de aplicación de la ley deben gastarse en la lucha por el cumplimiento de la norma.⁹ El cumplimiento no es “voluntario” cuando se obtiene mediante la fuerza coercitiva del Estado a determinado contaminador, es decir, con una orden de control o de enjuiciamiento. Es posible referirse al cumplimiento como “voluntario” cuando éste se logra sin la aplicación particularizada de tal fuerza. Así se emplea el término en Canadá. Por ejemplo, las directrices de cumplimiento de varios ministerios del medio ambiente canadienses permiten a los reguladores utilizar “mecanismos de cumplimiento voluntario” a fin de resolver problemas de incumplimiento. Con esto se refieren a cualquier acción o acciones que rectifiquen el problema y mejoren el cumplimiento de la empresa sin llegar a la coacción individualizada.

Otra forma de considerar el “cumplimiento voluntario” es centrarse en lo que los gobiernos deben hacer para que las empresas opten voluntariamente por cumplir. En otras palabras, es aquello que los gobiernos hacen para que las empresas decidan cumplir por su propia conveniencia.¹⁰

3.2 ¿Qué significa cumplimiento?

La ausencia de un acuerdo común sobre lo que se entiende por el término “cumplimiento” puede también entorpecer las discusiones sobre el “cumplimiento voluntario”. El público en general y algunas autoridades entienden “cumplimiento” en el sentido de obedecer un límite de velocidad o el Código Penal. Es decir, suponen que:

- Todos saben si “cumplen” o no.
- Cualquiera que desee “cumplir”, lo hará.

Por desgracia, ninguno de estos dos supuestos de sentido común se pueden considerar correctos con certeza en lo que se refiere a la ley ambiental como se ha desarrollado en Canadá. Son ciertos para el incumplimiento de ciertos requisitos relativamente simples, como obtener una autorización antes de instalar cierto equipo o respetar límites cuantitativos de emisión de contaminantes, cuando se tiene tecnología eficiente y confiable para hacerlo.

Sin embargo, tal simplicidad es más la excepción que la regla. Casi todas las infracciones ambientales son delitos de responsabilidad objetiva contra el bienestar público. Lo anterior significa que la *mens rea* (intención) no es un elemento de la infracción.¹¹ El ministerio público canadiense

⁹ Éste es un elemento básico para la mayoría de las jurisdicciones canadienses, con enormes deudas gubernamentales y obligadas a realizar recortes considerables en el gasto.

¹⁰ Tales consideraciones difieren de las medidas estrictamente “voluntarias”, como, por ejemplo, las no relacionadas con problemas de cumplimiento. Éstas no forman parte del presente estudio puesto que, por definición, no son parte de la obligación de los gobiernos miembros del TLC de hacer cumplir con efectividad sus leyes ambientales.

¹¹ Algunos académicos sostienen que la Carta de derechos y libertades de Canadá no permite la prisión por delitos en los que no se dé el *mens rea* como elemento de responsabilidad. Por lo tanto, sugieren que todas las infracciones de responsabilidad objetiva con pena de prisión son anticonstitucionales (véase Brudner, 1990). De ser correcto tal

(sigue)

puede demostrar que una persona ha infringido la ley simplemente con la prueba de que hubo una fuga de algún contaminante (incluyendo ruido o hedores) que produjo efectos adversos.

Una revisión de los sumarios procesales de Canadá muestra que una elevada proporción del “incumplimiento” no fue intencionado y, a menudo, no se había previsto. Es decir, el infractor incumplió debido a un derrame, goteo, inundación, rompimiento de bomba o avería similar inesperada e involuntaria. Si un momento antes del accidente se preguntara al empresario si todo estaba en regla en materia ambiental, casi todos hubiesen respondido que sí. Tal vez no haya una sola empresa o entidad gubernamental que esté absolutamente segura de estar “cumpliendo”, si por ello se entiende que no despedirá emisiones provocadas por accidentes, errores de los empleados o fallas de equipo.

La defensa más importante de un acusado es demostrar que actuó con la “debida diligencia”, es decir, que aplicó las medidas necesarias para prevenir la infracción.¹² Una empresa que ha ejercido la debida diligencia experimentará menos accidentes, degradará menos el ambiente y tal vez sea más eficiente y competitiva. Incluso si causa contaminación, una empresa debidamente diligente no habrá cometido “infracción” alguna, y por lo tanto, debe considerarse que “cumple” con lo que manda la ley. Como resultado, hay una equivalencia significativa, aunque no total, entre los conceptos de “cumplimiento” y “diligencia debida”.¹³

3.3 ¿Qué significa diligencia debida?

Es sorprendente la dificultad para definir “diligencia debida” y, en cierto sentido, se dificulta más con el paso del tiempo. ¿Puede alguien afirmar con certeza que la tiene? ¿Cuánta es suficiente?

En los primeros tiempos de la regulación ambiental de Canadá, la diligencia debida parecía no ser otra cosa que sentido común: no era de sentido común almacenar ácidos residuales en tanques de acero susceptibles de corrosión, descargar aguas residuales en un río o procesar materiales inflamables fumando. En tareas menos complicadas sigue siendo así de simple, pero es más difícil definir la diligencia debida en el caso de empresas más grandes y complejas. En estas entidades es una cuestión de incesantes malabares definir y mantener la diligencia debida para cumplir las normas de salud y seguridad ambientales, seguridad del producto, impuestos, garantías y otras exigencias, pues hay muchas cosas que pueden funcionar mal y los recursos para manejarlas son finitos. Lo más definitivo que se puede decir es que las circunstancias individuales desempeñan un papel de gran importancia. El cuidado exigido en cada caso lo define la posibilidad de daño, su gravedad, las

¹¹ (continuación)

argumento, todas las infracciones producidas en Ontario relativas a la contaminación, así como muchas infracciones de la esfera federal, son anticonstitucionales. No es de sorprender que los tribunales no se hayan mostrado receptivos a tal argumento.

¹² *R. vs. Sault Ste. Marie* (1978).

¹³ En auditorías ambientales y otros mecanismos internos de “cumplimiento” ambiental, con frecuencia lo único que se puede medir es la “diligencia debida”. No obstante, los dos conceptos no son todavía coextensivos: el incumplimiento puede ocurrir, y ocurre, incluso en empresas debidamente diligentes, en particular en las que tienen instalaciones obsoletas. La diligencia debida puede ser también insuficiente para cumplir cuando la tecnología necesaria no existe o es falible para evitar excesos. Por ejemplo, la orden de control de la empresa INCO requiere que ésta evite ocasionar niveles específicos de bióxido de azufre a nivel del suelo. En circunstancias de operación habituales, y bajo condiciones climáticas normales, esto no constituye problema alguno. Sin embargo, en ciertas condiciones climáticas las columnas de humo se ciernen directamente sobre la ciudad y hacen que los estándares de calidad del aire se sobrepasen. Cuando esto sucede, el único recurso de la tecnología de control de la contaminación con que cuenta la INCO es disminuir la producción o cerrar totalmente. En consecuencia, una de las principales tecnologías de INCO para el control de la contaminación es la oficina de predicción del tiempo. No obstante el personal mejor capacitado y el equipo más moderno, la predicción del tiempo es una ciencia inexacta y en ocasiones el tiempo cambia inexplicablemente.

alternativas disponibles, las habilidades requeridas y el grado en que el inculpado pueda controlar los elementos que causaron la infracción.¹⁴

De esta manera, para la gran cantidad de empresas que con buena intención desean cumplir pero necesitan ser prudentes con sus gastos, el compromiso de diligencia debida se reduce a la pregunta: “¿Cuánto es suficiente?”¹⁵ Parte de la tarea de promover el cumplimiento voluntario es, por tanto, la necesidad de definir *diligencia debida* como concepto.

¹⁴ *R. vs. Placer Developments, Ltd.* (1983); *R. vs. Gonder* (1981).

¹⁵ El problema se complica debido a que la diligencia debida es evaluada en retrospectiva por autoridades y jueces que, en la mayoría de los casos, no han manejado un negocio de características similares.

4 Planes y acuerdos de cumplimiento

Un “plan de cumplimiento” alude a la propuesta que una empresa regulada presenta a la autoridad regulatoria, en la que describe su plan para resolver un problema de incumplimiento. Los acuerdos de cumplimiento son aquellos que las autoridades han aceptado y han cristalizado en un contrato legalmente obligatorio.¹⁶ Son éstos los mecanismos a los que con más frecuencia se refieren las dependencias de Canadá cuando hablan de “mecanismos de cumplimiento voluntario”. Este apartado examina el papel asignado a los planes de cumplimiento en las leyes y políticas de aplicación de la legislación ambiental canadienses.

4.1 Propuestas del gobierno federal

La *Ley de Protección Ambiental de Canadá* (CEPA) no se refiere específicamente al “cumplimiento voluntario” en su Política de Aplicación y Cumplimiento, aunque confiere a los funcionarios encargados de su aplicación una discreción limitada para responder al incumplimiento con medidas que no entrañen coerción. En vez de invitar a un infractor a presentar una propuesta para volver al cumplimiento, los inspectores federales se limitan a hacer advertencias por escrito.¹⁷ Las advertencias se pueden usar cuando el grado de daño real o potencial al ambiente, la vida humana o la salud parece “mínimo”. La autoridad ambiental debe tener en cuenta la naturaleza de la infracción y la eficacia de una advertencia solicitando el cumplimiento al infractor. Los factores que deben considerarse incluyen el historial de cumplimiento del infractor y su voluntad de cooperación, así como cualquier acción correctiva o de aplicación ya emprendida y la importancia que tiene la coherencia.

En diciembre de 1995, el gobierno federal anunció su intención de enmendar la CEPA para incorporar arreglos negociados, como parte de su nuevo enfoque integral de aplicación y cumplimiento:¹⁸

El término “arreglo negociado” se refiere a un convenio al que llegan regulador y regulado. Su propósito es aumentar el cumplimiento y disminuir la necesidad de procesar o buscar una interdicción. El arreglo se efectúa al encontrar que el particular ha infringido la ley, en este caso la CEPA o sus reglamentos adjuntos. En vez de entablar un proceso o llevar a cabo otra acción de aplicación, la autoridad ambiental y el particular identifican las medidas que este último tomará para asegurar que no vuelva a producirse otra infracción. El punto de partida del acuerdo es que el particular corregirá la violación. Es importante advertir que el cumplimiento de la ley no es negociable: el particular debe cumplir. Lo único que se negocia son las medidas que éste adoptará para retornar al estado de cumplimiento de la ley y para asegurar que la infracción no vuelva a ocurrir.

Los arreglos negociados ofrecen al regulado y al regulador una oportunidad para llegar a un acuerdo sobre temas como el compromiso por parte del particular de establecer mejores sistemas de vigilancia, mejorar las medidas de prevención y control de la contaminación o realizar cambios en el proceso de producción para reducir la posibilidad de futuras infracciones. Los arreglos negociados pueden también especificar el tipo de medidas correctivas que ha de tomar el particular para limpiar el daño ambiental que resulte de la infracción o la restitución que éste proponga. Los arreglos pueden incluir plazos de cumplimiento para las acciones del particular, la obligación de entregar al regulador informes de la situación, así como una lista con las consecuencias con -

¹⁶ La naturaleza contractual obligatoria de estos acuerdos genera polémica sobre su carácter realmente “voluntario”. Esto es parte de la contradicción intrínseca antes descrita.

¹⁷ Hay también controversia sobre si las advertencias se consideran acertadamente como parte de la “aplicación” o del “cumplimiento voluntario”. Cuando las “advertencias” sobre incumplimiento se convirtieron en un trámite por escrito y formalizado de la respuesta que se daba a la aplicación de disposiciones ante el incumplimiento, y cuando dichas advertencias fueron una amenaza real de posteriores actuaciones del gobierno de no corregirse dicho incumplimiento, se dio un paso importante para que se “tomara en serio la aplicación”. De esta manera, las respuestas a las advertencias no son totalmente “voluntarias”, en tanto que son motivadas por la amenaza de coacción individual por parte del Estado. Aun así, éstas se incluyen en el presente estudio porque significan la acción gubernamental que puede inducir al cumplimiento sin que deba ocurrir coacción alguna.

¹⁸ Gobierno de Canadá, 1995b, capítulo 5.

cretas si el particular no cumple con lo establecido en el arreglo. Los arreglos negociados no son la única vía; la CEPA renovada los incluiría como uno de tantos mecanismos de aplicación de un espectro de opciones y se utilizarían, junto con un plan de sanciones administrativas, ya sea además de la pena monetaria o para reemplazarla.

Como sucede con las multas administrativas, las diversas clases de arreglos negociados incluyen garantías de cumplimiento voluntario (MCV, por sus siglas en inglés), planes de cumplimiento, órdenes de consentimiento y acuerdos de consentimiento, y no son nuevos en las leyes de América del Norte. Por ejemplo, las garantías de cumplimiento, voluntario se utilizan en Canadá en provincias como Columbia Británica, Terranova y Quebec con relación a negocios y prácticas comerciales. La Ley de Salud y Seguridad Ocupacionales de Ontario comprende planes de cumplimiento. Los acuerdos de consentimiento se incluyen en las leyes federales canadienses de Derechos Humanos y de Competencia, así como en las de Prácticas Mercantiles y prácticas Mercantiles Discriminatorias de Ontario. La Ley del Consejo de Servicios Agrícolas de Alberta considera las “negociaciones”. Por su parte, la Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos utiliza órdenes de consentimiento y acuerdos de consentimiento.

Se sugirió que los arreglos negociados de acuerdo con la CEPA pudieran incluir términos como:

[...] El reconocimiento del particular de que hubo una infracción; un plan que establezca el modo en que aquél intentaría asegurarse de que no ocurra otra infracción; la comprensión de que no respetar los términos de un arreglo negociado constituye una infracción; el conocimiento de que si el particular no cumple los términos del acuerdo, la autoridad iniciará acciones formales de inmediato; un acuerdo de que los arreglos negociados formarán parte del registro público; un acuerdo de que el particular presentará a las autoridades informes periódicos sobre la situación, los cuales formarán parte del registro público con el fin de demostrar el modo en que el particular está cumpliendo los términos del arreglo negociado, y un acuerdo de que las partes pueden renegociar el arreglo si cambian las circunstancias.

El gobierno federal anunció también su intención de enmendar la CEPA para que agregue el concepto relacionado de “planes de prevención de la contaminación”:¹⁹

[...] La intención de la parte relativa a la “prevención de la contaminación” de una CEPA revisada sería cambiar el enfoque de las actividades de protección ambiental para evitar o minimizar la generación de contaminantes y residuos, en lugar de limpiarlos o tratar de manejarlos una vez producidos. Su meta es abandonar el concepto de control de la contaminación y el tratamiento de residuos como los mecanismos predilectos para proteger el ambiente. Se alentaría a los canadienses a adoptar “prácticas ambientales preventivas” que fomenten las eficiencias ambientales y económicas mediante la reducción de residuos y medidas que eviten la generación de contaminantes en la etapa más temprana posible de una actividad. Este enfoque implicaría cambios en las actividades actuales e influiría en la toma de decisiones desde las fases de concepción, diseño y planeación de nuevas actividades.

El gobierno también propone reformar la CEPA para permitir al ministro requerir la preparación e instrumentación de planes de prevención de contaminación, en los casos que se ha cometido una violación al reglamento de la CEPA o que haya responsabilidad bajo el sistema administrativo de sanciones monetarias, que también se propone incluir en la CEPA. [...]

6.4 El apartado sobre la “Prevención de la contaminación” de una CEPA revisada propone invertir al ministro de autoridad para que formule un plan modelo de prevención de la contaminación en la forma de un lineamiento, que previsiblemente comprendería los siguientes componentes:

- La declaración de un funcionario de alto rango con el compromiso de preparar e instrumentar el plan de prevención de la contaminación;
- La declaración clara de los objetivos y las metas ambientales del plan, así como un calendario para alcanzar dichas metas;

¹⁹ Ibid, capítulo 6.

- *La enumeración y el análisis de todas las actividades, incluidas adquisiciones, procesamiento, producción, generación, distribución, tratamiento, disposición o emisión de la(s) sustancia(s) comprendida(s) en el plan;*
- *La identificación, estudio de factibilidad y clasificación por orden de importancia de las oportunidades para evitar o minimizar la producción, generación o emisión de la(s) sustancia(s) en todas las actividades antes señaladas;*
- *La selección de opciones para alcanzar las metas ambientales del plan, y la preparación de un calendario para instrumentar las opciones seleccionadas;*
- *La instrumentación, medición, seguimiento y evaluación de las opciones seleccionadas, y*
- *El informe sobre los avances logrados para el cumplimiento de las metas ambientales.*

[...] 6.5 Cuando se requiera que una persona prepare un plan de prevención de la contaminación como el antedicho, se propone que se le solicite al ministro presentar, dentro del plazo fijado, una declaración formal en la que indique que se ha elaborado un plan de prevención de la contaminación de acuerdo con el lineamiento y la notificación publicados en la Canada Gazette (diario oficial de Canadá). Asimismo, la CEPA sería vigilada de tal manera que no presentar la declaración o someter una declaración falsa constituya una infracción.

4.2 Ley Ambiental de Yukón

La Ley Ambiental de Yukón fue la primera en mencionar expresamente el cumplimiento voluntario.²⁰ En su sección 158 establece:

- 1. Un funcionario de protección ambiental podrá expedir un aviso de incumplimiento a una persona cuando dicho funcionario crea que esa persona, o un desarrollo o actividad bajo su control, no cumple con esta Ley, los reglamentos o una autorización, orden o instrucción.*
- 2. De acuerdo con el subapartado (1), la notificación de incumplimiento deberá establecer: (a) la naturaleza del incumplimiento; (b) una solicitud de cumplimiento voluntario; (c) los pasos que se han de seguir para lograr el cumplimiento, y (d) la fecha en que deberá producirse el cumplimiento.*

Tal vez este enfoque sea más afín a una “advertencia”, pues el supuesto infractor no desempeña papel expreso alguno al definir su “cumplimiento voluntario”. Es similar a otros planes de cumplimiento voluntario porque se utiliza para especificar lo que debe hacer el infractor para lograr el cumplimiento y porque destaca la acción “voluntaria”. La ley de Yukón no menciona la inmunidad de enjuiciamiento, pero intenta “avergonzar” a los infractores por medio de la publicación de sus nombres:

- 3. El ministro podrá crear un registro público de avisos de incumplimiento, y donde se establezca dicho registro se pondrá una copia de cada aviso de incumplimiento vigente.*
- 4. Se pondrá a disposición del público un registro establecido de acuerdo con el subapartado (3), sin costo alguno y durante el horario comercial normal, en una oficina del gobierno de Yukón que será indicada por el ministro.*
- 5. Cuando el funcionario de protección ambiental considere que la persona a quien se haya expedido un aviso de incumplimiento al amparo del subapartado (1) ha acatado el*

²⁰ Leyes de Yukón (S.Y.), 1991, c. 5.

aviso, él o ella retirarán el respectivo aviso de incumplimiento y el ministro dispondrá que la copia del mismo se retire del registro público.

6. *El ministro podrá disponer que el registro se publique total o parcialmente.*

La *Política de Aplicación y Cumplimiento* de Yukón menciona los planes de cumplimiento voluntario al describir la gama de medidas que el personal encargado puede tomar para procurar el cumplimiento de las disposiciones, desde las advertencias por escrito hasta el enjuiciamiento.²¹ Cuando seleccionen una medida de esta gama, los reguladores deberán considerar:

- La naturaleza de la infracción.
- El historial de cumplimiento del infractor.
- La eficacia esperada de la medida para alcanzar el cumplimiento.
- La congruencia con otras situaciones.

4.3 Ontario

4.3.1 Lineamientos de cumplimiento

Los lineamientos de cumplimiento del ministerio de Medio Ambiente y Energía de Ontario (MAEO) asignan un papel importante a los planes de cumplimiento cuando los funcionarios de primera línea para la reducción de la contaminación ejercen a discreción su aplicación. Los lineamientos:

Documentan el enfoque del Ministerio y dan una guía al personal para lograr y mantener el cumplimiento de su legislación y reglamentos en toda la provincia... Describen la manera en que el Ministerio utiliza la reducción y la aplicación para obtener el cumplimiento, y... establecen... los principios que gobiernan la aplicación de las leyes por parte del Ministerio...

Al enfrentar un problema de incumplimiento, cada funcionario debe decidir sobre cómo responder, y si debe o no acogerse a los mecanismos de cumplimiento obligatorio (como el enjuiciamiento u órdenes de control). En algunos casos, el lineamiento permite a los funcionarios intentar obtener el “cumplimiento voluntario” sin ejercer medidas coercitivas obligatorias. Como primer paso, cada situación de “incumplimiento” debe evaluarse y clasificarse. Se requiere la inmediata intervención del Ministerio en los siguientes casos:

1. Derrames o emergencias similares.
2. Peligro inmediato para la vida humana, la salud o la propiedad.
3. Circunstancias que exijan una mayor investigación antes de que el funcionario pueda juzgar si existe un peligro inmediato para la vida humana, la salud o la propiedad.

En los casos en que no haya una emergencia ni peligro inmediato para la vida humana, la salud o la propiedad, el funcionario provincial habrá de determinar si deben utilizarse mecanismos de cumplimiento voluntario u obligatorio. Los lineamientos establecen diversos criterios para *no* elegir mecanismos de cumplimiento voluntario. Si el funcionario intenta mecanismos de cumplimiento voluntario, incluso cuando dichos criterios son aplicables, deberá justificar tal enfoque por medio de un memorando que se archiva en el expediente del Ministerio.

²¹ Gobierno de Yukón, 1993.

Los criterios para *no* recurrir a los mecanismos de cumplimiento voluntario se dividen en dos categorías:

1. La seriedad del efecto del incumplimiento.²²
2. La actitud del infractor.

Este último criterio se expresa de varios modos traslapados entre sí; cada uno pretende distinguir al infractor bienintencionado, que a menudo intenta cumplir, de aquel cuyas intenciones no son buenas sino que sólo intenta salirse con la suya. Con el fin de poder distinguir uno de otro, el funcionario debe considerar:

1. El historial de cumplimiento del infractor, incluidas infracciones anteriores y otros problemas de cumplimiento.
2. La causa de la infracción específica; por ejemplo, si ésta fue deliberada u ocurrió por negligencia, o si no hubo negligencia.
3. Si el infractor muestra interés y se compromete a cumplir de manera voluntaria.
4. Si enfoques voluntarios similares han rendido frutos en el pasado.
5. Si, en general, las operaciones del infractor cumplen con lo estipulado en los permisos del Ministerio. (Cualquier persona que tenga el hábito de cumplir con los requerimientos del Ministerio es un mejor candidato para el cumplimiento voluntario que quien no tiene esa costumbre.)

Si el funcionario decide que deben intentarse mecanismos de cumplimiento voluntario, explicará al infractor lo que considere contrario a dicho cumplimiento y le solicitará la elaboración de un plan detallado para resolverlo. La solicitud del funcionario debe hacerse o confirmarse por escrito, y el infractor habrá de responder también por escrito en un lapso no mayor de 30 días. Si un plan de cumplimiento se recibe a tiempo, el lineamiento establece criterios para evaluar si la respuesta es la adecuada, es decir, si el funcionario tiene una confianza razonable en que el cumplimiento se logrará. Si el funcionario considera que el plan es satisfactorio, deberá vigilar el proceso para cerciorarse de que se alcanzó el resultado deseado. Por alguna buena razón, y cuando se documenten por escrito, se pueden conceder ampliaciones en los plazos del plan, pero deberán aplicarse mecanismos de cumplimiento obligatorio cuando el progreso no sea satisfactorio después de seis meses o cuando se hayan entregado dos advertencias por escrito.

4.3.2 Aprobaciones de programas

Los acuerdos de cumplimiento son versiones más formales que los planes oficialmente aprobados o aceptados por las autoridades. Se trata de contratos que intercambian una relativa inmunidad estatutaria frente al enjuiciamiento a través de medidas de cumplimiento convenidas con anterioridad.

Cuando menos dos leyes ambientales de Canadá han dispuesto acuerdos de cumplimiento con contaminadores. Las características principales de tales acuerdos son las siguientes:

- La autoridad no necesita tener pruebas de que la empresa está incumpliendo.
- La propuesta de la empresa no tiene que limitarse a alcanzar el cumplimiento.

²² Es éste un criterio apropiado y razonable: cuanto mayor sea el riesgo de causar daños materiales a las personas o al ambiente, más importante será que dicho incumplimiento se detenga inmediatamente.

- La empresa es inmune al enjuiciamiento por las cuestiones cubiertas por el acuerdo, siempre y cuando lo cumpla.

La primera disposición legal de este tipo fue el apartado 10 de la Ley de Protección Ambiental de Ontario,²³ aprobada en 1971:

10.— (1) La persona responsable de una fuente de contaminación puede presentar al director un programa para prevenir o reducir y controlar desde su origen la descarga de residuos de cualquier contaminante al medio ambiente natural. (2) Cuando un programa mencionado en el subapartado (1) se presenta al director, éste puede, previa autorización del ministro, remitir dicho programa al Consejo Ambiental para su consideración y asesoría.²⁴ (3) El director podrá expedir una aprobación del programa dirigida a la persona que lo presentó.

11.— (1) En la aprobación de un programa, el director deberá: (a) designar a la persona a quien se destina la aprobación; (b) designar la localización y la naturaleza de la fuente contaminadora; (c) designar los detalles del programa, y (d) aprobar el programa.

La persona que cumpla plenamente con un programa aprobado será inmune al enjuiciamiento por causas relacionadas con el mismo.

Las aprobaciones de programas se concibieron para fomentar que las empresas se desplazaran gradualmente hacia un mejor cumplimiento de la Ley y sus reglamentos. Dichas aprobaciones se formularon originalmente para los negocios que tomaron la iniciativa y quisieron disminuir sus descargas de contaminantes, mientras que las órdenes de control se pensaron para al infractor recalcitrante. Debido a que los controles ambientales mejorados pueden exigir grandes cantidades de tiempo y dinero, se ofreció a las empresas que adoptaran programas de mejora la nada despreciable ventaja de ser inmunes al enjuiciamiento. Tal inmunidad se aplica también a quienes cumplen las órdenes.

Durante los primeros años de la *Ley de Protección Ambiental*, las aprobaciones de los programas eran relativamente numerosas y las órdenes obligatorias relativamente escasas. En el decenio de los setenta se expidieron anualmente cerca de cinco o diez aprobaciones formales de programas, en los tiempos en que el Ministerio de Medio Ambiente y Energía de Ontario amenazaba, convencía y negociaba con los principales contaminadores del momento. A pesar de que entonces los enjuiciamientos eran escasos y las multas modestas, la inmunidad al enjuiciamiento constituía un arma de negociación importante, proporcionada por una aprobación formal de programa. Como resultado de tales aprobaciones, de la presión del público y de ciertos enjuiciamientos muy notorios, algunos de los principales contaminadores redujeron considerablemente sus emisiones más visibles.²⁵

Durante la segunda década de vida del MAEO, las aprobaciones de programa cayeron en desuso. Como las aprobaciones no se basan en la prueba de que la empresa viola la Ley, abstenerse de aplicar una aprobación de programa no constituye una infracción punible.²⁶ Lo peor que podía pasar era que la empresa que no las aplicaba perdiera la inmunidad frente al enjuiciamiento que el programa le hubiese otorgado, y podía ser procesada directamente por cualquier infracción cometida. Sin embargo, es posible que el MAEO no hubiese reunido las pruebas necesarias. En la práctica, hubo muchos casos en que no se cumplieron los plazos convenidos o en que las tecnologías acordadas

²³ RSO 1990, c. E.19.

²⁴ Este Consejo no es el mismo que el Consejo Ambiental de Canadá, establecido por el Consejo de Normas con el propósito de cumplir con la ISO 14000. El "Consejo Ambiental" al que se refería la Ley de Protección Ambiental estaba destinado a ser un consejo de expertos y era el equivalente de la consulta pública de los años setenta. De hecho, dicho Consejo jamás fue designado.

²⁵ Véase, por ejemplo, el caso Abitibi Paper, analizado más adelante en el apartado 4.11.2.

²⁶ Mientras que la violación de una orden o de un certificado de aprobación es una infracción, el incumplimiento de una aprobación de programa no lo es. La única consecuencia del incumplimiento de una aprobación de programa es la pérdida de la protección contra el enjuiciamiento que otorga el apartado 186(4).

no resolvieron el problema en forma adecuada. A los reguladores se les acusaba con frecuencia de “blandos” con los contaminadores. Algunas empresas recibieron una aprobación de programa tras otra y lograron un progreso muy reducido, sin ser sancionadas por su comportamiento, hasta que el MAEO finalmente decidía procesar.²⁷

En 1985 llegó al poder un nuevo gobierno con un mandato moral de “colocar el medio ambiente en un primer lugar”. El péndulo regulador se fue al otro extremo: de la negociación a una total aplicación. La rama de la aplicación creció cinco veces, y luego se multiplicó por dos; los enjuiciamientos y las multas experimentaron incrementos similares. Desde entonces, a pesar de que las aprobaciones de programa han permanecido dentro de la ley, el MAEO no las ha empleado.

Hubo dos razones principales para abandonarlas. Las autoridades consideraban las aprobaciones de programa menos satisfactorias que las órdenes de control. Negociar las aprobaciones de programa con la empresa y obtener el consentimiento departamental interno, tanto de la alta dirección como del área legal, exigía cuantiosos recursos de las autoridades.²⁸ El total de fondos gastados en este proceso es similar a los requeridos para expedir una orden de control (a menos que la empresa apele dicha orden ante el Consejo de Apelación Ambiental). Asimismo, las órdenes de control respondían mejor al ansia del público de acciones gubernamentales visibles contra los contaminadores, en virtud de que cualquier incumplimiento constituía una infracción relativamente fácil de procesar.

Del otro lado de la ecuación, la comunidad regulada temía que no hubiera manera segura de acercarse al MAEO para negociar la aprobación de un programa, pues ello implicaba que la empresa tenía que revelar su incumplimiento. A partir de 1985 se exige que cualquier funcionario del MAEO que tenga noticia de un incumplimiento la notifique al Departamento de Investigaciones y Aplicación. El Departamento mostró gran entusiasmo en dar seguimiento a tales avisos. La comunidad regulada cree que no se han hecho los esfuerzos suficientes para distinguir las empresas bienintencionadas, que no necesitan de castigos para tomarse en serio el medio ambiente, de los infractores deliberados; ambos fueron procesados.²⁹

Se hicieron algunos intentos para explorar la posibilidad de un sistema de “preexención” comparable al empleado para obtener exenciones en el pago de impuestos por ingresos. Ello permitiría a una empresa revelar su problema “sin dar su nombre”, y negociar una resolución sin mostrar su identidad. Al amparo del sistema impositivo, y siempre que los hechos relevantes se hayan mostrado al departamento de impuestos, la empresa puede confiar legalmente en el arreglo que se negocia. El director legal entonces en funciones rechazó con desprecio esta propuesta porque a su juicio equivalía a negociar con *Jack el Destripador*. Así, las empresas no disponían de un camino seguro para

²⁷ *R. vs. Union Carbide, Canada, Ltd.* (1974): la aprobación de programa u orden proporciona protección contra el enjuiciamiento únicamente en lo que se refiere al equipo u operación en particular protegidos específicamente por la aprobación o la orden. *R. vs. Toronto Refiners and Smelter Ltd.* (6 de octubre de 1987): el cumplimiento de la aprobación de un programa u orden proporciona protección frente al enjuiciamiento únicamente en lo que respecta a actos u omisiones que ocurrieran durante el periodo de la orden. *Re Canada Metal Co. Ltd. y The Queen* (1974): el cumplimiento de una orden anterior al enjuiciamiento pero posterior a la fecha contenida en la orden no constituye un cumplimiento pleno ni proporciona inmunidad de enjuiciamiento. *R. vs. Johns-Manville Canada Inc.* (1979): el acusado tiene la carga de probar el pleno cumplimiento de todos los términos de una orden de interdicción en un equilibrio de probabilidades.

²⁸ Actualmente esta demanda de recursos se ha incrementado debido al requisito de consulta pública establecido en la Carta de Derechos Ambientales.

²⁹ En al menos una ocasión, cierta empresa instaló un sistema multimillonario de control de la contaminación y se saltó varios niveles de reguladores para efectuar una gran apertura. Cuando llegaron los representantes del MAEO, descubrieron que el sistema había funcionado mal. Los reguladores procesaron a la compañía.

iniciar negociaciones a fin de que les aprobaran un programa y había poco interés de los reguladores en responder favorablemente a un enfoque de esa naturaleza.

A medida que la regulación ambiental sigue madurando y conforme los recursos gubernamentales se estrechan y los empleos emigran, los reguladores de Ontario comienzan a revalorizar las autorizaciones de programas. La primera señal de esta revalorización apareció en noviembre de 1995 en la *Política y Directriz sobre el Acceso a las Evaluaciones Ambientales*:

El MAEO fomenta que quienes busquen reducir la contaminación mediante arreglos voluntarios con el gobierno compartan voluntariamente la información. Tales arreglos pueden proteger contra el enjuiciamiento a los que se han comprometido a abordar las cuestiones ambientales. La actual política de cumplimiento del MAEO proporciona esta clase de arreglos mediante aprobaciones de programas.

Al amparo del sistema de aprobaciones de programa, la persona responsable de una fuente de contaminación podrá presentar un programa al director regional del MAEO para prevenir, reducir o controlar la descarga de cualquier contaminante al medio ambiente natural. Posteriormente, el MAEO puede aprobar el programa y permitir a la empresa un lapso específico para instrumentar su plan ambiental.

Los programas voluntarios ocupan un lugar importante en el documento de consulta que publicó en julio de 1996 el gobierno de Ontario sobre la reforma legal: *Una normatividad ambiental responsable*.

4.4 Quebec

En el apartado 116.2 de la *Ley de Calidad Ambiental* de Quebec se advierte un modelo parecido. Dicho apartado ha sufrido algunos cambios interesantes. En 1978 decía:

116.2 Enjuiciamiento prohibido. *No podrá emprenderse proceso alguno por una infracción al apartado 20 con relación a la emisión, depósito, descarga o flujo de cualquier contaminante que pueda afectar de manera adversa la vida, la salud, la seguridad y el bienestar de los seres humanos, infringir daños o perjudicar en alguna otra forma la calidad del suelo, la vegetación, la vida animal o la propiedad, contra la persona responsable de la fuente contaminadora, si dicha persona ha sometido un programa de descontaminación aprobado por el viceministro y ha cumplido fielmente con los requisitos y los plazos de instrumentación.*

116.3 Aviso. *Si la persona responsable de la fuente contaminadora solicita la aprobación de un programa de descontaminación como lo prevé el apartado 116.2, ese individuo ha de publicar un aviso en dos ediciones consecutivas de un diario que circule en la región donde se ubique la fuente contaminadora.*

[...]

Transmisión de la solicitud. *El ministro deberá transmitir también la solicitud de aprobación al secretario-tesorero o al oficial de la municipalidad donde se ubique la fuente contaminadora. Este último deberá poner el expediente a disposición del público durante un periodo de quince días.*

116.4 Protestas ante el ministro. *Cualquier persona, grupo o municipalidad puede presentar una protesta formal al ministro dentro del periodo de quince días señalado en el apartado 116.3 y durante los quince días siguientes a la publicación del segundo aviso publicado por disposiciones de la sección 116.3; estos periodos pueden ser total o parcialmente simultáneos.*

Aprobación. *El ministro se abstendrá de expedir su aprobación antes de que dichos periodos hayan concluido.*

En 1993 se hicieron enmiendas adicionales a este apartado, que actualmente establece:

116.2 Enjuiciamiento prohibido. *Cualquier persona responsable de una fuente de contaminación que no sea consecuencia de la operación de una instalación industrial incluida en el apartado 31.10 puede presentar al ministro para su aprobación un programa de descontaminación.*

La versión de 1978 fue un ejemplo claro de “aprobación de programa” al estilo de Ontario; en ella, el gobierno intercambiaba la inmunidad al enjuiciamiento por un plan de cumplimiento aprobado. A diferencia de Ontario, Quebec exigía que este tipo de acuerdos se publicaran para ser comentados por el público antes de su conclusión. Sin embargo, las enmiendas de 1993 eliminaron la inmunidad al enjuiciamiento que un plan aprobado solía otorgar.³⁰

Hay una continuidad entre los planes de cumplimiento voluntario y los acuerdos de cumplimiento. Gran parte del análisis de los planes de cumplimiento del apartado 6.1 se aplica también a los acuerdos de cumplimiento negociados.

4.5 Nueva Brunswick

La política de cumplimiento de Nueva Brunswick está más abierta al cumplimiento voluntario y menos inclinada a maximizar el enjuiciamiento. Al principio de este documento se cita su filosofía, que se repite a continuación:

La forma más adecuada de medir el éxito de la ley ambiental no es el número de condenas obtenidas en un año ni el valor de las multas en dólares... La ley ambiental debe procurar cuando menos la preservación, y tal vez el mejoramiento, de la calidad ambiental... El resultado buscado es que quien la ha infringido la cumpla oportunamente sin necesidad de una intervención adicional u otra infracción.³¹

De esta manera, Nueva Brunswick tiene una jerarquía expresa de opciones de aplicación en la que las advertencias y los “programas de cumplimiento” se utilizan antes de la investigación y del enjuiciamiento.

Si encuentra que el presunto infractor no tomó todos los pasos razonables para prevenir el daño al ambiente, el inspector puede iniciar uno o más de los siguientes procedimientos para obtener el cumplimiento: advertencias; calendarios de cumplimiento; órdenes ministeriales y órdenes judiciales. El curso normal de acción consiste en el empleo progresivo de cada una de estas opciones.

Las advertencias se expiden cuando se ha incumplido, pero, como expone el documento, “el daño real o potencial al medio ambiente, la vida humana o la salud se considera mínimo”. Las advertencias incluyen plazos de cumplimiento:

Si el presunto infractor no está en condiciones de cumplir la ley de forma inmediata, se elaborará un calendario de cumplimiento que estipule la acción que se ha de tomar para que éste se produzca. Dicho calendario establece una fecha límite para lograr el cumplimiento... Si la persona no cumpliera, el ministerio tomará medidas adicionales.

En ambos casos, los reguladores harán un seguimiento con el fin de verificar el cumplimiento:

La inspección de seguimiento para verificar el cumplimiento de acciones previamente concertadas es un componente básico del proceso. Una vez que el cumplimiento se ha producido, el proceso de aplicación de las disposiciones se convierte en una vigilancia rutinaria.

La política no garantiza que el “cumplimiento voluntario” evitará el enjuiciamiento:

Como se dijo antes, a pesar de que la infracción pueda haberse corregido, podrá procesarse ante los tribunales a la persona responsable de infracciones pasadas a la ley ambiental.

Y destaca en especial casos en que las empresas hayan hecho esfuerzos razonables para cumplir las disposiciones:

³⁰ Curiosamente, el título oficial del apartado 116.2 continúa hablando de “enjuiciamiento prohibido”, a pesar de que el mismo apartado ya no proporciona tal inmunidad.

³¹ Gobierno de Nueva Brunswick, 1994.

Cuando consideren un curso de acción como respuesta a sospechas de infracciones, los funcionarios encargados de hacer cumplir las disposiciones aplicarán los siguientes criterios:

Gravedad de la violación [...]

Eficacia en el logro de los resultados deseados. El resultado deseado es el oportuno cumplimiento por parte del infractor, sin una intervención adicional u otra infracción. Los funcionarios encargados de aplicar la ley considerarán el historial de cumplimiento del infractor.

Aplicación equitativa y congruente de la ley. Al enfrentarse con una violación de la ley ambiental, los inspectores, previa decisión sobre cómo conseguir su cumplimiento, intentarán asegurar la equidad, considerando las circunstancias y la manera en que anteriormente se han resuelto situaciones similares...

El ministerio iniciará un enjuiciamiento cuando... haya un daño significativo... [y] el presunto infractor no tome las medidas necesarias para cumplir la ley... se repita la infracción, [se] ignoren las advertencias... la infracción sea deliberada... [o implique una negligencia de consideración], o el presunto infractor... oculte información de una infracción...

4.6 Manitoba

La *Política de Aplicación y Procedimientos Ambientales* de Manitoba tiene un enfoque similar al de Nueva Brunswick.³² Las “advertencias” y el “cumplimiento negociado” son las primeras opciones de aplicación y se describen claramente como alternativas al enjuiciamiento:

Advertencias/cumplimiento negociado

Las advertencias por escrito contendrán la siguiente información:

- 1. El apartado de la ley, reglamento, autorización o permiso que fue violado;*
- 2. El plazo en el cual, si así procede, la advertencia debe cumplirse, y*
- 3. Una declaración obligatoria de que no rectificar la infracción puede desembocar en un enjuiciamiento.*

Si, como resultado de negociaciones departamentales, se decide no procesar formalmente, los acuerdos estarán sujetos a los siguientes requisitos:

- 1. Las órdenes, acuerdos, disposiciones y autorizaciones deberán archivarse en el registro público[...]*

[...] El ministerio abandonará las negociaciones sobre aplicación y emprenderá un enjuiciamiento si existe un comportamiento que entrañe incumplimiento con el departamento por parte del presunto infractor, por ejemplo:

- 1. El presunto infractor muestra una tardanza no razonable en responder a las solicitudes de información u otra correspondencia,*
- 2. El presunto infractor asume una posición intransigente y poco razonable durante la negociación con el ministerio,*
- 3. El presunto infractor no da razones suficientes sobre su inasistencia a reuniones o a sesiones de negociación fijadas, y*

³² Este apartado fue revisado el 2 de marzo de 1995.

4. *Existen pruebas, en opinión del ministerio, de que el presunto violador está retrasando el progreso de las negociaciones, al tiempo que continúa realizando una actividad que puede constituir una infracción.*

La política es inusualmente clara cuando diferencia entre compañías que “necesitan” ser procesadas para modificar su comportamiento y las que están haciendo todo lo que pueden:

Factores que pueden conducir a la advertencia y a las negociaciones:

1. *Una ubicación o instalaciones antiguas cuando las acciones reparadoras son difíciles o imposibles.*
2. *Limitaciones de la tecnología de control de la contaminación.*
3. *La rectificación inmediata del problema es imposible desde el punto de vista financiero.*
4. *El problema de la contaminación fue accidental o no fácilmente predecible.*
5. *El infractor tiene un buen historial de cumplimiento.*
6. *Se hicieron esfuerzos razonables con el fin de notificar al departamento y de mitigar los efectos de la infracción.*
7. *La infracción es de menor importancia o parece pasar inadvertida.*
8. *El incumplimiento no hace peligrar la salud pública ni crea daños ambientales significativos ni a largo plazo ni irreversibles.*

Sin embargo, aún existe cierta ambivalencia en torno de la relación entre el cumplimiento voluntario y el enjuiciamiento. En contradicción aparente con el resto de la política, un párrafo establece: “...la iniciación de enjuiciamientos subsiguientes es siempre una opción del departamento, y en ningún momento se asumirá el compromiso de que no habrá un enjuiciamiento”.

4.7 Otras jurisdicciones canadienses

Los *Procedimientos y la Política de Aplicación sobre los Recursos Ambientales* de la Isla Príncipe Eduardo son muy similares a los de Manitoba. Otras provincias, como Columbia Británica y Alberta, no cuentan con disposiciones especiales sobre planes de cumplimiento voluntario; se limitan a autorizar a los funcionarios encargados de reducir la contaminación a expedir advertencias por escrito a algunos infractores, bajo el supuesto de que los infractores bienintencionados reaccionarán a la advertencia y repararán su incumplimiento. Alberta va más allá cuando estipula:

Las auditorías ambientales voluntarias no sustituyen el cumplimiento. No hay defensa contra un cargo ni un límite de la responsabilidad de una empresa para cumplir los requerimientos legislativos, simplemente porque ya se le practicó una auditoría ambiental... El Departamento no modificará una medida de aplicación de la ley a cambio de la realización de una auditoría ambiental...³³

4.8 Autoridad legal

Yukón y Nueva Escocia poseen autoridad estatutaria específica sobre planes de cumplimiento voluntario. Ontario tiene autoridad específica sobre acuerdos de cumplimiento. El gobierno federal ha propuesto añadir dicha autoridad a la CEPA.

³³ Programa de Aplicación para la Ley de Protección y Mejoramiento Ambiental, Protección Ambiental de Alberta, 2 de septiembre de 1994.

En las demás provincias no existe autoridad legal específica ni sobre los planes de cumplimiento voluntario, ni sobre los acuerdos al respecto, ni sobre las directrices que los autorizan. En términos estrictamente legales, las directrices de cumplimiento son meros documentos externos para guiar a los servidores públicos que ejercen facultades legales amplias para imponer mecanismos de cumplimiento obligatorio.³⁴ Las directrices no pueden ser aducidas judicialmente; es decir, las personas que no estén conformes con las decisiones que condujeron su enjuiciamiento no pueden demandar al regulador sólo por esa razón. Sin embargo, las directrices de cumplimiento se publican con la intención específica de que los infractores potenciales adecuen su conducta a ellas. De esta manera, es posible concebir que un enjuiciamiento iniciado en flagrante violación de la directriz pueda constituir una violación del proceso. Los defensores del enjuiciamiento también podrían alegar violación de la directriz cuando las autoridades argumenten en favor de una sentencia más ligera.

Es notable que las directrices sobre cumplimiento no mencionen expresamente la relación entre el infractor corporativo y sus funcionarios, directores y empleados. Constituye una omisión algo sorprendente si se considera la notoriedad que ha adquirido la responsabilidad de directores y funcionarios en los últimos cinco años. Como anteriormente se describe, la directriz de Ontario se esmera en evitar que los mecanismos de cumplimiento voluntario se empleen como un obstáculo para el enjuiciamiento del principal infractor; por esa misma razón, no impedirían el enjuiciamiento de individuos relacionados con el infractor. No obstante, en la práctica es poco factible que un regulador procese a individuos relacionados con una empresa cuyo historial de cumplimiento sea bueno. La única excepción podría ser un mal empleado que no tuviera ya nexos con la empresa y que hubiera desempeñado un papel personal importante en la comisión de la infracción.

4.9 Contratos y contraprestación

Un acuerdo de cumplimiento es un contrato. Como en todo contrato, cada parte debe entregar algo de valor como contraprestación por las promesas de la otra; sin contraprestación, el contrato es inaplicable. La cuestión de la contraprestación que cada una de las partes puede ofrecer es uno de los indicadores de los problemas esenciales de los acuerdos de cumplimiento.

4.9.1 ¿Qué contraprestación puede proporcionar la autoridad ambiental?

Las autoridades ambientales tienen cuando más dos promesas valiosas que ofrecer: la clarificación de sus requerimientos regulatorios y la tolerancia por incumplimiento. En potencia, la clarificación podría ser una contraprestación, puesto que especifica el grado de diligencia debida que se requiere de las empresas. Éstas a menudo encuentran difícil definir el grado requerido de diligencia debida y, en consecuencia, determinar lo que deben hacer para cumplir. Es discutible, aunque no seguro, que la aclaración y la limitación del requerimiento de diligencia debida podrían ser lo suficientemente valiosas como para constituirse en contraprestación legal.

Sin embargo, los organismos canadienses han optado conscientemente por no estipular tal limitación. Los ministerios se esfuerzan por aclarar mediante acuerdos, autorizaciones y órdenes que sus requerimientos son mínimos y que las empresas deben, además, cumplir con todo lo que establece la ley. De esta manera, las especificaciones de un departamento no son más que ejemplos, no definiciones de lo que debe hacer la empresa. Por esta razón, es improbable que pudieran equivaler a una contraprestación legal.

³⁴ Leyes como la de Protección Ambiental de Ontario autorizan a las dependencias reglamentarias a expedir órdenes y a procesar a quienes no cumplen.

Así, la única contraprestación a disposición de los reguladores es la tolerancia. Los acuerdos que la establecen en lo relativo a los requerimientos sustantivos de la ley se comentan en el capítulo cinco sobre el proyecto de ley C-62, sobre *Eficiencia Regulatoria*. La abstención puede también relacionarse con:

- Castigo por incumplimiento ya ocurrido.
- Castigo por incumplimiento durante un “periodo de gracia” posterior.

La primera clase de tolerancia se utiliza con frecuencia de manera informal. Su uso, al recurrir a las advertencias y los planes de cumplimiento en lugar del enjuiciamiento, se comenta en el apartado 4.8. Cuando se ha iniciado una acusación formal y se considera la posibilidad de un acuerdo de conformidad, parte importante de la negociación se refiere a las medidas de cumplimiento tomadas por el acusado una vez que ocurrió la infracción.³⁵ Por ejemplo, en un caso reciente el fiscal solicitaba multas por encima de los 125,000 dólares canadienses (C\$) y cárcel por delitos prolongados relacionados con el desecho ilegal de residuos. Sin embargo, a cambio de limpiar el terreno, el propietario negoció una sentencia de conformidad que únicamente incluía tres cargos y una multa de C\$10,000.

De manera más formal, la ley proporciona amnistía por incumplimiento previo al amparo del apartado 70 de la *Ley Ambiental* de Nueva Escocia, que establece que:

70. (1) Cualquier persona responsable que de forma voluntaria proporcione al Departamento información detallada sobre su incumplimiento de los requerimientos de esta Ley, que se haya obtenido a través de una auditoría ambiental o de una evaluación ambiental del lugar, no será procesada por tal incumplimiento si cumple: (a) con los términos de cualquier acuerdo negociado por el ministro y ella misma; o (b) cualquier orden expedida bajo la sección XIII referente al incumplimiento por tal persona.

(2) El subapartado (1) no se aplica si el Departamento se percata por su cuenta de tal incumplimiento antes de recibir la información por parte de la persona.

Esa Ley se comenta más detalladamente en el apartado 7.4.

Los acuerdos de cumplimiento que se comentan en este apartado se basan en la tercera opción: la tolerancia durante un periodo de gracia futuro, a cambio de medidas destinadas a mejorar el cumplimiento de las disposiciones y que deberán tomarse durante ese periodo.

4.9.2 ¿Qué contraprestación puede ofrecer la empresa?

Supóngase que una empresa en esta situación promete tomar una serie de medidas con el propósito de mejorar su desempeño ambiental. En la práctica, éstas son las medidas que debe tomar para cumplir las disposiciones. ¿Constituye esto una contraprestación? Una opinión es que como la ley exige el cumplimiento, la promesa de cumplir no aporta nada adicional, por lo que la empresa no ofrece contraprestación alguna.³⁶ El otro punto de vista es que cuando la parte con obligaciones legales hace promesas adicionales de medidas concretas que tomará para cumplir con tales obligaciones, se proporciona una contraprestación. No obstante que la empresa no sufra daño *legal* alguno

³⁵ Estas medidas también son una consideración importante al dictarse sentencia, aunque en ese caso es el tribunal y no el ministerio el que realiza la evaluación.

³⁶ A menudo este punto de vista lo sostienen aquellos que creen que el cumplimiento puede y debe obtenerse sólo mediante castigos y amenazas, no a través de incentivos. Los grupos del medio ambiente a menudo sostienen esta opinión.

a raíz de tales promesas (al no incurrir en ninguna obligación legal adicional), la autoridad puede obtener un beneficio *objetivo* si las promesas adicionales hacen más factible el cumplimiento.³⁷

Existe un útil paralelismo de este debate en la ley general del contrato:

*Una gran dificultad se plantea al intentar determinar si una persona que hace o promete hacer aquello que tiene la obligación legal de hacer, proporciona, por este medio, una contraprestación por una promesa que se le hizo.*³⁸

El profesor Waddams describió el problema de la manera siguiente:

*B ya está obligado a enviar ciertos bienes a A, quien promete pagar a B 1,000 dólares por la entrega. Supóngase en teoría que A promete pagar 1,000 dólares por algo que pudo haber obtenido por nada. Sin embargo, en la práctica, puede haber una buena razón para que A intente hacer más factible que B cumpla con su obligación.*³⁹

La parte A puede preferir definitivamente pagar los 1,000 dólares si ello le permite obtener los bienes que necesita con urgencia, sin el gasto (mucho mayor) que representaría demandar para obtenerlos.⁴⁰ Del mismo modo, la autoridad puede ahorrar recursos importantes cuando el cumplimiento puede obtenerse mediante un acuerdo de cumplimiento, en lugar de emprender un enjuiciamiento. Sin embargo, tanto jueces como autores expertos se han preocupado por el riesgo de fomentar que B (u otros como él o ella) retrase el cumplimiento de sus compromisos originales, con la esperanza de obtener algún beneficio adicional por cumplirlos. Los abogados especialistas en contratos se refieren a esto como una materia de “política pública”; los abogados penalistas lo denominan una cuestión de “disuasión general”.

Los tribunales tienen profundas diferencias en este punto:

*En el caso de algún deber preexistente por contrato celebrado con un tercero, los tribunales ingleses y canadienses han sostenido, en general, que a la promesa de A se le puede aplicar la ley... Sin embargo, los tribunales estadounidenses han mantenido que es contrario al orden público que B exija o reciba dinero de A por hacer algo que ya tiene el deber de hacer por obligación contractual. El temor es si B se animará a amenazar con romper su contrato con el tercero, a fin de asegurarse mayores remuneraciones de A... En los casos en que estos deberes preexistentes provengan de la ley o de un acuerdo con A, los tribunales ingleses y canadienses han negado, en general, la aplicación de la ley, a menos que B prometa algo además de aquello que ya tenía el compromiso de hacer... difícilmente puede dudarse de que los tribunales se hayan visto influidos por el temor de que B ejerciera una presión indebida, con el propósito de asegurar un pago extra por lo que ya tiene la obligación de hacer.*⁴¹

La misma preocupación existe en torno de los acuerdos de cumplimiento. ¿Por qué las empresas habrían de recibir una promesa de inmunidad, susceptible de ser aplicada, a cambio de prometer cumplir con su obligación? ¿Cómo hacen para cumplir las empresas obedientes aun sin tener una promesa de inmunidad? ¿Ello no se traduciría simplemente a fomentar y recompensar el comportamiento indebido, es decir, el incumplimiento?

³⁷ Lord Denning está entre quienes han defendido esta posición. Véase *Ward vs. Byham (1956)* 1 W.L. R. 496 y *Williams vs. Williams (1957)* 1 W.L. R. 148.

³⁸ Treitel, 1993, 85.

³⁹ G.H. Waddams, 1993, 89.

⁴⁰ Por ejemplo, *Gilbert Steel, Ltd. vs. University Construction, Ltd.*

⁴¹ G.H. Waddams, 1993, 101.

Hay otro aspecto relacionado con esta preocupación. En algunos casos se ha sostenido que una acción puede constituir una contraprestación, a pesar de que exista el deber público de efectuarla.⁴² Sin embargo,

...una persona no proporciona contraprestación alguna al abstenerse de tener una conducta criminal. Permitir la ejecución de tales promesas fomentaría la extorsión, y es esta base de orden público, más que la falta de contraprestación, la que explica la mayoría de las autorizaciones que establece la presente regla.

¿Es el acuerdo de cumplimiento un pacto para realizar una o más acciones positivas (que la ley puede exigir) o un convenio de abstenerse de una conducta criminal, es decir, un tipo de extorsión? Un acuerdo de cumplimiento en el que una empresa únicamente prometió “no volverlo a hacer” puede ser un “acuerdo de abstenerse de una conducta criminal”; un acuerdo como éste no sería ejecutable al amparo del derecho consuetudinario y no garantizaría una promesa de inmunidad por parte de los reguladores.

Ambos problemas pueden resolverse siguiendo el ejemplo de los tribunales de contratos. Éstos suelen resolver dichos casos analizando si B ha ofrecido algo adicional como contraprestación por el nuevo contrato. Por ejemplo, a los constructores navales se les concedió un incremento en el precio pactado por un barco cuando la divisa especificada en el contrato se devaluó. El tribunal encontró que los constructores habían dado una contraprestación por el aumento del precio de construcción mediante el aumento correspondiente de su propia garantía de cumplimiento.⁴³

Los organismos reguladores ambientales podrían evitar varios tipos de dificultad si insisten en que una empresa que desee suscribir un acuerdo de cumplimiento proporcione alguna contraprestación adicional, distinta a la mera promesa de cumplimiento. Un acuerdo detallado para tomar una serie de medidas que no sean requeridas por la ley y que hagan que una empresa mejore su cumplimiento, ofrece más que la simple abstención de incurrir en una conducta criminal y, por lo tanto, podría considerarse como un contrato obligatorio en el derecho consuetudinario. Esto podría evitar el problema legal de la contraprestación. De igual manera, cada vez que una empresa solicite la extensión de algún plazo se podría proporcionar una contraprestación adicional.

La contraprestación ideal para un acuerdo de cumplimiento sería una garantía financiera que prescribiría si la empresa no cumpliera con el acuerdo. Ello constituiría un incentivo de desempeño significativo en casi todos los casos, y eliminaría los antiguos abusos que dieron mala fama a las aprobaciones de programa. Se consideraría que dicha contraprestación evita el problema de la disuasión general de recompensar el incumplimiento, lo cual crea incentivos para un comportamiento indeseable. También ayudaría a demostrar al público la legitimidad de los acuerdos. En la mayoría de los casos sería apropiado fijar al menos una cantidad simbólica de fianza. Las formas alternativas de contraprestación podrían incluir llevar registros adicionales, informes regulares sobre los avances, mejor información al público, donaciones a agencias locales o cualquier forma de servicio a la comunidad.

4.10 Eficacia

No hay datos empíricos sobre el efecto de los planes y acuerdos de cumplimiento voluntario sobre los niveles efectivos de cumplimiento. Sin embargo, una evaluación cualitativa sugiere que los planes de cumplimiento, si se utilizan con cuidado, pueden ejercer efectos significativos en la disminución de los costos para lograr el cumplimiento.

⁴² *Ibid*; G. H. Treitel, 1993, 85.

⁴³ *The Atlantic Baron* (1979) Q.B.705.

Los reguladores del Ministerio Federal del Medio Ambiente subrayan que los mecanismos voluntarios son más eficientes cuando se ofrecen a empresas reguladas que no cumplen pero son “bienintencionadas”, es decir, preferirían “cumplir”. El grupo constituye una proporción muy alta en algunas, aunque no todas, las comunidades reguladas. De estas últimas, las más adecuadas para dichos mecanismos voluntarios son las que incumplen sin quererlo; las menos apropiadas son las que deliberadamente no cumplen con las disposiciones. Por ejemplo, el *Informe sobre Cumplimiento y Aplicación* analizó las infracciones a seis reglamentos.⁴⁴ Los patrones de cumplimiento y la utilidad de los mecanismos de cumplimiento voluntario mostraron variaciones drásticas entre los seis grupos.

Las fábricas de papel y pulpa y quienes vierten desperdicios a los océanos habían logrado altos niveles de cumplimiento. La mayoría de las infracciones por BPC, así como a los reglamentos de sustancias reductoras de la capa de ozono, ocurrió porque el infractor no sabía de los requisitos reglamentarios. Para que estos infractores cumplieran bastó una advertencia y la oportunidad de cumplir. En contraste, la falta de conocimiento de los exportadores ilegales de residuos peligrosos no fue un factor significativo, por lo que no serían buenos candidatos para el cumplimiento voluntario. En la actualidad, este campo de delitos deliberados y redituables se ha convertido en una prioridad para la aplicación de las leyes.

Cuando se sorprende a las empresas bienintencionadas y se les ofrece una oportunidad de cumplir (o encarar el enjuiciamiento), un alto número de ellas cumplirá sin enjuiciamiento. Estas empresas pueden no requerir de enjuiciamiento para la disuasión específica; con los planes de cumplimiento voluntario se puede obtener de ellas un nivel aceptable de cumplimiento a costos menores que los que entrañaría un enjuiciamiento.⁴⁵

Con el fin de incentivar de manera congruente a las empresas reguladas para que mejoren su cumplimiento y mantener el costo de los incentivos lo más bajo posible para las autoridades, las directrices de cumplimiento deben considerar los costos y los beneficios tanto antes como después de que se ha sorprendido a alguien que no cumple.⁴⁶ Un concepto paralelo al de la aplicación de la ley es el equilibrio entre la disuasión general y la disuasión específica.

Por otro lado, cuando un funcionario provincial ofrece por error el cumplimiento voluntario a quien infringió la ley deliberadamente, tanto el cumplimiento como el enjuiciamiento se retrasan sin obtener con ello los beneficios correspondientes. Un infractor deliberado puede solicitar, como estratagema, un tiempo adicional para cumplir, cuando lo único que intenta hacer con ese tiempo es ganar más dinero o transferir sus activos fuera de la jurisdicción. La directriz de cumplimiento de Ontario intenta evitar este riesgo mediante la determinación de numerosos criterios para el empleo de las medidas de cumplimiento voluntario, cuya mayoría se ha formulado para identificar a tales infractores. Sin embargo, ningún sistema es perfecto; la disponibilidad de medidas de cumplimiento voluntario algunas veces permitirá a los infractores deliberados salirse con la suya con un comportamiento que no debió haberse tolerado. Los errores de juicio por parte de un regulador que

⁴⁴ Ministerio del Medio Ambiente de Canadá, 1996.

⁴⁵ El cumplimiento puede lograrse con mayor lentitud que bajo la presión de mecanismos de cumplimiento obligatorio: no hay nada como el enjuiciamiento para atraer la atención de los gerentes. Sin embargo, cuando los planes de cumplimiento voluntario se ofrecen sólo en los casos que no ponen en peligro ni la salud ni la propiedad de otros, un retraso en lograr el cumplimiento puede no traer consigo costos sociales de importancia. En otras palabras, los costos sociales de una posible dilación en el cumplimiento en tales oportunidades, a menudo son superados por los beneficios sociales de evitar el enjuiciamiento. Véase Bardach y Kagan, 1982.

⁴⁶ Para ser efectiva, es esencial que toda la gama de influencias que afectan los incentivos de una empresa se coordine de manera adecuada, incluida la política fiscal y otros mecanismos económicos. Véase, por ejemplo, Cassils, 1991. Sin embargo, los mecanismos económicos y la política fiscal están más allá del alcance de este estudio.

ofrezca mecanismos de cumplimiento voluntario a tales personas podrían equivaler a negligencia administrativa.⁴⁷

Algo de mayor importancia, aunque más difícil de medir, es el efecto de los mecanismos voluntarios en la “disuasión general”, es decir, en el incentivo para que los infractores cumplan cuando *no* han sido sorprendidos. Si no se les concibe cuidadosamente, la disponibilidad de dichos mecanismos de hecho reducirá el incentivo para el cumplimiento voluntario. Un infractor consciente de tales mecanismos puede reducir o retardar el cumplimiento, puesto que tendrá una oportunidad “voluntaria” (y libre de sanciones) para mejorar su cumplimiento en caso de ser sorprendido. En otras palabras, si los planes o acuerdos de “cumplimiento voluntario” permiten a un infractor demorar o reducir el cumplimiento antes de que se detecte la infracción, *sin que ello tenga algún costo o consecuencias negativas*, lo que se logra con tales medidas es crear un incentivo para no cumplir hasta que el infractor sea “sorprendido”. En contraste, la oportunidad de recurrir a planes de cumplimiento voluntario cuando se detecta el incumplimiento puede crear un buen incentivo para mejorar el cumplimiento antes de la detección, *circunstancia en la que tal oportunidad adquiere un importante valor* (es decir, incluye alguna protección al procesamiento) *y debe ganarse con esfuerzos previos por mejorar el cumplimiento*.

¿Cuál es la mejor manera de permitir a los infractores potenciales “ganarse” el acceso a los planes y acuerdos voluntarios? Las autoridades desean impulsar y recompensar a las empresas que manejan bien sus riesgos ambientales. Las empresas con un elevado peligro de daño ambiental, como las incluidas en el Inventario Nacional de Emisión de Contaminantes o las que manejan Sustancias Tóxicas Prioritarias, deben ganarse este privilegio mediante sistemas complejos de manejo ambiental, tales como un registro ISO 14000. A las que representan un peligro menor se les debería exigir medidas menores, es decir, una auditoría ambiental externa cuando menos cada tres años, la instrumentación documentada de las recomendaciones de la auditoría y la capacitación apropiada de los empleados. Sin embargo, estas empresas no deberían estar exentas de la aplicación. Si sus sistemas de manejo repetidamente no conducen a un cumplimiento adecuado, deberían perder sus privilegios y ser procesadas.

Hasta la fecha ninguna jurisdicción canadiense ha establecido estándares tan altos para tener acceso a los planes o a los acuerdos de cumplimiento voluntario. Ello obedece en parte a que ninguna de ellas ha hecho del cumplimiento voluntario algo suficientemente valioso para los infractores potenciales. En particular, los reguladores canadienses han sido muy renuentes a conceder protección contra el enjuiciamiento a quienes se comprometen con el cumplimiento voluntario. Por ejemplo, a un funcionario provincial de Ontario que recibe una propuesta de un programa de cumplimiento voluntario se le permite juzgar si dicho programa le parece o no adecuado para remediar el problema. Sin embargo, a ningún miembro del personal encargado de la aplicación se le permite estipular garantía alguna, ya sea oral o escrita, de que el Ministerio no iniciará un enjuiciamiento ante incumplimientos actuales o pasados.

Esta disposición en apariencia contraproducente refleja la tensión que durante largo tiempo ha existido entre las ramas encargadas de la reducción de la contaminación y de la aplicación de la ley del MAEO. El personal de reducción de la contaminación cree que cuando la ley se aplica rigurosamente las promesas de protección contra el enjuiciamiento pueden ser un arma de negociación poderosa para lograr el cumplimiento voluntario. Evitar el enjuiciamiento tiene un valor económico considerable para un infractor, que puede con ello ahorrarse no sólo el costo de cualquier multa que

⁴⁷ Nueva Escocia protege de este riesgo a sus funcionarios en el apartado 143 de su Ley Ambiental, al prohibir demandas basadas en acciones u omisiones de las inspecciones.

le pudieran imponer en un enjuiciamiento (más el impuesto de 20 por ciento que se aplica a dichas multas en una provincia), sino también la cuantiosa sangría de recursos que entrañaría la defensa de un procesamiento. En muchos casos, los costos de defensa hacen que las multas potenciales parezcan una bicocha, pues incluyen los gastos en efectivo para contratar asesoría legal y testigos expertos, además de las enormes demandas de tiempo, atención y energía de los administradores de la empresa. Por añadidura, pueden surgir costos directos e indirectos debido a la mala imagen pública, como la baja del atractivo de la empresa para algunos clientes y la desmoralización de los empleados. Ello puede ser de particular importancia para empresas más pequeñas, que a menudo carecen de recursos suficientes para defenderse contra el enjuiciamiento y lograr, simultáneamente, el cumplimiento.⁴⁸

Los funcionarios encargados de la aplicación de la ley tienden a ver las cosas de manera distinta. A su juicio, las promesas de inmunidad les ata las manos en caso de que la disminución voluntaria resulte insatisfactoria. En todo caso, creen que el cumplimiento voluntario será más viable si los infractores siempre se arriesgan al castigo. Desde esta perspectiva, cuanto más teman al regulador y al castigo que éste pueda imponer, menor probabilidad existirá de que los infractores actuales o potenciales persistan.

Los funcionarios de reducción de la contaminación creen que un infractor económicamente prudente que ha sido sorprendido incumpliendo se inclinará más a presentar un plan de cumplimiento voluntario y aplicarlo prontamente si al hacerlo obtiene un beneficio significativo. Si la empresa va a ser procesada independientemente de cuánto cumpla, obtendrá una recompensa relativamente pequeña, comparada con los gastos necesarios para conseguir el pronto cumplimiento.⁴⁹ En contraste, ahorrarse los C\$50,000 del costo de la defensa puede proporcionar la suficiente compensación para justificar la inversión de cuando menos esa suma en disminuciones “voluntarias”.

Sin embargo, una rigurosa aplicación de la ley es igualmente importante. Si la empresa no va a ser procesada, al margen de que cumpla o no, tampoco tiene incentivos para incurrir en los gastos requeridos para lograr el cumplimiento. Las promesas de protección contra el enjuiciamiento valen poco cuando el infractor no tiene miedo de sufrir una demanda legal por su infracción.⁵⁰ Así, la ausencia de un programa creíble de cumplimiento obligatorio reduce los mecanismos de cumplimiento voluntario a meros exhortos a la buena ciudadanía. Las múltiples encuestas realizadas al público en general y a la industria ambiental han mostrado escepticismo en torno de la eficacia de tales llamados.⁵¹ La encuesta KPMG de 1994 sobre manejo ambiental confirmó que los programas voluntarios del gobierno se encuentran entre los mecanismos menos *eficaces* para impulsar a las empresas a tratar los asuntos ambientales.⁵²

⁴⁸ En un caso reciente, una empresa de tratamiento de residuos se encontraba en constante incumplimiento porque descargaba residuos sólidos fuera de su almacén. El certificado de aprobación requería que la descarga se realizara adentro, a pesar de que todos sabían que el desecho no podía descargarse con seguridad debido al techo bajo del edificio. Así, el cumplimiento era posible sólo si se construía un nuevo edificio de alrededor de 50,000 dólares canadienses, cantidad igual al costo esperado de la defensa y la multa de un proceso. La compañía podía conseguir un préstamo de 50,000 dólares, pero no los 100,000. Quería cumplir con las normas, pero temía gastar los 50,000 en el edificio nuevo y luego no poder defenderse del enjuiciamiento que amenazaba. Así, la situación de incumplimiento continuó.

⁴⁹ Es posible que la multa impuesta se reduzca en el caso de un infractor que ha logrado cumplir con las normas, en comparación con el caso de alguien que no lo ha hecho. Sin embargo, en vista de que este resultado podría obtenerse mediante el cumplimiento justo antes del juicio, el infractor tiene pocos incentivos para cumplir con rapidez.

⁵⁰ Por ejemplo, el gobierno federal inició únicamente ocho enjuiciamientos en todo el país en 1994 al amparo de la CEPA.

⁵¹ Gallon, 1995; Environics Research Group, 1995.

⁵² KPMG, 1994. La primera página de la encuesta informa sobre las motivaciones para encarar los asuntos ambientales. La necesidad de cumplir está en primer lugar (95%), mientras que la presencia de programas voluntarios del

(sigue)

Los reguladores obtienen el máximo cumplimiento por dólar gastado en aplicación cuando incluyen las consecuencias conocidas y predecibles para el historial de cumplimiento de un infractor potencial. Esto es, usar las infracciones pasadas para influir en la probable frecuencia de futuras inspecciones (y enjuiciamientos) del gobierno proporciona un incentivo importante para el cumplimiento previo a la detección.⁵³ Por ejemplo, un plan de cumplimiento voluntario es una respuesta deseable a una primera infracción, siempre y cuando la segunda y las posteriores que se produzcan en determinado tiempo se traduzcan en un mayor escrutinio en las inspecciones y una mayor severidad en las penalidades. Para ponerlo en lenguaje llano, se puede considerar que la autoridad dice:

Si no hace lo que digo, tomaré medidas que ninguno de los dos quiere. Haremos revisiones con tanta frecuencia y durante tanto tiempo que usted se enfrentará a un “infierno” en materia de cumplimiento, y tendré que gastar una cantidad considerable sólo para lograr que usted cumpla.. Comportese de manera razonable y le ofreceré oportunidades ocasionales para que se relaje... La “forma razonable” se define implícitamente como nunca reprobador dos auditorías consecutivas.⁵⁴

Una estructura algo parecida utilizan las compañías de seguro de automóviles. Un primer accidente, si es leve, puede comportar únicamente una advertencia. Sin embargo, un segundo accidente leve, o un primer percance grave, se traduce en un incremento de las primas durante cinco años. Los accidentes posteriores elevan aún más las primas; un conductor o conductora con cinco percances en los cinco años anteriores verá elevarse considerablemente sus primas. Esta estructura de primas es eficaz porque siempre da a los conductores un incentivo para ser prudentes.⁵⁵ Aun si han fracasado alguna vez en obtenerlo, es deseable dar un incentivo a las empresas para que luchen por el cumplimiento. De esta manera, los infractores ambientales deberían saber que pueden volver a conseguir el cumplimiento voluntario mediante el mejoramiento constante de su grado de observancia.

Otro elemento importante de un programa de cumplimiento voluntario eficaz es un método público creíble de vigilancia del desempeño ambiental de la industria. La ausencia de un mecanismo de verificación creíble es la debilidad más importante en la mayoría de los actuales programas de cumplimiento voluntario,⁵⁶ y por sí sola justifica el escepticismo generalizado por parte de la opinión pública.

Los planes de cumplimiento voluntario no ayudan a los reguladores a abordar el problema difícil, aunque lamentablemente común, de un infractor a quien le gustaría cumplir a pesar de que carece de los activos, la liquidez o la gestión gerencial para conseguirlo. Tales casos a menudo presentan a los oficiales de primera línea los problemas más difíciles. No hay un solo mecanismo que siempre sea eficaz en esos casos. Incluso el enjuiciamiento hasta sus consecuencias máximas ha fracasado en el logro de la observancia de tales infractores, sobre todo cuando sus recursos económicos se han agotado.

⁵² (continuación)

gobierno está en el último (16%). Así, los programas puramente voluntarios no relacionados con el cumplimiento sino iniciados por el gobierno están abajo en la lista de lo que motiva a las empresas a encarar asuntos ambientales. La encuesta no menciona nada directamente sobre el efecto de los programas voluntarios de cumplimiento.

⁵³ Russell, 1990, 146; Scholtz, 1984, 179.

⁵⁴ Russell, 1990, 155.

⁵⁵ El buen conductor es recompensado tanto mediante primas reducidas como a través de una política de tolerancia de “un accidente”, muy apreciada por muchos conductores. Adviértase que este sistema de primas sería mucho menos efectivo en fomentar el cuidado del automovilista si después de un solo accidente el conductor fuera elevado al nivel máximo de la prima. A pesar de que un buen conductor tendría un gran incentivo para evitar una primera infracción o accidente, un conductor peor que ya hubiera sufrido un accidente carecería de incentivo adicional alguno para ser cuidadoso, en vista de que sería tratado tan duramente como el sistema lo permite.

⁵⁶ William Leiss, *Lessons Learned from ARET: a Qualitative Survey of Perceptions of Stakeholders*, junio de 1996.

4.11 Relación con otros mecanismos de aplicación de la ley

Los acuerdos de cumplimiento, por su propia naturaleza, restringen la discrecionalidad de aplicación del funcionario regulador. Esta restricción está limitada por el alcance mismo del acuerdo. Esto es, si el acuerdo se relaciona con las emisiones de olor de un tanque y la empresa acepta instalar filtros para tales olores, según determinado calendario, dicha empresa será inmune al enjuiciamiento por cualesquier emisión de olores de ese tanque durante el periodo de gracia acordado. No obstante, una acción normal de aplicación sería irrestricta para otros tipos de incumplimiento, como abstenerse de hacer las declaraciones adecuadas sobre residuos.

Los lineamientos o directrices suelen publicarse;⁵⁷ los administra diariamente el personal de primera línea para la reducción de la contaminación, y se usan para decidir cómo responder a cada uno de los múltiples problemas a que se enfrentan todos los días. Cuando surgen interrogantes respecto al significado o la aplicación de una directriz, el personal de primera línea recaba orientación de los supervisores de línea de su Departamento, incluido incluso el viceministro, y a su área legal. Éstos son los responsables últimos de la interpretación de la directriz y de realizar las medidas formales que aseguren la formal aplicación de la ley.

Cuando una empresa infractora cree que no ha sido tratada conforme a la política establecida, se presenta un problema. El asunto se ha planteado, pero no adjudicado. En *R. vs. General Chemical Canada Ltd.*⁵⁸ se acusó a la empresa por dos derrames de amoníaco producidos por fallas del equipo. El acusado alegó abuso procesal, ya que el MAEO no había agotado sus opciones de “reducción voluntaria” antes de iniciar el proceso. Al final, el acusado se declaró culpable de algunos cargos, pagó una multa de 80,000 dólares y la moción no fue escuchada.

Un segundo problema surge cuando el infractor se cree inmune a enjuiciamiento porque ha aplicado medidas de cumplimiento voluntario. Por ejemplo, en el caso citado de *General Chemical*, el acusado —empresa que cumplía plenamente con la Estrategia de Reducción de Derrames (programa negociado con medidas adicionales para prevenir y detectar derrames)— alegó error inducido oficialmente, abuso procesal y ejercicio de la diligencia debida, en razón de que voluntariamente había hecho todo lo que la autoridad le había pedido. Estos problemas se analizan con más detalle en los dos apartados siguientes.

4.11.1 Error inducido oficialmente

Las autoridades ambientales han experimentado muchos problemas con los acusados que aluden error inducido oficialmente y abuso procesal. Según estimación informal, cuando menos uno de cada cinco casos entraña algún problema de comunicación entre el acusado y la autoridad. En muchos de estos casos, el acusado alega que “alguien del Departamento” le dijo que estaba haciendo lo “correcto”. Los tribunales y los fiscales consideran dichas reclamaciones con un alto grado de escepticismo, sobre todo si no están confirmadas por escrito.

Los tribunales canadienses han desarrollado reglas muy estrictas para la aplicación de la defensa del error inducido oficialmente; así, el acusado debe demostrar que:

- Hizo alusión a (consideró) su posición legal.
- Buscó el consejo de un funcionario gubernamental.

⁵⁷ La mayor parte de las jurisdicciones las proporcionan al público en papel; algunas también utilizan Internet.

⁵⁸ *R. v. General Chemical Canada Ltd.*, 18 de julio de 1985, Tribunal de Ontario, División Essex.

- El funcionario era una persona a quien le habían sido confiadas la aplicación y el cumplimiento de la legislación en cuestión.
- Reveló, plena y francamente, todos los hechos materiales al funcionario.
- El funcionario le dio consejos erróneos.
- El consejo sonaba razonable.
- En esas circunstancias era razonable (incluida la relativa experiencia y conocimientos de las partes) que confiara en el consejo del funcionario.
- Confió en dicho consejo, inocentemente y de buena fe.
- La infracción ocurrió como resultado de ello.⁵⁹

Por ejemplo, si un funcionario de reducción de la contaminación empleado para expedir y aplicar aprobaciones al amparo de una ley de protección del agua, dijera a una empresa que estaba permitido comenzar la construcción de un nuevo sistema de tratamiento de aguas residuales, cuya aprobación estuviera gestionando el funcionario, la empresa podría ser inmune al enjuiciamiento por comenzar la construcción sin haber recibido la aprobación.⁶⁰

El error inducido oficialmente no se origina por la mera falta de rigor del gobierno para expedir regulaciones, ni siquiera por una larga aquiescencia ante la conducta ilegal. El error inducido oficialmente no se configura si el acusado no solicitó el consejo del funcionario,⁶¹ a pesar de que los inspectores del gobierno pudieran haber tenido conocimiento de las actividades del acusado y haber omitido objetarlas.

En *R. vs. Richardson*,⁶² Richardson comerciaba valores con la creencia de que era un corredor y, por tanto, le estaba permitido hacerlo. En realidad, no estaba correduría y había dejado de ser agente de valores. La Comisión de Valores de Ontario conocía sus actividades; el asesor legal de Richardson se había puesto en contacto con la Comisión en su nombre, y los investigadores de ésta habían visitado la oficina de Richardson y lo habían ayudado a reescribir el certificado de participación que, como agente, estaba vendiendo. Nunca se le dijo que no lo fuera, pero no hubo pruebas de que él lo hubiera preguntado en algún momento. Fue condenado.

Algunas veces sucede que un empleado del gobierno que no satisface estos criterios sugiere un curso de acción que resulta erróneo. Bajo su propio riesgo, uno sigue tal sugerencia, sobre todo si se tiene otra información contradictoria. Por ejemplo, en *R. vs. Marbar Holdings Ltd.*, una empresa constructora deseaba drenar una excavación.⁶³ A pesar de que un inspector ambiental advirtió a la empresa que el líquido que estaba excavándose era tóxico para los peces y que era preciso mantenerlo

⁵⁹ *R. vs. Cancoil Thermal Corp.* (1986) nuevo juicio *R. vs. Cancoil Thermal Corp.* (1988); *N. Kastner*, 1985-86, 308; *P. Barton*, 1979-80, 314; *R. vs. Johnson*; *R. vs. Imperial Oil Ltd.*; *R. vs. Robertson*; *R. vs. Gordon*; *R. vs. Squires*.

⁶⁰ *R. vs. Morningstar* (1988) y *R. vs. Flemming* (1980). Puede ser difícil para las autoridades de alto rango prevenir que su personal provoque este tipo de defensa de forma involuntaria. Los reguladores de Ontario han dedicado un esfuerzo considerable tanto a capacitar a su personal, de modo que dé consejos correctos, como a prevenir a su personal más joven para evitar que proporcione este tipo de consejo. Un efecto secundario es un congelamiento de la habilidad del personal encargado de la reducción de la contaminación para dar consejos útiles, incluso a negocios mal informados aunque bienintencionados, precisamente aquellos que podrían beneficiarse más de dichos consejos.

⁶¹ *R. vs. Walker* (1989), 91 N.S.R. (2d) 173 (Co. Ct.); *R. vs. Gant* (28 July 1988), (B.C.Co.Ct.) [unreported], [1988] B.C.J. No. 1777, *contra R. v. Johnson*, *supra*..

⁶² *R. vs Richardson*, (1982). La apelación fue rechazada.

⁶³ *R. vs Marbar Holdings Ltd.* (1983).

fuera del curso de las aguas, la municipalidad rechazó permitir que el líquido se depositara en un drenaje sanitario. Un empleado municipal pudo haber sugerido que la empresa utilizara el drenaje de tormenta. Sin mayores investigaciones, los acusados bombearon el líquido al camino, desde donde se dirigió hacia un drenaje de tormenta y de ahí a un curso de agua. El acusado fue condenado por contaminar el agua.

En el caso del *ministro del Medio Ambiente vs. Vautier*, el acusado se estaba deshaciendo de residuos de madera llevándolos por camión a un arroyo, siguiendo una sugerencia que le hizo la Comisión de Expropiaciones durante trámites anteriores. Desde un inicio, los inspectores del ministerio del Medio Ambiente le advirtieron repetidamente y con razón que eso era ilegal. El demandado fue condenado.⁶⁴

La defensa del error inducido oficialmente equivale a un tipo de defensa de instigación. Otorga a la persona acusada el derecho a la absolución, porque sería injusto condenarle; dicha persona pudo no haber cometido la infracción de no haber sido por la negligencia o mala fe de un funcionario del gobierno que tenía que ver con el proceso de cumplimiento de la ley.

La directriz de cumplimiento está formulada para minimizar las reclamaciones por error inducido oficialmente, al disponer que las comunicaciones sobre los mecanismos de cumplimiento voluntario entre el departamento y la empresa se hagan o se confirmen por escrito, y al disponer que la inmunidad al enjuiciamiento sólo puede ser otorgada por un funcionario de rango superior, también por escrito. Lo anterior debería ser razonablemente eficaz, aunque todavía se presentan reclamaciones por error inducido oficialmente.

4.11.2 Abuso de proceso

La defensa por abuso procesal es similar a la del error inducido oficialmente en cuanto a que da derecho al acusado a ser absuelto por causa de la negligencia o mala fe de un funcionario del gobierno que tenga que ver con la aplicación de la ley. Sin embargo, las dos defensas son distintas desde el punto de vista procesal. El abuso de proceso se invoca típicamente como una objeción preliminar a un enjuiciamiento y resulta en una suspensión de la instancia, mientras que el error inducido oficialmente se suele invocar como parte del caso de la defensa y resulta en una absolución.⁶⁵ Ambas defensas son también distintas en materia conceptual porque, como se dijo, el error inducido oficialmente se ha convertido en una categoría relativamente bien definida de error de la ley; en contraste, el abuso de proceso sigue siendo un concepto vago, una categoría residual de la discreción judicial para rehusarse a escuchar un caso que ofende los principios mismos de justicia que los tribunales han de defender.⁶⁶

En “casos excepcionales”, cuando ha existido “opresión, prejuicio, acoso o penuria manifiesta sobre el acusado” en grado significativo,⁶⁷ se podrá suspender la instancia por causa de abuso de proceso del tribunal. Cuando la acción de iniciar un enjuiciamiento quebranta un compromiso asumido ante el infractor a cambio de una contraprestación valiosa, en la cual el infractor ha confiado en su perjuicio, dicho enjuiciamiento podrá también suspenderse.⁶⁸

⁶⁴ *Ministerio del Medio Ambiente vs. Vautier* (1982).

⁶⁵ Esto es, el avance de los asuntos se previene sin que éstos se resuelvan por condena o por absolución.

⁶⁶ *R. vs. Young, R. vs. Jewitt* (1985), 21 C.C.C. (3d) 7, *Keyowski vs. The Queen*.

⁶⁷ Re: *Ball and The Queen; R. vs. Jarman; y R vs. Navro Inc.*

⁶⁸ En tales casos, es una clase peculiar de error de hecho, es decir, la creencia razonable de que uno no sería procesado.

Por ejemplo, considérese *Abitibi Paper Company Ltd. and The Queen*.⁶⁹ Después de largas negociaciones con el Ministerio del Medio Ambiente local, una fábrica de papel con graves problemas de contaminación del agua se ofreció a realizar un programa de reducción de la contaminación. A fin de ahorrar tiempo, el ingeniero del MAEO decidió que no era necesario formalizar el plan con una “aprobación de programa”.⁷⁰ Sin embargo, advirtió a la empresa que de no instrumentar su programa, el MAEO expediría una orden de control y la haría cumplir mediante un enjuiciamiento. Meses después, el ingeniero visitó la compañía e informó que su instrumentación había sido satisfactoria.

Acto seguido, el MAEO acusó a la empresa de contaminar el agua. A final de cuentas, el fallo del Tribunal de Apelaciones de Ontario fue que el enjuiciamiento era “vejatorio, injusto y opresivo” y, en consecuencia, un abuso de proceso judicial. La mayoría de las sentencias del tribunal se asumieron con una cuestión legal.⁷¹ Poco se dijo sobre la causa por la cual *este* enjuiciamiento en particular era abusivo, aparte de una breve referencia a “la conducta de la Corona en este caso, al violar un compromiso asumido por uno de sus funcionarios principales”:

El apelante, como persona razonable, concluiría después de una lectura justa de la correspondencia del [Ministerio] que no sería procesado, siempre y cuando terminara su programa dentro del periodo de gracia del 31 de diciembre de 1976.

En otras palabras, el enjuiciamiento no se bloqueó sólo porque la empresa ya estaba trabajando dura y exitosamente con el fin de controlar su contaminación; el enjuiciamiento se bloqueó porque dichos esfuerzos se obtuvieron mediante una promesa implícita de no iniciar un proceso si la empresa tomaba las medidas apropiadas dentro del plazo convenido. En otras circunstancias, tal comportamiento por parte de un regulador hubiese constituido un incumplimiento de contrato o podría ser estigmatizado por deshonesto; los tribunales se distancian de dicha conducta mediante la suspensión de los procedimientos.

Es fundamental advertir que la doctrina de abuso de proceso no permite a los tribunales supervisar o reemplazar el ejercicio adecuado de la discreción procesal. Hay muchos casos en que el enjuiciamiento es innecesario, poco prudente, contrario a las metas reglamentarias e incluso injusto, pero en los que los tribunales no intervendrán.

Por ejemplo, no es un abuso de proceso que la Corona haga múltiples acusaciones o dé diversas informaciones que surjan de un solo incidente.⁷² Ni tampoco la larga tolerancia de la actividad contaminadora por parte de los reguladores gubernamentales convierte un enjuiciamiento posterior en abuso de proceso, incluso si se inicia inadvertidamente; la falta de rigor del gobierno no da derecho a un contaminador a seguir contaminando.⁷³

La amplia brecha entre el abuso de proceso y el uso imprudente de la discreción procesal se ilustra de manera contundente con un caso de violación de los derechos de autor, *R. vs. Miles of Music Ltd.*⁷⁴ En ese caso, la persona acusada tenía “toda la razón para considerarse víctima de una injusticia”; sin embargo, el tribunal de apelaciones echó abajo la suspensión dictada por el juez del proceso. Los acusados eran un *disc jockey* y su empresa particular, que llevaba funcionando 13 años. Otras muchas compañías realizaban el mismo negocio y nunca se había acusado a ninguna. El individuo acusado hizo varios intentos para determinar si sus actividades quebrantaban las leyes de

⁶⁹ *Abitibi Paper Co. vs. R.* (1979).

⁷⁰ Esto hubiera proporcionado a la fábrica inmunidad expresa contra el enjuiciamiento.

⁷¹ Por ejemplo, si el tribunal tenía o no la facultad de suspender los enjuiciamientos vejatorios e injustos.

⁷² *Imperial Oil Ltd. vs. The Queen.*

⁷³ *R. vs. Wells Foundry Ltd.; R. vs. Zalev Brothers.*

⁷⁴ *R. vs. Miles of Music Ltd.* (1989).

derecho de autor y, de ser así, conseguir una licencia necesaria. Se le dijo que no había licencias disponibles, pero no se le solicitó hacer nada más.

Meses después, ante la queja de un franquiciatario desencantado y de la empresa que había negado la autorización de los derechos de autor, la policía obtuvo una orden de registro; cayó sobre los acusados de forma imprevista e incautó todos sus discos, equipo y música, mucho más de lo que hubiera sido necesario como prueba. Éste sacó inmediatamente del negocio a los acusados, con las subsiguientes consecuencias económicas desastrosas. Posteriormente fueron acusados y condenados por delitos relacionados con los derechos de autor.

R. vs. Northwood Pulp Timber Limited, enjuiciamiento en Columbia Británica, fue declarado improcedente por abuso de proceso.⁷⁵ Al hacer sus planes de expansión, se dijo a la fábrica que podía seguir descargando residuos de alumbre en el río. Poco después de completar la obra, el personal del Departamento le pidió que dejara de descargar los residuos de lodo. A ninguna otra fábrica de la provincia se le exigió esto, y no había tecnología conocida para eliminarlo. El MAEO propuso normas para que el agua devuelta al río fuese más limpia que la que corría por el río. A la empresa se le dio el plazo de un año para resolver el problema, bajo pena de enjuiciamiento. Entonces la empresa se comprometió “voluntariamente” a poner en práctica un proyecto piloto para controlar el lodo. Pese a que el proyecto piloto funcionó moderadamente bien, no resolvió el problema a satisfacción del MAEO. Cuando esto se hizo evidente, el demandado fue acusado.

El tribunal afirmó que esto era “injusto y opresivo”. El acusado había sido “señalado” por los reguladores, y se le había encargado la tarea de desarrollar una solución para un problema complejo en un lapso limitado. El acusado había hecho esfuerzos diligentes y de buena fe para encontrar y poner en práctica una solución y, con su conocimiento, había invertido en un proyecto piloto. Aunque el acusado no había cumplido en el plazo de un año la reducción de los sólidos suspendidos al nivel determinado por el Departamento, fue la conducta del Departamento la que resultó ofensiva.

En *R. vs. Zalev Brothers Limited* se produjo el resultado contrario.⁷⁶ Zalev Brothers, un fabricante con problemas de ruido, acordó participar en un comité experimental ambiental de ciudadanos, creyendo que al hacerlo no sería acusado. Cuando a la empresa se le procesó, fue incapaz de probar que el MAEO se había comprometido a este respecto. En consecuencia, el proceso procedió.

4.11.3 Negligencia administrativa

No se puede acusar a un regulador por negligencia regulatoria cuando adopta una directriz de cumplimiento; ésta es una función política que sobrepasa la consideración del tribunal. Sin embargo, los tribunales imponen su jurisdicción sobre dichas funciones administrativas en materia de instrumentación de las políticas. Así, la instrumentación incorrecta de una directriz puede conducir a una acción por negligencia regulatoria. En los últimos diez años se han presentado cada vez con más frecuencia demandas por negligencia regulatoria, fomentadas por las decisiones de los tribunales, como las de *Anns vs. Merton London Borough Council* y *Just vs. The Queen in right of British Columbia*.⁷⁷

Un caso reciente ilustra los riesgos que pueden surgir incluso por causa de las funciones más rutinarias de un Departamento. En *Gauvin vs. Ontario (Ministerio del Medio Ambiente)*, el propietario

⁷⁵ *R. vs. Northwood Pulp Timber Ltd.* (1992). Sentencia del 22 de junio de 1992, apelada el 10 de noviembre de 1995. La apelación se sostuvo, aunque por causa de la diligencia debida. El abuso de proceso no se analizó.

⁷⁶ *R. vs. Zalev Brothers Ltd.* (1989).

⁷⁷ [1978] A.C. 728; 64 D.L.R. (4^o) 689 (S.C.C.).

de una casa habitación había instalado un sistema séptico.⁷⁸ La política del Ministerio exige que antes de expedir un permiso de uso, el contratista certifique que se ha instalado el material filtrante suficiente para absorber el residuo, y proporcione facturas de fletes como pruebas de la compra y la entrega del material filtrante. En este caso se expidió el permiso a pesar de que el contratista no había llenado el certificado necesario y de que las cuentas de flete llenadas por el contratista no especificaban en dónde habían sido entregados los medios filtrantes.

De hecho, no había suficiente material filtrante y hubo filtración de aguas negras. Los propietarios de la casa tuvieron que excavar y tender de nuevo su campo séptico a un costo de \$C15,000; después demandaron tanto al primer instalador como al MAEO, y tuvieron éxito en ambos casos. El MAEO no había instrumentado adecuadamente su propia política; la política había sido adoptada para beneficiar específicamente a los usuarios de sistemas sépticos como los demandantes, y como resultado directo éstos habían sufrido una pérdida.

Con las directrices de cumplimiento podrían ocurrir los mismos resultados. Hay diversas maneras en que el incumplimiento ambiental puede causar daño financiero a demandantes potenciales: no controlar el ruido puede dañar la salud o tener efectos adversos en los negocios cercanos, el agua residual contaminada puede dañar a los usuarios secundarios, las emisiones de polvo pueden desencadenar el asma, y el manejo inadecuado de residuos puede contaminar el suelo. Para evitar ser culpados por negligencia regulatoria, los reguladores deben dar pasos razonables para reforzar sus leyes de una manera adecuada, en particular las formuladas para proteger contra daños a terceros.⁷⁹

Los planes de cumplimiento voluntario presentan dos tipos de riesgo para los reguladores:

1. Los tribunales pueden considerar las medidas de cumplimiento voluntario como intrínsecamente inadecuadas para responder a la inobservancia. De ocurrir esto, el uso mismo de los mecanismos de cumplimiento voluntario expondría a un regulador a ser responsable. Es poco probable que esto sea un riesgo serio: primero, porque los tribunales no pueden juzgar las directrices de cumplimiento, y segundo porque, como muestra este estudio, existen muchas razones de política valiosas para incorporar los planes de cumplimiento voluntario a una directriz general de cumplimiento.
2. El segundo y más serio riesgo es que los tribunales juzguen que los reguladores incurrieron en error al aplicar la directriz. Tales errores ocurren si las medidas de cumplimiento voluntario fueran utilizadas cuando un regulador de primera línea:
 - No sopesó las demandas públicas, o no se percató de las demandas presentadas a otro miembro de otro ministerio o servicio.
 - Valoró incorrectamente el potencial de riesgo del incumplimiento.
 - No juzgó con precisión la utilidad de una medida de cumplimiento voluntario propuesta.
 - No asignó prioridad o recursos suficientes para invocar medidas obligatorias cuando el programa voluntario se rezagaba o fallaba.

⁷⁸ Corte de Ontario (División General), 29 de agosto de 1995, sin reportar.

⁷⁹ Nueva Escocia ha protegido a sus oficiales de la mayoría de demandas por negligencia reglamentaria por ley. N.B.: El deber o cuidado requerido para evitar demandas de negligencia reglamentaria guarda un paralelo muy cercano con la obligación de Canadá respecto del Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte de “aplicar con efectividad” sus leyes ambientales.

De no manejarse adecuadamente este riesgo, los reguladores se mostrarán muy renuentes a usar medidas de cumplimiento voluntario, por lo que no devengarán ninguno de sus beneficios potenciales. Las medidas potenciales para manejar este riesgo incluyen: mejor capacitación de los funcionarios de las provincias, mayor intercambio de información entre ellos en cuanto a sus experiencias en el manejo de casos particulares, documentación cuidadosa de las razones de determinadas decisiones, un sistema de seguimiento computarizado para asegurar que los resultados se evalúen y el incumplimiento se castigue y, por último, esfuerzos concienzudos para identificar y comunicarse con las víctimas de la contaminación (demandantes en potencia).

Lo que estas herramientas tienen en común es un compromiso de manejo de alta calidad de las funciones regulatorias. Son comparables a la tarea de reducir las fallas de servicio en cualquier organización de servicios. Como se indica en el caso de *Gauvin vs. Ontario* (véase arriba), un potencial de negligencia regulatoria no es exclusivo de la instrumentación adecuada de cumplimiento voluntario.

4.12 Efectos en terceros

Las actuales directrices de cumplimiento prestan poca atención a los intereses de terceros. Sin embargo, cuando el cumplimiento inadecuado de un “plan de cumplimiento voluntario” puede afectar a terceros, no consultar con éstos podría incrementar el riesgo de que se presente una demanda contra la autoridad por negligencia. Algunas directrices de cumplimiento intentan evitar este problema prohibiendo el uso del cumplimiento voluntario cuando estén en juego la vida o la salud humanas o las propiedades, es decir, cuando los reguladores tengan conocimiento de demandantes potenciales. En otros casos, cuando los reguladores no saben de nadie que pueda verse materialmente afectado si se retrasa el cumplimiento, la consulta pública es menos necesaria.

La directriz de cumplimiento de Ontario alienta a las empresas a proporcionar indicadores del progreso y entraña una obligación de las autoridades a darle seguimiento para asegurarse de que el cumplimiento se ha logrado. Sin embargo, éste no es un proceso público. En Yukón, el incumplimiento es materia de registro público, puesto que los avisos por incumplimiento se archivan en un registro hasta que se haya corregido el problema.

No hay derechos de apelación de terceros respecto de las decisiones que autorizan mecanismos voluntarios. Los planes de cumplimiento voluntario carecen de efectos explícitos en el derecho del público al uso de recursos de derecho civil, como actos perjudiciales o negligencia.

Los acuerdos de cumplimiento tampoco tienen efectos directos en los derechos civiles de acción de terceros, tales como actos perjudiciales, por ejemplo. Sin embargo, pueden tener un efecto indirecto en las demandas por negligencia, pues la empresa puede hacer uso del acuerdo de cumplimiento como un fuerte indicador del estándar de cuidado apropiado. Así, es posible no ser negligente si se ha cumplido con el acuerdo.

Algunos grupos ambientales están muy preocupados porque al aumentar el uso de planes y acuerdos de cumplimiento, que se negocian de manera bilateral, se erosione el acceso a la toma de decisiones ambientales por el que han luchado tanto durante las últimas dos décadas. Algunos reguladores y representantes de la industria están en desacuerdo y señalan que las decisiones de aplicación de las disposiciones siempre se han tomado bilateralmente. Este asunto se ha vuelto polémico porque las medidas de cumplimiento voluntario diluyen la distinción entre aplicación de la ley (en la cual el público tradicionalmente no desempeña papel alguno) y la regulación y el cumplimiento (en donde han ganado un papel).

El otro efecto de los planes y acuerdos de cumplimiento en terceras partes es que los primeros pueden prolongar el periodo durante el cual esas terceras partes estén expuestas a los efectos adversos generados por la empresa. Tales efectos pueden ocurrir legalmente durante el periodo de gracia, o ilegalmente si la empresa no cumpliera con los acuerdos y por ello se retrasaran otras acciones de aplicación de la ley. Los acuerdos de cumplimiento que puedan exponer a otros a afecciones adversas no deberían realizarse sin previa consulta pública, y deberían incluir una garantía financiera para asegurar el cumplimiento durante el periodo de gracia acordado.

4.13 Responsabilidad

La responsabilidad es uno de los puntos fundamentales cuando las responsabilidades que antes ejercían los reguladores se delegan o se comparten con el sector privado:

Otra parte de la naturaleza cambiante del gobierno es un compromiso mucho mayor de otras partes en la elaboración y la redacción de los programas federales. Abundan los ejemplos al respecto: programas federales-provinciales conjuntos, subcontrataciones, la redacción de programas de organizaciones no gubernamentales, delegación de programas a grupos de clientes. En el presupuesto de febrero de 1995, el gobierno anunció una serie de medidas para incrementar la participación de otras partes en la redacción de los programas federales.

Los programas conjuntos ofrecen muchos beneficios potenciales. La interacción de diversas partes, cada una con fuerzas y perspectivas diferentes, puede hacer mucho para mejorar el servicio de clientes y ahorrar dinero. Sin embargo, también comportan retos adicionales... Cuando el gobierno participa en arreglos conjuntos, debe dar todos los pasos razonables para asegurar que se logren los resultados esperados. La responsabilidad no consiste simplemente en reconocer los problemas después del hecho; también lo es trabajar para evitarlos. Particularmente importante es el acuerdo inicial en torno de los papeles y las responsabilidades de las partes y los resultados por alcanzar.⁸⁰

Uno de los asuntos es la responsabilidad dentro del gobierno. La responsabilidad de largo plazo del trato con la comunidad regulada descansa en los reguladores de primera línea (funcionarios de reducción de la contaminación). Sin embargo, la responsabilidad formal de “aplicación” (sobre todo mediante el enjuiciamiento) se transfiere a menudo a una rama separada de investigación y aplicación constituida por exagentes de policía. Cuando ocurre el incumplimiento se requiere que el personal de reducción de Ontario lo notifique por escrito al personal de investigación. Si intenta negociar una medida de cumplimiento voluntario, el personal de reducción puede recomendar al personal de investigación que no se aplique la ley obligatoria. Sin embargo, la decisión final sobre iniciar un proceso no depende del personal de reducción de la contaminación, sino del área legal y los investigadores.

No obstante, los mecanismos de cumplimiento voluntario son responsabilidad del personal de reducción de la contaminación. Por ello, el uso de estos mecanismos puede retrasar o evitar que la responsabilidad de un infractor pase del departamento de personal de reducción al de aplicación. La transparencia y la responsabilidad se mantienen en el ámbito interno porque se exige a los reguladores de primera línea que documenten sus razones en cada etapa del proceso de cumplimiento voluntario.

Para el público en general existen cuestiones más profundas. Los planes y los acuerdos de cumplimiento se encuentran en el terreno resbaladizo entre la regulación y la aplicación. En tanto que ya se acepta que el público en general desempeñe un papel importante en el establecimiento de normas ambientales y en la expedición de permisos ambientales importantes,⁸¹ en lo que respecta a

⁸⁰ Auditor-General de Canadá, *Matters of special importance*, 1995

⁸¹ Estos derechos son validados en algunas jurisdicciones por medio de declaraciones de derechos ambientales.

la toma de decisiones de aplicación el público no ha desempeñado papel alguno.⁸² No hay consulta pública cuando se inicia un enjuiciamiento; al contrario, se suele mantener en la confidencialidad hasta que el demandado ha sido notificado. Incluso entonces, no hay una comunicación sistemática sobre todas las acciones dirigidas a aplicar la ley. Los boletines de prensa se proporcionan a discreción del fiscal, pero no se avisa de nada al público en general.⁸³

Las actuales directrices de cumplimiento tratan los planes de cumplimiento como decisiones relativas a la aplicación, es decir, como parte de las prerrogativas de la Corona. La consulta pública sólo se produce cuando se utiliza un instrumento estatutario diferente al enjuiciamiento para obtener cumplimiento, ya sea obligatorio o voluntario (es decir, una orden o una aprobación de programa).⁸⁴

Algunos grupos ambientales argumentan que el consentimiento del Ministerio a un plan de cumplimiento voluntario es equivalente a una aprobación de programa y, por lo tanto, debería estar sujeto a la consulta pública. Según la ley actual, esto no es un requisito legal.⁸⁵ La consulta pública a menudo es desagradable para las empresas afectadas, ya que retrasa la toma de decisiones, puede poner en riesgo la revelación de información comercial secreta y a menudo provoca que la autoridad sea menos flexible en las negociaciones. La consulta pública aumenta también los costos en recursos para las autoridades.

Sin embargo, actualmente la participación pública puede ser esencial para los acuerdos de cumplimiento formales, por lo menos los que tienen efectos ambientales significativos. Muchos miembros del público ya no creen que los acuerdos “a puerta cerrada” entre gobierno y empresas sean justos, ni honorables, ni lo más conveniente para los intereses ciudadanos. Por lo tanto, la credibilidad y la legalidad de los acuerdos negociados dependen en cierto grado de la transparencia y la responsabilidad:

...el marco de referencia negociado, cooperativo, para la protección ambiental... se basa en colaboración intensiva entre gobierno e industria, pero son dignas de crédito sólo cuando estas colaboraciones son abiertas, por medio de estrictas reglas de información y oportunidades de participación, para un escrutinio de los diversos grupos interesados.⁸⁶

Se proporciona cierta responsabilidad pública por planes y programas de cumplimiento mediante el proceso político, así como por medio de las disposiciones de responsabilidad de algunos estatutos recientes.⁸⁷

Las leyes de Ontario ilustran la evolución de las expectativas y derechos públicos en el área de participación pública. Los apartados de aprobación del programa se adoptaron en 1971, en una época en que sin cuestionar se aceptaba al gobierno como representante de los intereses públicos. Por consiguiente, no se previeron “consultas públicas”; el “público” participaba porque el gobierno

⁸² Ni siquiera los ministerios de medio ambiente tienen la última palabra sobre este tema; es prerrogativa del procurador general ante quien los fiscales rinden informe.

⁸³ Por ejemplo, a través del Registro de la Declaración de Derechos Ambientales de Ontario.

⁸⁴ Véase la sección 4.3.2

⁸⁵ Algunos grupos ambientales argumentan que el acuerdo del Ministerio con un plan de cumplimiento voluntario es equivalente a la aprobación del programa, y por lo tanto debería ser sujeto de consulta pública. En la ley de Ontario esto no es requisito legal. Un plan de cumplimiento voluntario, como se describe en la directriz pauta de cumplimiento, no es un “instrumento” como se define en la Declaración de Derechos Ambientales y, por lo tanto, no requiere notificación pública.

⁸⁶ Leiss, 1995, 40

⁸⁷ En Ontario, las medidas de reducción voluntaria, como no instrumentales, no se incluyen en el registro ambiental bajo la Declaración de Derechos Ambientales. Sin embargo, cualesquiera dos personas pueden solicitar al ministro investigar alegatos de incumplimiento. Cuando son usadas medidas voluntarias, el ministro presumiblemente las revelará en su respuesta a la petición. Ocurren resultados similares en el apartado 115 de la Ley de Nueva Escocia.

lo hacía. La Declaración de Derechos Ambientales de Ontario de 1993 refleja una concepción muy distinta del papel adecuado del gobierno, y de quien habla por “el público”. Por lo tanto, la Declaración de Derechos incluye amplias disposiciones para la consulta pública, cuando se ejercita una diversidad de facultades estatutarias. Esto incluye el poder de expedir “instrumentos” con efectos ambientales significativos.

La regulación 681/94 define las órdenes de control y las aprobaciones de programa como instrumentos de “clase 2”, lo que significa que no pueden realizarse hasta que la notificación del instrumento propuesto se haya publicado en el *Registro Ambiental* y se haya hecho circular por otros medios apropiados para los afectados. La aprobación regulatoria del instrumento no se puede conceder sino hasta que el público haya tenido la oportunidad de hacer comentarios y éstos se hayan considerado.

El proceso actual de celebración de acuerdos de cumplimiento en Ontario y en Quebec es más transparente que otros mecanismos de aplicación, pues el público es consultado o por lo menos notificado de la existencia del acuerdo. En Ontario, la participación del público en los acuerdos de cumplimiento se ha extendido desde un “Consejo Ambiental” (grupo aún sin integrar de “expertos” que debieron ser elegidos de manera discrecional) hasta el público en general, por medio de la Declaración de Derechos Ambientales. Como antes se analizó, la consulta adicional es esencial cuando terceras personas resultan directamente afectadas por la prolongación de la contaminación.

4.14 Equidad

Hay un significativo potencial de inequidad en el uso de planes y acuerdos de cumplimiento, sobre todo si un infractor utiliza un plan de cumplimiento voluntario y queda impune, mientras que otro es procesado por, en esencia, las mismas infracciones. Este problema surge casi siempre que los funcionarios de primera línea tienen facultades discrecionales que ejercen de acuerdo con las circunstancias. Algunas directrices de cumplimiento tratan esto al requerir a cada funcionario que documente sus razones para usar medidas de cumplimiento voluntario cuando, a primera vista, la aplicación obligatoria sería apropiada.

A lo largo de las jurisdicciones regulatorias, varias regiones pueden diferir en su interpretación de los criterios en el peso que dan a los efectos exteriores y en su tolerancia al incumplimiento. Así, una empresa de determinado sector o región puede ser enjuiciada por incumplimiento, mientras que a otra compañía en circunstancias similares pero en otro lugar se le ofrece un acuerdo de cumplimiento. Las grandes empresas pueden saber cuando tales acuerdos no están disponibles en ciertas áreas y negociarlos mejor en las que sí los hay. Hay otro riesgo aún mayor de respuestas no uniformes por parte de los reguladores en jurisdicciones diferentes que deben encararse mejorando la comunicación entre éstos en lo referente a cuándo y cómo utilizar esta herramienta. Los problemas de injusticia en una sola jurisdicción se pueden aminorar con políticas que establezcan criterios claros para su uso. La congruencia puede fomentarse por medio de un análisis de estudios de caso entre los reguladores. La revisión continua de los acuerdos de los abogados del Departamento también servirían para mejorar la claridad y, en cierta medida, acercarse a un enfoque común.

4.15 Conclusiones

Los planes y los acuerdos de cumplimiento voluntario pueden ser un método valioso y redituable para mejorar el cumplimiento reglamentario. Entre los aspectos útiles de los lineamientos de cumplimiento de Canadá figuran los que se presentan en los párrafos siguientes.

1. Los planes y los acuerdos de cumplimiento voluntario están expresamente incorporados en una política de cumplimiento global.

2. Los criterios para su uso se especifican por escrito y se centran en el efecto ambiental del incumplimiento y en la actitud e historial del infractor.
3. Los reguladores deben documentar por escrito su razonamiento lógico para ofrecer mecanismos de cumplimiento voluntario, sobre todo cuando existan bases para recurrir a medidas obligatorias.
4. Se vigila el incumplimiento de las medidas voluntarias, y su falta de aplicación se considera grave.
5. Se debe recurrir a medidas de cumplimiento obligatorio si los mecanismos voluntarios no producen resultados aceptables dentro de un tiempo razonable.

Sin embargo, se podría lograr mayor eficiencia si se hicieran esfuerzos en los siguientes puntos.

1. Los planes de cumplimiento voluntario podrían hacerse más valiosos (por ejemplo, incluir algún tipo de indulgencia), y, por otro lado, más caros (deberían ganarse con esfuerzos previos para mejorar el cumplimiento, como medidas de predetección que hayan indicado un compromiso por cumplir y demostrado ciertos frutos objetivos en el mantenimiento del cumplimiento durante un periodo prescrito). Nunca deben ofrecerse a dolosos ni a quienes contaminan deliberadamente.
2. El incumplimiento repetido podría castigarse con una progresión escalonada predecible en la intensidad y severidad de la aplicación de la ley.
3. Las aprobaciones de los programas podrían otorgarse con reticencia a las empresas que causen efectos ambientales adversos, y sólo después de una consulta pública.
4. Se podría exigir a la compañía que aporte una contraprestación para realizar un acuerdo y para toda extensión o enmienda de éste. Normalmente, tales contraprestaciones deberían incluir una garantía financiera, que se perdería si la empresa no cumpliera con el acuerdo.
5. Los reguladores podrían insistir en que el programa produzca resultados que puedan evaluarse en un plazo razonable, y deberían responder con rigor si ello no ocurre; por ejemplo, haciendo que la empresa pierda la fianza.
6. Un mecanismo, como una preautorización, habilitaría a una compañía a conducir negociaciones preliminares sin facilitar al regulador la prueba para un enjuiciamiento.⁸⁸
7. Los planes y acuerdos (incluidas las órdenes de control) podrían centrarse en el desempeño ambiental, no en los métodos o tecnología para conseguirlo.

⁸⁸ Este objetivo se podría lograr por medio de las disposiciones de la política de cumplimiento y aplicación de las leyes que mejor enfoquen el enjuiciamiento sobre las empresas irresponsables. Tendría que haber disposiciones claras para multas moderadas contra violadores reformados que bastaran para recompensarlos, pero no para perdonar (por lo tanto recompensando) la falta de cumplimiento previa.

5 Delegación de facultades: la ley federal de eficiencia regulatoria

5.1 Introducción

Además del enfoque más tradicional de los planes de cumplimiento descrito en la sección anterior, recientemente ha crecido el interés por encontrar maneras alternativas de lograr el cumplimiento de las actuales obligaciones regulatorias. Esto parece impulsado tanto por un deseo de reducir la carga administrativa del gobierno, como por una creencia de que las regulaciones pueden imponer costos innecesarios a las partes reguladas debido a su supuesta inflexibilidad. Este apartado revisa un intento del gobierno federal para atender estas preocupaciones mediante la propuesta Ley de Eficiencia Regulatoria (Anteproyecto de Ley C-62). A pesar de que el gobierno federal finalmente no procedió con el Anteproyecto más allá de la primera lectura, hay lecciones importantes que se pueden extraer tanto de su contenido como de las reacciones ante el mismo.

El Anteproyecto de Ley C-62 se concibió como parte de un esfuerzo general para reformar el régimen regulador federal. En 1993, el Comité Parlamentario Permanente de Finanzas emitió un informe especial que recomendaba un sistema regulador reformado, centrado más en lograr las metas de la regulación que en los requerimientos técnicos. En 1995, el gobierno señaló: “Nuestro régimen regulador es demasiado complicado, costoso y engorroso” y muchas regulaciones federales son “redundantes y obsoletas... más centradas en los requerimientos técnicos que en las metas”.⁸⁹ Entonces, el gobierno introdujo una agenda regulatoria que abarcaba once iniciativas, incluida una revisión de todas las regulaciones departamentales, un borrador de la *Ley de Regulaciones* formulada para “modernizar” el proceso de desarrollo de las regulaciones y del Anteproyecto C-62.

Las disposiciones del Anteproyecto C-62 habrían autorizado a las partes reguladas y al gobierno a negociar “planes de cumplimiento”, que especificaran cómo se alcanzarían los objetivos reguladores y qué obligaciones regulatorias se abandonaban. El Anteproyecto también autorizaba a determinados ministros y al presidente del Tribunal de la Tesorería a buscar, de manera conjunta, la aprobación del gabinete con el fin de determinar las regulaciones específicas sujetas a este régimen. Determinadas éstas, el ministro responsable publicaría los criterios y procedimientos para la aprobación de los planes de cumplimiento en la Parte 1 del *Canada Gazette* (el órgano oficial de difusión de las decisiones gubernamentales, como regulaciones y órdenes en consejo). Los individuos o los negocios sujetos a la regulación designada tendrían entonces derecho a presentar una propuesta de plan de cumplimiento al ministro correspondiente.

El Anteproyecto estipulaba que los planes de cumplimiento se autorizarían sólo con relación a las disposiciones técnicas, y tenían que cumplir “el principio del desarrollo sustentable” y la “protección de la salud y la seguridad”.⁹⁰ Hubiera requerido que los proponentes demostraran cómo el plan de cumplimiento propuesto sería “al menos tan eficiente” como la regulación para lograr los objetivos, y autorizaba al gobierno a exigir a los proponentes que pagaran por el análisis necesario. El Anteproyecto también estipulaba varios requerimientos de procedimiento, que incluían las obligaciones de consultar y publicar los planes propuestos en la *Canada Gazette*, y la revisión *post facto* de los planes de cumplimiento por parte de un Comité Permanente de la Cámara de Representantes apropiado para determinar el cumplimiento de los objetivos reguladores. Finalmente, hubiera obligado al gobierno a supervisar los planes, con la autoridad para suspender o dar por concluida la aprobación de un plan inmediatamente después de que se hubiese cometido una infracción, una violación del plazo o, de ser necesario, enfrentar una amenaza a la seguridad o salud de cualquier

⁸⁹ Gobierno de Canadá, 1995 c.

⁹⁰ Con referencia a la definición de Brundland.

persona o del medio ambiente. El Anteproyecto también hubiera autorizado al gobierno a dar por terminado el plan mediante una notificación razonable o según se prescribiera en el plan.

Los principios fundamentales del gobierno que subyacían en el Anteproyecto C-62 eran que de haber maneras alternativas más baratas para lograr las metas de cumplimiento, el proceso regulador debía autorizarlas. En su descripción del Anteproyecto se argumentaba: “Las técnicas modernas de manejo muestran que la competitividad y la calidad no se logran estipulando cada detalle sobre cómo los empleados hacen su trabajo. Lo importante es el resultado de sus esfuerzos”. De la misma manera en que los trabajadores con frecuencia pueden encontrar mejores maneras de lograr sus metas de producción, “las autoridades y las empresas saben que a menudo las metas se pueden alcanzar tan bien o mejor haciendo las cosas de formas distintas a lo estipulado en las regulaciones”.⁹¹ El Anteproyecto de Ley estaba concebido para permitir respuestas rápidas y personalizadas a tales situaciones, ya que “el cambio de las regulaciones por circunstancias especiales es complicado, caro y prolongado”.

5.2 Autoridad legal

A pesar de que gran parte de la crítica que se hizo al Anteproyecto de Ley C-62 se centraba en sus implicaciones, hubo quien señaló que el Anteproyecto presentaba problemas constitucionales y legales. En un documento que circuló poco después de su preparación, por ejemplo, el secretariado del Comité Conjunto Permanente para el Escrutinio de las Regulaciones (Comité Conjunto de la Cámara de Representantes y el Senado) argüía que conceder autoridad discrecional con el fin de hacer a un lado los requerimientos reguladores hubiera sido anticonstitucional por varias razones.⁹² El informe sostiene que el Anteproyecto hubiera revivido la facultad de exención, declarada ilegal en la *Declaración de Derechos de Inglaterra de 1689*, y hubiese violado las convenciones constitucionales del “imperio de la ley”, la justicia y la igualdad, y la responsabilidad del gobierno.

Parecería sutil la afirmación de que el Anteproyecto C-62 hubiera violado la *Declaración de Derechos* de 1689, cuya sección XII establece que “no se permitirá exención alguna a cualquier estatuto, o parte de él, y que será nula y no tendrá validez ni efecto alguno *salvo que la exención esté permitida en dicho estatuto*” (cursivas agregadas). En una revisión contemporánea del estatus legal de este punto, el Tribunal de Apelaciones de Manitoba ha declarado:

Actualmente, la situación legal de esas facultades está bien descrita en 7 Hals. (3o) 230, párr. 486: “La Corona no puede ni suspender leyes ni la aplicación de las leyes sin el consentimiento del Parlamento; tampoco puede eximir de las leyes, ni de la aplicación de las leyes; y las exenciones por no obstante de cualquier estatuto o parte del mismo carecen de validez y no tendrán efecto salvo en los casos en que esté permitido por el estatuto”.

Dado que en el Anteproyecto C-62 el Parlamento era el que otorgaba la facultad de exentar de la aplicación de una ley concreta, y dicha facultad habría estado sujeta a la revisión y derogación de ese cuerpo, la validez del problema presentado por el Secretariado del Comité Conjunto es discutible.

Por otro lado, es menos clara la capacidad legal del gobierno para autorizar a los funcionarios subordinados a expedir exenciones y permisos para apartarse de las normas. En Canadá, por lo general, una ley autoriza al Gobernador en Consejo (o el representante del Gobernador en Consejo en las provincias) a promulgar regulaciones sobre puntos específicos. La ley es clara cuando señala que el Gobernador en Consejo no puede, sin la autorización legislativa, autorizar a una tercera persona

⁹¹ Gobierno de Canadá, 1995, 6.

⁹² Informe del Comité Conjunto.

(por ejemplo, un funcionario) a que conceda exenciones individuales o permisos para apartarse de la ley. Sin embargo, es menos claro si el Gobernador en Consejo, en virtud de su autoridad para elaborar regulaciones, también puede por sí mismo expedir exenciones y permisos para apartarse de las normas sin la autoridad legislativa explícita para hacerlo.⁹³

Los críticos también externaron su preocupación sobre la capacidad constitucional del Parlamento para autorizar arreglos negociados que podrían tener el efecto de imponer un riesgo penal a un empleado de una empresa que se encuentre negociando un acuerdo de cumplimiento: “Los ciudadanos podrían ser condenados y multados o encarcelados, no porque desobedecieran una ley, sino porque desobedecieron un acuerdo privado entre la autoridad regulatoria designada y su patrón”.⁹⁴ Tales críticos argumentan que este aspecto del Anteproyecto hubiera violado la Carta de Derechos y Libertades de Canadá, que declara que este país “está fundado en principios que reconocen el imperio de la ley”.

Las implicaciones del principio del “imperio de la ley” para el Anteproyecto no están del todo claras. El “imperio de la ley” significa, entre otras cosas, que todos son iguales ante la ley y que la ley obliga a todos por igual. De acuerdo con la Suprema Corte de Canadá, este aspecto del “imperio de la ley” requiere la “igualdad en la administración o aplicación de la ley por parte de las autoridades responsables y los tribunales ordinarios del lugar”.⁹⁵ No está claro, sin embargo, si el Anteproyecto de Ley hubiera violado este principio, ya que es discutible que hubiese proporcionado oportunidades iguales para solicitar un plan de cumplimiento. El Secretariado del Comité Conjunto argüía que esta igualdad de oportunidades es ilusoria, ya que en la práctica sólo las grandes empresas hubieran podido arriesgarse a obtener las ventajas de los acuerdos de cumplimiento personalizados. Mientras que esto es sin duda una consideración de política válida, es menos claro que esta observación represente un impedimento legal para el Anteproyecto de Ley, en particular a la luz del reconocimiento en el mismo reporte de que ya existen varias exenciones legales estatutarias en otras leyes federales.

De hecho, una de las críticas más importantes al Anteproyecto de Ley fue la observación de que hubiera sido innecesaria en muchos casos. Varias leyes federales ya prevén las exenciones regulatorias y los planes de cumplimiento especializados (p. ej., la *Ley de Transporte de Materiales Peligrosos*, apartado 31, la *Ley de Operaciones de Gas y Petróleo de Canadá*, apartado 16(1), la *Ley de Aeronáutica*, apartado 5.9, la *Ley de Seguridad Ferroviaria*, apartado 22, la *Ley de Granos del Canadá*, apartado 116, y la CEPA, que como se mencionó con anterioridad, en la sección 4, prevé el desarrollo de planes de cumplimiento personalizados). En otros casos, podría haber sido una oportunidad para revisar las leyes particulares, más que para crear un estatuto de autorización general.

⁹³ Varias autoridades constitucionales han argumentado que la discreción para conceder excepciones individuales a una ley hecha por un delegado debe proveerse de manera explícita, o por la implicación necesaria por parte del Parlamento (véase, por ejemplo, las autoridades citadas en el Noveno Informe del Comité Conjunto Permanente para el Examen de Regulaciones, 1993, y en el reporte del Comité Conjunto Permanente sobre el Anteproyecto de Ley C-62, 1995). En contraste, sin embargo, ciertas declaraciones incidentales en una decisión reciente del Tribunal Federal de Apelaciones implican que una delegación con el poder de hacer leyes subordinadas tiene la autoridad de otorgar exenciones de la ley que él o ella haga, a menos que parezca que el Parlamento tuvo la intención de que el delegado no dispusiera de este poder: *Re Carrier-Sekani Tribal Council et al. y Minister of the Environment et al.; Re Save the Bulkley Society et al. y Minister of the Environment et al.*, 218-21.

⁹⁴ Secretariado del Comité Conjunto, 1995, 6.

⁹⁵ *A.G. of Canada vs. Lavell*.

5.3 Efectos en el cumplimiento

Una suposición importante de los proponentes del Anteproyecto de Ley fue que las partes que negociaran los acuerdos de cumplimiento tendrían más probabilidades de cumplir con sus obligaciones negociadas que con las obligaciones regulatorias, permitiendo a los funcionarios del gobierno “reassignar los escasos recursos de aplicación de las leyes en los casos problemáticos”.⁹⁶ Los proponentes argüían que las empresas se muestran renuentes a acatar regulaciones obviamente malas, y que los altos costos de cumplimiento están resultando en incumplimiento, pérdida de empleos por automatización e incapacidad de crear nuevos trabajos en Canadá. En contraste, afirmaron, una empresa tendría más probabilidades de atenerse al plan de cumplimiento hecho a la medida de sus propias circunstancias, especialmente porque se hubiera expuesto al escrutinio público al solicitar el plan. Algunos críticos del Anteproyecto de Ley respondieron que su impacto en los niveles de cumplimiento sería probablemente despreciable, ya que cabía esperar que pocas empresas pasaran por todos los requerimientos de procedimiento para obtener un plan.

Aquellos que preguntaron sobre el impacto simbólico potencial del Anteproyecto de Ley sobre el cumplimiento advirtieron preocupaciones más importantes. El cumplimiento es, al menos en parte, una función de las normas sociales.⁹⁷ ¿Qué mensaje traería este Anteproyecto sobre el valor del cumplimiento regulador? La premisa que se percibe bajo el Anteproyecto de Ley podría ser que el cumplimiento puede ser innecesariamente costoso. Al ofrecer una oportunidad para cumplir con requerimientos menos onerosos, ¿implicaría el Anteproyecto de Ley que el cumplimiento puede ser problemático y debe evitarse siempre que sea posible (ya sea a través de la negociación de un acuerdo de cumplimiento o de otra manera)? Más fundamentalmente, ¿qué señales mandaría el Anteproyecto de Ley sobre el nivel aceptable de riesgo en la empresa? ¿Implicaría que las partes reguladas deberían cuestionar el riesgo de las medidas de protección a las cuales están sujetas, simplemente debido a que el cumplimiento podría imponer una carga onerosa?

5.4 Relación con otras actividades gubernamentales

Una crítica extensa al Anteproyecto de Ley es que hubiera aumentado, más que disminuido, la carga administrativa del gobierno. El Anteproyecto de Ley habría colocado la carga en los proponentes para demostrar que el plan de cumplimiento propuesto alcanzaría o excedería los objetivos reguladores. El Anteproyecto de Ley también hubiera permitido al gobierno requerir de quienes lo proponen el pago del análisis necesario. Sin embargo, los requerimientos de que tanto el departamento responsable de gobierno (u otra autoridad regulatoria designada) como un Comité Parlamentario revisaran los planes de cumplimiento propuestos, de que el gobierno los publicara en la *Canada Gazette*, emitiera disposiciones para consulta y vigilara los planes aprobados, inevitablemente hubieran impuesto nuevas cargas administrativas al gobierno.

Dada la dramática reducción de recursos dentro del gobierno, ¿hubieran desviado los ministros recursos del desarrollo regulador y actividades de cumplimiento y aplicación de las leyes para revisar los planes propuestos? De manera alternativa, ¿habría sido más probable simplemente rehusarse a aprobar cualquier plan de cumplimiento, haciendo del Anteproyecto de Ley algo sin utilidad? Los representantes del gobierno respondieron a estas críticas con tres afirmaciones:

- la administración de varios planes personalizados no hubiera sido más difícil que la aplicación de una regulación uniforme a varias situaciones diferentes;

⁹⁶ Gobierno de Canadá, 1995, *Federal Regulatory Reform Agenda*, 6.

⁹⁷ Véase, por ejemplo, Roy, 1992.

- las empresas interesadas en convencer al gobierno de aprobar un plan de cumplimiento se habrían visto forzadas a desarrollar métodos alternativos y más eficientes para monitorear el cumplimiento, y,
- en virtud de que la solicitud de un plan habría centrado la atención sobre el solicitante, probablemente sólo las empresas con un buen historial habrían hecho la solicitud, lo cual significa que los funcionarios de aplicación de la ley se concentrarían con confianza en otras partes.

5.5 Efectos en la norma de cuidado

Una preocupación importante sobre el Anteproyecto de Ley fue que llevaría a una erosión de los estándares. El Anteproyecto de Ley hubiera requerido que los proponentes probaran que el plan de cumplimiento propuesto era equivalente o que mejoraría el objetivo regulador existente. A pesar de que no había hecho eso antes de la introducción del Anteproyecto de Ley, el gobierno se había comprometido a desarrollar criterios para restringir el Anteproyecto de Ley a regulaciones “que prescribieran tecnologías, estándares de productos o procesos técnicos de naturaleza administrativa o de procedimiento”. Los críticos se preguntaban si sería posible desarrollar tales criterios. Más fundamentalmente, argüían, sería inapropiado asumir que los estándares “técnicos” de especificación no son en ocasiones la esencia del objetivo regulador, ya que esos estándares son con frecuencia “lo que da fundamento y poder a las regulaciones; e imponen requerimientos específicos a las partes... y, debido a que son concretos, son en principio fáciles de poner en práctica”.⁹⁸

Estas críticas son significativas. Si el gobierno hubiera restringido el Anteproyecto de Ley a provisiones regulatorias que no afectaran el objetivo regulador, parece probable que este Anteproyecto se habría vuelto demasiado estrecho en su campo de acción para ser útil. Si hubiera sido aplicable solamente a puntos menores, como requerimientos de reportes escritos *versus* los electrónicos, pocas de las partes reguladas habrían estado dispuestas a hacer el gasto para obtener un plan de cumplimiento. Si el Anteproyecto de Ley hubiera sido más amplio, sin embargo, entonces habría amenazado con convertirse en un instrumento de desregulación.

5.6 Responsabilidad

Independientemente del impacto del Anteproyecto de Ley en los estándares de desempeño, los críticos argüían que hubiera engendrado una toma de decisiones fragmentada e inconsistente, erosionando los niveles de transparencia y de responsabilidad asegurados por el régimen regulador actual. Los críticos también argumentaban que el Anteproyecto de Ley habría realizado el potencial de poderosos intereses de negocios para “capturar” la agenda gubernamental, “al invitar a los negocios, cabilderos y políticos amigos a reunirse de manera privada con los ministros y negociar los acuerdos de desregulación orientados hacia las ganancias” y dando el poder a los ministros de “acomodar las preferencias de los negocios, sin el escrutinio y responsabilidad de un proceso público regulador”.⁹⁹

No hay duda de que al subdividir las obligaciones regulatorias básicas en acuerdos particularizados, el Anteproyecto de Ley habría hecho más difícil al gobierno el asegurar la uniformidad, o hubiera complicado a terceras personas el supervisar el proceso de toma de decisiones. La realidad actual, sin embargo, es que los funcionarios de aplicación de las leyes ejercitan de manera rutinaria la discreción. De hecho, los proponentes argumentaban que el régimen propuesto en el Anteproyecto de Ley hubiera sido preferible, ya que la discreción representada en los planes de cumplimiento

⁹⁸ Bennett, 1995.

⁹⁹ CELA, 1994, 2-3.

estaría sujeta a un nivel mínimo de escrutinio (a través del requerimiento de consultar y publicar los planes finales propuestos), mientras que la mayor parte de la discreción al nivel de la aplicación de la ley se da casi completamente a puerta cerrada.

Los críticos rechazaron estas afirmaciones al enfatizar la distinción entre las funciones del establecimiento e interpretación de estándares. Durante los últimos años se han desarrollado en Canadá muchas regulaciones ambientales, de salud y de seguridad basadas en consultas extensas. Los ambientalistas y otros defensores de los intereses públicos argumentan que han luchado intensamente durante mucho tiempo por el sistema actual, que les asegura niveles significativos de acceso al proceso de desarrollo regulador. Temen que iniciativas como el Anteproyecto de Ley C-62 mermaría ese acceso y, por tanto, la capacidad del público para entender qué reglas están siendo desarrolladas, a quiénes se aplicarán y bajo cuáles circunstancias.

El Anteproyecto de Ley C-62 también generó preguntas inquietantes sobre cómo podía esperarse que un ciudadano supiera a qué estándar tenía que llegar la parte regulada: ¿aqué especificado por una regulación o uno estipulado en un plan de cumplimiento personalizado? El Anteproyecto de Ley habría exigido al gobierno la publicación de los planes de cumplimiento aprobados y propuestos en la *Canada Gazette*, el mismo proceso de publicación utilizado para las regulaciones. Los críticos argumentan, sin embargo, que el proceso de desarrollo regulador como un todo es mucho más transparente, pues permite a las partes interesadas familiarizarse con una regulación antes de que fuera publicada. También argumentaban que el régimen regulador aporta mayor certeza, mientras que bajo el Anteproyecto de Ley un ciudadano privado tendría que preguntar si la regulación seguía aplicándose a una empresa vecina.

El gobierno respondió a las primeras preocupaciones sobre la falta de responsabilidad y transparencia gubernamental añadiendo un requerimiento en el cual los comités parlamentarios revisarían cada plan propuesto. Los críticos rechazaron esta enmienda con base en dos consideraciones. Primero, argumentaban que la supervisión de comités hubiera dejado demasiada responsabilidad en manos de subordinados, relevando al Gabinete de tareas esenciales en un régimen parlamentario. Los críticos también argüían que el escrutinio de los planes propuestos habría requerido de capacidades técnicas más allá de las de los miembros del comité. Por lo que respecta a los funcionarios departamentales, este papel de supervisión hubiera tenido que forzar los recursos del comité, con el resultado de que habrían tenido que sellar los planes o desviar recursos y atención de su papel más apropiado de desarrollo de políticas y revisión.

5.7 Equidad

Dado el costo de obtener un plan, muchos observadores se preocupaban de que el Anteproyecto de Ley sólo hubiera sido utilizado por unas cuantas empresas grandes, generando preocupación sobre la creación de “reglas del juego dispares”. Este punto es difícil de determinar. ¿Qué parte de las reglas del juego tienen que emparejarse? ¿Debe preocuparse el gobierno de que una empresa obtenga ventaja económica con el desarrollo de una manera más barata de cumplir con un objetivo regulador? ¿No es esto consistente con la filosofía de mercado básica y recompensadora de las innovaciones?

5.8 Conclusiones

La reacción al Anteproyecto C-62 destaca los muchos y difíciles aspectos legales relacionados con las políticas que tendrán que ser superados para poder delegar la responsabilidad de diseñar y aplicar las obligaciones regulatorias al sector privado.

Las reacciones a esta iniciativa también sugieren la importancia de mantener la confianza del público en el proceso de políticas públicas. El tema de la confianza surge debido a las distintas maneras en que las reformas de este tipo podrían alterar el equilibrio de poder entre el público, el gobierno y las partes reguladas. El público probablemente terminaría con menos participación en las decisiones. También tendría menos capacidad para supervisar su implantación. ¿Cómo va a saber el público, por ejemplo, que los objetivos reguladores se están alcanzando? ¿O que las partes reguladas están acatando los estándares legales? Más fundamentalmente, ¿cómo va el público siquiera a saber cuáles son los estándares, puesto que éstos pueden cambiar a través de la acumulación de una serie de medidas especiales? Cualquier intento por promover reformas de este tipo en el futuro tendrá que aproximarse a estos puntos en un nivel simbólico, así como legal y sustancial.

6 Acuerdos de responsabilidad de los prestamistas

6.1 Introducción

Los acuerdos de responsabilidad de los prestamistas contrastan de manera interesante con la Ley de Eficiencia Regulatoria (LER). Al igual que la LER, los acuerdos de responsabilidad de los prestamistas se originaron como una alternativa individualizada, basada en un contrato, para regulación convencional. Sin embargo, en la práctica la negociación de tales acuerdos individuales ha resultado de tal modo difícil y problemática que tanto los reguladores como la comunidad regulada han acordado regresar a un enfoque convencional cuasi regulatorio.

La principal diferencia entre la LER y los acuerdos de responsabilidad de los prestamistas es que la LER proponía establecer una autoridad legal que permitiera a los reguladores conceder exenciones de los requerimientos reguladores, a cambio de otro comportamiento deseable. Los acuerdos de riesgo de prestamista hicieron precisamente lo mismo sin la autoridad legal. En la REA no había límite a los requerimientos reguladores que podían negociarse; en los acuerdos de responsabilidad del prestamista lo que se negociaba era la extensión de la responsabilidad para problemas preexistentes que los reguladores podrían imponer sobre los no contaminadores.

En este estudio, el término “acuerdos de responsabilidad del prestamista” se refiere a aquellos acuerdos negociados entre un regulador y una parte neutral que está dispuesta, en determinadas condiciones, a tomar posesión de un predio contaminado. La mayor parte de estos acuerdos ha sido negociada con prestamistas (usualmente acreedores hipotecarios). Los acreedores que están considerando la devolución de propiedades contaminadas requieren de tales acuerdos debido al riesgo de que, una vez en su posesión, tuvieran responsabilidad ilimitada por la contaminación. Por ejemplo, la *Ley de Protección del Medio Ambiente* de Ontario permite al MAEO imponer responsabilidad ilimitada a quien “posea, ocupe o tenga a su cargo, administre y controle un terreno”, sin importar si tiene culpa en la causa de la contaminación. Los prestamistas, que racionalmente desean minimizar costos, no se expondrán a este riesgo si existe la posibilidad de contaminación significativa.

Siguiendo un caso que fue un hito en Alberta y que exigió a un acreedor, como prioridad a su garantía, la responsabilidad de limpiar, los prestamistas de todo el país empezaron a negarse a tomar posesión de sitios contaminados. Esto ha amenazado con el abandono de muchos sitios, algunos de los cuales contienen sustancias peligrosas, incluso cuando el deudor tenía posesiones valiosas.

Los reguladores ambientales se dieron cuenta rápidamente de que podían obtener un mejor resultado ambiental si los bancos (que generalmente operan con un alto grado de responsabilidad ambiental) pudieran ser inducidos a controlar estos sitios. Podrían tomar posesión, vender cualquier activo que quedara y usar algunos de los fondos para valorar y atender los problemas ambientales urgentes que el deudor hubiera dejado atrás. No obstante, los bancos declararon de manera firme que no harían eso si con ello se expusieran a una responsabilidad significativa. De hecho, cuando los organismos reguladores indicaron que consideraban cualquier acción sobre la propiedad como acto de posesión, los bancos se asustaron hasta el punto de temer el encargo de las auditorías ambientales a las propiedades sospechosas. Éste no fue el resultado que los organismos reguladores deseaban. Rápidamente admitieron que era mejor que los prestamistas pudieran evaluar por adelantado el costo (desde un punto de vista ambiental) de tomar posesión de los terrenos contaminados, tanto para los organismos reguladores como para los prestamistas.

De esta manera, se desarrolló la práctica de negociar “acuerdos de responsabilidad del prestamista” para aplicarla en las situaciones en que un banco se propusiera tomar el control de un terreno contaminado. Al principio, cada terreno se consideraba por separado, con condiciones específicas

negociadas para cada caso en particular. Sin embargo, el proceso en seguida se estandarizó en dos etapas: (1) un acuerdo limitado que permitiese al prestamista mandar practicar una auditoría ambiental libre de responsabilidad, siempre y cuando dicha auditoría le fuese proporcionada al organismo regulador, y (2) otro acuerdo suplementario que permitiría al banco tomar posesión del terreno sin incurrir más que en una responsabilidad limitada por los costos de limpieza. La cantidad a erogarse en la limpieza del terreno se clasificaba después de las comisiones del fideicomisario o receptor, y estaba limitada a una porción específica de los recursos recuperados de los activos del deudor. En cambio, el banco aportaría por anticipado sus propios recursos para tomar medidas urgentes, es decir, retirar residuos peligrosos del terreno y compartir con el MAEO toda la información ambiental en su poder.

Como resultado, tanto el MAEO como los bancos tuvieron un beneficio. Los prestamistas se beneficiaron al poder obtener ganancias sobre su participación, sin exponerse a responsabilidades por la contaminación ocasionada por otros. El MAEO se benefició por tener a una persona cooperativa, competente y solvente que estudiara el terreno y solucionara sus problemas más urgentes, sin perjudicar los derechos del MAEO contra el contaminador.

Los acuerdos iniciales fueron difíciles y su negociación llevó mucho tiempo, requirieron muchas semanas y múltiples reuniones. Sin embargo, la demanda era enérgica, ya que la economía pasaba por una recesión y las insolvencias menudeaban. Los acreditados reportaban una intensa frustración por las demoras, y ante la renuencia de los organismos reguladores a concluir acuerdos claros y obligatorios. Estos reportaron una similar frustración por la enorme carga de trabajo adicional que imponía la demanda de tales acuerdos, precisamente cuando sus propios recursos se encontraban más comprometidos.

Había también otros problemas. Uno de ellos era la imposibilidad de mantener la consistencia entre los acuerdos en diferentes localizaciones y en distintas regiones. Después de todo, nadie sabía cuánto tendrían que exigir los organismos reguladores, o incluso qué era precisamente aquello a que renunciaban. Cuando en las oficinas principales se involucraron los abogados, mejoró la consistencia, pero a costa de demoras aún mayores. Otro problema era el papel que debía asignarse al deudor del prestamista, y/o a los miembros del público. Éstos generalmente estaban excluidos de las negociaciones y del acuerdo, pero no todos encontraron aceptable tal exclusión.

Eventualmente, los organismos reguladores desarrollaron modelos estándar de tales acuerdos, que fueron publicados informalmente y presentados a los miembros de la profesión legal. Un año más tarde se publicó un acuerdo estándar de primera etapa acerca del registro ambiental, para que el público lo comentara. Una vez recibidos los comentarios, se publicó un modelo formal.¹⁰⁰ Hoy en día es más difícil persuadir a los organismos reguladores de individualizar tales acuerdos.

El modelo de Ontario incluye los elementos siguientes:

1. El acuerdo limita la responsabilidad del acreedor por contaminación anteriormente existente, pero lo hace responsable de toda negligencia o incumplimiento en que pudiera incurrir a partir de que tome posesión de la propiedad.
2. El Ministerio no protege ni puede proteger al prestamista de reclamaciones de terceras partes.
3. El prestamista debe mantener totalmente informados al Ministerio y a los posibles compradores o inquilinos de cualquier problema ambiental de la propiedad que sea de su conocimiento.

¹⁰⁰ El Standard Agreement between lenders and Moe to clarify liability (Acuerdo Modelo entre acreedores y el MAEO sobre responsabilidad) puede ser consultado en el sitio de Internet del MAEO.

4. El prestamista deberá proporcionar al Ministerio cualquier información que sea de su conocimiento, o que le sea accesible, que pudiera ser de utilidad al Ministerio para procesar a aquellos que resulten responsables del problema ambiental.
5. El prestamista debe contribuir de alguna forma a resolver los problemas ambientales del terreno. Esto puede incluir:
 - Realizar estudios.
 - Mantener seguro el terreno.
 - Proceder al saneamiento del lugar.
 - Asegurar una debida disposición de los residuos.
 - Ocuparse de problemas recién descubiertos.

Usualmente los acuerdos especifican un monto máximo para tal contribución.

1. El prestamista puede adquirir el derecho de retirarse de la propiedad sin mayor responsabilidad, mediante notificación al Ministerio en un plazo razonable (normalmente 21 días), una vez terminado el trabajo convenido.
2. El acuerdo podrá incluir un nivel monetario máximo por las responsabilidades ambientales del prestamista. La naturaleza de tales niveles es variable. Pueden ser tan altos como la recuperación total neta que reciba el prestamista de la propiedad, alguna proporción de tal recuperación neta, una cantidad fija en dólares, o distintos porcentajes de la recuperación neta derivados de distintas categorías de activos (es decir, 100 por ciento del valor del terreno más 50 por ciento del inventario disponible).
3. Normalmente, si el administrador permanece en posesión de la propiedad un periodo de tiempo prolongado, es decir, dos años, el Ministerio exige el derecho a la terminación del acuerdo mediante la notificación, especialmente cuando el administrador va a atender un negocio en operación.
4. Si el acuerdo va a ser incorporado a una orden judicial (normalmente en un tribunal de bancarrota), dicha orden judicial debe permitir al Ministerio y a otras autoridades públicas entrar en la propiedad en casos de emergencia.
5. Cualesquiera disposiciones especiales en la orden judicial (es decir, una disposición que considere que el administrador no está en posesión de la propiedad) deberán limitarse expresamente a proteger al administrador de las órdenes o medidas de aplicación de la ley que decida el Ministerio, y debe haber un reconocimiento de que el Ministerio puede solicitar una enmienda a la orden judicial, de existir causas razonables (es decir, si el administrador es negligente o se comporta en forma ilegal).
6. Si el prestamista no cuenta con un gravamen sobre la propiedad, la orden judicial puede autorizar al Ministerio a expedir órdenes de reparación, a fin de dar mejor capacitación al administrador para el cumplimiento de sus responsabilidades. Esto permitirá que los gastos ambientales del administrador tengan prioridad sobre los prestamistas garantizados anteriores.
7. El Ministerio no mantendrá indefinidamente confidenciales los arreglos con los prestamistas, aunque podría estar dispuesto a negociar confidencialidad al elaborar el prestamista una solicitud para el nombramiento de un administrador o fideicomisario.

8. Cada caso se trata en forma particular, y podrán añadirse otros requisitos.

Es este un ejemplo de cumplimiento voluntario por medio del cual un organismo regulador pudo inducir a los bancos, que no estaban obligados a hacerlo, a invertir fondos en mejorar la condición ambiental de terrenos contaminados. Es también un aspecto del cumplimiento voluntario, ya que las inversiones se hicieron para mejorar problemas significativos de incumplimiento que dejaron los propietarios anteriores.

6.2 Autoridad legal

No existe autoridad estatutaria para tales acuerdos. El único requisito en la ley ambiental de Ontario para la suscripción de acuerdos es que éstos sean hechos por el ministro y aprobados por el vicegovernador en Consejo (el representante del Gobernador junto con miembros del Gabinete); tampoco sucede en el caso de los acuerdos de responsabilidad del prestamista.¹⁰¹ No obstante su falta de autorización expresa, los bancos confían en tales acuerdos, ya que cualquier actuación por parte del MAEO para imponerles una responsabilidad podría ser litigada con éxito por abuso de proceso.

La responsabilidad de negociar los acuerdos de responsabilidad del prestamista descansa en el personal de control de la contaminación de cada una de las regiones del MAEO, con la ayuda de la división jurídica. De esta manera, los acuerdos se tratan como una extensión normal del control de la contaminación.

6.3 Eficacia

Los reguladores tienen la impresión de que los acuerdos de responsabilidad del prestamista han ejercido un efecto benéfico en la consecución de mejoras ambientales en los terrenos contaminados y en evitar que éstos sean abandonados. Administradores y banqueros creen que los acuerdos de responsabilidad del prestamista han ocasionado un impacto positivo en la prioridad asignada a los problemas ambientales, cuando un prestamista toma posesión de una propiedad contaminada. Los administradores y los fideicomisarios tienen numerosos deberes, algunos de ellos de naturaleza fiduciaria cuando se trata de la disposición de los bienes de un deudor insolvente. En un nivel, el deber del fideicomisario o administrador consiste en maximizar activos para el prestamista que lo nombró; este enfoque no los anima a realizar gastos ambientales. Cuando se suscribe un acuerdo de responsabilidad del prestamista, y a menudo es aprobado por un tribunal, el fideicomisario o administrador tiene un deber claro y lo cumple a su mejor capacidad.

Sin embargo, no existe información sobre cuántos de estos acuerdos han sido negociados, ni sobre el número de propiedades afectadas. No existe tampoco información sobre qué mejoras ambientales se obtuvieron bajo tales acuerdos. No hay un proceso formal para evaluar y reportar dichas mejoras, a pesar de que los prestamistas estén de acuerdo en proporcionar al MAEO cualquier información ambiental de que dispongan.

6.4 Equidad

Debido a que los acuerdos de responsabilidad del prestamista se han negociado por terrenos en particular en seis diferentes regiones, los acuerdos han variado de región en región y de terreno en terreno. Esta falta de consistencia ha ocasionado cuestionamientos sobre equidad que preocupan al MAEO, a los bancos, a los deudores y a otras partes inquietas por el proceso. El MAEO ha logrado una mayor consistencia a expensas de la flexibilidad, al volverse más rígido al negociar estos acuerdos. En respuesta parcial a la variación en los acuerdos, ciertas partes preocupadas se reunieron para

¹⁰¹ Véase el apartado 4 de la ley.

desarrollar principios de base. Como resultado, en abril de 1995 se inscribió en el Registro Ambiental un borrador de Acuerdo estándar de Responsabilidad del Prestamista para ser comentado por el público. Tanto los reguladores como los prestamistas creen que un acuerdo estándar reducirá retrasos, inconsistencias y los altos costos de los recursos actualmente involucrados en la negociación de tales acuerdos en particular.

Sin embargo, es poco probable que los acuerdos de responsabilidad del prestamista negociados ejerzan un efecto directo en la “búsqueda de notoriedad” en el establecimiento de nuevos negocios. Rara vez se establecen nuevos negocios con la expectativa de fracasar. Aunque los bancos están muy interesados en la equidad y en los términos de dichos acuerdos cuando toman la decisión de conceder nuevos préstamos a actividades ambientales arriesgadas. Los bancos canadienses señalan frecuentemente que los bancos estadounidenses no incurren en la responsabilidad del sobre-fondeo al tomar propiedad o posesión de propiedades contaminadas, con el único propósito de proteger su seguridad. A este respecto, los bancos y negocios canadienses están en desventaja en comparación con los de Estados Unidos. Esta preocupación no puede desligarse del enfoque general de cada jurisdicción en lo relativo a la responsabilidad del vendedor; los acuerdos sólo son un aspecto de este problema.

6.5 Relación con otros mecanismos de cumplimiento y aplicación

Los acuerdos de responsabilidad del prestamista negociados son y fueron concebidos como restricciones al ejercicio de las demás facultades de aplicación de la ley del MAEO. La promesa de abstención en la imposición de responsabilidad es la contraprestación ofrecida por el MAEO, que hizo posibles los acuerdos.

Debido a que la negociación de estos acuerdos requiere de la utilización del criterio regulador, existe la posibilidad de posteriores demandas de abuso de proceso o negligencia por parte del organismo regulador, ya sea de bancos, de partes con intereses en la propiedad en cuestión o de terceras personas afectadas en forma adversa por el terreno. Este riesgo no es mayor que en otras áreas del criterio regulador. Las precauciones ejercidas para limitar el riesgo incluyen los requisitos relativos a que todos los acuerdos deben ser por escrito, estar revisados por la asesoría jurídica del Departamento y firmados por un gerente en jefe.

6.6 Responsabilidad

La participación del público en estos acuerdos es aún escasa. No existe mecanismo alguno que lo permita, y ambas partes principales se muestran renuentes a permitirlo. Del mismo modo, las terceras personas no tienen acceso a los acuerdos de responsabilidad del prestamista durante las negociaciones, y menos aún después de éstas.

Los grupos interesados del público reportan cierta insatisfacción con el carácter de negociación a puertas cerradas de dichos acuerdos. Su única oportunidad de participar ha sido la publicación del acuerdo “estándar” para comentarios. Por otra parte, la creciente estandarización de los acuerdos de responsabilidad del prestamista, conforme a un modelo conocido para el público, disminuye la importancia de la participación en los acuerdos en particular.

El proceso de toma de decisiones no es “transparente”. No hay derechos de apelación de terceras partes, ni siquiera para el deudor. Éste tendrá derecho a desafiar al banco con base en que el acuerdo fue “imprevisor” y, por lo tanto, constituye una infracción de su deber hacia él, pero tal desafío no parece destinado a tener éxito.

Usualmente la negociación de acuerdos de responsabilidad del prestamista cambia el enfoque en cuando menos la limpieza inmediata del contaminador/vendedor original al prestamista. La responsabilidad definitiva de la limpieza la conserva el contaminador original, quien a menudo carece de activos.

6.7 Conclusiones

Los acuerdos de responsabilidad de los prestamistas, negociados en particular, han llenado una brecha esencial en la ley ambiental de Canadá, brecha que estaba ocasionando efectos adversos serios en el manejo de predios contaminados. Han proporcionado alguna certeza a la responsabilidad del prestamista por terrenos contaminados, e indujeron a los bancos a invertir en mejoras ambientales para dicho suelo. Sin embargo, el enorme costo de los recursos relacionado con la negociación de tales acuerdos por propiedades individuales, la falta de responsabilidad pública y la injusticia que puede resultar de los acuerdos inconsistentes han llevado a los reguladores y a la comunidad de negocios a separarse de los contratos negociados de forma particular en favor de un modelo de “regulación” de tipo estándar que se haya beneficiado de la consulta pública.

7 Políticas de privilegio por auditoría ambiental

7.1 Introducción

En los últimos años, las autoauditorías se han convertido en prácticas empresariales cada vez más importantes para asegurar el cumplimiento de las leyes ambientales y satisfacer a los prestamistas potenciales y a los accionistas sobre las cuestiones de responsabilidad ambiental. Las autoauditorías pueden servir también como fuentes de información para los funcionarios encargados de la aplicación de la ley. En consecuencia, los gobiernos se han esforzado en encontrar qué políticas, de haberlas, se requieren para crear incentivos a fin de que las empresas conduzcan y cumplan con estas auditorías internas, y al mismo tiempo permitan al gobierno el acceso a la información disponible para asegurar el cumplimiento.

Esta parte del informe resume las políticas de autoauditoría en relación con el personal encargado de aplicar las leyes en tres jurisdicciones canadienses: *la política federal “Acceso a las Evaluaciones Ambientales” de la Ley de Protección Ambiental de Canadá (CEPA)*; *la “Política de Cumplimiento y Aplicación” del Ministerio de Medio Ambiente y Energía de Ontario*, y las disposiciones de *la Ley Ambiental de Nueva Escocia* —de fecha más reciente—, que se refieren a la revelación voluntaria de las infracciones detectadas en las auditorías y evaluaciones ambientales. Muchas de las disposiciones y los aspectos que se comentan en este apartado se traslapan con los abordados en las secciones 4 (planes de cumplimiento) y 6 (acuerdos de responsabilidad del prestamista). En virtud de que las autoauditorías son una parte importante de los sistemas de manejo ambiental (SMA), en este apartado se analizan diversas cuestiones que surgen en el desarrollo de los SMA, como la ISO 14000, que se comenta con mayor detalle en la siguiente sección.

7.2 Ley de privilegio

Las políticas que se refieren al grado en que se utilizarán las autoauditorías para efectos de aplicación afectan la cuestión jurídica sobre si debe o no otorgarse “privilegio” probatorio a tales autoauditorías, es decir, si deben considerarse como propiedad privada fuera del alcance de los funcionarios gubernamentales de inspección, como información privilegiada. El derecho consuetudinario de Canadá concede muy pocos privilegios probatorios. La regla elemental del privilegio se refiere a la que hay entre un abogado y su cliente, privilegio que los tribunales de Canadá han definido siempre de manera muy estrecha. Las auditorías ambientales son rutinarias para una amplia variedad de propósitos: la planeación, la diligencia debida, la determinación de las causas de los accidentes y la disposición de medidas para solucionarlos, así como para enfrentar los cambios en el sistema de control de riesgos para prevenir que ocurran de nuevo. Así, “el contenido de un informe de auditoría ambiental no estará protegido (al amparo del privilegio entre un abogado y su cliente), pues el propósito de la auditoría, como se define por lo general, no es para que el asesor jurídico lo utilice en el litigio”.¹⁰²

Lo más que han hecho los tribunales en Canadá ha sido reconocer que el cliente tiene derecho a emplear a un agente para que exponga los hechos ante un consejero jurídico, sin perder el privilegio cliente-abogado. Hasta la fecha, este razonamiento se ha limitado a los contadores.¹⁰³ Sin embargo, algunos comentaristas señalan que también debería aplicarse a los auditores profesionales contratados por abogados o por un cliente con el fin expreso de tener la información necesaria para que el abogado prepare una opinión legal:

¹⁰² Edwards, 1990, 34.

¹⁰³ Estos casos han seguido el de *Susan Hosiery vs. Minister of National Revenue*.

Los directores corporativos y la alta dirección están obligados, a la luz del creciente riesgo personal, a obtener asesoría jurídica sobre el cumplimiento ambiental. Los abogados que practican en este campo están plenamente conscientes de que en casi todos los casos [tal] consejo no puede darse sin alguna forma de auditoría ambiental. Por tanto, los clientes se encuentran en la imposible disyuntiva de elegir entre revelar lo que pudiera ser información incriminatoria, aun sin contar con confidencialidad o inmunidad, para obtener consejo o la posible responsabilidad penal por dejar de obtener ese mismo consejo.¹⁰⁴

Al margen de la aseveración de Cotton y Mansell de que “el privilegio de la relación entre cliente y abogado se elaboró expresamente para evitar ese problema”, los tribunales canadienses han sido muy cautelosos en cuanto a otorgar ese privilegio a las auditorías ambientales.

7.3 Políticas federal y de Ontario

7.3.1 Ley de Protección Ambiental de Canadá: Política de Aplicación y Cumplimiento

En 1988, el Ministerio del Medio Ambiente publicó la *Política de Aplicación y Cumplimiento de la Ley de Protección Ambiental de Canadá* (1988, reimpresa en 1992). Fue ésta una de las primeras políticas formales canadienses de aplicación e incluye también la primera definición, para efectos de cumplimiento, de las auditorías ambientales: “evaluaciones internas realizadas por empresas y agencias gubernamentales para verificar su cumplimiento de los requisitos legales y de sus políticas y normas internas”. Señala que “el ministerio del Medio Ambiente reconoce la fuerza y la eficacia de las auditorías ambientales como una herramienta de administración... y pretende fomentar su uso...”. En consecuencia, “las inspecciones y las investigaciones al amparo de la CEPA se conducirán de manera que no inhiban la práctica o la calidad de la auditoría”; de modo específico, la política limita las causas por las cuales los funcionarios gubernamentales podrán consultar la información de las auditorías: “Cualquier solicitud de acceso a los informes de auditoría ambiental durante las investigaciones ha de hacerse con una orden de cateo, con la única excepción de circunstancias apremiantes, es decir, cuando el retraso que entraña obtener una orden de cateo pudiera traducirse en peligro para el ambiente o la vida humana o en la pérdida o destrucción de pruebas”.

7.3.2 La política de Ontario de Acceso a las Evaluaciones Ambientales

El Ministerio de Medio Ambiente y Energía de Ontario publicó su *Política de Acceso a las Evaluaciones Ambientales* a finales de noviembre de 1995. Dicha política se dictó, en cierta medida, como respuesta a la presión de los representantes de la industria para que se establecieran criterios a los que se apegara la discreción tan amplia concedida a los funcionarios del Ministerio para obtener información en la *Ley de Protección Ambiental de Ontario*. El impulso de esta última provino de un proyecto conjunto patrocinado por la comunidad agrícola, el gobierno y una universidad local para desarrollar un proceso de autoevaluación de granjas. A principios de los noventa, el MAEO acordó conceder inmunidad a los participantes de una versión piloto del proyecto de autoevaluación. Inmediatamente después de la aplicación piloto, la comunidad agrícola indicó al MAEO que sus miembros estaban renuentes a instrumentar una autoevaluación más amplia sin contar con la garantía de inmunidad contra un proceso, al margen de la información generada. En respuesta a estas preocupaciones, el MAEO patrocinó un grupo especial de trabajo integrado por miembros de diversos intereses, el cual entregó su informe a finales de 1994.

Esta política se concibió como un acuerdo intermedio de la situación previa, que otorgaba un acceso abierto a la información de las auditorías, y la regla de inmunidad absoluta. La página 1 establece:

¹⁰⁴ Cotton y Mansell, 1991, 122.

Al dar mayor certeza, esta política apoyará a los individuos y empresas respetuosos del ambiente para que desarrollen y realicen evaluaciones ambientales. Asimismo, seguirá permitiendo al MAEO llevar a cabo su responsabilidad de tomar medidas destinadas a proteger el medio en situaciones ambientales apremiantes o graves.

La política de Ontario también señala que “el MAEO respetará la confidencialidad de las auto-evaluaciones y se abstendrá, por norma, de exigir o solicitar acceso a las evaluaciones ambientales”. Más adelante, la política establece las circunstancias excepcionales en que el MAEO puede exigir dicho acceso y describe los pasos que el personal debe seguir para obtenerlo; el proceso es similar para inspecciones e investigaciones. Primero, el funcionario gubernamental deberá solicitar acceso a la empresa; si recibe una negativa debe obtener autorización del responsable regional de investigaciones y, con la asesoría jurídica, procurar una orden de inspección judicial de acuerdo con la Ley o una orden de cateo. Para las inspecciones, ambas instancias deberán cubrir los siguientes aspectos: que el inspector solicitante esté razonablemente seguro de que lo que se descubre en la evaluación será relevante para resolver el problema ambiental; que la información no puede conseguirse de modo razonable por otra vía, y que la información es necesaria para aplicar la ley. Para propósitos de las investigaciones, los funcionarios también deberán quedar razonablemente satisfechos de que se ha cometido un ilícito, de que los descubrimientos de la evaluación resultan relevantes al ilícito y a su investigación, y de que resulta razonablemente imposible obtener la información de otras fuentes. Al igual que la política de la CEPA, la política de Ontario renuncia al requerimiento de una inspección judicial u orden de cateo, cuando el retraso se pueda traducir en un peligro inmediato para la salud y la seguridad, en un riesgo grave para la calidad del ambiente o en la pérdida o destrucción de pruebas importantes.

La política de Ontario también fomenta que las empresas presenten sus evaluaciones ambientales al MAEO junto con un plan para la autorización de un programa (un proyecto para abordar los problemas que afloran en la evaluación). Si la parte cumple con la autorización del programa, será “inmune al enjuiciamiento por causa de las cuestiones que trata el programa”. Esta parte de la política esencialmente reitera la existencia de las autorizaciones de programas que se examinan en el apartado 3 de este informe. Por último, la política de Ontario establece que las evaluaciones ambientales no se usarán en contra de una empresa (aunque no esté vigente una autorización de programa), siempre y cuando ésta pueda demostrar “buena fe al emprender acciones de responsabilidad ambiental”.

7.3.3 Autoridad legal

Las políticas de Ontario y de la CEPA relativas al acceso a la información de las auditorías son de naturaleza operativa. Como tales, no forman parte del proceso judicial. Sin embargo, se desarrollaron mediante consulta con el público y, por consiguiente, se publicaron con el propósito de dar orientación a la comunidad regulada. Así, puede concebirse que solicitar una auditoría en violación de la política pudiera interpretarse como un abuso de proceso (véase el análisis sobre el abuso de proceso en el apartado 4.11.1).

7.3.4 Efecto en el cumplimiento

El principal argumento en favor de la protección de auditorías descansa en el principio de que éstas constituyen herramientas extremadamente valiosas para fomentar una conducta ambientalmente responsable y que la política pública debería, por lo tanto, fomentar su empleo. Los comentaristas coinciden en que “desde la perspectiva de la industria, las auditorías son un buen negocio”.¹⁰⁵ Como

¹⁰⁵ Damell, 1993, 125.

observó un análisis de 1986, al detectar el incumplimiento, las auditorías permiten a la entidad reglamentada “manejar los problemas de contaminación de manera afirmativa, a lo largo del tiempo, en lugar de sólo reaccionar ante las crisis”.¹⁰⁶ El escrutinio frecuente y abierto agudiza la conciencia y, por lo tanto, previene las infracciones. Las auditorías pueden ser también un medio eficaz para mejorar el sistema de manejo ambiental de la empresa y, si se siguen adecuadamente, se pueden utilizar para demostrar la diligencia debida como defensa frente a las actuaciones penales o civiles.

Además de los beneficios relacionados directamente con el cumplimiento, las auditorías desempeñan un papel de importancia creciente en la administración financiera de muchos negocios. Las auditorías practicadas regularmente pueden mejorar las relaciones de la organización con los organismos gubernamentales, así como su imagen pública. Pueden servir para retener o atraer a los consumidores ambientalmente respetuosos, y abordar los requerimientos de compradores y proveedores que han hecho del desempeño ambiental un criterio para definir compras y contrataciones. Así también, las empresas que conducen auditorías ambientales pueden ayudar a tranquilizar a los inversionistas potenciales, los accionistas y los acreedores. Además, la experiencia sugiere que el conocimiento detallado de las condiciones de una instalación generado por las autoauditorías puede ser útil al “hacer expeditas las negociaciones para la venta de un activo, facilitar el seguro contra la contaminación, acelerar las negociaciones con las instituciones de crédito para la obtención de préstamos y contribuir con información crítica para planear el futuro crecimiento.”¹⁰⁷ Finalmente, como lo reconocen las políticas oficiales de Estados Unidos (EPA, 1986) y el Ministerio del Medio Ambiente de Canadá (1988), respecto al grado en que la autovigilancia de la industria promueve el cumplimiento, las auditorías regulares pueden reducir los gastos gubernamentales en materia de aplicación.

Por lo tanto, los defensores de las normas de inmunidad por auditoría argumentan que una política que autoriza a los funcionarios gubernamentales a obligar a que se revele el contenido de las autoauditorías podría motivar a las empresas a que no les interese realizarlas, por la preocupación de los perjuicios potenciales que entrañaría la publicación de los resultados. La revelación de una auditoría podría ser perjudicial si revela al organismo regulador pruebas de incumplimiento o de comportamiento negligente con un vecino. La revelación de una auditoría podría también dar información valiosa a la competencia.

Quienes defienden la inmunidad por auditoría también argumentan que el miedo al descubrimiento disuadiría el uso eficaz de tal mecanismo. Los esfuerzos para asegurar que las auditorías estén protegidas por el privilegio abogado-cliente pueden limitar el acceso a ellas a un puñado de empleados de alto nivel (y a los abogados de la empresa), inhibiendo con esto la revelación franca y total dentro de la empresa, lo que mermaría la eficacia de las auditorías.¹⁰⁸ De manera similar, argumentan que el temor de hacer pública tal información puede impedir a las empresas el seguimiento minucioso de las deficiencias encontradas por una auditoría.

Los detractores se oponen a las políticas de inmunidad por dos razones. Primero, argumentan que los beneficios públicos asociados con una política general de revelación superan con creces los costos privados que ésta entrañaría. Segundo, y aún más importante, señalan que los beneficios que encierra la realización de una auditoría para la empresa son lo suficientemente grandes como para compensar los posibles costos de su revelación y, en consecuencia, no se requiere política alguna para asegurar el uso de auditorías. Estos argumentos se resumen brevemente a continuación.

¹⁰⁶ EPA de Estados Unidos, 1986.

¹⁰⁷ Ronald, 1994, 5.

¹⁰⁸ Reid, 1983, 109.

Los detractores de las políticas de inmunidad por auditoría argumentan que cualquier clase de privilegio probatorio representa una excepción al principio general de que todas las evidencias relevantes se debe presentar ante el tribunal para permitirle dictar la sentencia con la mayor eficacia posible. Las inmunidades no se conceden con tanta facilidad debido a la importancia de este principio. Algunos comentaristas arguyen que este principio general puede tener aún más fuerza en la esfera de la política ambiental, que en años recientes se ha caracterizado por una creciente tendencia a la revelación. En forma similar, una política concebida para restringir el acceso a las auditorías ambientales podría ser contraria a las tendencias recientes hacia más, no menos, privilegios de revelación, tanto en el derecho civil como en el penal.

Quienes se oponen a la inmunidad por auditoría ambiental consideran que tal privilegio impediría la legítima aplicación de la ley:

Los casos que de otra forma hubieran constituido acciones viables y apropiadas de aplicación de la ley podrían fracasar por falta de pruebas. Los infractores podrían escapar a la detección, el valor de disuasión de la ley se mermaría y los que no cumplan podrían recibir una ventaja competitiva frente a sus iguales que sí cumplen.¹⁰⁹

Argumentan algunos que este problema se haría más complejo por la falta de una definición uniforme aceptada de lo que constituye una auditoría ambiental. Por lo tanto, una política de inmunidad por auditoría definida de manera general podría proteger información que es posible que los organismos de aplicación hubieran utilizado. Los opositores también arguyen que la aplicación podría encarecerse, pues los acusados intentan retrasar o suspender la aplicación de la ley por medio de un litigio, con base en los desacuerdos en torno a la inmunidad.

El principal argumento contra la protección de auditorías es la aseveración de que una política de privilegio no conducirá a los resultados deseados. Las empresas responsables, se dice, conducirán auditorías independientemente de la amenaza de revelación. Reconocerán que los beneficios de las auditorías superan el posible daño asociado a la revelación. Las terceras partes seguirán requiriendo auditorías para cumplir con requisitos de la banca o de seguros, o en adquisiciones, fusiones, financiamiento público u otras transacciones. Además, como en el caso de las auditorías financieras, las empresas podrán adoptar una serie de medidas para asegurar que las auditorías ambientales reciban un trato confidencial en ausencia de un proceso. En contraste, señalan los críticos, una política de privilegio por auditoría no bastará para inducir a las empresas irresponsables a cambiar sus costumbres.¹¹⁰

No hay suficiente evidencia empírica acerca de los actuales incentivos y desincentivos para realizar auditorías. La evidencia anecdótica sugiere que numerosas empresas canadienses muestran cierta cautela frente a las auditorías por temor a la revelación, y algunos abogados siguen proporcionando consejos sumamente cautos sobre la garantía de la confidencialidad de las auditorías.¹¹¹ Como resultado, algunas empresas podrían abstenerse de conducir auditorías de manera tan regular como sería deseable, mientras que otras pueden no distribuir los resultados de su auditoría con la amplitud suficiente. No obstante, datos recientes sugieren que las autoauditorías ambientales se están convirtiendo en una práctica empresarial cada vez más común. Un reciente Estudio de Gestión Ambiental del Canadá de KPMG encontró que 78 por ciento de los 361 encuestados realiza auditorías ambientales.¹¹²

¹⁰⁹ Johnston, 1995, 341.

¹¹⁰ Edwards, 1990, 11; CELA 1995, 2.

¹¹¹ Véase, por ejemplo, Thompson, 1993.

¹¹² KPMG, 1995.

Más aún, no hay datos que demuestren que las empresas que no realizan auditorías procedan así por la preocupación de la revelación. De hecho, el análisis del KPMG encontró que el costo monetario es el elemento determinante de que algunas empresas no hayan desarrollado sistemas de manejo completos (que incluirían auditorías regulares).¹¹³

7.3.5 Relación con otros mecanismos de cumplimiento y aplicación

7.3.5.1 Efectos en las actividades de aplicación

Los funcionarios federales afirman que la política de auditoría de la CEPA no ha inhibido la aplicación de la ley. Señalan que, en vista de que los investigadores federales pueden obtener evidencia adecuada de fuentes distintas a las auditorías, aún no se han visto obligados a solicitar los resultados de una auditoría durante una investigación al amparo de la CEPA. Sin embargo, cuando se acusa a una empresa, los fiscales solicitan de manera rutinaria el acceso a las auditorías aplicadas. Los funcionarios observaron que si una empresa ha realizado una auditoría como parte de su sistema de manejo ambiental, cuando se le acuse estará ansiosa de presentar la auditoría como una prueba de diligencia debida. Por otra parte, si la empresa demanda el privilegio abogado-cliente, los fiscales pueden con buenas razones inferir que la auditoría revela el conocimiento previo de la infracción, o bien que se exhibió sólo en respuesta a la acción de aplicación. En todo caso, no se hubiera presentado como parte de una práctica administrativa estándar, y por lo tanto no será relevante para la defensa de diligencia debida.

En contraste, a algunos observadores, dentro y fuera del gobierno, les preocupa que la filosofía tras la política de Ontario podría minar las actuales actividades de aplicación de la ley. Argumentan que el alcance de la política es demasiado amplio: que se extiende más allá de la noción tradicional de una auditoría como un análisis de cumplimiento, y cubre información que los investigadores hubieran solicitado previamente de manera rutinaria sin una orden. La política se aplica a las “evaluaciones”, definidas éstas como “internas, formales y estructuradas, o valoraciones emprendidas por cuenta propia sobre los efectos ambientales existentes o potenciales... [que] pueden realizarse con diversos propósitos, como la evaluación de riesgos, la verificación de cumplimiento, negociaciones de propiedad, intereses empresariales y financieros y sistemas de administración”. La única restricción significativa en cuanto a su alcance es que la política no comprende “informes específicamente emprendidos como resultado de un incidente ocurrido”, o información requerida por la ley (es decir, de conformidad con un requerimiento de autoinformación de una ley o reglamento).

La amplitud de la definición se puede explicar de dos maneras; una específica para Ontario, otra común al debate sobre la inmunidad por auditoría. La primera explicación es que la política debía proteger algo más que sólo las auditorías de cumplimiento, para comprender las autoevaluaciones agrícolas que ayudaron en primer lugar a emprender su desarrollo. La segunda y más genérica tiene que ver con la ausencia de una definición estándar de auditoría ambiental. No obstante el trabajo de la Organización Internacional de Normas, la Asociación de Estándares de Canadá y otros

¹¹³ Observadores en Estados Unidos en ambos lados de la cuestión están de acuerdo; una parte de la preocupación sobre la auditoría fue estimulada por el drástico incremento en los procesos penales en los últimos años de la década de los ochenta. Tales preocupaciones se exacerbaban por la relajación simultánea en el estándar de *mens rea* (intención delictiva) por delitos ambientales. En contraste, en Canadá, la mayoría de las violaciones a la legislación sobre el medio ambiente se considera como infracción de responsabilidad estricta, lo cual, a partir de la decisión de la Suprema Corte de Canadá en *R. vs. Sault Ste. Marie*, sólo requiere a la Corona probar el *actus reus* (la acción prohibida por la ley, sin importar la intención de hacerlo), cambiando la carga de la prueba al acusado para demostrar la diligencia debida. De esta manera, la preocupación estadounidense sobre el potencial de información revelada en una auditoría para ser utilizada como evidencia de *mens rea* no parece ser tan relevante en Canadá, y por lo tanto debería ser menos un freno.

cuerpos que establecen normas y están interesados en las auditorías ambientales, en el ámbito ambiental aún no existe algo similar a las prácticas contables que gozan de aceptación general.

Otras críticas a la política son el temor de que los trámites para obtener órdenes de cateo pudieran drenar los recursos del gobierno para la aplicación, debido al tiempo requerido para preparar solicitudes de órdenes de cateo; la predicción de que la existencia de una política formal induzca la resistencia a las actividades de aplicación de la ley, y la posibilidad de que la prueba de “buena fe” en la política pudiera no proteger a la empresa contra el enjuiciamiento, debido a información revelada durante una evaluación obtenida al amparo de la política. Los detractores que expresan este punto de vista argumentan que, en efecto, invierte la prueba tradicional para detectar las infracciones de responsabilidad objetiva. Los criterios estipulados en la política por medio de los cuales puede establecerse la “buena fe” para obtener la inmunidad son:

- Empezar una evaluación ambiental.
- Iniciar una acción oportuna para corregir o prevenir cualquier deficiencia ambiental.
- Cooperar cabal y puntualmente con las autoridades en abordar cuestiones de incumplimiento identificados en la evaluación.

De acuerdo con un observador, estos factores son relevantes para una defensa de diligencia debida y, por lo tanto, constituyen “cuestiones tradicionalmente adjudicadas por un tribunal al determinar la culpabilidad de un cliente y la sanción apropiada al condenarlo”.¹¹⁴

El derecho consuetudinario reciente arroja algunas dudas sobre este argumento. En *Re Safety Kleen Canada Inc.*, el magistrado Salhany, del Tribunal de Justicia de Ontario, División General, dictaminó: “Desde mi punto de vista, no es parte de la determinación de un juez considerar en una solicitud de una orden de cateo si el acusado ha actuado con la diligencia debida”.¹¹⁵ En forma similar, en *Re Domtar Inc.*, la Suprema Corte de Columbia Británica emitió un fallo en el sentido de que en el apartado 487(1) del Código Penal, la disposición relativa a la expedición de órdenes de cateo debe interpretarse estrictamente, ya que autoriza la intervención del Estado en los derechos de propiedad y privacidad del individuo, y afirma que:

Establecer si se ha ejercido o no la diligencia debida puede entrañar una investigación detallada sobre los asuntos de una empresa a lo largo de varios años... Si las intervenciones de esta naturaleza en los derechos de privacidad y propiedad han de ser autorizadas respecto a la defensa potencial de la diligencia debida, la legislación debería establecer claramente que ésta es una razón para obtener una orden de cateo. Lo anterior no se afirma en el apartado 487(1).

7.3.5.2 Negligencia regulatoria

Durante su desarrollo, algunos participantes plantearon la posibilidad de que la política de Ontario pudiera contribuir a una demanda por negligencia de la autoridad regulatoria, pues limita la capacidad del gobierno para aplicar sus propias leyes. No es factible que éste sea el caso. A pesar de que existe poco derecho consuetudinario en Canadá relativo a la negligencia de la autoridad regulatoria, algunas decisiones entrañan que no se planteará en el caso de una política que restrinja la autoridad legal cuando existan fundamentos razonables para asumir que la política irá más allá del objetivo político de fondo de la ley.

¹¹⁴ CELA, 1995, 9.

¹¹⁵ *Re Safety*, [1991] O.J. No. 1055.

7.3.6 Efectos en el estándar de cuidado

Es poco factible que alguna de estas políticas (Ontario o CEPA) ejerza un efecto significativo en el estándar de cuidado. La jurisprudencia de Canadá ya ha establecido con suficiente solidez el precedente de que la diligencia ambiental debida requiere de auditorías practicadas en forma regular.¹¹⁶

7.3.7 Efectos en terceras personas

La política de Ontario prohíbe a terceras partes emprender procesos privados basados en información obtenida de las evaluaciones iniciadas por cuenta propia. Los críticos argumentan que tal restricción es contraria a las disposiciones de la *Ley de Protección Ambiental* (apartado 174) y de la *Carta de Derechos Ambientales de Ontario* (apartado 105) que protege a los delatores.

7.3.8 Responsabilidad

Ambas políticas aseguran cierta responsabilidad en la decisión de solicitar el acceso a los resultados de una auditoría; ambas requieren órdenes de cateo. Además, la política de Ontario estipula que los funcionarios principales deben quedar satisfechos de que se han seguido ciertos criterios. Sin embargo, lo contrario no se aplica. Ninguna de estas políticas ordena el mantenimiento de registros para asegurar la responsabilidad de las decisiones de no solicitar una auditoría.

7.3.9 Equidad

No todas las jurisdicciones de Canadá tienen políticas de inmunidad por auditorías similares a las analizadas en este informe. Esta falta de uniformidad puede originar la preocupación expresada en Estados Unidos, donde algunos comentaristas han lamentado el actual estado “parchado” de las leyes de privilegio; señalan que las empresas que tienen operaciones en más de un estado podrían realizar una auditoría en un estado que tenga una política de privilegio, y encontrarse con que ésta se utiliza como prueba incriminatoria en otro.¹¹⁷ Canadá no se ha enfrentado a este punto, pero pronto deberá hacerlo.

7.4 La Ley Ambiental de Nueva Escocia: apartado 70

7.4.1 Introducción

La *Ley Ambiental de Nueva Escocia (LPANE)*, promulgada en 1995, especifica las condiciones en que se proporcionará inmunidad contra los enjuiciamientos mediante la presentación voluntaria de información obtenida en una auditoría ambiental o de una evaluación ambiental en un lugar específico de incumplimiento. De manera similar a la política de autorización de programas de Ontario antes descrita, el subapartado 70(1) de la *LPANE* proporciona inmunidad si la persona que presenta voluntariamente la información cumple con las condiciones de un acuerdo negociado con el ministro del Medio Ambiente, o con cualquier orden emitida al amparo de la parte XIII (órdenes de control del Ministerio, órdenes de suspensión, órdenes de control de la basura y órdenes de emergencia). El subapartado 70(2) afirma que la inmunidad no será aplicable si el Departamento “se entera del incumplimiento en forma independiente antes de recibir la información de la persona”.

Antes que adoptar los modelos federal y de Ontario que dan prioridad a los incentivos para practicar auditorías, la disposición de Nueva Escocia se concentra en los incentivos para revelar información. Según los funcionarios del Departamento Provincial del Medio Ambiente, el apartado 70 refleja la filosofía general de la Ley de Nueva Escocia, que consiste en abandonar la modalidad de

¹¹⁶ Véase, por ejemplo, *R. vs. Crown Zellerbach Properties Ltd.; R. vs. Placer Developments Ltd.*, y *R. vs. Bata*.

¹¹⁷ Véase, por ejemplo, *Porter*, 1995.

comando y control y en dar prioridad al fomento de la autoaplicación de la ley y del cumplimiento voluntario. Las disposiciones también se derivan del deseo del Departamento de hacer frente a las inquietudes de los síndicos y los fiduciarios en los casos de bancarrota en predios contaminados. Aparentemente, existían temores de que las medidas activas para entrar y evaluar un sitio pudieran llevar a una responsabilidad irrestricta, lo cual incluso inhibiría tanto a los síndicos como a los fiduciarios de realizar evaluaciones de primera fase de los sitios para determinar el grado de contaminación y los costos potenciales de limpieza. En consecuencia, el gobierno podría encontrarse frente a un número creciente de terrenos baldíos.

7.4.2 Efectos en el cumplimiento

El propósito de la disposición es crear incentivos para que los negocios identifiquen sus propias violaciones y acudan al gobierno con un plan para remediar la situación. El efecto de la política probablemente dependerá de tres factores: a) el grado en que la política pueda reducir la incertidumbre entre la comunidad regulada; b) el costo posible del acuerdo negociado (la severidad de los requisitos que impondrá el gobierno a cambio de la inmunidad), y c) las probabilidades y el costo de la detección y el enjuiciamiento:

a) Reducción de la inseguridad.

En los negocios se concibe la incertidumbre como un costo, ya que disminuye la habilidad de planear y comprometer recursos. Así, mientras más certeza pueda proporcionar una política o una disposición, más beneficiará a los negocios, y de ésta manera habrá mayor posibilidad de que se utilice la disposición. Por lo tanto, resulta infortunado que la redacción de la disposición de Nueva Escocia suscite algunas preguntas. Por ejemplo, el apartado 70(1) no especifica qué requisitos impondrá el gobierno como *quid pro quo* para ofrecer inmunidad contra el enjuiciamiento. Además, no resulta claro en qué momento se pierde la inmunidad, de acuerdo con el subapartado 70(2). Como respuesta a entrevistas sobre este proyecto, dos representantes del departamento afirmaron que éste desea que la disposición se aplique a las inspecciones departamentales independientes, no a los delatores. Reconocen que esta interpretación plantea la posibilidad de que (al enterarse del informe de un delator) la empresa pudiera solicitar una auditoría con el único fin de reclamar la inmunidad. Sin embargo, en virtud de la redacción en términos tan generales de la disposición, es de suponerse que en tales casos el gobierno se rehúse a conceder la inmunidad.

La Asociación para las Auditorías Ambientales Profesionales en Nueva Escocia (AAAP) ha despertado inquietudes sobre la incierta relación entre el apartado 75 y el 122, que autoriza a los inspectores a incautar información obtenida durante una inspección. La AAAP pregunta: “¿Estaría una persona protegida contra el enjuiciamiento si durante una investigación muestra información a un inspector, el cual la incauta al amparo del apartado 122? ¿Constituiría lo anterior el sometimiento voluntario de una auditoría, de acuerdo con el apartado 75?”.¹¹⁸ Por último, la evidencia obtenida por el departamento sólo como consecuencia de una entrega voluntaria, ¿se podría usar contra quien la sometió?

b) El costo posible del acuerdo de negociación.

La teoría económica sugiere que si el costo posible de un acuerdo conforme al subapartado 70(1) es bajo, los negocios pueden estar dispuestos a caer en incumplimiento y después negociar un acuerdo que les asegure inmunidad de enjuiciamiento. Sin embargo, si el costo posible es alto, será menos probable que los negocios se adelanten a negociar.

¹¹⁸ APEA, 1994.

c) *La factibilidad y costo probable del enjuiciamiento.*

Una vez más, la teoría económica sugiere que mientras mayores sean la posibilidad de enjuiciamiento y la pena esperada, mayor será el incentivo para que los negocios se apresuren a buscar la inmunidad al amparo de la disposición. Es posible que este incentivo aumente al grado en que los directores o funcionarios de alto nivel se enfrenten a la posibilidad de responsabilidad personal.¹¹⁹

En conjunto, estas percepciones sugieren que para que la disposición de Nueva Escocia tenga un efecto positivo, el gobierno puede verse obligado a continuar con un vigoroso programa de aplicación de la ley. Si los requisitos resultan demasiado costosos y la posibilidad de enjuiciamiento es baja, las empresas se abstendrán de recurrir a la disposición. De esta manera, si la aplicación de la ley disminuye en severidad y frecuencia, el gobierno tendrá que disminuir la dureza de los requisitos que puede imponer de acuerdo con el subapartado 70(1). En consecuencia, el gobierno de Nueva Escocia podría fortalecer el impacto de la disposición al:

- Proporcionar consejo sobre el tipo de requisitos que se impondrán al amparo del subapartado 70(1).
- Asegurar que tales requisitos sean rigurosos, aunque menos que los costos del enjuiciamiento.
- Asegurar una alta probabilidad de enjuiciamiento.

7.4.3 Efecto en terceras personas

La ley de Nueva Escocia no especifica si la información proporcionada al gobierno se considera confidencial. La AAAP ha señalado que la información no debería ser accesible, por ejemplo, para permitir a un terrateniente vecino emprender un proceso civil contra un contaminador. Dado que la versión final de la ley no clarifica este punto, puede suponerse que los derechos de terceras personas se regirán por la *Ley de Libertad de Información y Privacía* de la provincia.

7.4.4 Equidad

El uso del término “auditoría” suscita los mismos problemas que se han comentado: la ausencia de una definición estándar de auditoría ambiental y la falta de auditores certificados. La ley de Nueva Escocia no define el término auditoría ambiental ni especifica lo que podría ser aceptado conforme a un “acuerdo” negociado al amparo del subapartado 70(1). De esta manera, parece ser que a los funcionarios del departamento se les concede una amplia discreción al instrumentar la disposición de exención. Quizá lo anterior podría posibilitar un trato desigual por medio de negociaciones privadas. También podría conducir a demandas por negligencia de la autoridad regulatoria, alegando que los estándares o las obligaciones fueron en realidad relajadas mediante acuerdos de cumplimiento individuales.

7.4.5 Respuesta pública

La reacción pública ante la ley ha sido positiva en buena medida, pese a que algunos representantes de la industria han recomendado eliminar por completo la disposición. En su respuesta al proyecto de discusión de la *LPANE*, por ejemplo, el Instituto Canadiense de Productos Petroleros argumentó que las auditorías son instrumentos de administración interna voluntaria y que, por lo tanto, cualquier referencia a las “auditorías” en la ley sería “un desincentivo para su uso y aceptación crecientes

¹¹⁹ Saxe, 1990.

como una herramienta de administración, debido a los riesgos percibidos que comportan la revelación de información confidencial competitiva y la amenaza de autoincriminación”.¹²⁰

7.5 Conclusiones

El debate sobre el privilegio por auditoría en Canadá sigue polarizado. La comunidad empresarial reconoce, de manera creciente, que las autoauditorías ambientales son una buena práctica de negocios que puede incrementar el cumplimiento y disminuir los costos potenciales. Quienes proponen privilegios por autoauditorías argumentan que, con el propósito de garantizar que las empresas las sigan practicando y para responder a ellas tan eficazmente como sea posible, los gobiernos deberían hacer todo lo posible para asegurar a las empresas que no se usarían las auditorías cuando se aplicaran las regulaciones ambientales. Por otro lado, muchas personas de la comunidad ambiental argumentan que los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley inevitablemente operan con información inadecuada, y que deberían tener derecho a utilizar cualquier información que puedan obtener. Consideran también que los negocios sensatos no necesitan incentivos para practicar auditorías, y que cualquier política de privilegio sólo protegerá a aquellos que tengan algo que esconder. Incluso, algunos afirman que las auditorías deberían ser obligatorias.

Es muy probable que sea mínimo el efecto general en la aplicación y el cumplimiento de las reglas de inmunidad de auditoría, tales como la política federal y la de Ontario analizadas en este estudio. Los funcionarios federales aseguran que la política de la CEPA prácticamente no ha tenido efectos en su capacidad para aplicarla de manera eficaz. Ello no es de sorprender, dada la especificidad relativa de las regulaciones de la CEPA. Sin embargo, en contraste, actualmente la política de Ontario puede impedir ciertos esfuerzos de aplicación de la ley. Su alcance significa que los funcionarios perderán acceso a la información que antes les estaba disponible; y los requisitos procesales para obtener acceso pueden drenar los recursos destinados a la aplicación. Es un hecho establecido que la amenaza de aplicación (aunque no sea el único factor) es fundamental para influir en las decisiones de cumplimiento. Por lo tanto, es razonable asumir que la política de Ontario hará disminuir las actividades de aplicación directa de la ley y ocasionará un declive en la observancia entre las empresas cuya primera motivación para cumplir es la amenaza de aplicación. Sin embargo, existen pocas pruebas que indiquen que tal efecto sería significativo.

También debe observarse que tal disminución se puede contrarrestar mediante el uso creciente de las auditorías por parte de los negocios más responsables. Tanto la política federal como la de Ontario se basan en la suposición de que al favorecer las autoauditorías se elevarían las probabilidades de que los negocios practiquen y den seguimiento a las auditorías, y que esto, a su vez, incrementará los niveles de cumplimiento y mejorará el desempeño ambiental en general. Sin embargo, es posible que este efecto sea también menor. Los negocios responsables tienen fuertes incentivos para practicar auditorías, porque son un elemento esencial en la diligencia debida; con ellas se evita el incumplimiento y son un “buen negocio”. Es posible que estas políticas tengan algún efecto marginal y tal vez contribuyan a asegurar que los negocios sigan practicando auditorías, más que esconder los resultados en las oficinas de sus abogados. Al igual que los efectos negativos, es probable que los positivos también sean mínimos.

Antes que centrarse en el efecto directo de esas políticas en los niveles de cumplimiento, éstas se deberían evaluar en términos de sus ramificaciones simbólicas, en cuanto al deseo del gobierno de promover la autorregulación: lograr el mismo resultado con medios diferentes. Los gobiernos buscan nuevas maneras de influir en la actividad del sector privado. Aunque, como parte del *quid*

¹²⁰ CPPI, 1994, 18.

pro quo para exigir que el sector privado acepte más responsabilidad para asegurar una mayor calidad ambiental, los gobiernos pueden tener que garantizar un régimen regulador estable y cierto, ejemplificado por el tipo de criterio claro desarrollado en la política de Ontario para guiar las acciones de aplicación futuras.

En contraste con las políticas federales de inmunidad de Ontario, la iniciativa de Nueva Escocia parece ser un enfoque innovador de las auditorías ambientales: trazan un término medio entre la no intervención y el pleno acceso. A pesar de que viola la filosofía básica de que el gobierno debería calificar de voluntarias, internas y confidenciales todas las auditorías, unos pocos vaticinan que esto ejercerá un efecto glacial en las autoauditorías en Nueva Escocia. De hecho, muchas personas, particularmente de la comunidad sindicadora y fiduciaria, están complacidas con la certeza que les ofrece la disposición.

Por otro lado, la falta de una orientación clara sobre su adecuada aplicación ha planteado muchas preocupaciones y podría debilitar la eficacia global de los incentivos planteados durante su concepción. El gobierno podría dar solución a estas preocupaciones:

- Al proporcionar orientación sobre el tipo de requerimientos que impondrá el subapartado 70(1).
- Al asegurar que dichos requerimientos sean duros, aunque menos que los costos esperados del enjuiciamiento.
- Al hacer efectiva la amenaza de enjuiciamiento en caso de incumplimiento.

8 La ISO 14000

8.1 ¿Qué es la ISO 14000?

La ISO 14000 es un conjunto de estándares y lineamientos voluntarios internacionales para el proceso de manejo de los aspectos ambientales de una organización.¹²¹ La elaboró la Organización Internacional de Normas¹²² (*international organization for standarization*) en respuesta a varias iniciativas internacionales del sector industrial y de organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, para identificar los elementos de un sistema de manejo ambiental sustentable (SMA).¹²³ Con base en el éxito de las normas de manejo de calidad de la ISO 9000 y del papel preponderante que se dio al comportamiento ambiental en la Cumbre de la Tierra celebrada en Río de Janeiro, la ISO emprendió el inmenso cometido de negociar una norma mundial para los SMA. Canadá ha desempeñado un papel importante en dicho cometido.¹²⁴

Se busca que la ISO 14000 cubra un amplio espectro de temas que incluya no sólo el SMA, sino también la auditoría de dichos sistemas, la evaluación del desempeño, las ecoetiquetas y la evaluación del ciclo de vida. Actualmente, la ISO 14000 contiene un documento central de “especificaciones” y varios documentos explicativos de “orientación”. El documento central es la ISO 14001,¹²⁵ que es la “especificación” obligatoria de un SMA. La especificación “contiene sólo los requerimientos que objetivamente pueden auditarse con propósitos de certificación y registro”;¹²⁶ cualquiera que se adhiera a la ISO 14000 debe aceptar y cumplir con esta especificación. Ésta dispone que cada empresa tenga un marco coherente para fijar y revisar objetivos ambientales, con el fin de asignar responsabilidades para el logro de tales objetivos y medir regularmente el progreso hacia los mismos. Además, la especificación también requiere que las empresas posean estructuras de gestión apropiadas, capacitación de los empleados, y un sistema para la respuesta y corrección de los problemas, al ocurrir éstos o al ser descubiertos. Las auditorías regulares internas de revisión son una parte esencial del proceso.

Aparte de la ISO 14001, la serie contendrá varios “documentos de orientación”. La ISO 14004, por ejemplo, establece principios, sistemas y técnicas de apoyo generales para formular e instrumentar un SMA. La ISO 14010 establece principios generales para toda clase de auditorías ambientales. La ISO 14011 proporciona orientación específica para la auditoría del tipo del SMA, con la que las empresas de la ISO 14000 deben contar para asegurar que el sistema de manejo esté bien estructurado y operando adecuadamente. La ISO 14012 establece las especificaciones mínimas para los auditores que deben realizar dichas auditorías ambientales.

¹²¹ Hasta cierto punto, está modelada según los estándares de la ISO 9000 para la producción de bienes y servicios de alta calidad.

¹²² La Organización Internacional de Normas es una federación mundial fundada en 1946 con el fin de promover el desarrollo y la utilización de normas internacionales, y se compone de entidades miembros de más de 110 países. El Consejo de Normas de Canadá, una agencia federal, es el representante canadiense y es responsable de la negociación e implantación de la adhesión de Canadá a los acuerdos internacionales de normas.

¹²³ Estas iniciativas incluyen: i) El sistema del Instituto Británico de Normas conocido como BS7750, adoptado para su uso en Inglaterra, Finlandia, los Países Bajos y Suecia; ii) El Esquema de Ecogestión y Auditoría, publicado en 1993 por la Unión Europea, y iii) “La Carta de Negocios para el Desarrollo Sustentable”, desarrollada por el Consejo Empresarial sobre el Desarrollo Sustentable y la Cámara Internacional de Comercio.

¹²⁴ El trabajo de desarrollar la ISO 14000 ha sido realizado por un comité técnico, TC 207. Canadá preside y tiene el papel de anfitrión del Secretariado del TC 207. La Asociación de Normas de Canadá, en nombre del Consejo de Normas de Canadá, administra al Secretariado.

¹²⁵ Sistemas de especificación de la gestión ambiental con orientación para su uso.

¹²⁶ *Ibid.*, p. vi.

La ISO 14001 comprende una jerarquía de verificación para las empresas que se adhieran. Cada empresa tendrá la opción de “autodeclaración” (que cuesta menos, pero goza de menos credibilidad) o “registro” (que depende de una auditoría exhaustiva practicada por auditores independientes). Aquellas empresas que eligen el registro total presentan su solicitud a un registrador acreditado por el Consejo de Normas de Canadá. El registrador, a su vez, designa a un auditor acreditado e independiente para evaluar los sistemas de manejo del solicitante para su cumplimiento, conforme a los criterios establecidos en los documentos de la serie ISO 14000. La empresa debe haber cumplido plenamente con el documento de especificación y, en general, con los materiales de orientación aplicables.

Para entender la contribución que dicho proceso puede aportar para asegurar el cumplimiento ambiental, es importante comprender su alcance. En primer lugar, las normas ISO 14001 se basan en sistemas y no establecen metas de cumplimiento ambiental, como normas específicas de emisiones.¹²⁷ Se considera que es responsabilidad de los gobiernos federal y provinciales abordar las normas de desempeño en sus leyes y reglamentos. En segundo lugar, la ISO 14001 no mide el cumplimiento de las regulaciones. Así, los estándares de la ISO pueden complementar los reglamentos, pero no reemplazarlos. En cambio, establecen una serie de procesos de gestión para ayudar a las empresas a entender, evaluar, medir y manejar los efectos ambientales de sus tareas. La teoría subyacente es que los efectos ambientales adversos se reducirán con una buena gestión.

8.2 Sistemas de manejo y diligencia debida

Un modelo de cumplimiento voluntario depende del ejercicio de la diligencia debida. En la práctica ha resultado tan difícil para la comunidad regulada como para los organismos reguladores y los tribunales determinar exactamente cuánta diligencia es suficiente. Debido a la enorme variabilidad de los problemas de control de la contaminación y la necesidad de fomentar la innovación y la prevención de la contaminación, no es posible establecer un parámetro para la diligencia debida que consista en un conjunto exhaustivo de soluciones concretas a los problemas.

Un enfoque alternativo de la diligencia debida, con aplicación global en una amplia variedad de situaciones, es un sistema de manejo atento y que responde. Lo anterior queda confirmado por el hecho de que muchos incidentes de salud y seguridad se han atribuido a estrategias o sistemas de manejo pobres o inadecuados. Por ejemplo, el estudio de Braithwaite sobre la seguridad en las minas de carbón reveló que un número reducido de defectos de organización era característico de la mayor parte de los desastres en los que cinco o más mineros morían: planeación pobre o inexistente para encarar los riesgos, un modelo general de descuido en asuntos de seguridad, comunicación interna insuficiente, capacitación inadecuada del personal y una definición incorrecta de las responsabilidades.¹²⁸

Defectos similares en los sistemas de manejo son también característicos de muchos casos ambientales. Por ejemplo, en *R. vs. Imperial Oil Ltd.* se derramaron 15,000 litros de gasolina en la descarga de un tanque.¹²⁹ Aproximadamente la mitad fue a dar a las cañerías y causó explosiones en siete casas y muchos otros efectos adversos. El accidente pudo no haber ocurrido si la persona que descargaba el tanque hubiera estado debidamente capacitada y hubiese habido una mejor comunicación interna. Más aún, el tribunal encontró que había un patrón general de descuido en materias ambientales, incluida la carencia total de prevención de la posibilidad de un accidente: no hubo

¹²⁷ Hubo un debate muy enconado sobre si incluir normas de desempeño en la ISO 14000, como lo hacen algunas otras normas (por ejemplo, en Europa). Sin embargo, este enfoque no recibió un apoyo mayoritario de la comunidad internacional en una asamblea celebrada en 1995 en Oslo.

¹²⁸ Braithwaite, 1985.

¹²⁹ 16 de septiembre de 1990, Ont. C.A.

incautación alguna en el muelle de descarga, se desconocía la ubicación exacta de las aberturas y no había nada disponible para bloquearlas después del derrame.

En la famosa resolución de *R. vs. Bata Industries*,¹³⁰ que por primera vez permitió advertir los requerimientos ambientales a los consejos corporativos de todo el país, el juez Ormston propuso a los consejeros la siguiente prueba de diligencia debida:

- *¿Estableció el Consejo de Administración un “sistema” de prevención de la contaminación, como se indicaba en Regina vs. Sault Ste. Marie?*¹³¹ *Es decir, ¿hubo supervisión o inspección? ¿Hubo mejoría en los métodos del negocio? ¿Exhortó a quienes controlaba o influía?*
- *¿Se aseguró cada consejero de que los funcionarios corporativos habían sido instruidos para establecer un sistema suficiente, dentro de los términos y prácticas de la industria, para asegurar el cumplimiento de las leyes ambientales... que los funcionarios efectuaron reportes periódicos al Consejo sobre el funcionamiento del sistema y... que habían sido instruidos para informar oportunamente al Consejo sobre algún incumplimiento considerable?*
- *Los consejeros son responsables de revisar los informes de cumplimiento ambiental que les suministran los funcionarios de la empresa, pero se justifica que depositen cierta credibilidad en los informes proporcionados por los funcionarios corporativos, consultores, el consejo jurídico u otras partes informadas.*
- *Los consejeros deberán confirmar que los funcionarios están enfrentando oportunamente las preocupaciones ambientales confiadas a su atención por las agencias gubernamentales o por otras partes preocupadas, incluidos accionistas.*
- *Los consejeros deberían estar conscientes de los estándares de su industria, así como de los de otras industrias que tienen que ver con contaminantes o riesgos ambientales similares.*
- *Los consejeros deberían reaccionar, inmediata y personalmente, cuando se les informe que el sistema ha fallado.*

Estos requerimientos son esencialmente una elaboración de la prueba anterior: ¿Los consejeros han sido cuidadosos, metódicos y atentos? Esto incluye:

- El establecimiento de un modelo general de atención respecto de las cuestiones ambientales, incluidas las buenas comunicaciones internas.
- La clara definición de las responsabilidades ambientales, y hacerlas parte del trabajo principal de cada gerente de línea en la empresa.
- La identificación y planeación sistemáticas de cómo tratar los riesgos ambientales de las actividades de la empresa, incluido el uso de equipo apropiado.

Una empresa que utilice este enfoque estará en posición de tratar de modo sistemático cada uno de los elementos de la diligencia debida, como:

¹³⁰ 7 C.E.L.R. (N.S.) 245 a 287.

¹³¹ *R. vs Sault Ste. Marie* (1978).

- El compromiso de los ejecutivos corporativos, incluidas políticas ambientales por escrito.
- Supervisión y control regulares por parte de la alta dirección.¹³²
- Un programa regular de inspecciones o auditorías ambientales sistemáticas.¹³³
- Un programa sistemático de manejo de riesgos que se hayan identificado.
- El mantenimiento y el diseño de equipo adecuado.
- Asignación clara de las responsabilidades ambientales.
- Capacitación adecuada del personal.
- Un plan de contingencia para tratar los accidentes potenciales.
- Sistemas de informes internos que garanticen que la información relativa a los riesgos ambientales y a las prácticas inseguras se transmiten prontamente a la alta administración, así como a otros departamentos de línea que requieran tal información.
- Un sistema de seguimiento, supervisión y respuesta.¹³⁴

La ISO 14001 va más allá de los requisitos de diligencia debida que se establecieron con el caso *Bata*. No sólo se requiere la formulación e implantación de un SMA, la información periódica a la alta administración sobre el desempeño del sistema, así como auditorías y revisiones del sistema por parte de la alta administración, sino además exige que cada empresa:

- Establezca una política ambiental detallada y la haga pública.
- Identifique todos los aspectos ambientales de sus actividades que pueda controlar.
- Fije objetivos detallados y planee cómo alcanzarlos.
- Instrumente dicho plan con recursos suficientes.
- Dé la capacitación adecuada a cada persona cuyo trabajo pueda tener un efecto significativo en el ambiente.
- Mejore las comunicaciones internas y externas.
- Mantenga registros detallados que puedan localizarse fácilmente.
- Esté preparado para las emergencias.
- Supervise y mida las actividades que tienen efectos ambientales significativos.

¹³² *R. vs. Southdown Builders Ltd., supra.*

¹³³ *R. vs. Crown Zellerbach Properties Ltd.; R. vs. Placer Developments Ltd.*

¹³⁴ Por ejemplo, en *R. vs. Toronto Electric Commissioners*, dos departamentos diferentes inspeccionaron los mismos transformadores. Uno de los grupos, la sección de reclamaciones y pruebas de transformadores, encontró fugas en ciertos transformadores durante el curso de sus inspecciones ordinarias, pero no pensó en la posibilidad de que contuvieran BPC. Las fugas no serían serias para un transformador no contaminado. Un segundo grupo, que era responsable de la identificación de la contaminación de BPC, descubrió un número de transformadores que contenían BPC, pero no sabía por qué había fugas. Como resultado, ninguno de los grupos reaccionó oportunamente, y un transformador contaminado de BPC goteó hacia las cañerías durante meses. El tribunal sostuvo que esto demostraba la falta de diligencia del acusado. Si cualquiera de los departamentos hubiera conocido lo que el otro sabía, o si la alta administración hubiera tenido noticia de todos los hechos, los BPC no hubieran escapado hacia el lago.

Un SMA es un sistema organizado para llevar a cabo la diligencia debida. Quienes defienden la serie 14001 esperan que esta norma sea universalmente adoptada. Esto sostendría, aclararía y simplificaría el trabajo de medir la diligencia debida. Cabe destacar que la instrumentación gradual de un SMA fue aceptado como diligencia debida en *R. vs. Courtaulds Fibres Canada*, a pesar de que la empresa siguió registrando numerosos derrames.¹³⁵

Es demasiado pronto para decir si la ISO 14000 se convertirá en el parámetro mundial de manejo ambiental adecuada. Para muchas grandes empresas internacionales y aquellas que descansan en las exportaciones, la adhesión a la ISO 14000 puede comportar importantes ventajas comerciales y competitivas. Por ello, su adhesión será “voluntaria”, en el sentido de no ser coercitiva por la acción gubernamental, pero estará impulsada por el mercado.

8.3 Autoridad legal

La autoridad legal para el desarrollo de la ISO 14000 proviene de la Organización Internacional de Normas. Como tal, no constituirá parte formal o directa de los tribunales de Canadá. Sin embargo, no es necesario promulgar una ley canadiense para que una norma internacional se utilice como parámetro de la diligencia debida, en caso de que los organismos reguladores canadienses así lo elijan. El concepto de diligencia debida en Canadá permite la incorporación de otros estándares por referencia.

Tradicionalmente, los tribunales se han referido a otras normas para medir la diligencia debida o determinar la norma de cuidado. Por ejemplo, un parámetro básico tradicional para la diligencia debida es la costumbre del comercio.¹³⁶ Cuando los estándares mínimos de conducta apropiada en un comercio han sido establecidos, constituyen parte esencial de la diligencia debida.¹³⁷ Los informes y las normas de los grupos especiales de trabajo e institutos de investigación de la industria son una fuente tradicional de dichos estándares. Por ejemplo, en el caso *Imperial Oil*, analizado en el apartado 8.2, el tribunal utilizó el informe 80-3 de la Asociación Petrolera para la Conservación Ambiental de Canadá sobre la prevención de derrames de petróleo, como un parámetro de la falla de la empresa al no utilizar la diligencia debida. El informe describía la necesidad y el método de construcción para las debidas incauciones en las instalaciones de descarga de los autovagones. La instalación de descarga de Imperial Oil no tenía tal incautación.

8.4 Eficacia

Debido a que la ISO 14001 no entró en vigor sino hasta poco tiempo atrás, no hay datos empíricos sobre su efecto en el cumplimiento. Sin embargo, un estudio de las resoluciones de los enjuiciamientos ambientales demuestra que muchas infracciones se pudieron haber evitado si los acusados hubieran tenido un SMA eficaz.¹³⁸ Por ejemplo, en *Regina vs. Texaco*, un derrame documentado en un dique de contención se mantuvo sin reparar durante más de cinco meses, hasta que ocurrió un derrame mayor.¹³⁹ En *Regina vs. Toronto Electric Commissioners*, comentado arriba en el apartado 8.2, un transformador que contenía BPC estuvo goteando durante meses.¹⁴⁰ Un departamento que sabía que el transformador estaba goteando no sabía que éste contenía BPC, mientras otro departa-

¹³⁵ División Provincial del Tribunal de Ontario, 19 de junio de 1992; 9 C.E.L.R. (N.S.) 304.

¹³⁶ *R. vs. Consumer's Distributing co. Ltd.*; Morris, 1942; Linden, 1988; Keeton, 1992, 241; *Monkman vs. Sing; Koeber vs. Kitchener Waterloo Hospital*.

¹³⁷ *R. vs. Dupont; R. vs. Hodgson*; Fleming, 1987, 111; Dugdale y Stanton, 1989, 241, 254.

¹³⁸ Resumido en Saxe, 1990-1995.

¹³⁹ *R. vs. Texaco*, (1987).

¹⁴⁰ *R. vs. Toronto Electric Commissioner* (1991).

mento que sabía que contenía BPC no tenía conocimiento de que el transformador estaba goteando. En *Regina vs. Transcontinental Printing*, un nuevo gerente de planta no llevó los registros exigidos por el certificado de aprobación de su planta porque nadie le había dicho algo sobre los requerimientos del certificado.¹⁴¹ Éstos son el tipo de errores y accidentes no intencionales que producen empresas con recursos para evitarlos y que es posible reducir a través de la implantación de un SMA como la ISO 14001.

La eficacia de un SMA puede también estimarse con base en el mejoramiento del desempeño ambiental de las empresas más grandes, modernas y complejas que lo han adoptado. En los últimos 20 años, empresas como Dofasco y Ontario Hydro han hecho fuertes inversiones en el control y la prevención de la contaminación, así como en el manejo ambiental. En muchos casos, han reducido hasta 90 por ciento sus emisiones. Los datos muestran también que es cada vez más raro encontrar empresas con un SMA avanzado entre las condenadas por delitos ambientales, cuya mayoría la integran actualmente empresas medianas y pequeñas, que tal vez carecen de la información o los recursos requeridos para instrumentar un sistema de esa naturaleza.

8.5 Relación con otros mecanismos

Como parámetro principal de diligencia debida, la ISO 14001 se puede usar para complementar, no para competir con otros mecanismos de cumplimiento empleados por los reguladores ambientales.

En primer lugar, la ISO 14001 puede existir independientemente de otros mecanismos de cumplimiento y ser una herramienta empleada por las empresas con el fin de mejorar su cumplimiento regulador. Debido a sus negociaciones internacionales y a que estas normas son voluntarias, no impuestas por el gobierno, los requisitos de la ISO pueden percibirse como justos y objetivos, y por lo mismo más aceptables para los empresarios.

En segundo lugar, la ISO 14001 es más detallada y más exigente que cualquier medida de manejo ambiental propuesta hasta la fecha por los tribunales canadienses, y brinda a los negocios una orientación más clara sobre lo que se espera de ellos. Los defensores de la ISO 14001 anticipan que ésta puede desempeñar un papel importante en la promoción del cumplimiento voluntario. Pese a que la ISO 14001 no fija metas de cumplimiento específicas, sí requiere que cada empresa fije sus propios objetivos, mida sus avances para lograrlos, documente tal progreso y lo informe a la alta administración.

Lo anterior es similar al proceso utilizado en los reglamentos de minimización de desperdicios en Ontario. La regulación 102/94 obliga a todas las grandes compañías de industrias específicas a auditar sus desechos, fijar sus propias metas de reducción de desechos, formular planes para alcanzar tales metas, supervisar su progreso y poner informes de los avances a la vista de los empleados. El gobierno no desempeña papel alguno en la determinación de las metas o la supervisión del progreso en ellas; nadie ha sido procesado aún al amparo de este reglamento. Sin embargo, ha tenido un efecto significativo en las empresas responsables con recursos adecuados.

Para estas compañías, tal reglamento funciona con base en las fuerzas y sensibilidades de un buen manejo empresarial, más que aplicando una norma externa. Es muy difícil manejar lo que no se ha medido. De hecho, la mayor parte de las empresas no estaban conscientes de cuántos desechos contaminantes estaban generando y cuánto les estaba costando. Una vez obligados a medirlos, el orgullo y las oportunidades de reducción de costos proporcionaron a la alta dirección el incentivo para fijar metas ambiciosas de reducción de desechos. Cuando se ha fijado una meta, con las

¹⁴¹ *R. vs. Transcontinental Printing* (1993).

responsabilidades y los plazos designados, su cumplimiento requiere de capacidades de gestión familiares y probadas. El requisito de publicar informes del progreso crea una presión periódica sobre el progreso real, en particular si los empleados están interesados en la materia.

Tercero, la ISO 14001 puede ofrecer a los organismos reguladores con poca liquidez la oportunidad de aprovechar mejor sus recursos limitados, pues el costo del desarrollo e instrumentación de un SMA de la ISO 14001 y las auditorías necesarias para verificar la adhesión a la ISO 14001 lo pagan las empresas. En algunas jurisdicciones, las autoridades consideran la posibilidad de ofrecer incentivos a las empresas que participen en planes de cumplimiento voluntario, como menos inspecciones, menores cargas administrativas y de información, procedimientos de concesión de permisos *vía rápida* y multas reducidas en el proceso de sentencia, todo lo cual supuestamente disminuye la presión en los recursos del gobierno.

El valor de las normas de la ISO como un posible mecanismo de ahorro de recursos se ha reconocido de manera específica entre algunos reguladores canadienses en otras áreas. Por ejemplo, respecto de la garantía de calidad, el *Informe del Subcomité Parlamentario sobre Regulación y Competitividad* recomendó específicamente que el nivel de inspección y vigilancia por parte de los funcionarios del gobierno debería reducirse para las empresas adheridas a la ISO 9000.¹⁴² La respuesta del gobierno federal fue positiva: pidió a todos los departamentos federales que estudiaran la manera de hacerlo.¹⁴³ Sin embargo, a pesar de que los gobiernos han participado en el desarrollo de la ISO 14000, los representantes gubernamentales no suelen provenir de oficinas de aplicación, y hasta la fecha no ha habido ninguna declaración oficial del gobierno sobre cómo la ISO 14001 afectará la impartición de las acciones de aplicación de la ley.

A pesar de que las auditorías de un SMA de la ISO 14001 son gratis para el gobierno, esto no necesariamente lo libera de la responsabilidad de verificar el cumplimiento legislativo. Como se dijo, la presencia de un SMA de la ISO 14001 no garantiza el cumplimiento de las regulaciones. Las auditorías habituales requeridas al amparo del SMA de la ISO 14001 se practican internamente, no es necesario revelarlas al público o a los reguladores del gobierno, y son auditorías de “cumplimiento del sistema”. Forzar la revelación de las auditorías de la ISO 14001 de una empresa subvertiría la naturaleza “voluntaria” de la ISO 14001, y en todo caso no necesariamente proporcionarían al gobierno la información que requiere sobre la observancia de las regulaciones. Por tanto, la opinión pública no considera que haya habido cambios en las operaciones de aplicación del gobierno. En consecuencia, permanece la interrogante de si un registro de la ISO 14001 da derecho a la empresa a un calendario de inspección reducido.

Por las razones antes descritas, la adhesión a la ISO 14001 podría conducir a un mayor nivel de cumplimiento de las regulaciones y a un menor nivel de daño ambiental, que una exhortación generalizada por parte de los tribunales o de los organismos reguladores a utilizar la “diligencia debida”. Aún es prematuro decir si el compromiso requerido por la observancia de las regulaciones de la política ambiental que deben adoptar los registrados en la ISO 14001 garantizará que el SMA esté estructurado para fomentar y enriquecer el cumplimiento de las disposiciones.

Varias de las preguntas que se han suscitado sobre el uso de la ISO 14001 como un parámetro de diligencia debida se examinan en los subapartados siguientes.

¹⁴² Gobierno de Canadá, 1992b.

¹⁴³ Gobierno de Canadá, 1993, 28.

8.5.1 ¿La ISO 14000 sustituirá las regulaciones?

La serie ISO 14000 no puede reemplazar las regulaciones. Es un enfoque de sistemas de la gestión de los aspectos ambientales de operaciones y actividades. La norma de la ISO 14001 afirma expresamente que no fija “criterios específicos de desempeño”. Los estándares regulatorios de desempeño ambiental son el antecedente en función del cual debe operar un SMA. En donde existan estándares regulatorios, la ISO 14000 puede ayudar a la empresas a medir, vigilar y gestionar su cumplimiento de esas normas. Como se dijo antes, el registro en la ISO 14001 no garantiza el cumplimiento regulatorio, sino más bien un “compromiso de cumplir con la legislación y regulaciones ambientales relevantes”.¹⁴⁴

Más aún, la ISO 14000 constituye una norma voluntaria. No todas las empresas elegirán establecer un SMA de la ISO 14001. Se necesitan reglamentos y una amenaza verosímil de aplicación de la ley, no sólo para regir la conducta de las empresas que elijan no efectuar la cuantiosa inversión que entraña la ISO 14000, sino también para establecer un nivel de desempeño contra el cual medir la eficacia de un SMA.

8.5.2 ¿Serán inmunes al enjuiciamiento las empresas acreditadas en la ISO 14001?

La acreditación en la ISO 14001 equivale a tener una licencia o permiso: no basta contar con el permiso, se debe también cumplir con sus términos. Pese a que por lo general se puede aceptar la prueba de registro en la ISO 14001 como evidencia *prima facie* de la diligencia debida en el manejo de riesgos ambientales, no es una garantía de cumplimiento de las regulaciones. Cuando ocurre un incidente de incumplimiento, es necesaria información adicional para evaluar si de hecho la empresa cumplió con su SMA de la ISO 14001 en esa ocasión, o incluso, antes que nada, si el SMA se elaboró correctamente. En otras palabras, la empresa aún debe demostrar que contaba con procedimientos adecuados para prevenir la infracción. También tendrá que demostrar que tomó las acciones correctivas apropiadas en respuesta a incumplimientos anteriores. Los contaminadores persistentes, incluso los que cuentan con un SMA de la ISO 14001, probablemente se expondrán a un juicio, ya que no podrán comprobar la diligencia debida. Muchas empresas han expresado su inquietud de que la ISO 14001 pueda incrementar su exposición al enjuiciamiento, ya que sus requisitos son más detallados y más fáciles de medir que los de la diligencia debida en el derecho consuetudinario.

8.5.3 ¿La ISO 14000 es importante sólo para las grandes empresas?

Las presiones comerciales para la adhesión a las normas de la ISO 14000 se sentirán básicamente en las empresas que compiten en los mercados internacionales, muchas de las cuales son grandes transnacionales. La adhesión a la ISO 14000 comprende un esfuerzo considerable de manejo, documentación y cuotas, sobre todo en aquellas cuyas auditorías las realiza personal externo. La experiencia de las entidades empresariales que se han registrado en el sistema de gestión de calidad de la ISO 9000 indica que este proceso de registro es muy costoso. A pesar de ser cuestionable si éste se justificaría en el caso de las empresas pequeñas y medianas, los promotores de la ISO 14000 esperan que la norma también la puedan usar empresas pequeñas y medianas con finanzas sanas. Se espera que la mayoría de estas empresas pequeñas “declaren por sí mismas”, antes que incurrir en costos considerables para registrarse. Los reguladores tendrán que decidir cuánta importancia dar a esas declaraciones.

Se afirma que la ISO 14001 es aplicable a cualquier tipo de organización; no se hacen concesiones al tamaño o a los recursos. En contraste, el Sistema de Ecogestión y Auditoría (SEA) de

¹⁴⁴ ISO 14001, apartado 4.2 (c).

la Unión Europea dispone una ayuda especial para las empresas pequeñas y medianas en materia de información, capacitación y apoyo técnico, proporciona un proceso de verificación simplificado y no requiere de informes constantes.

8.5.4 ¿La ISO 14000 como parámetro impedirá el control público de la diligencia debida?

“¿La deferencia a una norma desarrollada por la empresa no equivale a poner a un zorro a cargo del gallinero?” Algunos temen que la ISO 14000 resulte poco más que una cortina de humo, cuyas finas palabras puedan seducir a los gobiernos y al público a creer que no es necesaria la acción obligatoria. Es ésta una preocupación legítima, pero los tribunales y los organismos reguladores (y por medio de ellos la opinión pública) conservan la responsabilidad definitiva de determinar si la ISO 14001 constituye un parámetro adecuado, y en qué circunstancias.

Control de los reguladores:

Los organismos reguladores ya cuentan con sistemas de manejo de calidad total para reducir los costos de inspección y mejorar el cumplimiento en general. Por ejemplo, el Departamento de Pesca respondió a las exigencias de una mayor aplicación en las plantas procesadoras de pescado, al exigirles sistemas de manejo de calidad tipo ISO como requisito para vender pescado fuera de su provincia.¹⁴⁵ Programas similares se han propuesto para otros ministerios.¹⁴⁶

Actualmente, los tribunales suelen determinar la diligencia debida de manera casuística. Esto es intensivo en recursos tanto para los organismos reguladores como para las empresas, además de generar una incertidumbre considerable.¹⁴⁷ A fin de evitar esta incertidumbre, algunos organismos y lineamientos reguladores incorporan las normas privadas por referencia.¹⁴⁸ Esto ocurre sólo después de que el organismo regulador queda conforme en cuanto a que el estándar privado es apropiado. Lo anterior es similar al concepto de acuerdos de equivalencia de la *Ley Canadiense de Protección Ambiental*. Tales acuerdos permiten a los organismos reguladores federales equilibrar su responsabilidad de aplicar estándares nacionales apropiados, con las numerosas ventajas de evitar el traslape con las provincias. Para lograr ambos objetivos, el gobierno federal puede declinar la aplicación de sus regulaciones en provincias con un plan provincial que los reguladores federales consideren “equivalente” a los suyos propios. No todos los estándares privados pasarían la prueba de equivalencia, aunque los organismos reguladores puedan creer que la internacionalmente adoptada ISO 14000 sí lo hace. Tampoco es extraño confiar en las certificaciones de terceras partes para determinar si una persona cubre las normas adecuadas. Es ésta una característica común de las numerosas leyes que conceden alguna medida de autorregulación a las comunidades reguladas.¹⁴⁹

Una vía potencial para sujetar la ISO 14001 al escrutinio público sería someter a consulta pública cualquier enmienda a las políticas de aplicación para referirse a la ISO 14000 como una norma de diligencia debida. Ciertas jurisdicciones, incluida la de Ontario, ya tienen políticas de consulta o una legislación que requieren de tal consulta.

¹⁴⁵ Gobierno de Canadá, 1992a.

¹⁴⁶ Gobierno de Canadá, 1994.

¹⁴⁷ Las empresas están más que dispuestas a cumplir por adelantado con una norma especificada. Tal norma también puede facilitarle la vida al regulador, aunque reduce la flexibilidad.

¹⁴⁸ Véase por ejemplo el Código de Manejo de Gasolina de Ontario, O. Reg. 521/93.

¹⁴⁹ Véase por ejemplo, Mackenzie, 1994.

Control de los tribunales:

Un ejemplo del uso de la ISO 14001 en las cortes es la decisión del tribunal de Alberta, en enero de 1996, en *R. vs. Re Prospec Chemical Ltd.* Prospec, miembro de la Asociación de Fabricantes de Productos Químicos de Canadá, participó en el tan loado programa voluntario “Cuidado Responsable”.¹⁵⁰ Sin embargo, la planta química tenía problemas constantes con las emisiones de bisulfito de carbono, producto químico oloroso y tóxico. En la primera condena se ordenó a la empresa que implantara medidas de solución concretas. Prospec cumplió esta orden, pero no resolvió el problema. En la segunda condena, la empresa y el fiscal hicieron una sumisión conjunta para obtener una orden que exigiera a Prospec registrarse en cumplimiento con la ISO 14001, hacia junio de 1988. El juez aceptó la recomendación y, en consecuencia, emitió la orden.

Esto ilustra una de las formas en que la ISO 14001 puede proporcionar un complemento valioso del proceso regulador. Para cumplir con la ISO 14001, Prospec tendrá que actualizar su SMA a un grado tal de detalle y complejidad que ni los organismos reguladores ni los jueces podrían especificar o evaluar, porque carecen del conocimiento técnico necesario. La empresa misma está en mejor posición para identificar los efectos ambientales de sus actividades y formular un SMA para lograr que dichos efectos cumplan con las regulaciones.

La orden del tribunal ha dado a la norma ISO una gran fuerza, de la que carecería de otra forma; para Prospec, el cumplimiento de la ISO 14001 es ahora obligatorio, no voluntario. Prospec perderá \$C40,000 millones si al vencimiento del plazo impuesto por el tribunal aún no se ha registrado. Como la orden del tribunal es un documento público, la obligación de registro es ahora parte del registro público y cualquiera podrá verificar si la empresa ha cumplido con la orden de registrarse.

Este caso demuestra también que los organismos reguladores pueden obtener ventajas de la ISO 14001, sin perder su discreción o su responsabilidad de manejo ambiental. En el caso de Prospec, los jueces y organismos reguladores utilizaron dicha discreción para lograr un resultado que por otras vías hubiese sido imposible. Supuestamente, el fiscal y el juez evaluaron si un SMA de la ISO 14001 traería como consecuencia el cumplimiento que deseaban de Prospec, y luego aplicaron el proceso de certificación incorporado en la ISO 14001 como un método razonable para determinar si Prospec cumpliría la orden. A pesar de que serán auditores expertos en la ISO 14000 quienes determinarán si Prospec cumple o no con las normas estipuladas del SMA, fue el juez quien eligió imponerlas.

El acceso público a la información sobre el cumplimiento de las regulaciones es un elemento de control importante en la supervisión de la diligencia debida. Una de las críticas a la ISO 14001 es la falta de revelación obligatoria de los resultados de auditorías a los organismos reguladores o al público. Esto se analiza con más detalle en el apartado 8.9.

8.6 Abuso, negligencia

Tomar la ISO 14000 como un parámetro de medición de la diligencia debida, como un elemento de una directriz general, supuestamente no supondría dirección o discreción alguna individual de los reguladores. En tales casos, tiene un alcance muy estrecho para reclamaciones por errores oficialmente inducidos, negligencia regulatoria o “captura” del organismo regulador.

Sin embargo, como en el caso de todas las políticas gubernamentales, se requiere de cuidado para evitar malentendidos sobre su alcance. En particular, puede ser necesario adoptar una política que deje muy claro a la industria que con la certificación ISO 14001 no necesariamente se cumple

¹⁵⁰ *R. vs. Prospec Chemicals Ltd.* (1996).

con los requisitos de las regulaciones de cumplimiento. Convendría asegurarse de que todos los organismos reguladores de Canadá adoptaran un enfoque congruente con la ISO 14000 en sus políticas y acciones. Por ejemplo, potencialmente se podrían presentar problemas, generar confusión y plantearse la defensa de error oficialmente inducido si una división fomentara el uso de la ISO 14001, con base en que la certificación ISO satisface las obligaciones de cumplimiento ambiental. Además, como las auditorías de la ISO 14000 miden la eficiencia del SMA, más que el cumplimiento de las reglamentaciones, los reguladores no pueden depender sólo de este tipo de auditoría en sus prácticas de aplicación de la ley.

8.7 Efectos en la norma de cuidado

Como se analizó, el marco de la ISO 14000 supuestamente requiere de una norma de cuidado para la industria regulada que sea cuando menos tan alta como la norma general en derecho consuetudinario de “cuidado razonable”. Un negocio que tenga un SMA de la ISO 14001 registrado o autodeclarado habrá recorrido un largo trecho en la preparación del terreno para establecer que ha ejercido la norma de cuidado requerida. Como la ISO 14001 es un sistema de manejo, no es una respuesta completa para determinar si la norma de cuidado es para todas las industrias o para todas las condiciones. Aún se requerirá una referencia para la práctica y la costumbre de la industria.

Una carencia obvia es que un SMA 14001 no asegura el cumplimiento de la legislación. Además, las auditorías internas necesarias para satisfacer los requisitos del sistema ISO 14001 son sólo del sistema mismo, no de observancia de las regulaciones. Ello puede significar que la empresa deberá producir pruebas de los esfuerzos o sistemas, aparte de la ISO 14001, que demuestren a los organismos de aplicación o a los tribunales intentos *bona fide* para cumplir con los requisitos reguladores.

8.8 Efectos en terceras personas

La adhesión a la ISO 14000 no impediría reclamaciones de terceras partes, al amparo del derecho consuetudinario por perjuicio y negligencia. Sin embargo, si la adhesión meticulosa a la ISO 14000 contiene todos los elementos de la diligencia debida, podría proporcionar una defensa ante las reclamaciones de negligencia en un juicio civil. La ISO 14001 carece de efectos directos en la responsabilidad potencial de terceras partes, como funcionarios, directores y empleados. Sin embargo, será menos probable que los individuos asociados a las empresas miembros de la ISO 14001 se vean involucrados en infracciones, y será más probable que ejerzan su propia diligencia debida. Por ejemplo, muy probablemente los directores de tales empresas habrán establecido el “sistema” de prevención de la contaminación exigido por el juez Ormston en el *caso Bata*, analizado antes.

8.9 Responsabilidad y transparencia

El proceso por el cual se desarrolló la serie ISO 14000 en teoría se concibió para incluir aportaciones de todas las partes interesadas y asegurar que los empresarios no dominen la toma de decisiones. El TC 207 y sus subcomités emplean una fórmula de votación, en los planos nacional e internacional, para mantener un equilibrio entre empresarios, gobierno, sector profesional y de servicios y organizaciones no gubernamentales (ONG, como los grupos ambientalistas).

El Consejo Canadiense del Medio Ambiente —grupo asesor formado por la Asociación Canadiense de Normas para actuar como un comité directivo en el desarrollo de la ISO 14000— incluye entre sus miembros a representantes de grupos ambientalistas, del gobierno, de industrias de recursos e instalaciones manufactureras, así como del sector de servicios ambientales. A pesar de que éste es un proceso del que forman parte representantes de diversos intereses, la participación está muy dominada en favor de la industria, en particular la grande, que se puede permitir la pesada responsabilidad,

en términos de tiempo y recursos, de preparar y asistir a asambleas, muchas de las cuales tienen lugar en sitios lejanos. Los grupos de interés gubernamentales y privados contribuyeron con sus aportaciones en una fase en que buena parte de la dirección política ya estaba fijada. Los estándares resultantes no son todo lo que algunos habían esperado, en cuanto a la información a la opinión pública o las normas de desempeño, pero exigirán esfuerzos significativos por parte de numerosas empresas.

La insuficiente información pública es una de las críticas principales que se formulan contra la ISO 14001. Un componente de un SMA de la ISO 14001 es el proceso interno regular de fijar metas de desempeño ambiental y medir el progreso hacia ellas. No obstante, la ISO 14001 no requiere que las empresas publiquen estos informes.¹⁵¹ Aunque se espera que muchas empresas lo hagan, ya sea con fines mercadotécnicos, para satisfacer los crecientes requisitos de revelación por parte de las empresas de valores y financieras, o para demostrar que son buenos ciudadanos corporativos, la falta de un requisito de información obligatoria es vista por algunos como una manera para que quienes se adhieren a la ISO 14001 oculten información en materia de incumplimiento.

Otro campo de preocupación es la forma en que las auditorías de la ISO 14000 encajan en la práctica actual de auditoría. Ciertas jurisdicciones han adoptado políticas y reglas de revelación de auditorías que constituyen un compromiso entre el fomento de las auditorías voluntarias y el uso de la información obtenida mediante ellas, para efectos de enjuiciamiento de acuerdo con directrices estrictas. No es claro que el uso de las normas ISO 14000 ponga en peligro la aplicación constante de estas políticas o reglas de revelación de auditoría.

8.10 Equidad

Podría ser justo usar la ISO 14000 como un parámetro de diligencia debida para quienes voluntariamente han elegido adherirse a ella. Aquélla está concebida para ser igualmente aplicable a empresas de toda clase y de diversas regiones. Ha sido promovida como un medio para asegurar “reglas claras del juego” entre socios comerciales. Estas reglas existirán sólo si todos tienen igual acceso al sistema.

Pudiera producirse un tipo de inequidad si ciertas jurisdicciones aceptan la ISO 14000 como un parámetro de diligencia debida y otras no lo hacen. Por el nivel elevado de preocupación e incertidumbre en torno de los riesgos ambientales entre la comunidad empresarial y entre los prestamistas, es posible que esto pudiera tener un efecto en los foros comerciales. Este problema puede evitarse en Canadá si todas las jurisdicciones canadienses, quizá por medio del Consejo de Ministros de Canadá, convinieran en considerar la adhesión a la ISO 14000 de una manera uniforme.

Otro tipo de equidad puede surgir con respecto al costo de adhesión a la ISO 14000. Se reconoce que el registro a la ISO 14001 es intensivo en recursos y exige un grado considerable de habilidades y complejidades administrativas; exige también una buena dosis de motivación. Para muchas empresas, sobre todo las pequeñas y medianas, ello puede ser una carga demasiado pesada. Sería injusto y contraproducente requerir a todos los negocios regulados registrarse en la ISO 14000. Ello distorsionaría la naturaleza esencialmente voluntaria de las normas y sería un desperdicio demandarlo a las empresas pequeñas y aquellas que presentan pocos riesgos ambientales. Sin embargo, si los organismos de aplicación usan el registro en la ISO 14001 como un requisito para cualquier programa de incentivos de “vía paralela” que reemplazara los controles del sistema regulador (es decir, mediante la reducción de la vigilancia y de los procedimientos para solicitar permisos, etc.), ¿ello se traduciría en una desventaja para las pequeñas empresas, que no tienen los recursos para darse

¹⁵¹ Como un contraste, el Plan de Ecogestión y Auditoría adoptado por la Unión Europea requiere de reporte público.

el lujo de registrarse en la ISO pero sí pueden demostrar el cumplimiento de las regulaciones? Además, no está claro si quienes se registran en la ISO 14001, cuyas auditorías internas están exentas de la obligación de revelarse, se están beneficiando de un régimen privilegiado que no está disponible para los no registrados.

Por otra parte, algunos consideran que es justo recompensar a las empresas que eligen adherirse a la ISO 14000, siempre y cuando tales empresas pudieran comprobar que las prácticas y los procedimientos de la ISO estaban siendo totalmente instrumentados en todo momento.¹⁵² Se propone que a cambio de más acciones para controlar los riesgos ambientales, las empresas adheridas a la ISO 14000 gocen de cierta tolerancia por errores involuntarios. Ello no los libraría de tener que limpiar los derrames (lo cual todo el mundo debe hacer, al margen de la diligencia debida), pero los protegería del enjuiciamiento por errores involuntarios. Lo anterior es supuestamente adecuado, pues al adherirse a la ISO 14000 las empresas demostrarían un verdadero compromiso con el cumplimiento ambiental. Castigar a quienes ya han probado un compromiso es más probable que reduzca, antes que mejorar, el cumplimiento.¹⁵³

8.11 Conclusiones

La ISO 14000 puede presentar una oportunidad valiosa para que los organismos reguladores eleven la norma de cuidado de la comunidad regulada, en particular en el caso de empresas más grandes. Si se acepta la ISO 14000 como parámetro de un nivel elevado de diligencia debida, aquellos que se adhieran serán recompensados con expectativas más claras de lo que se requiere de ellos, puede haber menos casos de inobservancia y podrá concedérseles una medida de tolerancia regulatoria en caso de que ocurriese un incumplimiento involuntario. Lo anterior sería un beneficio considerable para los miembros más modernos y comprometidos con el medio ambiente de las industrias reguladas, y es probable que aumentasen los niveles generales de cumplimiento de tales industrias, dados los mismos o incluso menores recursos para la aplicación.

La aceptación de la ISO 14000 como un parámetro para la diligencia debida podría permitir a los reguladores concentrar los recursos destinados a la aplicación en los infractores que no cooperan. Se requerirían menos inspecciones rutinarias en empresas que ya pagan a auditores independientes capacitados para inspeccionar y evaluar sus operaciones. Asimismo, se precisarían menos recursos para valorar la diligencia debida en dichos negocios una vez que exista un parámetro externo detallado, sobre todo porque las empresas registradas en la ISO deben documentar de manera metódica el desempeño de su SMA. Sin embargo, quedaría pendiente el análisis, por parte de quienes elaboran la política y de las entidades de aplicación, de cómo utilizar mejor una “norma” que mida el desempeño del sistema en situaciones en que se requiera medir el grado de cumplimiento. Al menos, la adopción de un SMA de la ISO 14001 por parte de los negocios que así lo eligen es un paso adelante que asegura que se presta atención a identificar y gestionar los efectos ambientales de sus operaciones.

¹⁵² En vista de que la ISO 14001 requiere de una respuesta activa a los derrames y otros ejemplos de inobservancia, los casos repetidos del mismo incumplimiento serían, en sí mismos, una prueba, ya sea de la no adhesión a los estándares de la ISO 14001 o de un MAS mal diseñado.

¹⁵³ Véase Saxe, 1990, 45-53.

9 Memorandos de entendimiento ambiental

9.1 Introducción

En los últimos años, varias jurisdicciones de Canadá han comenzado a experimentar con los memorandos de entendimiento (MDE) para fomentar mejoras ambientales como la prevención de la contaminación. El gobierno de Ontario sigue un amplio espectro de iniciativas del tipo memorando: arreglos informales con ciertas empresas, acuerdos provinciales-municipales, MDE con el sector industrial de las provincias y varios MDE con sectores provinciales-federales muy notorios, como la Asociación de Fabricantes de Productos Químicos de Canadá (CCPA, por sus siglas en inglés), la Asociación de Fabricantes de Vehículos Automotores (MVMA, por sus siglas en inglés), la Asociación de Fabricantes de Autopartes (APMA, por sus siglas en inglés) y la Asociación Fabricare de Ontario. Si bien algunos se han desarrollado rápidamente, el establecimiento de la mayoría de los MDE formales ha llevado hasta dos años.

La mayor parte de los MDE de Ontario, incluso todos los confirmados con el gobierno federal, siguen el mismo plan. En ellos se estipula explícitamente que la participación no cambia requisito regulador alguno, y en tanto que no crean nuevas obligaciones, cabe suponer que la negociación y la firma de un acuerdo impone algunas obligaciones de buena fe para cooperar en el éxito de la tarea. En todos se señala que el cumplimiento de las reglamentaciones es un requisito para la participación y que se concentran en cuestiones adicionales de cumplimiento, casi siempre en puntos relacionados con el fomento de la prevención ambiental. En muchos se dispone la creación de un comité directivo, con miembros del gobierno y de la industria, a fin de establecer un plan para compartir la información con el sector afectado.

En muchos casos, el MDE o el comité directivo también elaboran una lista de candidatos de las sustancias que deberán recibir atención, proporcionan una metodología para desarrollar e instrumentar planes de prevención de la contaminación en el sector, crean procedimientos de notificación y establecen la infraestructura para apoyar la iniciativa. En la mayoría de los casos, los miembros del sector pueden aceptar participar de manera individual. Si optan por participar, emprenden estudios de sus instalaciones, procesos y productos, elaboran un inventario de las sustancias empleadas y proponen proyectos para reducir el uso o las emisiones de estas sustancias. En tanto que todos destacan la importancia del intercambio de información, varían de manera considerable la naturaleza de los informes públicos y el compromiso de terceras partes en el proceso. A diferencia de algunas iniciativas estadounidenses comparables, los MDE no comprometen a la industria a realizar cambio alguno, ni al gobierno a relajar la aplicación de las regulaciones existentes.

El gobierno de Saskatchewan ha optado por concentrarse en acuerdos bilaterales con industrias específicas. Tiene un acuerdo en vigor, está negociando dos y considera otros más. Como en el régimen de Ontario, los MDE de Saskatchewan se enfocan a compartir la información y no se pretende que sean legalmente obligatorios. Sin embargo, a diferencia de Ontario, los planes negociados al amparo de los acuerdos de Saskatchewan están sujetos a las obligaciones de leyes y reglamentos y, por lo tanto, tienen un enfoque más completo de las operaciones ambientales del participante.

El gobierno de Columbia Británica está introduciendo MDE en un proyecto piloto que forma parte de una reforma general de sus políticas ambientales y que también puede incluir un mayor uso de las normas basadas en el desempeño, a fin de reducir la dependencia de los permisos por sitio específico. En julio de 1995, el gobierno firmó un MDE marco con la CCPA y con cuatro empresas específicas de otros sectores. Este acuerdo comprometió a los signatarios a ayudar en el desarrollo de más convenios y proyectos específicos, bajo la supervisión de comités directivos y públicos de asesoría con bases amplias. Además de fomentar la prevención de la contaminación en las empresas

participantes, este proyecto está concebido para auxiliar al gobierno a encontrar maneras más eficaces de impulsar la prevención de la contaminación.

A pesar de que los principios fundamentales para firmar los MDE varían según la jurisdicción y el acuerdo, existen algunas consideraciones comunes. Los representantes tanto del gobierno como de la industria piensan en los MDE como una manera de producir una relación mutua menos hostil y más abierta; todos aseguran que el intercambio de información es uno de los principales beneficios de los MDE. Varios representantes del gobierno creen que dichos acuerdos pueden constituir el medio más eficaz de inducir a las empresas a adoptar técnicas de prevención de la contaminación. De hecho, hay quienes sostienen que el gobierno sólo puede fomentar el tipo de cambio cultural requerido para apoyar la prevención de la contaminación mediante un proceso fincado en la confianza, como el producido por los MDE. Por otra parte, algunos participantes industriales están motivados, al menos en parte, por una obligación ética. Muchos también consideran la ventaja de crear un activo clima de cambio que podrá evitar, o cuando menos contribuir a dar forma, a las futuras regulaciones. El resto de este apartado analiza algunas de las posibles implicaciones de estas nuevas actividades de aplicación y cumplimiento relacionadas con las actuales obligaciones regulatorias.

9.2 Autoridad legal

Pocos de los acuerdos elaborados hasta la fecha especifican obligaciones detalladas y legalmente obligatorias. Algunas jurisdicciones, como Columbia Británica, estudian oportunidades de emplear los MDE para reemplazar los actuales requisitos de permiso. De igual manera, el gobierno federal analiza el potencial de los acuerdos negociados o “ecoacuerdos” para controlar las sustancias consideradas “tóxicas” en la CEPA. Estas extensiones de los actuales MDE tendrán que basarse en la autoridad legislativa, que en algunos casos exigirá enmiendas de la legislación existente. En este sentido, es notable que se adopte tal enfoque en la *Respuesta al Informe del Comité Parlamentario sobre la Ley Canadiense de Protección Ambiental*.

9.3 Efectos en el cumplimiento

El comportamiento ambiental depende de un amplio espectro de factores, de los cuales sólo algunos recibirán la influencia directa de un instrumento en particular. En consecuencia, el efecto potencial de un MDE en el cumplimiento regulador (y en la calidad ambiental en general) dependerá de la política y el entorno social en que se incorpore.

Los MDE pueden generar presión para un mayor cumplimiento. Por ejemplo, pueden incrementar la conciencia de las obligaciones regulatorias existentes. Como la mayoría de los regímenes señalan expresamente que el cumplimiento regulador es un requisito de la participación, la primera fase del apoyo gubernamental a los actuales MDE ha incluido, en muchos casos, talleres y otro tipo de información sobre las obligaciones de las regulaciones. En todo caso, los defensores piensan que como las consideraciones éticas, de imagen de mercado o de reputación figuran entre las razones principales para adoptar un MDE, la mayoría de los participantes tienden a ser particularmente conscientes de la necesidad de asegurar el cumplimiento.

Desafortunadamente, en algunos casos estos incentivos positivos se pueden anular parcialmente por el mayor incumplimiento de quienes no participan en el MDE. Un tema común entre los defensores de los MDE es que, de tener éxito, harán que la eficiencia y la prevención de la contaminación se conviertan en un elemento esencial de la competitividad. En una situación ideal, ello obligará a quienes no participan a instrumentar mejoras similares o a abandonar el negocio. Sin embargo, siempre existe la posibilidad de que las empresas que no eleven su eficiencia ambiental se enfrenten a una mayor presión para dejar de cumplir a fin de reducir costos. Así, la aplicación permanente de

las regulaciones es crucial para el éxito de estas iniciativas, y la apoyan con firmeza quienes de una u otra forma participan en los MDE.

También se presenta el problema de los que *aprovechan el viaje* (quienes toman las ventajas de algo y no dan nada a cambio): ¿En qué medida los no participantes se beneficiarán de la buena voluntad generada por la participación de otros en los MDE? ¿Hasta qué punto los que *viajan gratis* obtendrán ventajas económicas, ya sea de una imagen de mercado enriquecida de su sector o de una relajación de los esfuerzos de aplicación, a raíz de la creencia de que todo el sector está previniendo la contaminación? La gravedad del problema varía considerablemente entre los sectores. Algunas ramas industriales, como la fabricación de automóviles, comprenden tan pocas empresas que la auto-vigilancia debería bastar para evitar a los *viajeros gratuitos*. Otras, como la de las autopartes, se caracterizan por proveedores en cuyo trabajo participa todo el sector, lo que asegura que guarden pocos secretos entre sí. La CCPA ha intentado encarar el problema con un fuerte código sectorial de autogobierno (“Cuidado Responsable”), concebido con el fin de crear una presión interna para comportarse de una manera respetuosa del ambiente. Sin embargo, para algunos, los *viajeros gratuitos* representan un problema especial que puede requerir la intervención legislativa. Un estudio reciente del Protocolo Nacional de Embalaje (programa nacional voluntario para desviar 50 por ciento un vertedero de residuos para el año 2000) concluyó que mientras la mayoría de las grandes empresas participaban activamente, muchas de las pequeñas no lo hacían. Como resultado, los principales participantes actualmente solicitan una legislación que nivele las reglas.¹⁵⁴

Por último, también existe la posibilidad de que las partes de los MDE decidan que algunas disposiciones regulatorias impiden la adopción del enfoque integral del manejo ambiental, que promueven la mayoría de los MDE.¹⁵⁵ Esto podría revertirse contra ciertas disposiciones y generar presión para su reforma o la suspensión de su aplicación.

9.4 Efectos en la norma de cuidado

Si tienen éxito, los MDE contribuirían a elevar la norma de cuidado respecto de las *actuales* obligaciones de la reglamentación de dos maneras.¹⁵⁶ Primero, a la luz de que el apoyo del gobierno a los MDE comprende típicamente la educación sobre las obligaciones regulatorias, esos instrumentos disminuirían la probabilidad de que una defensa alegue un error de hecho.¹⁵⁷ Segundo, los MDE exitosos también podrían ayudar a elevar la norma para una defensa por diligencia debida. Los tribunales canadienses han reiterado que la diligencia debida requiere un sistema de manejo, con elementos como auditorías regulares, clara asignación de las responsabilidades, capacitación, instrucción y supervisión de empleados, sistemas de información y líneas de comunicación eficaces.¹⁵⁸ Lo que entraña esta jurisprudencia es que los MDE exitosos podrían alterar el estándar de diligencia debida que cabría esperar del sector afectado. La premisa de los MDE es que éstos ayudarán a extender la prevención de la

¹⁵⁴ Labatt, 1995.

¹⁵⁵ Véase el análisis sobre barreras legislativas en el Informe Final (1993) del Equipo de Tarea sobre legislación de Prevención de la Contaminación y en Gobierno de Canadá, 1995a.

¹⁵⁶ Como se señaló, la mayor parte de las normas de bienestar público en Canadá, incluida la mayoría de las regulaciones ambientales, establece infracciones de responsabilidad objetiva. Una vez que el fiscal ha probado el *actus reus*, las infracciones de responsabilidad objetiva invierten la carga de la prueba al acusado para evitar la responsabilidad, demostrando que ejerció un cuidado razonable y que no fue negligente. En el caso que sentó precedente, el de *R. vs. Sault Ste. Marie*, la Suprema Corte de Canadá sostuvo que el cuidado razonable puede ocurrir de dos formas: el acusado ejerció la “diligencia debida” (que tomó todas las medidas razonables que tenía a su disposición para evitar cometer la infracción), o el acusado cometió el acto o la omisión prohibidos debido a un error de hecho razonable.

¹⁵⁷ Véase la descripción de la defensa por error de hecho (error inducido oficialmente) en el apartado 4.11.1.

¹⁵⁸ Véase el análisis de la jurisprudencia sobre la diligencia debida en medio ambiente en el apartado 3.3.

contaminación, así como la conciencia y las prácticas de eficiencia ambiental, promoviendo con ello un cambio de actitud en todo el sector. Así, en alguna medida es razonable anticipar que ciertos elementos característicos de esas prácticas (la prevención de la contaminación) las pueda adoptar una porción lo suficientemente significativa del sector, como para que puedan elevarse a la categoría de una “costumbre de práctica” y convertirse así en un elemento de la diligencia debida.

Un razonamiento similar sugiere que los MDE con éxito podrían influir en la norma de cuidado que el participante debe guardar frente a una tercera persona. Los juicios civiles por negligencia y perjuicio se basan en pruebas de comportamiento razonable. Si los MDE elevan el estándar de cuidado que puede esperarse razonablemente de una empresa en los sectores participantes, podrían influir indirectamente en el estándar de cuidado que dichos negocios deben a sus vecinos.

Además de estas influencias indirectas, tal vez los MDE influyan también, directamente, en la norma de cuidado establecida por el gobierno federal para las actividades e instalaciones federales. Actualmente, gran parte de la actividad que tiene lugar en terrenos e instalaciones federales, o que desempeñan agentes federales, no está sujeta a la ley provincial. En consecuencia, existe una “brecha regulatoria” en las áreas ambientales de jurisdicción provincial (como la disposición de desechos sólidos) en que el gobierno federal no ha promulgado regulaciones paralelas. Actualmente, el gobierno federal estudia opciones para resolver esa brecha. Entre las diversas normas a las que considera hacer referencia (además de la legislación provincial, las directrices federal-provinciales y los estándares de terceras partes como CSA e ISO) están los estándares sectoriales establecidos conforme a los MDE.

9.5 Relación con otros mecanismos de cumplimiento y aplicación

La implantación de los actuales MDE ha exigido que el gobierno comprometa recursos por adelantado. Hasta cierto punto, esta inversión puede disminuir con el tiempo a medida que los gobiernos aprendan a instrumentar los MDE. La cuestión de cómo se compara esta inversión con las regulaciones no se ha evaluado en el caso de Canadá. Existen también diversos aspectos importantes en torno de la coordinación de los MDE con los programas reguladores.

Algunos investigadores y consejeros del gobierno en materia de aplicación de los reglamentos han expresado preocupación de que el apoyo oficial a las medidas no regulatorias incremente la posibilidad de que una rama departamental pase por alto evidencias de incumplimiento, y dé lugar a una defensa por “abuso de proceso” o “error inducido oficialmente”.¹⁵⁹ A pesar de que parte de los representantes de la industria argumentan que el problema es discutible, pues la observancia de las regulaciones es un requisito para participar en los MDE, los funcionarios gubernamentales reconocen que el problema puede surgir, y de hecho se ha presentado: los promotores de los MDE ocasionalmente ignoran las infracciones, o en vez de reportarlas se centran en negociar otras vías de cumplimiento, cuando procedería imponer una sanción.

Muchas personas consideran que, simplemente, el problema es una extensión de la clásica tensión entre la “promoción de cumplimiento” y la aplicación.¹⁶⁰ La mayor parte de los organismos de aplicación de Canadá han intentado reducir esa tensión separando funcionalmente ambas actividades. Muchos funcionarios señalan que tal separación funcional también abordará la tensión entre la promoción de los MDE y la aplicación.

¹⁵⁹ Los tribunales canadienses tienen la jurisdicción inherente, tanto en los casos penales como civiles, para detener el procedimiento si el proceso judicial está siendo utilizado de una manera injusta, opresiva o vejatoria: *R. vs. Jewitt*, (1985) 2 S.C.R. 128 y *R. vs. Mack* (1988) 2 S.C.R. 903 - penal; *Abitibi Paper Co. vs. R.* (1979), 24 O.R. 92d 742 (Ont. C.A.) - civil.

¹⁶⁰ El exponente clásico de dicha tensión es Hawkins, 1984.

No está claro si este problema se puede resolver tan fácilmente pues, hasta cierto punto, la separación podría agravar el problema. En tanto que funciones distintas, la aplicación y la promoción del cumplimiento se centran en el mismo objetivo: el cumplimiento de las regulaciones. En contraste, en la mayoría de los casos las actividades promovidas por los MDE no incluyen de manera explícita las obligaciones de cumplimiento. Por lo tanto, un alto funcionario federal asevera que es preciso que los gobiernos planeen la promoción del cumplimiento y las iniciativas de aplicación “como parte de una respuesta integral a un problema observable”.¹⁶¹ Un enfoque puede tener implicaciones importantes para los modelos tradicionales del proceso de aplicación por las cuales:

*las acciones de aplicación de las leyes y prosecución se emprenden de manera selectiva, en el marco de una estrategia para procurar el cumplimiento voluntario y un deseo de desarrollar asociaciones de cooperación con el público. Esto comprende la aplicación de filtros estratégicos en la selección de caso.*¹⁶²

El problema no tiene solución fácil. La falta de coordinación y el comportamiento inconsistente de los funcionarios de diversas oficinas podrían minar la aplicación de la ley, al dar lugar a defensas por abuso de proceso o error inducido oficialmente. Por otra parte, una relación demasiado estrecha entre los administradores del MDE y los funcionarios de aplicación podría minar la confianza entre los participantes industriales y el gobierno que ha de hacer efectivos los MDE. Dada la naturaleza embrionaria del enfoque de los MDE en Canadá, pocos gobiernos se han abocado explícitamente a este problema. Los funcionarios federales confían en que bastará la separación de las actividades de promoción y de aplicación. Los funcionarios de Ontario reconocen que se requiere una vigilancia sostenida, pero poco han hecho por mejorar la coordinación. Los funcionarios de Columbia Británica cuentan con diversas opiniones legales y consideran la posibilidad de instrumentar soluciones políticas e institucionales para prevenir que surja el problema.

Algunos promotores del MDE señalan que es posible que la falta de coordinación no tenga solución en el actual régimen regulador. Argumentan que la prevención de la contaminación es el concepto más poderoso al alcance de los legisladores para garantizar el desarrollo ambientalmente sustentable. Sin embargo, también afirman que las estrategias de prevención requerirán una transformación cultural fundamental que ha de basarse en la confianza. En su opinión, la aplicación estricta de las regulaciones descarta el desarrollo de la confianza entre los funcionarios gubernamentales que promueven la prevención de la contaminación y sus “clientes” industriales; la promoción eficaz de la prevención de la contaminación puede, por lo tanto, requerir que los primeros pasen por alto violaciones a las regulaciones y se concentren en ayudar al cliente a modificar su comportamiento. Y algo más fundamental: cuestionan si con el actual régimen regulador será posible promover el cambio sistemático de cultura que se requerirá para hacer de la prevención de la contaminación una realidad.

Son éstas, entre otras, las fuerzas que impulsan a casi todas las entidades ambientales canadienses a investigar la conexión entre la elaboración de las disposiciones ambientales y la acción voluntaria. Es indudable que las experiencias con el tipo de enfoque sistemático del cumplimiento ambiental que fomentan los MDE (entre otras iniciativas) harán aflorar problemas con las actuales regulaciones. Esta presión se traducirá en beneficios en la medida en que lo anterior conduzca a reformar y mejorar el régimen existente. Mientras tanto, es importante garantizar que las actuales obligaciones regulatorias no sean ignoradas sin la autoridad legal adecuada para hacerlo.

¹⁶¹ Egar, 1996.

¹⁶² Egar, 1996.

9.6 Relación con el actual proceso de desarrollo de políticas

Gran parte de la renuencia de los grupos de interés público en torno de los MDE se centra en el papel del gobierno al apoyar las acciones voluntarias. Su principal preocupación es que el apoyo del gobierno a las acciones voluntarias como los MDE podría tener efectos adversos en la futura elaboración de políticas, tanto en términos de proceso como en cuanto a los resultados sustantivos. Las inquietudes en torno del proceso se derivan principalmente de la manera en que se suelen negociar los MDE, casi todos concebidos como acuerdos privados entre la industria y el gobierno, sin participación externa. Esto preocupa a los críticos, pues consideran que puede dar lugar a que las empresas “capturen las negociaciones” ya que, después de todo, son las compañías las que controlan la información requerida para tomar decisiones. Otra inquietud de los críticos es que el apoyo del gobierno a tales procesos pudiera presionar a los funcionarios gubernamentales a llegar a acuerdos, independientemente de sus méritos.¹⁶³

Hay quienes advierten algo más fundamental: que las negociaciones particularizadas podrían reducir el acceso de la opinión pública a las decisiones políticas. Esto es el núcleo de las preocupaciones de los defensores en cuanto al proceso sobre las iniciativas voluntarias apoyadas por el gobierno en general. Han invertido mucha energía “en abrir” el proceso regulador a todos los niveles de gobierno, ya que un proceso centrado exclusivamente en la negociación bilateral será mucho menos accesible y, por tanto, mucho menos escrutable.

En respuesta a estas preocupaciones, varias iniciativas del MDE han buscado maneras de mejorar el acceso del público. Algunos han asegurado tal acceso a los miembros de los comités directivos (por ejemplo, el MDE de Ontario Fabricare y los diversos MDE de la CCPA). Otros, como la CCPA, también recurren a paneles comunitarios de asesoría para encarar temas específicos *in situ*. Se han patrocinado talleres regulares para que las partes interesadas puedan analizar el actual estatus de los MDE (por ejemplo, el MDE de la Asociación de Fabricantes de Automotores, MVMA). Con el tiempo, muchos han incluido disposiciones para la publicación más amplia y detallada de los resultados (la MVMA de Ontario y los MDE iniciales de Saskatchewan). Y en Columbia Británica, el gobierno busca asegurar la representación comunitaria de los comités directivos, que se crean para vigilar la formulación y la administración de los acuerdos bilaterales que se negocien en el marco de los memorandos de entendimiento.

Muchos participantes industriales arguyen que los MDE son acuerdos informales, bilaterales, muy centrados en compartir la información técnica, por lo que no se trata de iniciativas adecuadas para la participación de terceras partes. Algunos también destacan la dificultad de lograr que los miembros se sienten a la mesa a discutir la prevención de la contaminación, ya que el concepto representa una nueva manera de hacer negocios. Los empresarios escépticos necesitan convencerse de que la prevención de la contaminación les conviene. Ello puede requerir el reconocimiento de que las anteriores formas de hacer negocios podrían haber sido inadecuadas. La premisa de compartir información de la mayor parte de los arreglos del MDE también representa un cambio para muchos empresarios. Frente a estos desafíos, los defensores alegan que la presencia de grupos potencialmente críticos de defensores puede impedir la participación de la industria, en particular si su objetivo no es lograr que los MDE funcionen, sino oponerse al concepto por principio.

Así, la participación pública en los MDE está en el núcleo de numerosos aspectos importantes de estas iniciativas. ¿Son los MDE arreglos privados e informales, o representan una forma nueva de política pública? Muchos críticos argumentan esto último: señalan que el apoyo del gobierno a

¹⁶³ Véase, por ejemplo, Latin, 1985.

los arreglos bilaterales voluntarios podría tener implicaciones considerables en el futuro de la política ambiental. Algunos aseveran que los MDE pueden adelantarse a un debate público transparente sobre las políticas específicas. En una crítica a cuatro de los MDE de la industria Canadá-Ontario, el Instituto Canadiense para la Ley y la Política Ambientales (ICLPA), por ejemplo, observa que la mayoría de los MDE adopta una definición de “prevención de la contaminación” contraria a la de la mayoría de las ONG ambientales; esto es, incluyen el fomento de la reutilización y el reciclaje.¹⁶⁴ Sin dejar de reconocer que los MDE están estructurados como acuerdos privados no obligatorios, el ICLPA indica que esto podría generar expectativas entre las partes de los MDE acerca de la definición apropiada. En efecto, argumenta el ICLPA, los MDE podrían haberse adelantado al importante debate que aún no se ha resuelto.

Los detractores también observan que los MDE pueden ser “superficiales”, en el sentido de que proporcionan un camino fácil para que el gobierno y la industria demuestren ciertos progresos en temas relativamente fáciles, pero podrían descartar avances futuros en temas más difíciles. Los ONG ambientales y los grupos de trabajadores han criticado algunos de los MDE de Ontario por establecer como objetivo un número limitado de sustancias muy notorias, pero que hacen caso omiso de otras calificadas de problemáticas por organizaciones como la Comisión Internacional Conjunta, o incluso algunas que han sido declaradas tóxicas por el gobierno federal en la CEPA.

Por lo tanto, los críticos se preocupan de que los MDE puedan anular en un futuro la intervención regulatoria mediante la creación de un sistema paralelo en el que la industria acuerde hacer más que el *statu quo*, a cambio de que el gobierno acuerde tácitamente abstenerse de regular. Además, algunos argumentan que el régimen de los MDE puede también adelantarse al desarrollo regulador y al desarrollo de políticas porque los MDE crean “tecnologías rehén”. Obviamente, las decisiones de inversión de capital tienen una influencia directa en la velocidad y la capacidad de una empresa para implantar nuevas tecnologías o procesos. La inquietud acerca de los MDE es que pueden inducir a las empresas a invertir en ciertos tipos de procesos y de controles. Aunque estas decisiones sean voluntarias y no reciban la aprobación oficial del gobierno, el hecho de que los representantes gubernamentales participen en el comité directivo de estos MDE puede, de hecho, impedir a los gobiernos introducir más tarde una política que requeriría inversiones distintas.

En resumen, los críticos de los MDE se preocupan de los costos de oportunidad inherentes a que el gobierno participe de manera formal en iniciativas industriales voluntarias. Éstas son las inquietudes importantes que se deben considerar cuidadosamente. Mientras algunos MDE encaran una amplia gama de temas “difíciles”, otros parecen muy superficiales. Por ejemplo, algunas de las listas de sustancias de preocupación incluidas en varios MDE ni siquiera incluyen todas las sustancias relevantes consideradas “tóxicas” en la CEPA.

Sin embargo, no está claro si esto constituye una crítica fatal. Los defensores del MDE argumentan que el tipo de cambio cultural básico que entraña la prevención de la contaminación se desarrolla mejor trabajando en la construcción del éxito, al concentrarse en los mayores resultados: primero en las actividades de bajo riesgo, para gradualmente generar la aceptación. Los defensores también observan que el problema de la “tecnología rehén” disminuye al encogerse los ciclos de inversión de capital, en respuesta a los requisitos tecnológicos que se desarrollan aún más rápidamente en el mercado global. Por último, quienes proponen el proceso de los MDE arguyen que eliminar la necesidad de regular un tema en particular al resolverlo mediante un MDE es algo positivo, ya que permite que los recursos reguladores se dirijan a otras partes y a temas más difíciles.

¹⁶⁴ Clark, 1995.

Toda iniciativa política tiene inevitablemente costos de oportunidad; es poco probable que la política resulte “óptima”, dadas las múltiples limitaciones y cuestiones que deben encararse. Por lo tanto, las preguntas fundamentales son: a) ¿Cómo pueden los costos de oportunidad asociados con el modelo de los MDE compararse con cualesquier alternativa viable?, y b) ¿Cómo se pueden minimizar estos costos? Estos temas aún no se han abordado de manera sistemática en Canadá.

9.7 Responsabilidad y transparencia

Independientemente de cómo se resuelvan las cuestiones identificadas en el apartado anterior, parecería que —como mínimo— el apoyo del gobierno a tales iniciativas debe ir acompañado de medidas que aseguren la responsabilidad explícita. El Subcomité Parlamentario Canadiense de Regulaciones y Competitividad (1993) recomendó que el apoyo a iniciativas basadas en la discreción incluya una mayor participación de las partes interesadas para definir metas y determinar cómo alcanzarlas.¹⁶⁵ La respuesta del gobierno federal al informe hizo eco a esa conclusión: recomendó que cualquier aumento de discreción se acompañara de un incremento de responsabilidad.¹⁶⁶ Los siguientes apartados analizan hasta qué punto los MDE actuales incorporan cuatro mecanismos potencialmente importantes de responsabilidad: acceso a la revisión judicial, objetivos claros, entrega de informes y desarrollo de indicadores de éxito convenidos.

9.7.1 Revisión judicial: equilibrio entre la flexibilidad y la certeza

En su revisión de algunos MDE del sector industrial federal-provincial que contienen acuerdos no obligatorios, Clark concluyó:

Por una parte, la naturaleza no obligatoria de los acuerdos parece ofrecer un grado de flexibilidad y libertad dentro de los límites de los acuerdos. Por otra parte, sin embargo, la naturaleza no obligatoria de dichos acuerdos origina un alto grado de incertidumbre respecto de los compromisos actuales o percibidos de los signatarios.¹⁶⁷

La manera en que se establece este equilibrio en un acuerdo dado tendrá amplias ramificaciones. En particular, podrá influir en los derechos de terceras personas con relación a operaciones emprendidas o acciones realizadas al amparo del acuerdo. Si un convenio negociado por el gobierno resulta en una obligación vinculante, por ejemplo, entonces cabe suponer que surgirán algunos derechos de revisión judicial. Sin embargo, la mayor parte de los MDE negociados hasta la fecha en Canadá no han establecido obligaciones. En este caso, es mucho menos claro qué recurso obtendrían las terceras personas con el fin de asegurar la obtención de los objetivos del acuerdo.

La experiencia japonesa con la “orientación administrativa” puede ser de interés.¹⁶⁸ En Japón la experiencia es que la orientación administrativa crea “cuasi derechos”. En ausencia de un derecho estatutario o consuetudinario de propiedad a determinado nivel de calidad ambiental, cuando las autoridades locales inducen a los contaminadores a negociar y a regatear, crean en los residentes afectados algo parecido a un derecho o título: “en tanto que no es un derecho legal obligatorio, dentro de los límites de lo razonable confiere a los residentes un derecho privado a regatear [por ejemplo] por el

¹⁶⁵ Gobierno de Canadá, 1992b.

¹⁶⁶ Gobierno de Canadá, 1993, *Responsive regulation*.

¹⁶⁷ Clark, 1995, 8.

¹⁶⁸ Conforme a Young, 1984, 369, “... esencialmente la orientación administrativa funciona como sigue. Una burocracia local avisa a una industria (por ejemplo, un contaminador potencial) de que desea cierto resultado (quizá un acuerdo entre el contaminador y los residentes del área local sobre emisiones, conducta, etc.). El aviso no tiene ni efectos formales ni efectos coercitivos. Sin embargo, la burocracia puede recurrir y recurrirá a la aplicación colateral de la ley (como sería el retener un permiso de construcción) en caso de que el contaminador no coopere”.

grado adecuado de luz solar y ventilación”.¹⁶⁹ Sin embargo, como el proceso no establece una obligación específica, crea derechos muy limitados de revisión judicial:

*A falta de obligatoriedad legal, los tribunales consideran la responsabilidad administrativa y juzgan las acciones burocráticas conforme a un consenso social, más que como un procedimiento formal; de esta manera, tratan de proteger la flexibilidad que es fundamental para el uso burocrático de la orientación administrativa. Asimismo, los tribunales pueden invocar la doctrina de “abuso de derechos”, la cual requiere que los derechos sean ejercidos únicamente dentro del ámbito que se juzgue razonable a la luz del consenso social prevaleciente.*¹⁷⁰

Dada la aplicación limitada de la revisión judicial formal, la eficacia del modelo japonés de orientación administrativa depende en gran medida de la presión social para respetar cualquier decisión tomada. Por supuesto, en Japón esa presión es considerable. En vista de que ese nivel de respeto cultural por el consenso no existe en Canadá, ¿se requieren más mecanismos formales de responsabilidad respecto a los MDE?

9.7.2 Necesidad de objetivos claros

La manera en que los objetivos se articulen repercutirá en el grado en que el público (y el gobierno) pueda medir el progreso y hacer responsables a las partes de los MDE. Actualmente, pocos son los MDE canadienses con objetivos ambientales medibles. Más que normas de desempeño específicas en materia de reducción del uso o de las emisiones, por ejemplo, la mayor parte es por demás general; se concentra en objetivos como mayor conciencia, desarrollo de infraestructura apropiada, elaboración de procesos aceptables para dar información, procesos de verificación y consulta. Como resultado, de acuerdo con una evaluación reciente de los cuatro principales MDE industriales, federales y de Ontario, la evaluación de si se han logrado los objetivos es necesariamente “muy subjetiva”.¹⁷¹ En contraste, el programa federal ARET, el Proyecto 33/50 de Estados Unidos y muchos acuerdos europeos contienen objetivos muy precisos y cuantitativos.

Gran parte de la literatura sobre reforma regulatoria y “la redefinición del gobierno” destaca que la flexibilidad mejorada debe acompañarse de una articulación clara de los objetivos de desempeño.¹⁷² De manera similar, el Comisionado del Medio Ambiente de la Unión Europea afirmó recientemente que una condición para que los países miembro apoyen los acuerdos voluntarios sería que sus objetivos, plazos de instrumentación y responsabilidades de las partes estén claramente definidos y, de ser posible, cuantificados.¹⁷³ Estas condiciones deberían considerarse en todas las futuras iniciativas voluntarias apoyadas por el gobierno.

9.7.3 Disposiciones en torno a la información pública en los MDE

Es generalizada la aceptación de que la información pública es un estímulo indispensable para asegurar la eficacia de las iniciativas voluntarias y minimizar los *viajeros gratuitos*.¹⁷⁴ Pese al reconocimiento del papel que puede desempeñar la información pública cuando se trate de asegurar la responsabilidad, algunos de los MDE iniciales tenían pocas disposiciones en cuanto a dicha información. Un análisis reciente sugiere que tal vez esto haya obedecido a las inquietudes relativas a la

¹⁶⁹ Leane, 1991, 371.

¹⁷⁰ Leane, 1991, 372.

¹⁷¹ Energy Pathways, 1995, 20.

¹⁷² Véase Osborne y Gaebler, 1992.

¹⁷³ Environment Watch, 1995, 15.

¹⁷⁴ Por ejemplo, estudios recientes de Rone sobre el programa 33/50 de Estados Unidos concluyeron que el informe público es crítico, ya que influye en la imagen pública del participante, factor importante de la acción ambiental voluntaria (Arora y Cassien, 1994). Estos investigadores concluyeron que el potencial de los programas voluntarios

(sigue)

confidencialidad y exposición a la responsabilidad.¹⁷⁵ Sin embargo, esto parece estar cambiando. En entrevistas efectuadas para este estudio, los funcionarios de Ontario observaron, por ejemplo, que a cada renovación sucesiva de muchos MDE de Ontario, correspondía un incremento en los requisitos de información en términos de extensión y contenido. Además, algunos sectores, como la CCPA y la MVMA, se han comprometido a proporcionar gran cantidad de información al público.

9.7.4 La necesidad de indicadores que midan el efecto de los MDE

La ausencia de indicadores acordados que midan los resultados de la prevención de la contaminación es un factor crítico que afecta a los MDE. Si tal prevención entraña una modificación cultural esencial dentro de una organización, es concebible que se requieran de 10 a 15 años para que la política se instrumente de manera sistemática en toda la economía. De hecho, puede llevar un tiempo considerable incluso en una organización. La dificultad para medir el cambio cultural será un reto para cualquier intento público de supervisar estas iniciativas y de medir su progreso. De igual manera, impedirá a los funcionarios gubernamentales demostrar “resultados”, haciendo menos factible que se recompensen esfuerzos por comparación con programas reguladores tradicionales. Y la ausencia de indicadores claros puede también limitar el grado en que las empresas estén en posibilidades de reconocer los beneficios de la prevención de la contaminación y de medir su propio progreso.¹⁷⁶ Tal vez es éste un asunto en el cual todos los participantes tienen un interés y en el que debe hacerse un gran esfuerzo en el futuro.

9.8 Conclusiones

Los gobiernos federal y provinciales de Canadá buscan, cada vez más, caminos alternativos —como los MDE— para promover una mejora del desempeño ambiental. Su premisa es que se puede progresar considerablemente de forma voluntaria mediante el establecimiento de un foro en el cual el gobierno pueda compartir la información con los empresarios, y éstos compartan entre sí información y experiencias.

Estas iniciativas podrían mejorar el desempeño ambiental más allá de los requerimientos reguladores e incrementar el nivel de cumplimiento de las obligaciones impuestas por las regulaciones actuales. Al crear una nueva norma de comportamiento, fundamentada en las prácticas de prevención de la contaminación, dichas iniciativas pueden también aumentar la norma de cuidado que se espera de empresas que argumentan diligencia debida o presentan defensas de comportamiento a impugnaciones regulatorias o demandas civiles.

Sin embargo, el apoyo gubernamental a los MDE plantea problemas de coordinación importantes. En algunos casos, existe la preocupación de que el apoyo gubernamental a los MDE pudiera llevar a los funcionarios a soslayar evidencias de infracciones menores, a fin de mantener la confianza que la industria podría requerir para seguir receptiva a los retos que plantea el acuerdo. En algunos casos,

¹⁷⁴ (continuación)

para aumentar las regulaciones se incrementa cuando puede hacerse un seguimiento del progreso, mediante información accesible al público que introduce la responsabilidad por el control ambiental y recompensa los esfuerzos de reducción de la contaminación más allá de lo que requiere la ley (Arora y Cassien, 1994). En su afirmación, ya mencionada, sobre los criterios que la Unión Europea pretende implantar sobre el desarrollo de acuerdos voluntarios, el Comisionado del Medio Ambiente de Estados Unidos reconoció que la transparencia y la vigilancia de cerca de los resultados serán esenciales (Environment Watch, 1995, 15). La información pública es también un componente fundamental de la exitosa iniciativa ARET, un programa multisectorial sobre el reto de la reducción de emisiones.

¹⁷⁵ Energy Pathways Inc. y William A. Neff Inc., 1995.

¹⁷⁶ El alcance de las reducciones de emisiones es un indicador claro que puede unirse fácilmente a la información, y está en el centro de algunas iniciativas exitosas, incluyendo los informes de emisiones anuales del Plan Nacional Maestro de Reducción de Emisiones (NERM, por sus siglas en inglés) del ARET y de la CCPA.

ello podría originar que una parte procesada posteriormente por dichas infracciones menores alegue error inducido oficialmente o abuso de proceso. Algunos de los entrevistados para este estudio argumentaron que la solución a este problema son la cooperación y la comunicación rigurosas entre los funcionarios del gobierno. Sin embargo, a otros les preocupa que el régimen regulador actual es básicamente incompatible con iniciativas como los MDE voluntarios, cuya finalidad consiste en producir un cambio de actitud.

Estas iniciativas también plantean numerosas cuestiones fundamentales sobre el papel del gobierno en el apoyo de medidas voluntarias. Estos aspectos aún están por encararse en Canadá. No obstante el acuerdo extendido de que los gobiernos deberían *fomentar* la acción voluntaria, por ejemplo, algunos críticos argumentan que el gobierno no debería participar en ellos. La inquietud es que, a pesar de que oficialmente los MDE son acuerdos no obligatorios, el apoyo formal gubernamental podría impedir el desarrollo futuro de políticas, al crear expectativas mutuas de que no se dictarán regulaciones mientras los participantes demuestren buscar actuar de buena fe en apego a los MDE, dejando en algunos casos en segundo lugar la tecnología y los procesos.

Si es correcta la premisa de que el fomento de la prevención de la contaminación exige relaciones cuidadosas basadas en la confianza, no será fácil resolver esas inquietudes. Parece que muchas de las iniciativas actuales de los MDE podrían allanar algunas preocupaciones, al destacar mayores medidas de responsabilidad. Los futuros MDE deberían incluir, cuando menos, objetivos medibles, un plazo de instrumentación y responsabilidades claramente definidas. El papel de terceras partes en la negociación y la supervisión de la instrumentación de estos acuerdos resulta más difícil, pero es preciso enfrentarlo. Sin embargo, ninguno de estos cambios se dirigirá a las sospechas de raíz sobre la naturaleza posiblemente preferente de estas iniciativas, ni encararán adecuadamente los problemas potenciales de incompatibilidad entre las medidas regulatorias y las voluntarias. Estas cuestiones no pueden resolverse en este documento. El punto es que se les debe hacer frente de manera explícita. De no ser así, esas inquietudes —y la desconfianza que suscitaría no hacerlo— podrían en riesgo los beneficios potenciales de todas las iniciativas actuales y futuras de esa naturaleza.

Bibliografía

- Agreement to extend the memorandum of understanding on the Canadian Automotive Manufacturing Pollution Prevention Project between the Federal Department of Environment and the Ontario Ministry of Environment and Energy and The Motor Vehicle Manufacturers' Association and the participating member companies* [Acuerdo para ampliar el memorando de entendimiento sobre el proyecto de prevención de la contaminación en el sector de automotores de Canadá firmado por el Ministerio Federal del Medio Ambiente, el Ministerio del Medio Ambiente y Energía de Ontario, y la Asociación de productores de vehículos y sus empresas asociadas]. Firmado por Sheila Copps, ministro federal del Medio Ambiente; Bud Wirdman, ministro de Ambiente y Energía de Ontario, y los presidentes de Chrysler de Canada, GM de Canada, Ford de Canada y la MVMA. 28 de septiembre de 1994.
- Alberta Liberal Opposition Caucus [Grupo Parlamentario de Oposición del Partido Liberal en Alberta]. 1994. Issue information bill brief: re Bill 57 'Delegated Administration Act.' *Alberta Liberal Caucus News*, 2 de noviembre.
- . 1994. Issue information bill brief: re environmental protection endangered by new legislation, Bills 41, 57. *Alberta Liberal Caucus News*, 31 de octubre.
- . 1994. Klein government wants to get out of the business of government. *Alberta Liberal Caucus News*, 2 de noviembre.
- . 1994. This could happen: impact of Bill 57. *Alberta Liberal Caucus News*, 2 de noviembre.
- . 1994. Alberta's environment. *Alberta Liberal Caucus News*, 2 de noviembre.
- . 1995. The burial of Bill 57. *Alberta Report*. 1995. 27 (febrero): 14.
- Arora, S. y T.N. Cassin. 1994a. An experiment in voluntary environmental regulation: participation in EPA's 33/50 Program [Un experimento de regulación ambiental voluntaria: la participación en el programa 33/50 de la EPA]. *Resources for the future discussion paper* 94-10, Washington, abril.
- . 1994b. A voluntary approach to environmental regulation: The 33/50 program. *Resources...* (Verano): 6.
- Asamblea Legislativa de Alberta (*Legislative Assembly of Alberta*), 1994. Bill 57: delegated administration act. Segunda sesión, 23rd Legislature, 43 Elizabeth II.
- Association for Professional Environmental Auditing in Nova Scotia (APEA, Asociación de Auditores Ambientales Profesionales de Nueva Escocia). 1994. Letter to Round Table Sub-Committee on Environment and Economy. 15 de febrero.
- Auditor-General of Canada, 1995. *Matters of special importance*. Ottawa: Queen's Printer.
- Baird, D., Robert Gertner y Randal Picker. 1994. *Game theory and the law*. Cambridge (MA): Harvard University Press.
- Bardach, E. y R. Kagan, 1982. *Going by the book: the problem of regulatory unreasonableness*. Philadelphia: Temple University Press.
- Barton, B.S., et al., 1984. *A contract model to pollution control*. Westwater Institute, University of British Columbia.
- Barton, P., 1979-80. Officially induced error as a criminal defense: a preliminary look. 22 *Criminal Law Quarterly*. 22: 314.
- Bennett, D., 1995. (Canadian Labour Congress) Presentation on Bill C-62, The Regulatory Efficiency Act. 26 de octubre.
- Berger, S., 1992. After *Bata*: the impact on regulators, directors and officers. *C.E.L.R.* (N.S.) 7: 309.
- Braithwaite, J. y B. Fisse, 1987. Self-regulation and the control of corporate crime, in C. Shearing and P.C. Stenning, eds., *Private Policing*. Vol. 23, Sage Criminal Justice System Annuals, cap. 9.

- Braithwaite, J., 1985. *To punish or persuade: enforcement of coal mine safety*. Albany: State University of New York Press.
- Bregman, Eric y Arthur Jacobson, 1994. Environmental performance review: self regulation in environmental law. *Cardozo Law Review* 16: 465.
- Brudner, A., 1990. Imprisonment and strict liability. *University of Toronto Law Journal* 40: 738.
- Bürgenmeier, B. y T. Butare, 1994. Environmental protection: the market or the state? Self-regulation versus institutional change. *Cahier* no. 94. Faculté des Sciences Économiques et Sociales, Université de Genève.10.
- Business Council on National Issues, 1994. Canada's business leaders outline a voluntary strategy to combat global climate change. *BCNI Communiqué*, Ottawa, 4 de noviembre.
- Canadian Automotive Manufacturing Pollution Prevention Project MVMA Task Force, 1994. *Second progress report*. Abril.
- . 1995. *Third progress report*. Junio.
- Canadian Environment Industry Association, 1995. *Public statement on Bill C-62: The Regulatory Efficiency Act*, diciembre.
- Canadian Environmental Law Association, 1995. Comments on the Ministry of Environment and Energy's draft policy and guideline on access to environmental evaluations, submitted to the Ministry of Environment and Energy. Marzo.
- . 1994. Letter to the Prime Minister regarding the Regulatory Efficiency Act, Bill C-62, 14 de diciembre.
- Canadian Petroleum Products Institute, Atlantic Division [Instituto de Productos Petroleros de Canadá, División Atlántico], 1994. Presentation on the Nova Scotia Environment Act (documento de discusión) to the Nova Scotia Round Table on the Environment and the Economy. 16 de febrero.
- Cassils, J.A., 1991. Exploring incentives: an introduction to incentives and economic instruments for sustainable development. *National Round Table on the Environment and the Economy*.
- Clark, K., 1995. *The use of voluntary pollution prevention agreements in Canada: an analysis and commentary*. Ottawa: Canadian Institute for Environmental Law and Policy. Abril.
- Cotton, R. y R. Mansell, 1991. Commentary. *Journal of Environmental Law and Practice* 2 (1): 117.
- Darnell, R., 1993. Environmental criminal enforcement and corporate environmental auditing: time for a compromise? *American Criminal Law Review* 31: 123ff.
- Deturbide, M.E., 1994. Corporate protector or environmental safeguard? The emerging role of the environmental audit. *Journal of Environmental Law and Practice* 5 (1): 1.
- Dugdale, A.M. y K.M. Stanton, 1989. *Professional negligence*. Londres.
- Edwards, P., 1992. Environmental audits and privilege: the courts make their debut. *Journal of Environmental Law and Practice* 3 (2): 204.
- . 1990. Confidentiality in environmental auditing. *Journal of Environmental Law and Practice* 1 (1): 1.
- Egar, D., 1996. Carta a John Moffet, 2 de febrero.
- Energy Pathways Inc. y William A. Neff, Inc., 1995. *Review of voluntary environmental protection memoranda of understanding: final report*. Abril.
- Envionics Research Group, 1995. *Survey on environmental issues*. Otoño.
- Environment Canada, 1996. *Compliance and enforcement report*. Vol. 1. Ottawa: Environment Canada.

- . 1995. *Report on non-regulatory and regulatory initiatives in environmental protection*, Ottawa: Economic Analysis Branch, Response Assessment Directorate. Abril.
- Environment Watch, 1995. *European commission indicates conditions for increasing role of voluntary agreements*. Cutter Information Corp. 7.
- Fleming, J.G., 1989. Probabilistic causation in tort law, *Canadian Bar Review* 68 (4): 1.
- . 1987. *The law of torts*, 7ª. ed. Toronto: Carswell.
- Gallon, Gary T., 1995. Voluntary programs and regulation. *Canadian Hazardous Materials Magazine*. Agosto 7-septiembre 7 (4): 32-35.
- Glachant, M., 1994. *Voluntary agreements in environmental policy*. OECD Environmental Directorate. Febrero.
- Government of Alberta, 1994a. Delegated administrative organizations: a 'third option'. *A Discussion Paper on a New Way of Delivering Programs and Services*.
- . 1994b. Backgrounder on Bill 57: the Delegated Administration Act. 27 de octubre.
- . 1994c. Government Organization Act, chapter G-8.5.
- Gobierno de Canadá. 1995a. *It's about our health! Towards Pollution Prevention*. House of Commons, Standing Committee on Environment and Sustainable Development (20 de junio). Ottawa: Biblioteca del Congreso.
- . 1995b. *CEPA review: the government response—Environmental protection legislation designed for the future. A renewed CEPA*. Ottawa: Minister of Supply and Services. [Disponible en Internet: <www.doe.ca/cepa/govtresp/efront.html>.]
- . 1995c. *The Federal Regulatory Reform Agenda*. Ottawa: Treasury Board of Canada.
- . 1994. *Federal Regulatory Plan*. Ottawa: Treasury Board Secretariat, Regulatory Affairs.
- . 1993. *Responsive regulation in Canada*. Department of Justice. Ottawa: Treasury Board Secretariat.
- . 1992a. *Fisheries inspection regulations*, SOR/92-75. Department of Fisheries. *Canada Gazette Part II*, 126: 514.
- . 1992b. *Report of the Parliamentary Subcommittee on Regulations and Competitiveness*. House of Commons, Standing Committee on Finance, Subcommittee on Regulations and Competitiveness, Ottawa.
- . 1988 (reimpreso en 1992). *CEPA enforcement and compliance policy*. Ministry of Supply and Services, cat. no. En. 40-356/1988E.
- Gobierno de Nueva Brunswick. 1994. *Compliance and enforcement policy*. 1994.
- Gobierno de Nueva Escocia. 1995. *Environment Act*. S.N.S. 1995, c.1.
- Gobierno de Ontario. 1990. *Environmental Protection Act*. RSO 1990, c. E.19.
- Gobierno de Yukón. 1993. *Enforcement and compliance policy for the Environment Act*. (Publicado en 1997.)
- Grabosky, P.N, 1994. Green markets: environmental regulation by the private sector. *Law & Policy* 16 (4): 419.
- Great Lakes Pollution Prevention Centre, 1995. Automotive manufacturers report pollution prevention progress. En *At the Source* (otoño).
- Hawkins, Paul. 1994. *The ecology of commerce*. New York: Harper Business.
- Hawkins, K., 1984. *Environment and enforcement: regulation and the social definition of pollution*. Oxford: Clarendon Press.
- International Organization for Standardization (ISO). 1996. *Environmental management systems-specification with guidance for use*.

- Johnston, C.N., 1995. An essay on environmental audit privileges: the right problem, the wrong solution. *Environmental Law* 25: 285, 335.
- Kastner, N., 1985-86. Mistake of law and the defense of officially induced error. 1985-86. *Criminal Law Quarterly* 28: 308.
- Keeton, W. P., 1992. *Prosser and Keeton on the law of torts*. 5th ed. St. Paul: West Publishing Co. 193.
- KPMG, 1994. *Canadian environmental management survey*. Toronto.
- Krowe, I., 1991. Uncertain incentives, *CA Magazine* 3: 51-52.
- Kwasniak, A. 1995. The Alberta Government organization act. *Environment Network News* (enero-febrero): 24.
- Labatt, S., 1995. *Corporate response toward environmental issues*. Toronto: University of Toronto. Institute for Environmental Studies.
- Latin, H., 1985. Ideal versus real regulatory efficiency: implementation of uniform standards and “fine-tuning” regulatory reforms. *Stanford Law Review* 37: 1267.
- Leane, G., 1991. Environmental contracts: a lesson in democracy from the Japanese, *University of British Columbia Law Review*. Pacific Rim Series 361.
- Leiss, W., 1996. *Lessons learned from ARET: a qualitative survey of perceptions of stakeholders*. Junio.
- _____. 1995. Governance and the environment. Paper presented at symposium, Policy Frameworks for a Knowledge Economy, Kingston, Ontario, noviembre.
- Linden, A., 1988. *Canadian tort law*. 5ª ed. Toronto.
- Mackenzie, I., 1994. *Self regulation and third-party certification*. Prepared for the Canadian Environmental Assessment Agency.
- Memorandum of understanding (MDE) between the federal Department of Environment and the Ontario Ministry of the Environment and the Motor Vehicle Manufacturers’ Association (Canada) and the participating member companies.*
- Memorandum of understanding (MDE) on the Automotive Parts Manufacturing Pollution Prevention Project between the federal Department of Environment and the Ontario Ministry of Environment and Energy and the Automotive Parts Manufacturers’ Association.*
- Memorandum of understanding (MDE) on the Green Clean Project between the federal Department of the Environment and the Ontario Ministry of Environment and Energy and the Dry Cleaners and Launderers Institute and the Korean Dry Cleaners Association.*
- Ministerio de Medio Ambiente y Energía de Ontario, 1995. *Policy and guideline on access to environmental evaluations*. Toronto.
- Moore, J. 1995. A response to the case against an environmental audit privilege. *National Environmental Enforcement Journal* (Diciembre-enero), p. 3.
- Morris, C., 1942. Custom and negligence. *Columbia Law Review* 42: 1147.
- Osborne, D., y T. Gaeblerm, 1992. *Reinventing government*. Boston: Addison Wesley.
- Pollution Prevention Legislative Task Force, 1993. *Final report*. Ottawa: Environment Canada.
- Porter, A., 1995. Patchwork of state privilege laws illuminates need for federal policy. *BNA State Environment Daily* (23 de junio): 18.
- Ronald, D., 1994. The case against an environmental audit privilege. *National Environmental Enforcement Journal* 9 (8): 3.

- Roy, M., 1992. Pollution prevention, organizational culture, and social learning. *Environmental Law* 22 (1): 189.
- Russell, C., 1990. Game models for structuring monitoring and enforcement systems. *Natural Resources Modeling* 4 (primavera): 143.
- Saxe, Diane, 1995. *Ontario Environmental Protection Act, annotated*. Ed. revisada. Toronto: Canada Law Book.
- _____. 1990. *Environmental offences: corporate responsibility and executive liability*. Aurora, Ontario: Canada Law Book, Inc.
- Schmidheiny, S., 1992. *Changing course* London: MIT Press.
- Scholtz, J., 1984. Co-operation, deterrence, and the ecology of regulatory enforcement. *Law and Society Review* 18: 179.
- Secretariat to the Standing Joint Committee for the Scrutiny of Regulations, 1995. *Report on Bill C-62, The Regulatory Efficiency Act* (febrero): 16.
- Serres, C., 1994. De-inventing democracy? *Alberta Report* (21 de noviembre): 12.
- Smart, B., ed. 1994. *Beyond compliance: a new industry view of the environment*. London: Earthscan.
- Standing Joint Committee, 1993. *Minutes of proceedings and evidence of the Standing Joint Committee for the Scrutiny of Regulations*. Issue No. 28-A. Jueves 3 de junio.
- Teubner, Gunther, 1983. Substantive and reflexive elements in modern law. *Law and Society* 17: 239.
- The British Columbia Pollution Prevention Demonstration Project, Memorandum of Understanding*, 1995.
- Thompson, G., 1993. The impact of environmental law on the lending industry in Canada. In Thompson *et al.* (eds.), *Environmental Law and Business in Canada*.
- Treitel, G.H., 1993. *The law of contract*. London: Sweet and Maxwell.
- US EPA, 1986. *Environmental auditing policy statement*. 51 Fed. Reg. 25,004; 25,008.
- Waddams, S.M., 1993. *The law of contracts*. 3^a ed. Toronto: Canada Law Books.
- Whalley, N. Y B. Whitehead, 1994. It's not easy being green. *Harvard Business Review* (mayo-junio): 46.
- Young, M.K., 1984. Judicial review of administrative guidance: governmentally encouraged dispute resolution in Japan. *Columbia Law Review* 84: 923.

Casos citados

- Abitibi Paper Co. vs. R. (1979), 24 O.R. (2d.) 742 (Ont. C.A.).
- Anns vs. Merton London Borough Council, [1978] A.C. 728.
- Carrier-Sekani Tribal Council c. Canadá (Ministerio del Medio Ambiente), [1992] 93 DLR (4^e) 198
- Gauvin vs. Ontario (MoE) (unreported, 29 de agosto de 1995, Ont. Ct. Gen. Div.).
- Gilbert Steel, Ltd. vs. University Construction, Ltd. (1973), 36 DLR 3rd 496 affirmed, 67 DLR 3rd 606 (CA).
- Imperial Oil Ltd. vs. The Queen (unreported, 19 de febrero de 1987, Ont. H.C.J.).
- Just vs. The Queen in right of British Columbia (1990) 64 D.L.R. (4th) 689 (S.C.C.).
- Keyowski vs. The Queen (1988), 40 C.C.C. (3o.) 481.
- Koerber vs. Kitchener Waterloo Hospital (1987), 62 O.R. (2d) 613 (H.C.J.).
- Minister of the Environment vs. Vautier (1982), 12 C.E.L.R. 96 (Que. S.C.).
- Monkman vs. Singh (1989), 62 Man. R. (2d) 277 (Q.B.).
- Procurador general de Canadá vs. Lavell, [1974] RCS, 1349, 1366.
- R. vs. Bata Industries Ltd. (1992), 7 C.E.L.R. (N.S.) 245.
- R. vs. Cancoil Thermal Corp. (1986), 27 C.C.C. (3d) 295, 11 C.C.E.L. 219 (Ont. C.A.); retrial: R. vs. Cancoil Thermal Corp. (1988), 4 W.C.B. (2d) 384 (Ont. Provs. Ct.).
- R. vs. Consumer's Distributing Co. Ltd. (1980), 57 C.C.C. (2d) 317, 54 C.P.R. (2d) 50 (Ont. C.A.).
- R. vs. Courtaulds Fibres Canada Ontario Court Provincial Division, 19 de junio, 1992 [sin publicar]; 9 C.E.L.R. (N.S.) 304.
- R. vs. Crown Zellerbach Properties Ltd. (1988), 49 D.L.R. (4th) 161, 40 C.C.C. (3d) 289 (S.C.C.).
- R. vs. Dupont (unreported, 23 de enero, 1986, Ont. Dist. Ct.).
- R. vs. Ellis-Don Limited, 3 de diciembre, 1990, Ontario Court of Appeal [sin publicar], Carthy J.A.
- R. vs. Flemming (1980), 43 N.S.R. (2d) 249 (Co. Ct.).
- R. vs. Gant , 28 July 1988, B.C.Co.Ct., [1988, sin publicar] B.C.J. No. 1777
- R. vs. General Chemical Canada, Ltd., 18 de julio, 1985, [sin publicar] Ont. Ct., Provs. Div., Essex.
- R. vs. Gordon (1984), 58 N.B.R. (2d) 319 (Q.B.).
- R. vs. Hodgson (1985), 4 F.P.R. 251 (N.S. Provs. Ct.).
- R. vs. Imperial Oil Ltd. (16 de septiembre de 1990), (Ont. CA) [sin publicar].
- R. vs. Jarman (1972), 10 C.C.C. (2d) 426 (Ont. C.A.).
- R. vs. Jewitt, [1985] 2 S.C.R. 128, 21 C.C.C (3d) 7.
- R. vs. Johns-Manville Canada Inc. (1979), 9 C.E.L.R. 137 (Ont. Provs. Ct.).
- R. vs. Johnson (1987), 78 N.B.R. (2d) 19 (Q.B.).
- R. vs. Mack, [1988] 2 S.C.R. 903.
- R. vs. Marbar Holdings Limited (1983), 4 F.P.R. 109 (B.C. Co. Ct.).

- R. vs. Miles of Music, [1989] O.J. No. 391, (C.A.).
- R. vs. Morningstar, [1988] 2 C.N.L.R. 140 (Ont. Dist. Ct.).
- R. vs. Navro Inc. (1988), 5 W.C.B. (2d) 440 (Ont. H.C.J.).
- R. vs. Northwood Pulp Timber Ltd. (22 de junio, de 1992), B. C. Provs. Ct., appeal B.C.S.C. 10 November 1995.
- R. vs. Placer Developments Ltd. (1983), 13 C.E.L.R. 42 (Yuk. Terr. Ct.).
- R. vs. Re Prospec Chemical Ltd. (1996), 19 C.E.L.R. (N.S.) 178 (Alb. Ct.).
- R. vs. Richardson (1982), 68 C.C.C. (2d) 447, 39 O.R. (2d) 438n (C.A.), leave to appeal to S.C.C., refused 48 N.R. 228.
- R. vs. Robertson (1984), 43 C.R. (3d) (Ont. Provs. Ct.).
- R. vs. Sault Ste. Marie (1978), 40 C.C.C. (2d) 353 (S.C.C.).
- R. vs. Southdown Builders Ltd. (1981), 57 C.P.R. (2d) 56 (Ont.).
- R. vs. Squires (1986), 6 L.W. 638 (Ont. Prov.Ct.).
- R. vs. Texaco (23 de noviembre, 1987), (Ont. Provs. Off. Ct.) [sin publicar].
- R. vs. Toronto Electric Commissioners, 13 de febrero, 1991, 6 C.E.L.R. (N.S.) 301, Ont. Ct. (Gen. Div.) [sin publicar].
- R. vs. Toronto Refiners and Smelters Ltd. (sin publicar, 6 de octubre, 1987), (Ont. C.A.).
- R. vs. Transcontinental Printing (sin publicar, 31 de marzo, 1993), (Ont. Provs. Off. Ct.).
- R. vs. Union Carbide Canada Ltd. (1974), 20 C.C.C. (2d) 374, 6 O.R. (2d) 50 (Co. Ct.).
- R. vs. Walker (1989), 91 N.S.R. (2d) 173 (Co. Ct.).
- R. vs. Wells Foundry Ltd. (1980), 9 C.E.L.R. 141 (Ont. Provs. Ct.).
- R. vs. Young (1984), 13 C.C.C. (3d) 1.
- R. vs. Zalev Brothers Ltd., [1989] O.J. 1658 (Dist. Ct.).
- Re Ball and The Queen (1978), 44 C.C.C. (2d) 532 (Ont. C.A.).
- Re Canada Metal Co. Ltd. and The Queen (1974), 20 C.C.C. (2d) 552, 5 O.R. (2d) 787 (H.C.J.), conf. 24 C.C.C. (2d) 374, 8 O.R. (2d) 773 (C.A.).
- Re Save the Bulkley Society *et al.* y Minister of the Environment *et al.*, [1992] 93 D.L.R. (4th) 198.
- Re Safety Kleen Canada Inc., [1991] O.J. No. 1055.
- Susan Hosiery vs. Minister of National Revenue, [1969] 2 Ex. C.R. 27.
- The Atlantic Baron, [1979] Q.B.705.
- Ward vs. Byham, [1956] 1 W.L. R. 496.
- Williams vs. Williams, [1957] 1 W.L. R. 148.

Apéndice A: lista de entrevistados

Ministerios federales de Canadá

Medio Ambiente

Dave Egar, director general, Programas Nacionales
 Tony Stone, ARET
 James Riordan, director, Oficina Nacional de la Prevención de la Contaminación
 Denis Durrant, consejero especial, NOPP
 Brad Cumming, Región de Ontario
 Dale Kimmett, director, Oficina de Aplicación de la Ley
 David Couture, Aplicación de la Ley
 Paul Gavrel, Servicios Jurídicos
 Ned Lynch, Oficina de Administración
 Beverley Hobby, Servicios Jurídicos, Pacífico y Yukón

Industria

John Dauvergne, Asuntos Reguladores

Consejo del Tesoro

Francis Savage, Asuntos Reguladores
 Ian Farris, Oficina del Ministro

Ministerios provinciales

Medio Ambiente, Alberta

Jillian Flett, Servicios Jurídicos

Medio Ambiente, Terrenos y Parques, Columbia Británica

Brad Wylinko, Manejo de Plaguicidas y de Prevención de la Contaminación

Medio Ambiente y Energía, Ontario

Tom Coape Arnold, División de Políticas
 Fred Granek, División de Prevención de la Contaminación
 Brian LeClair, División de Prevención de la Contaminación
 Dave Kerr, Investigaciones
 Lee Hoffman, División de Políticas
 George Arras, División de Políticas
 Antoinette Wells, División de Políticas
 Helle Tosine, División de Políticas
 Jack Johnson, Servicios Jurídicos
 Stan Berger, Servicios Jurídicos
 Medio Ambiente, Nueva Escocia
 Tim Smith, División de Políticas
 Marshall Burgess, Servicios Jurídicos

Medio Ambiente y Gestión de Recursos, Saskatchewan

Rob Baird, División de Políticas y Participación Pública

Ron Barsi, División de Políticas y Participación Pública

Otros organismos canadienses

Asociación de Auditorías Ambientales Profesionales en Nueva Escocia

Dr. John Underwood (Power, de Nueva Escocia)

Asociación de Auditoría Ambiental

Ed Arnold (vicepresidente, Arthur D. Little)

Asociación de Industria Ambiental

Elizabeth Atkinson

Gary Gallon

Asociación de la Banca

Doug Bissett, Riesgos Ambientales

Asociación Fabricare de Ontario

Vic Vandermolen, presidente

Asociación de Fabricantes de Productos Químicos

Gordon Lloyd, vicepresidente

Asociación de Fabricantes de Vehículos Automotores

Mark Nantais, presidente

Yasmin Tarmohamed, gerente, Políticas

Asociación de Fabricantes de Autopartes

Mark Cotter, director, Medio Ambiente

Asociación de Fabricantes del Canadá

Jason Myers, economista en jefe

Asociación Legal del Medio Ambiente

Michelle Swenarchuk, director ejecutivo

Paul Muldoon, consejero

Ramani Nadarajah, consejero

Instituto Pembina para la Tecnología Apropriada

Stephanie Cairns

Rob MacIntosh

Instituto de Legislación y Políticas Ambientales

Mark Winfield, director de Políticas

Congreso del Trabajo

David Bennett, director nacional, Departamento de Salud, Seguridad y Medio Ambiente en el Lugar de Trabajo

BC Hydro

Peter Ficzyz, Seguridad y Medio Ambiente

México

México

1	Introducción	109
2	Marco jurídico	110
	2.1 Marco constitucional	110
	2.1.1 Concurrencia de facultades	110
	2.2 Legislación secundaria	112
	2.2.1 Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente	112
	2.2.2 Ley de Planeación	113
	2.2.3 Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000	114
3	Mecanismos de cumplimiento voluntario en la práctica ambiental mexicana	116
	3.1 Políticas e instrumentos	116
	3.2 Auditorías ambientales	116
	3.2.1 Objetivo y descripción	116
	3.2.2 Participantes en el proceso de auditoría ambiental	116
	3.2.3 Marco legal	118
	3.2.4 El proceso de auditoría: filosofía	121
	3.2.5 El proceso de auditoría: términos de referencia	122
	3.2.6 El proceso de auditoría: etapas	122
	3.2.7 Seguimiento de la auditoría	126
	3.2.8 Financiamiento de las auditorías ambientales	127
	3.2.9 Eficacia de las auditorías ambientales	128
	3.2.10 Impacto de las auditorías ambientales en el estándar de cuidado	129
	3.2.11 Impacto en terceras personas y equidad de las auditorías ambientales	129
	3.2.12 Responsabilidades en la implantación de auditorías ambientales	132
	3.2.13 Relación de las auditorías ambientales con otros mecanismos de cumplimiento voluntario	133
	3.3 La ISO 14000 como una medida de cumplimiento voluntario	133
	3.3.1 Descripción de ISO 14000	133
	3.3.2 Base legal	134
	3.3.3 Eficacia de ISO 14000	135
	3.3.4 Relación de ISO 14000 con otros mecanismos de cumplimiento, y sus efectos	136
	3.3.5 Impacto de ISO 14000 en el estándar de cuidado	137
	3.3.6 Impacto en terceras personas y equidad de la ISO 14000	137
	3.3.7 Responsabilidades en la implantación de ISO 14000	137
	3.4 El Sello Fide de ahorro de energía eléctrica como una medida de cumplimiento voluntario	138
	3.4.1 Descripción del Sello Fide	138
	3.4.2 Base legal del Sello Fide	139
	3.4.3 Eficacia del Sello Fide	139
	3.4.4 Impacto del Sello Fide en el estándar de cuidado, en terceras personas y equidad	139
	3.4.5 Relación del Sello Fide con otros mecanismos de cumplimiento voluntario, y efectos	140
	Apéndice: lista de entrevistas	141
	Bibliografía	142
	Resoluciones judiciales citadas	143

1 Introducción

En el campo del establecimiento y vigilancia de las disposiciones legales en materia de protección al medio ambiente, en México han ido cobrando relevancia y vigencia una serie de medidas que se apartan del concepto tradicional de la inspección y vigilancia, así como de la potestad sancionadora de la autoridad, como el vehículo para lograr la protección del ambiente y de los ecosistemas. Éstos se conocen como “mecanismos de cumplimiento voluntario”, los cuales tienen como común denominador el generarse a iniciativa de los particulares, con fomento e inducción por la autoridad ambiental; esto es, no surgen de los poderes de aplicación coactiva de la ley por parte de la autoridad.¹

Los mecanismos de cumplimiento voluntario han ido ganando terreno en los tres países miembros del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, al grado de estar reconocidas en el Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte (ACAAN). El Artículo 5, fracción 1, inciso c, de este Acuerdo establece que:

Con el objeto de lograr altos niveles de protección del ambiente y de cumplimiento con sus leyes y reglamentos ambientales, cada una de las Partes aplicará de manera efectiva sus leyes y reglamentos ambientales a través de medidas gubernamentales adecuadas, conforme al Artículo 37, tales como: [...] c) tratar de obtener promesas de cumplimiento voluntario y acuerdos de cumplimiento.[...]

En Estados Unidos y Canadá, los mecanismos de carácter voluntario son numerosos y han estado en práctica ya desde hace algunos años. En cambio, la experiencia en México con los mecanismos de cumplimiento voluntario es mucho más limitada. De hecho puede señalarse que, salvo el caso de la auditoría ambiental, en la cual se han dado avances muy significativos, los mecanismos de cumplimiento voluntario se encuentran en una etapa de experimentación, tanto desde el punto de vista técnico-práctico como del jurídico.

El objetivo del presente estudio es hacer un breve recuento de las actividades y experiencias que las autoridades ambientales de México han desarrollado en la elaboración de los mecanismos de cumplimiento voluntario o de programas de cumplimiento voluntario. El capítulo 2 analiza el marco jurídico que rige la implantación y uso de los mecanismos de cumplimiento voluntario en el derecho ambiental mexicano. El capítulo 3 revisa el desarrollo, implantación, efectividad y logros que han tenido las medidas empleadas hasta ahora, o las que en el futuro puedan llegar a utilizarse, así como las limitantes legales y/o de hecho que existen para tales mecanismos.

¹ El término “voluntario” puede ser engañoso. En realidad, se utiliza dicha palabra para destacar el carácter alternativo (frente a las tradicionales medidas de inspección, vigilancia y sanción), así como la espontaneidad con la cual se genera la ejecución de estas medidas por parte de los particulares.

2 Marco jurídico

2.1 Marco constitucional

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se consideran básicamente dos artículos que versan sobre la materia ambiental, el 27 y el 73, fracción XXIX-G,² dispositivos que proporcionan las bases normativas para la integración del marco jurídico ambiental que rige en el país. No se puede excluir la mención de los artículos 4º, 25, 26, 115, 122 y 124, los cuales, aun cuando carecen de un contenido ambiental expreso, tienen una incidencia directa en la materia. Sin embargo, no existe disposición constitucional alguna que prevea o regule los mecanismos de cumplimiento voluntario de las obligaciones legales por parte de los particulares. Los instrumentos de autorregulación no son materia de ejecución de leyes, sino que se ubican en el marco de la concertación entre el gobierno y los particulares. En el sistema legal mexicano, la concertación se concibe como el mecanismo mediante el cual el sector público conviene o acuerda con los sectores social o privado la ejecución de acciones orientadas al cumplimiento de las políticas nacionales. La concertación se encuentra prevista en el Artículo 26, párrafo tercero, de la Constitución, que en su parte conducente señala:

La ley... determinará... las bases para que el Ejecutivo Federal coordine mediante convenios con los gobiernos de las entidades federativas e induzca y concierte con los particulares las acciones a realizar para su elaboración y ejecución.

2.1.1 Concurrencia de facultades

México es una federación constituida por tres diferentes niveles de gobierno: municipal, estatal y federal. Son atribuciones del gobierno federal todas aquellas facultades que le han sido determinadas en la Constitución, ya sea de manera expresa o implícita. Estas atribuciones están señaladas principalmente como facultades del Congreso en el Artículo 73. El Artículo 124 señala que los gobiernos estatales tienen aquellas facultades que no han sido asignadas al gobierno nacional o han sido prohibidas a los estados, y el Artículo 115 define la jurisdicción exclusiva de los gobiernos municipales. Además de los poderes exclusivos de cada nivel de gobierno, existen algunas materias que pueden ser abordadas tanto por autoridades federales o estatales, actuando cada uno de forma independiente. Tal es el caso de México, donde las facultades en materia ambiental se encuentran compartidas por los tres niveles de gobierno.

En los términos originales de la Constitución Federal de 1917, la mayoría de las facultades en materia ambiental, sobre cuestiones relativas a los recursos naturales y respecto de actividades que pudieran tener efectos sobre el medio ambiente, eran ejercidas por el gobierno federal. Esta situación cambió en 1987 al adicionarse la fracción XXIX-G del Artículo 73 constitucional, por la cual se otorgó al Congreso de la Unión la facultad:

...para expedir leyes que establezcan la concurrencia del gobierno federal, de los gobiernos de los estados y de los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de protección al ambiente y de preservación y restauración del equilibrio ecológico...

Como resultado de esta reforma, se otorgaron a los estados facultades para legislar en materia ambiental y ecológica, estableciendo con ello un sistema de concurrencia sobre este asunto entre la federación y los estados.³

² Estos preceptos constitucionales fueron reformados y adicionados mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de agosto de 1987.

La concurrencia en materia ambiental se extiende también hacia los municipios. El Artículo 115 constitucional, fracción II, señala en su párrafo segundo:

Los ayuntamientos poseerán facultades para expedir de acuerdo con las bases normativas que deberán establecer las legislaturas de los estados, los bandos de policía y buen gobierno y los reglamentos, circulares y disposiciones administrativas de observancia general dentro de sus respectivas jurisdicciones.⁴

Y de manera específica, la fracción V del propio Artículo 115 establece:

Los municipios, en los términos de las leyes federales y estatales relativas, estarán facultados para formular, aprobar y administrar la zonificación y planes de desarrollo urbano municipal; participar en la creación y administración de sus reservas territoriales... y participar en la creación y administración de zonas de reserva ecológica. Para tal efecto y de conformidad a los fines señalados en el párrafo tercero del Artículo 27 de esta Constitución, expedirán los reglamentos y disposiciones administrativas que fueren necesarios.

En los citados artículos se observa la existencia de una triple concurrencia de facultades en materia ambiental y ecológica entre los tres órdenes de gobierno: federal, estatal y municipal. Estas atribuciones coincidentes entre autoridades de diferentes órdenes no implica un traslape de jurisdicciones entre los respectivos órganos de gobierno; la legislación secundaria realiza una adecuada distribución de competencias, asignando a cada uno de los gobiernos (federal, estatales y municipales) el ejercicio de facultades determinadas y bien diferenciadas.

En la práctica, son las autoridades federales las que han tomado el liderazgo en la dirección de la política y la normatividad ambiental, en tanto que los gobiernos estatales y municipales se encuentran en etapa de desarrollo y organización. Por esta razón, es previsible que en el corto plazo estos gobiernos comiencen a establecer algunos nuevos mecanismos e instrumentos en materia ambiental, tales como los mecanismos de cumplimiento voluntario.

No obstante, es claro que la tendencia debe apuntar hacia el impulso a los estados y municipios para que asuman el liderazgo en el diseño y establecimiento de mecanismos de cumplimiento voluntario. El uso de tales mecanismos en los niveles estatal y municipal conducirá necesariamente a un mayor grado de aceptación, así como a una generalización en su empleo.

Debe señalarse, sin embargo, que aparentemente existen personas y organizaciones no gubernamentales (ONG) que han expresado sus reservas a que sean los estados y municipios los que estén a cargo de la aplicación de la normatividad ambiental. Los primeros estiman que los estados y municipios pueden ser demasiado estrictos en la aplicación de la normativa, en tanto las ONG consideran, por el contrario, que las autoridades estatales y municipales tenderán a ser menos rigurosas que el gobierno federal en materia de medio ambiente.

³ No obstante, este principio tiene importantes excepciones en el caso de materias que se consideran como de competencia exclusiva de la federación. Tal es el caso, por ejemplo, de los materiales y residuos peligrosos, la industria minera, obras públicas federales y otros rubros considerados en el artículo 5° de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA).

⁴ Asimismo, la fracción III del Artículo 115 establece que los municipios tendrán a su cargo, entre otros, los siguientes servicios públicos: agua potable y alcantarillado, limpia, calles, parques y jardines, y los demás que las legislaturas locales determinen según las condiciones territoriales y socioeconómicas de los municipios, así como su capacidad administrativa y financiera.

2.2 Legislación secundaria

2.2.1 Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente

La Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA) es el cuerpo normativo marco en el cual se reglamentan las normas constitucionales que se refieren a la materia ambiental. En su texto original esta ley, vigente desde el 1 de marzo de 1988, no consideraba la existencia de los mecanismos de cumplimiento voluntario, los cuales se incorporaron hasta las reformas y adiciones aprobadas por el Congreso de la Unión en noviembre de 1996, al reconocer que:

*Las iniciativas voluntarias y concertadas de empresas y organizaciones de productores para mejorar su desempeño ambiental más allá de lo previsto por la normatividad, son un vehículo muy eficiente de gestión ambiental. Promoviendo la autorregulación y la certificación voluntaria, la autoridad puede ampliar considerablemente los espacios de protección ambiental, a través de programas y normas voluntarias para el cambio tecnológico.*⁵

De acuerdo con el nuevo texto legal, los instrumentos de autorregulación se definen de la siguiente manera:

Artículo 38.- Los productores, empresas u organizaciones empresariales podrán desarrollar procesos voluntarios de autorregulación ambiental, a través de los cuales mejoren su desempeño ambiental, respetando la legislación y normatividad vigente en la materia, y se comprometan a superar o cumplir mayores niveles, metas o beneficios en materia de protección ambiental.

La Secretaría [de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca (Semarnap)] en el ámbito federal inducirá o concertará:

I.- El desarrollo de 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;

II.- El cumplimiento de normas voluntarias o especificaciones técnicas en materia ambiental que sean más estrictas que las Normas Oficiales Mexicanas o que se refieran a aspectos no previstos por éstas, las cuales serán establecidas de común acuerdo con particulares o con asociaciones u organizaciones que los representen. Para tal efecto, la Secretaría podrá promover el establecimiento de normas mexicanas conforme a lo previsto en la Ley Federal sobre Metrología y Normalización;

III.- El establecimiento de sistemas de certificación de procesos o productos para inducir patrones de consumo que sean compatibles o que preserven, mejoren o restauren el medio ambiente, debiendo observar, en su caso, las disposiciones aplicables de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, y

IV.- Las demás acciones que induzcan a las empresas a alcanzar los objetivos de la política ambiental superiores a las previstas en la normatividad ambiental establecida.

Como se aprecia en el citado artículo, los instrumentos de autorregulación en México se enfocan hacia las *medidas para el mejoramiento ambiental* (desarrollo de procesos productivos adecuados y compatibles con el ambiente, así como sistemas de protección y restauración en la materia) y hacia los *mecanismos de cumplimiento voluntario* (cumplimiento de normas voluntarias o especificaciones técnicas en materia ambiental, y de sistemas de certificación de procesos o productos).

Deben resaltarse, sin embargo, tres aspectos. Primero, el Artículo 38 tiene carácter enunciativo, mas no limitativo. Esto es, el catálogo de instrumentos previstos en materia de autorregulación no

⁵ Iniciativa de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, 15 de octubre de 1996.

se encuentra limitado a los previstos en la ley, sino que la fracción IV permite la puesta en operación de “las demás acciones que induzcan a las empresas a alcanzar los objetivos de la política ambiental superiores a las previstas en la normatividad ambiental establecida”, como los *intercambios* o las delegaciones. Aún falta tiempo y experiencia entre autoridades y particulares para aceptar la necesidad y conveniencia de incorporar nuevos mecanismos de cumplimiento voluntario, pero la tendencia definitivamente apunta en la dirección de consolidar a éstos dentro de un esquema integral de instrumentos de autorregulación.

Segundo, en el Artículo 38 se prevén los instrumentos de autorregulación de manera genérica, es decir, no se precisa ninguno en particular, lo cual ha de interpretarse en el sentido de que serán disposiciones administrativas las que regulen la operación y las modalidades de los mismos, como reglamentos expedidos por el Ejecutivo Federal o Normas Oficiales Mexicanas. Dado que el texto de la reforma a la LGEEPA simplemente sienta los principios genéricos para su implantación, todavía existen diversas reglas respecto a su ámbito, procedimiento, requisitos, ejecución, vigilancia y demás, que tendrán que ser objeto de un reglamento específico de la LGEEPA en la materia, o de alguna normatividad particular. Se debe tener cuidado, sin embargo, de no restringir demasiado el funcionamiento o restar flexibilidad a los mecanismos de cumplimiento voluntario, puesto que con ello se podría comprometer su efectividad.

Tercero, al definir el carácter de las medidas voluntarias, la ley reconoce únicamente aquellas iniciativas de autorregulación que tengan mayor alcance que la normatividad legalmente exigible.

2.2.2 Ley de Planeación

La Ley de Planeación,⁶ que reglamenta el Artículo 26 constitucional, tiene por objeto, entre otros, establecer las normas y principios básicos conforme a los cuales se llevará a cabo la planeación nacional del desarrollo y encauzar, en función de ésta, las actividades de la administración pública federal, así como sentar las bases para que las acciones de los particulares contribuyan a alcanzar los objetivos y prioridades del Plan Nacional y los programas que de él se derivan. La ley incluye un capítulo dedicado a la “Concertación e inducción”, donde se regulan los instrumentos y mecanismos para convenir con los ciudadanos el cumplimiento de las políticas gubernamentales.⁷ En este sentido, el Artículo 37 indica que el “Ejecutivo Federal, por sí solo o a través de sus dependencias, y las entidades paraestatales, podrán concertar la realización de las acciones previstas en el Plan y los programas, con las representaciones de los grupos sociales o con los particulares interesados”. Enseguida se transcriben las disposiciones de la Ley de Planeación relacionadas con la naturaleza y el carácter de los convenios de concertación:

Artículo 38. La concertación a que se refiere el artículo anterior será objeto de contratos o convenios⁸ de cumplimiento obligatorio para las partes que los celebren, en los cuales se establecerán las consecuencias y sanciones que se deriven de su incumplimiento, a fin de asegurar el interés general y garantizar su ejecución en tiempo y forma

Artículo 39. Los contratos o convenios que se celebren conforme a este capítulo se consideran de Derecho Público.

⁶ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, 5 de enero de 1983.

⁷ Capítulo VI, artículos 37 al 41.

⁸ El Código Civil para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la República en materia de fuero federal, define el convenio y el contrato en sus artículos 1792 y 1793, con estas palabras: “Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones”. “Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.” Como se aprecia, el género próximo es el convenio, y la diferencia específica el contrato, por el cual se da la producción o transmisión de las obligaciones o derechos. Si se parte de la definición legal, el mecanismo correcto para concertar una auditoría ambiental es el “contrato”, toda vez que por medio del mismo se producen obligaciones para las empresas auditadas, exigibles jurídicamente.

Las controversias que se susciten con motivo de la interpretación y cumplimiento de esos contratos y convenios serán resueltas por los tribunales federales.

La obligatoriedad del convenio es un dato relevante. Si bien el iniciar un proceso de auditoría ambiental es prerrogativa del particular, una vez que se pacta su celebración con la autoridad, se crea un vínculo en virtud del cual el auditado se encuentra constreñido jurídicamente a ejecutar la auditoría, así como las acciones previstas en los programas preventivos y correctivos. El convenio es un acuerdo de voluntades, generador de situaciones jurídicas subjetivas.

Como lo señala el Artículo 39, el convenio que se suscriba para llevar a cabo una auditoría será considerado, por determinación de la ley, como de Derecho Público. A través de esta disposición la ley asegura el mantenimiento del interés general, que no puede quedar al arbitrio de los particulares, y permite a la autoridad actuar en una situación de preeminencia, sin abdicar de sus prerrogativas o potestades como ente público. De los Convenios de Concertación y los Convenios de Cumplimiento Ecológico que se revisaron, se colige claramente que aun cuando la autoridad ambiental promueva la ejecución de estos convenios con el particular, su obligación de procurar el estricto cumplimiento de la normatividad ambiental subsiste y de ninguna manera se ve disminuida o limitada. De hecho, y acorde con la ley, dichos convenios estipulan que de no cumplirse con las medidas previstas, en los lapsos considerados en los mismos, la autoridad procederá a imponer las sanciones que correspondan conforme a la LGEEPA.

En caso de incumplimiento con las estipulaciones fijadas en los convenios de concertación y de cumplimiento ambiental, los particulares serán objeto de las sanciones previstas en la LGEEPA, y la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (Profepa) está facultada para imponerlas a fin de asegurar la observancia de los convenios. Éstos no establecen sanciones adicionales a las ya previstas por la LGEEPA, ni se sobreponen a las obligaciones fijadas en la legislación ambiental.

2.2.3 Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000

En el marco del Sistema Nacional de Planeación Democrática, que definen el Artículo 26 constitucional y la Ley de Planeación, los objetivos, metas, políticas, estrategias y prioridades ambientales del gobierno deben estar plasmadas en el Plan Nacional de Desarrollo⁹ y en los programas sectoriales respectivos. El Plan Nacional de Desarrollo es el instrumento rector de las políticas y las acciones gubernamentales; es el documento donde se precisan los objetivos nacionales, las estrategias y las prioridades del desarrollo, y el instrumento que regirá el contenido de los programas sectoriales.

El Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000 establece que:

...la política ambiental y de aprovechamiento de los recursos irá más allá de una actitud estricta -mente regulatoria y se constituirá también en un proceso de promoción e inducción de inversiones en infraestructura ambiental, de creación de mercados y de financiamiento para el desarrollo sustentable..., lo cual se logrará a través de un... sistema de incentivos que alienten a productores y consumidores a tomar decisiones que apoyen la protección del ambiente y el desarrollo sustentable.¹⁰

Este postulado se ciñe a la filosofía de la autorregulación, la cual promueve mecanismos de estímulo-recompensa, en contraposición al principio de comando-control. Estas dos filosofías no son excluyentes entre sí; de hecho son complementarias. Los lineamientos señalados en el Plan son recogidos por el programa sectorial elaborado por la Semarnap para regir la política ambiental durante

⁹ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, 31 de mayo de 1995.

¹⁰ Capítulo 5.8 "Política ambiental para un crecimiento sustentable", pp. 165-166.

la presente administración: el Programa de Medio Ambiente 1995-2000 (en lo sucesivo denominado Programa Ambiental).¹¹

En su labor de modernización de la normatividad y las políticas ambientales, la Semarnap plantea trabajar sobre varios aspectos, entre los cuales se encuentra la *autorregulación*, tal y como se aprecia en el Programa Ambiental:

No en todos los casos resulta eficiente y aún factible imponer de manera coactiva desde la autoridad ambiental condicionantes técnicas y de procesos a las actividades productivas. En muchas ocasiones resulta mucho más conveniente, tanto desde el punto de vista público como privado, construir de manera concertada sistemas de autorregulación, que cumplan con una serie de objetivos, entre los que destacan:

- *Superar la normatividad oficial o cubrir vacíos normativos.*
- *Fomentar un enfoque de calidad ambiental total a los procesos productivos.*
- *Promover la corresponsabilidad y la iniciativa del sector privado en el cumplimiento de objetivos sociales ambientales.*
- *Cumplir con metas sociales adicionales de protección ambiental de una manera costo/efectiva.*
- *Descentralizar compromisos y funciones de gestión ambiental.*
- *Promover la imagen corporativa de empresas o de ramas industriales que asuman iniciativas ambientales.*

*Los mecanismos de autorregulación van a requerir de instrumentos de concertación en los cuales se formalicen los compromisos entre el sector privado y el gobierno, así como de sistemas de verificación y de comunicación social. La autorregulación tiene tres componentes principales, que son las auditorías ambientales, las normas voluntarias y los procesos de certificación.*¹²

Una vez que define la prioridad política y la estrategia de acción, el Programa Ambiental señala explícitamente los proyectos y acciones prioritarias a desarrollar:

- Promoción de normas voluntarias.
- Desarrollo del sistema de auditorías ambientales, con énfasis en las industrias exportadoras.
- Desarrollo de sistemas de certificación ambiental.¹³

¹¹ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, 3 de abril de 1996. A su vez, la Semarnap editó el Programa en una publicación fechada el 13 de marzo de 1996. Todas las referencias al Programa Ambiental en este documento provienen de esta última publicación.

¹² Semarnap, *Programa Ambiental*, p. 118.

¹³ *Ibid.*, p. 121.

3 Mecanismos de cumplimiento voluntario en la práctica ambiental mexicana

3.1 Políticas e instrumentos

Entre los instrumentos de política ambiental, el texto original de la LGEEPA no contenía disposición alguna respecto a la implantación y uso de mecanismos de cumplimiento voluntario. Las reformas de 1996 introdujeron en la LGEEPA algunos mecanismos de autorregulación y la auditoría ambiental. Éstas, consistentes con su naturaleza voluntaria, tienen como finalidad principal procurar la prevención de daños ecológicos, así como fomentar y asegurar el cumplimiento de la legislación ambiental por parte de los particulares. Las auditorías ambientales constituyen el más importante de los instrumentos de cumplimiento voluntario que están siendo puestos en operación por las autoridades mexicanas.

En este capítulo se revisan tres mecanismos relevantes: las auditorías ambientales, las normas ISO 14000 y el Sello Fide de ahorro de energía.

3.2 Auditorías ambientales

3.2.1 *Objetivo y descripción*

Las auditorías ambientales nacieron en México como respuesta a los accidentes industriales, así como a la necesidad de fomentar el control de las emisiones a la atmósfera y de la contaminación del agua y el suelo generadas por las actividades comerciales e industriales. Para ello se utilizó un instrumento distinto al procedimiento tradicional de inspección, vigilancia y sanción.

En México, el objetivo primordial de la auditoría ambiental es la identificación, evaluación y control de los procesos industriales que pudiesen estar operando bajo condiciones de riesgo o provocando contaminación al ambiente. Por medio de las auditorías se realiza la revisión sistemática y exhaustiva de los procedimientos y prácticas de una empresa de bienes o servicios, con la finalidad de comprobar el grado de cumplimiento de los aspectos normados en la legislación ambiental y poder, en consecuencia, identificar posibles situaciones de riesgo para emitir las recomendaciones preventivas y correctivas a que haya lugar. El proceso de auditoría también evalúa en qué medida los procedimientos administrativos, las actividades productivas y las prácticas comerciales son adecuados y consistentes con las obligaciones legales, los lineamientos institucionales, estándares, protocolos de seguridad y buenas prácticas de ingeniería.

La auditoría ambiental es, entonces, el procedimiento voluntario que a instancia de un particular o empresa pública se conduce, bajo la vigilancia de la Profepa, para comprobar si aquél o aquella satisfacen los requisitos de prevención del deterioro ambiental. El desarrollo de una auditoría ambiental implica la revisión y evaluación integral de los procesos, instalaciones y actividades que realiza una industria determinada.

3.2.2 *Participantes en el proceso de auditoría ambiental*

La autoridad administrativa responsable de practicar las auditorías ambientales es la Semarnap. Esta dependencia del Ejecutivo Federal fue creada mediante reforma a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (LOAPF), publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de diciembre de 1994.

Las atribuciones de la Semarnap se encuentran definidas en el artículo 32 bis de la referida Ley Orgánica, adonde se le responsabiliza de “formular y conducir la política nacional en materia

de recursos naturales, siempre que no estén encomendados expresamente a otra dependencia, así como en materia de ecología, saneamiento ambiental, agua, regulación ambiental del desarrollo urbano y desarrollo de las actividades pesqueras...”.¹⁴

De acuerdo con el Reglamento Interior de la Semarnap,¹⁵ dentro de su estructura orgánica se encuentran, entre otros, dos órganos desconcentrados¹⁶ que se enfocan hacia el área ambiental, y que jerárquicamente están subordinados a la Secretaría: el Instituto Nacional de Ecología (INE), encargado de formular, conducir y evaluar la política nacional en el campo de la ecología y la protección del medio ambiente, para asegurar la conservación y restauración de los ecosistemas, así como su aprovechamiento y desarrollo sustentable; y la Profepa, responsable de vigilar el cumplimiento de las disposiciones legales aplicables relacionadas con la prevención y el control de la contaminación ambiental, así como de establecer mecanismos, instancias y procedimientos administrativos que procuren el logro de tal fin.¹⁷

Específicamente, el Artículo 62 del Reglamento Interior de la Semarnap establece que la Profepa tendrá, entre otras, la facultad de:

VIII.- Realizar auditorías y peritajes ambientales respecto de los sistemas de explotación, almace - namiento, transporte, producción, transformación, comercialización, uso y disposición de desechos y compuestos, así como respecto a la realización de actividades que por su naturaleza constituyen un riesgo para el ambiente.

En el propio Reglamento Interior de la Semarnap se determinan las atribuciones de sus unidades administrativas, por lo que enseguida revisaremos la competencia de las autoridades de la Profepa relacionadas con la inducción, promoción, coordinación y concertación de las auditorías ambientales.

La Dirección General de Planeación y Coordinación está facultada, conforme al Artículo 66 del Reglamento Interior, para:

III.- Promover, inducir y concertar con particulares, grupos y cámaras industriales, la realización de auditorías ambientales.

V.- Elaborar mecanismos para evaluar la capacidad técnica de profesionales y empresas para la realización de auditorías y peritajes ambientales.

VI.- Desarrollar programas de capacitación técnica para la realización de auditorías y peritajes ambientales, en coordinación con las áreas competentes de la Secretaría.

VII. Promover la cooperación y comunicación nacional e internacional para el desarrollo técnico en materia de auditorías y peritajes ambientales.

La Dirección General de Operación, prevista en el Artículo 67 del propio Reglamento Interior, cuenta con atribuciones para:

I.- Coordinar y realizar, en su caso, por sí misma o a través de terceros, considerando las dispo - siciones que en materia de secretos prevé la ley de la materia, auditorías y peritajes ambientales a las empresas y entidades públicas y privadas, respecto a los sistemas de explotación,

¹⁴ Fracción II.

¹⁵ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, 18 de julio de 1996.

¹⁶ De acuerdo con el Artículo 17 de la LOAPF, “para la más eficaz atención y eficiente despacho de los asuntos de su competencia, las Secretarías de Estado... podrán contar con órganos administrativos desconcentrados que les estarán jerárquicamente subordinados y tendrán facultades específicas para resolver sobre la materia y dentro del ámbito territorial que se determine en cada caso, de conformidad con las disposiciones legales aplicables”.

¹⁷ La estructura y funciones del INE y de la Profepa se encuentran previstas, respectivamente, en los artículos 54 al 61 y 62 al 82 del Reglamento Interior.

almacenamiento, transporte, producción, transformación, comercialización, uso y disposición de desechos, compuestos, así como respecto a la realización de actividades que por su naturaleza constituyen un riesgo para la población, sus bienes o el ambiente, así como las medidas y la capacidad de las empresas para prevenir o actuar en casos de contingencias y emergencias ambientales.

IV.- Formular, de conformidad con los lineamientos que establezca la Dirección General Jurídica, los proyectos de convenios para concertar las acciones que se deriven de las auditorías y peritajes ambientales, así como sus plazos de ejecución.

V.- Coordinar y realizar en su caso, por sí misma o a través de terceros, las auditorías y peritajes ambientales necesarios para prevenir emergencias y contingencias derivadas de actividades que constituyan un riesgo ambiental, y

VI.- Dar seguimiento a las acciones acordadas en los convenios derivados de las auditorías y peritajes ambientales para asegurar el cumplimiento de las medidas preventivas y correctivas que se determinen.

La Dirección General Jurídica cuenta, entre otras, con las siguientes atribuciones, acorde con el Artículo 76 del Reglamento Interior:

X.- Apoyar a las unidades administrativas competentes de la Procuraduría en la realización de inspecciones y auditorías ambientales.

XI.- Proponer al Procurador los lineamientos internos de carácter jurídico, que deberán observarse en la realización de inspecciones y auditorías ambientales, así como en la emisión de resoluciones y determinación de sanciones que procedan.

Por su parte, las Delegaciones Estatales de la Profepa han sido facultadas, en virtud del Artículo 82 del Reglamento Interior de la Semarnap, para realizar auditorías y peritajes ambientales.¹⁸

3.2.3 Marco legal

Como se mencionó, las recientes reformas a la LGEEPA proveen el fundamento legal para ciertos mecanismos voluntarios o de autorregulación, incluyendo las auditorías ambientales. La Ley de Planeación también establece bases para el desarrollo de auditorías.

La LGEEPA

La expedición de la LGEEPA en 1988 significó un paso importante en el desarrollo de la legislación ambiental en México. Los instrumentos legales originalmente previstos hicieron posibles importantes avances en gestión ambiental. Sin embargo, la experiencia acumulada en casi ocho años de vigencia, así como la necesidad de nuevos instrumentos para lograr una efectiva protección del ambiente, hicieron que se requiriera incorporar en dicho ordenamiento diversas innovaciones, como el marco legal para las auditorías ambientales.

Los artículos 38 bis, 38 bis 1 y 38 bis 2 regulan los aspectos centrales de estas auditorías, tales como su objeto y alcances, las formalidades a seguir en su realización, el reconocimiento o certificación de peritos ambientales que garanticen la calidad profesional de las auditorías, así como el establecimiento de centros regionales de apoyo a la pequeña y mediana industria. A continuación se reproducen los citados preceptos legales:

Artículo 38 bis.- Los responsables del funcionamiento de una empresa podrán en forma voluntaria, a través de la auditoría ambiental, realizar el examen metodológico de sus operaciones, respecto de la contaminación y el riesgo que generan, así como el grado de cumplimiento de la normatividad ambiental y de los parámetros internacionales y de buenas prácticas de operación e ingeniería

¹⁸ Cf. *supra* nota 15, Artículo 82, fracción VII.

aplicables, con el objeto de definir las medidas preventivas y correctivas necesarias para proteger el medio ambiente.

La Secretaría desarrollará un programa dirigido a fomentar la realización de auditorías ambientales, y podrá supervisar su ejecución. Para tal efecto:

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

II.- Establecerá un sistema de aprobación y acreditamiento de peritos y auditores ambientales, determinando los procedimientos y requisitos que deberán cumplir los interesados para incorporarse a dicho sistema, debiendo, en su caso, observar lo dispuesto por la Ley Federal sobre Metrología y Normalización.

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.

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, así como el diagnóstico básico del cual derivan, a disposición de quienes resulten o puedan resultar directamente afectados.

En todo caso, deberán observarse las disposiciones legales relativas a la confidencialidad de la información industrial y comercial.

Artículo 38 bis 2.- Los Estados y el Distrito Federal podrán establecer sistemas de autorregulación y auditorías ambientales en los ámbitos de sus respectivas competencias.

Del texto legal se pueden derivar las siguientes observaciones:

Primero, es voluntario para la industria el realizar una auditoría ambiental. El Artículo 38 bis no impone la obligación a persona o empresa alguna de someterse a una auditoría y, por tanto, las autoridades no cuentan con facultades para exigirles su realización. Sin embargo, una vez que han firmado un convenio de cumplimiento ambiental, la industria debe acatarlo y ajustarse a los resultados arrojados por la auditoría.

Segundo, se otorgan facultades expresas a la autoridad ambiental mexicana para celebrar convenios de concertación con personas y empresas para llevar a cabo auditorías ambientales. Hasta las reformas de 1996, las auditorías ambientales se practicaban sin base en una ley expedida por el Congreso de la Unión; se fundamentaban exclusivamente en disposiciones reglamentarias.¹⁹ Estas reformas dotan de mayor fuerza legal a la autoridad para actuar, inducir y concertar la realización de auditorías ambientales, y proporcionan seguridad jurídica a los particulares sobre el ámbito de los procedimientos involucrados. Estas nuevas disposiciones establecen el marco legal para el proceso de auditoría, y deben ser desarrolladas mediante un reglamento específico que defina el mecanismo para su puesta en operación, el cual deberá observar la Profepa en estricto apego a la legalidad.

¹⁹ Vid. Artículo 38, fracción IX, del Reglamento Interior de la Secretaría de Desarrollo Social, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, 4 de julio de 1992; así como el Artículo 62, fracción VIII, del Reglamento Interior de la Secretaría de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, 8 de julio de 1996.

Tercero, se permite el acceso de terceros interesados a la información derivada de la auditoría, como los programas preventivos y correctivos, y el diagnóstico básico en el cual se originan. Por *tercero* se entiende toda persona que resulte o pueda resultar afectada directamente por las actividades de las personas o empresas auditadas, y que no es parte en la celebración de los convenios de concertación que den lugar a la auditoría. El carácter de tercero perjudicado sólo se aplica a quienes tienen un interés real y justificado, y se encuentren en el caso de resentir los perjuicios surgidos por la violación de una obligación ambiental por parte de las personas o empresas auditadas.²⁰

Cuarto, se resguarda la confidencialidad de la información industrial y comercial, en los términos definidos por la Ley de Propiedad Industrial.²¹ De acuerdo con el Artículo 86 bis 1 de esta última ley, “en cualquier procedimiento judicial o administrativo en que se requiera que alguno de los interesados revele un secreto industrial, la autoridad que conozca deberá adoptar las medidas necesarias para impedir su divulgación a terceros ajenos a la controversia. Ningún interesado, en ningún caso, podrá revelar o usar el secreto industrial a que se refiere el párrafo anterior”.

Quinto, se establece una concurrencia de atribuciones en materia de auditoría ambiental entre los tres órdenes de gobierno en México: federal, estatal y municipal.²² La concurrencia de facultades se establece a fin de permitir una mejor implantación de programas de auditoría, así como una mayor cercanía de las autoridades con sus administrados. La tendencia que se define es el procurar que sean las autoridades estatales y municipales quienes tomen el liderazgo en el diseño e implantación de los mecanismos de cumplimiento voluntario, dentro del marco de la política ambiental nacional. La utilización de los mecanismos de cumplimiento voluntario en los niveles estatal y municipal provocará no sólo su mayor nivel de aceptación, sino una marcada extensión en su uso.²³

La política seguida por la Subprocuraduría de Auditoría Ambiental respecto de las auditorías ambientales ha sido la de buscar que el particular se acerque a la Profepa a efecto de convenir la realización de la auditoría ambiental. El acuerdo entre autoridad y particular se formaliza por medio de dos instrumentos legales: (i) el Convenio de Concertación, que da inicio a la auditoría y por el cual el particular se obliga a sujetarse a los resultados; y (ii) el Convenio de Cumplimiento Ambiental, suscrito al final de la auditoría para fijar los programas preventivos y correctivos, así como el tiempo para instrumentarlos por parte del particular. El tiempo para remediar las faltas ambientales está determinado por factores tales como: irregularidades en la Ley, situaciones de riesgo y por la inversión que deberán realizar las industrias. En caso de que el particular no pueda cumplir con los

²⁰ Vid. Las siguientes tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: Tercero Perjudicado. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. IV, p. 691, Queja en amparo administrativo, Cía. Financiera de Petróleo de Tuxpam, 27 de marzo de 1919, unanimidad. Tercero Perjudicado, Carácter del. *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, Vol. XCV, tercera parte, p. 34. Segunda Sala, Amparo en revisión 4485/64, Puente Reynosa, S.A., 3 de mayo de 1965.

²¹ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, 27 de junio de 1991. Este ordenamiento legal previene en su Artículo 82 que “se considera secreto industrial a toda información de aplicación industrial o comercial que guarde una persona física o moral con carácter confidencial, que le signifique obtener o mantener una ventaja competitiva o económica frente a terceros en la realización de actividades económicas y respecto de la cual haya adoptado los medios o sistemas suficientes para preservar su confidencialidad y el acceso restringido a la misma”.

²² Debe tenerse en consideración que la LGEEPA es una ley “general”, no una ley “federal”. Ello implica que la LGEEPA realice una distribución de la competencia en la materia, y para ello establece “la concurrencia del gobierno federal, de los gobiernos de los estados y de los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de protección al ambiente y de preservación y restauración del equilibrio ecológico...”. Artículo 73, fracción XXIX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

²³ Cabe destacar que, aparentemente, tanto los particulares como las organizaciones no gubernamentales han expresado sus reservas a que los estados y los municipios sean los encargados de aplicar la normatividad en materia ambiental. Los primeros temen que los estados y los municipios sean demasiado rígidos en el cumplimiento de la normatividad ambiental; los segundos, por el contrario, consideran que las autoridades estatales y municipales puedan ser menos rígidas que la federación en materia ambiental.

compromisos incorporados en los Convenios de Cumplimiento Ambiental, la Profepa podrá otorgar un plazo adicional para su cumplimiento, siempre y cuando el industrial compruebe fehacientemente (i) que no ha podido comenzar a cumplir esos compromisos por causas ajenas a su voluntad, o (ii) que las medidas que está aplicando se han retrasado por causas igualmente ajenas a su voluntad.²⁴

Debe señalarse que la auditoría ambiental no se lleva a cabo por funcionarios públicos, sino que la efectúan consultores privados. La Profepa designa, además, a un supervisor, quien vigila que el consultor se apegue a los términos de referencia. La designación tanto del consultor como del supervisor de la auditoría es esencial para el éxito de la misma, por lo que la transparencia en su designación resulta primordial. Antes de la reforma de 1996 a la LGEEPA, la Profepa contaba con una lista de auditores capacitados para la realización de auditorías ambientales, pero no tenía efecto legal alguno, ya que la propia Procuraduría podía autorizar a consultores no incluidos en dicha lista para practicar auditorías, si consideraba que contaban con la experiencia y aptitudes necesarias para cumplir con los términos de referencia. Esta situación se ha modificado, y ahora la ley señala que la Profepa deberá establecer:

Un sistema de aprobación y acreditamiento de peritos y auditores ambientales, determinando los procedimientos y requisitos que deberán cumplir los interesados para incorporarse a dicho sistema. Para tal efecto, integrará un comité técnico constituido por representantes de instituciones de investigación, colegios y asociaciones profesionales y organizaciones del sector industrial.²⁵

3.2.4 El proceso de auditoría: filosofía

En México, una auditoría ambiental implica la evaluación sistemática para determinar si los procedimientos administrativos, las actividades de producción y las prácticas comerciales de una empresa son adecuados y consistentes con las obligaciones legales, los lineamientos institucionales, las normas y demás disposiciones aplicables en materia de protección del ambiente. Así, en el desarrollo de una auditoría ambiental se procede a la revisión de todos y cada uno de los procesos, instalaciones y actividades que realiza una industria determinada.

Las auditorías ambientales abarcan los siguientes temas:

- Seguridad industrial.
- Agua.
- Aire.
- Ruido.
- Residuos sólidos.
- Residuos peligrosos.

²⁴ La legislación mexicana considera la posibilidad de incumplimiento de lo pactado en un convenio o contrato. Así, prevé la excepción por causa de caso fortuito o fuerza mayor. Por *caso fortuito* se entiende “el acontecimiento natural inevitable, previsible o imprevisible, que impide en forma absoluta el cumplimiento de la obligación. [...] En cuanto a la *fuerza mayor*, entendemos el hecho del hombre, previsible o imprevisible, pero inevitable, que impide también en forma absoluta el cumplimiento de la obligación” (v. gr., una huelga, cuando no es imputable al patrón). Vid. Rojina Villegas, Rafael, *Derecho civil mexicano*, tomo V, volumen II, pp. 357-389.

²⁵ Artículo 38 bis, fracción II. La Profepa ha celebrado convenios de concertación con diversas instituciones profesionales, como El Colegio de Ingenieros Mecánicos Electricistas, A.C., El Colegio Nacional de Ingenieros Químicos, A.C., El Colegio de Ingenieros Ambientales, A.C., entre otros, para crear Comités de Evaluación Conjunta que definan las reglas y auxilien a la Profepa en la precalificación de auditores ambientales que, así, puedan quedar incluidos en el sistema de identificación y acreditación.

- Contaminación del suelo.²⁶

El proceso de auditoría incluye materias relacionadas con:

- Diseño.
- Construcción.
- Operación y mantenimiento.
- Materiales.
- Instalaciones.
- Prácticas.
- Procedimientos.
- Personal.

El programa de auditorías arranca bajo la premisa de que los particulares, al acercarse a este instrumento, contarán con la posibilidad de resolver todas aquellas deficiencias ambientales que tengan en sus instalaciones o procesos, con la ventaja de evitar las sanciones que pudieran derivarse de una visita de inspección. Además, la auditoría ambiental hace posible la elaboración de un análisis integral de las deficiencias ambientales que puedan presentarse en una empresa, a diferencia de la inspección, que por su carácter limitado no permite que las autoridades combatan de manera integral los problemas ambientales que en dicho establecimiento se puedan presentar, incluidos aquellos aspectos aún no regulados jurídicamente. Por ello, las autoridades han reconocido en las auditorías ambientales un valioso instrumento que permite a las empresas cumplir en forma voluntaria los requisitos de las disposiciones ambientales en los ámbitos tanto federal como estatal y municipal, en ocasiones más allá de lo estipulado.

El desarrollo de una auditoría ambiental está dirigido a:

- Analizar el sistema de manejo ambiental de la industria auditada.
- Evaluar el grado de cumplimiento de la normatividad ambiental por parte del auditado.
- Evaluar el grado de cumplimiento de la empresa respecto a sus propias políticas ambientales y a las políticas y lineamientos del sector.
- Evaluar las rutinas y procedimientos de manejo y mantenimiento de la empresa.
- Diseñar un plan de acción para remediar las anomalías encontradas durante la evaluación.

²⁶ La auditoría ambiental incluye aspectos relativos a la seguridad y la salud en el trabajo. Legalmente, estas cuestiones son competencia de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social. Es importante reconocer que la autoridad ambiental no está facultada legalmente para vigilar el cumplimiento de la normatividad laboral. Y ello tiene relevancia, ya que este capítulo no podrá ser exigido por la Profepa aun en caso de incumplimiento de la empresa auditada. Téngase a la vista la tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que señala que “en estricto apego al Artículo 16 constitucional, la autoridad debe justificar cabalmente su competencia al emitir cualquier acto de molestia y salvo el caso de que por disposición de la ley dicha competencia sea prorrogable, el sometimiento voluntario del particular no puede llegar a convalidar la falta de facultades, porque es responsabilidad grave indeclinable de todo servidor público verificar si está actuando dentro del ámbito legalmente permitido”. (Competencia, el Sometimiento Voluntario del Particular a la Actuación de una Autoridad no Puede, en Principio, Convalidar la Falta de. *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Parte I, p. 174. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo directo 612/88. Fabricaciones, Ingeniería y Montajes, S.A. de C.V., 21 de junio de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: María Antonieta Azuela de Ramírez. Secretario: Francisco de Jesús Arreola Chávez.)

Estos aspectos proveen una guía metodológica general para la realización de una auditoría ambiental, la cual permite márgenes de flexibilidad para realizar ajustes o enfoques individuales, en atención a las particularidades de la industria auditada. Es responsabilidad conjunta de la Profepa, el particular y el consultor definir los parámetros exactos al momento de fijar las bases de la auditoría.

Uno de los principales objetivos de la Profepa es realizar auditorías ambientales a las industrias que por sus características representen mayor riesgo a la población o al ambiente. La auditoría ambiental consiste en revisar todos y cada uno de los procesos, instalaciones y actividades que realiza una industria determinada; esto incluye tanto lo que se encuentra como lo que no está expresamente regulado. Es decir, al concertar la autoridad con el empresario la realización de una auditoría ambiental, éste se compromete a corregir, reparar, construir o realizar las acciones necesarias que deriven de dicha auditoría, tenga o no obligación legal expresa, con el propósito de salvaguardar vidas, el entorno y convertirse en una industria limpia.

Si bien cualquier empresa puede ser objeto de una auditoría en cualquier momento, cuando una empresa se considere altamente riesgosa, se encuentre en zonas ambientales frágiles o tenga un impacto ambiental significativo, califica para ser auditada por la Profepa. Actualmente la autoridad procura hacer un uso eficiente de los recursos y del tiempo en aquellas industrias con un mayor grado de problemática ecológica. Al respecto, el Programa Ambiental establece:

(La auditoría) se fundamenta en la participación voluntaria empresarial, para la prevención y control de la contaminación industrial. Enfocada en un inicio a la industria más grande y de mayor riesgo en el país, así como a la industria paraestatal, la estrategia se hará extensiva a todas las industrias en general, particularmente a aquellas que participan en los flujos comerciales que se operan en el marco de tratados de libre comercio, así como a las que dedican su producción parcial o total a la exportación hacia cualquier país.

Se buscará fortalecer las auditorías ambientales como instrumento voluntario de prevención y control de la contaminación industrial, a través de convenios con las empresas y buscando que sus efectos se difundan a lo largo de toda la estructura productiva.²⁷

Aunque una auditoría ambiental puede iniciarse a “invitación” de la Profepa para que el particular la lleve a cabo, ésta se considera como una tarea voluntaria (ya que la Profepa no tiene facultades para obligar a una empresa a efectuar este tipo de evaluaciones). Si bien la auditoría es voluntaria, el no aceptar la “invitación” trae como consecuencia lógica un aumento de la probabilidad de que en la empresa renuente se practique una visita de inspección y vigilancia por parte de las diversas unidades de la Profepa.

Una vez que una empresa acepta realizar una auditoría ambiental (como resultado de una “invitación” o de la comparecencia espontánea), deberán acordarse en el Convenio de Concertación los siguientes puntos:

- Adherirse a los términos de referencia establecidos por la Profepa para la práctica de la auditoría ambiental, y sujetarse a la vigilancia de la propia Procuraduría.
- Realizar todos los actos, estudios, proyectos, trabajos y programas necesarios para el establecimiento, ajuste y/o desarrollo del plan para protección ambiental (véase más adelante la sección 3.2.7) de la compañía que resulte de la evaluación.
- Controlar sus actividades a través del plan de protección ambiental, con miras a minimizar los riesgos y la contaminación generada por su proceso de producción.
- Realizar las modificaciones a su plan de protección ambiental.

²⁷ Semarnap, *Programa Ambiental*, p. 119.

3.2.5 El proceso de auditoría: términos de referencia

La Profepa, a través de la Subdirección de Auditoría Ambiental, ha definido los “Términos de referencia para la conducción de auditorías ambientales” (de ahora en adelante términos de referencia). Éstos detallan las tareas y expectativas de la Profepa en materia de auditoría ambiental, las actividades que deben desarrollarse, y se establece la metodología para su realización. Incluyen información y requisitos sobre:

- Fundamento legal.
- Realización de auditorías ambientales.
- Supervisión de auditorías ambientales.
- Informe de auditorías ambientales.
- Programa de Protección Ambiental.²⁸

Los términos de referencia establecen los procedimientos y enfoques que se deben emplear por parte del consultor que lleve a cabo la auditoría. Éstos se desarrollaron con el fin de que la industria pudiera evaluarse bajo los mismos criterios, pero obviamente poseen cierta flexibilidad para poder abarcar al gran espectro de actividades económicas, áreas geográficas y condiciones sociales. En tal virtud, los procedimientos y enfoques son de alcance general. Los aspectos específicos a evaluar se tienen que adecuar, dependiendo del giro industrial, la zona de ubicación y otras características propias e individuales del particular de que se trate.

3.2.6 El proceso de auditoría: etapas

Una auditoría ambiental comprende tres etapas: (1) planeación (o preauditoría); (2) evaluación *in situ* (o auditoría) y (3) postauditoría.²⁹

*Planeación (o preauditoría)*³⁰

En esta etapa se elabora un detallado programa de actividades, el cual debe incluir los tipos de monitoreo y análisis a efectuar. En esta fase se realiza toda la planificación y toma de decisiones sobre la forma en que se llevará a cabo la auditoría ambiental, al igual que la búsqueda de toda la información relativa a la empresa, procesos, productos y materias primas.

*Evaluación in situ o auditoría*³¹

Ésta es la etapa fundamental de todo el proceso. En esta fase se elaborarán todos los estudios a partir de los que se establecerá el diagnóstico ambiental, y se indicarán las medidas correctivas. El consultor ambiental desarrolla las labores de muestreo, análisis y monitoreo en un programa acordado con el particular, siempre en constante interacción y con seguimiento por parte de la Profepa. En la práctica, el consultor ambiental está en contacto permanente con la Profepa y se obliga a entregar informes periódicos de los avances, reportes de laboratorio, análisis de muestras y evaluaciones *in situ*, a fin de garantizar la imparcialidad de la auditoría. Funcionarios de la Profepa participan en las visitas del consultor a las instalaciones que se auditan.

²⁸ Artículo 32 bis, fracción I, de la LGEEPA.

²⁹ Carmona Lara, María del Carmen, “Aspectos jurídicos de la auditoría ambiental en México”, en *Pemex: Ambiente y energía. Los retos del futuro*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Petróleos Mexicanos, 1995, pp. 88 a 96.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*, p. 89.

A su vez, en esta etapa encontramos una serie de subetapas, tales como:

- La recopilación de datos básicos.
- El análisis del proceso de producción.
- El balance de materiales.
- La evaluación del costo de gestión de residuos y emisiones.

La evaluación de una instalación industrial requiere de estudios dentro y fuera de la planta. Los estudios dentro de ésta incluyen la revisión de archivos y registros técnicos. En esta etapa se propicia entre las tres partes involucradas un nutrido intercambio de información para lograr un mejor entendimiento acerca del origen, alcance y soluciones posibles de los problemas o anomalías que se detecten. El trabajo fuera de la planta consiste en obtener y analizar la información relacionada con el entorno natural, las condiciones socioeconómicas y los requerimientos aplicables de la normatividad ambiental. Los análisis sobre el entorno natural y socioeconómico tienen como objetivo determinar los impactos ambientales generados por la planta, así como los efectos del entorno sobre la misma. El análisis sobre la normatividad ambiental tiene el propósito de identificar las disposiciones legales, normativas y reglamentarias que debe cumplir una empresa auditada. El análisis legal debe comprender los instrumentos jurídicos ambientales, pero también puede abarcar otras áreas como las disposiciones sanitarias o de seguridad en el trabajo.

Cabe mencionar que en el transcurso de una auditoría, la Profepa cuenta con un mecanismo de comunicación interno para evitar visitas de inspección durante el desarrollo de aquélla. Sin embargo, técnicamente hablando, no existe en el marco legal en vigor en la actualidad impedimento alguno para que la Procuraduría u otras autoridades pudieran llevar a cabo dichas visitas. De hecho, tanto en los Convenios de Concertación como en los de Cumplimiento Ambiental, la Profepa se reserva expresamente sus facultades de inspección y vigilancia.

En cuanto a la notificación a otras autoridades acerca de la realización de una auditoría ambiental, la Profepa, a través de la Subprocuraduría de Auditorías Ambientales, informa al área de verificación normativa, que es la encargada de inspeccionar a los particulares, sobre la práctica de una auditoría ambiental. Por su parte, los particulares pueden informar directamente a otras autoridades. En cuanto a la existencia de una medida específica de coordinación, tanto de las autoridades federales entre sí como entre autoridades federales y estatales, a la luz del programa de auditorías ambientales la Profepa informa que existen planes para lograr una mayor coordinación entre los responsables de los distintos niveles de gobierno; con esto se busca informar no sólo a las autoridades competentes sobre la realización de una auditoría ambiental, sino además promover su reconocimiento y validez ante ellas. En la práctica, otras dependencias estatales y municipales se han abstenido de conducir inspecciones a los particulares que les reportaron que están practicando una auditoría ambiental.

*Postauditoría*³²

En esta etapa se elabora el informe final con base en la información recabada, la cual incluye las conclusiones obtenidas sobre cada uno de los procesos estudiados.

³² *Ibid.*, p. 92.

El informe final contiene un reporte de resultados que incluye:

- Un resumen ejecutivo.
- Un informe de auditoría.
- Los anexos técnicos y fotográficos.

El informe debe satisfacer los requisitos mínimos para que los resultados se puedan incorporar en el Convenio de Cumplimiento Ambiental que para tal efecto se suscriba entre la Profepa y el particular. La celebración del Convenio de Cumplimiento Ecológico marca formalmente el final del proceso ordinario de la auditoría ambiental, y fija bases concretas para las acciones que debe observar el particular en el calendario especificado a fin de corregir las anomalías y/o deficiencias detectadas en la auditoría.

3.2.7 Seguimiento de la auditoría

Dado que el procedimiento de auditoría desemboca en la preparación y aplicación de un plan adecuado de medidas correctivas, la Profepa se reserva expresamente el derecho de realizar cualesquier tipo de visitas y monitoreos a efecto de verificar el estricto cumplimiento de las acciones requeridas en el Convenio de Cumplimiento Ecológico.³³ Llegado el caso de que el particular se aparte de las acciones y el calendario acordados, o de que en una visita de inspección se detecten anomalías, entonces es claro que quedan a salvo y se pueden hacer efectivas las sanciones consideradas por la LGEEPA, como el instrumento coactivo con que cuenta la autoridad para propiciar el cumplimiento forzoso del particular. Normalmente, de conformidad con la información proporcionada por funcionarios de Profepa, estas inspecciones se realizan cada tres meses, independientemente de que el particular presente un informe sobre las actividades que ha ejecutado para cumplir con los términos del Convenio.

En caso de que dichas visitas o monitoreos demuestren que el particular no ha acatado los términos del Convenio de Cumplimiento Ecológico, la Profepa podrá imponer las sanciones administrativas a que haya lugar. No obstante, en situaciones que no impliquen riesgos ambientales, por vía de los Convenios es posible otorgar a los particulares plazos para cumplir con la normatividad, que no se contraponen a fin de cuentas con el cumplimiento de lo que establece la ley.

Así, la parte más importante del programa de auditoría ambiental consiste en la manera en que la Profepa conviene con el particular los pasos para corregir las deficiencias que se identifiquen en el proceso de evaluación, los cuales se reflejan expresamente en el cuadro de acciones y plazos límite incorporados en el Convenio respectivo. Normalmente estos “planes de protección ambiental” establecen los tiempos de inicio y conclusión de cada una de las acciones correctivas (representadas en forma de gráficas de barras), la asignación de responsabilidades, los costos asociados, a todo lo cual da seguimiento la Profepa.

Cabe destacar que uno de los atractivos principales de las auditorías ambientales en este ámbito es que permiten realizar un análisis integral del estado que guarda la industria auditada, lo que sería imposible si la Profepa realizara inspecciones periódicas, ya que las mismas estarían limitadas siempre al marco establecido en la orden de visita que se emitiera para estos efectos.

³³ *Ibid.*, p. 95.

3.2.8 *Financiamiento de las auditorías ambientales*

Profepa

En diciembre de 1992, la Profepa instauró el Programa de Auditorías Ambientales en el ámbito nacional en 58 industrias ubicadas en 10 estados (Baja California, Chihuahua, Coahuila, Distrito Federal, Estado de México, Guanajuato, Jalisco, Michoacán, Nuevo León y Tamaulipas). Para ejecutarlo, la Profepa decidió impulsar la práctica de auditorías ambientales mediante el financiamiento de las primeras que se llevaron a cabo en México, con el fin de que los industriales pudieran contar con una muestra representativa de las ventajas y beneficios que ofrecen las auditorías ambientales. La inversión efectuada en las primeras auditorías ambientales —que tuvieron lugar en 1992, en el corredor industrial de Coatzacoalcos-Minatitlán, en 19 industrias de alto riesgo, clasificadas de acuerdo con el manejo y cantidad de sustancias peligrosas en sus procesos— fue de aproximadamente 5 millones de pesos. En diciembre de 1992, al programa de auditorías ambientales a escala nacional se asignó una inversión inicial de 17 millones de pesos. Para 1995, el programa de auditorías ambientales llevadas a cabo por la Profepa había arrojado una inversión en planes de acción de 290 millones de pesos.³⁴ Para 1996, la Procuraduría destinó aproximadamente 20 millones de pesos para la realización de auditorías.³⁵

Nacional Financiera (Nafin)

Durante 1995 esta institución financiera del gobierno federal creó un fondo especial asignado para préstamos con fines ambientales, esto es, para la implantación de las medidas y acciones correctivas a través de ciertos programas de crédito con tasas preferenciales. No obstante, según los datos obtenidos de funcionarios de Nafin, el presupuesto con que se cuenta para este tipo de proyectos no se ha ejercido en su totalidad en ningún año desde que está disponible. Aparentemente, la principal razón por la que no se utilizan todos los recursos es la falta de información sobre la existencia del programa.

Además de los préstamos ordinarios, Nafin cuenta con créditos directos con fines ambientales a través de su asociación con el *North American Environment Fund* (NAEF) y el *European Community Investment Partners* (ECIP). El ECIP fue diseñado para otorgar financiamiento a proyectos ambientales de las pequeñas y medianas empresas mexicanas que concierten proyectos con compañías europeas. Según datos de Nafin, el ECIP proporcionará hasta 50 por ciento de los costos de operación para la conversión, 20 por ciento del capital total y hasta 50 por ciento para el entrenamiento y capacitación del personal. El monto máximo de asistencia por proyecto es de 1.36 millones de dólares.

Banobras

El Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos ha creado un Fondo de Inversión en Infraestructura (Finfra), con una contribución inicial por parte del gobierno federal de 250 millones de pesos. Sin embargo, se busca que eventualmente el Fondo adopte una estructura de capital mixto, compuesto por aportaciones del gobierno federal, del sector privado y/o de organismos financieros internacionales.

³⁴ Programa de Medio Ambiente 1995-2000, p. 66.

³⁵ Declaración de Antonio Azuela de la Cueva, procurador Federal de Protección al Ambiente, durante el acto de clausura de la Reunión México-Canadá-Estados Unidos sobre ISO 14000, Auditoría Ambiental, organizada por la Profepa en la Ciudad de México el 23 de agosto de 1996.

Este Fondo se dedicará a financiar proyectos nuevos dedicados a las siguientes actividades productivas: carreteras, puertos y aeropuertos, agua, drenaje y saneamiento, equipamiento y transporte urbano; recolección, disposición y reciclaje de basura. Para determinar la viabilidad del proyecto, atendiendo a criterios de rentabilidad y riesgo, Banobras ha emitido reglas de operación de Finfra que establecen las bases para la obtención de recursos depositados en el Fondo. Se dará prioridad a aquellos proyectos que tengan como finalidad:

- Promover la realización de proyectos de alta rentabilidad social.
- Desarrollar, transferir, innovar o mejorar la tecnología existente en su ramo.
- Contribuir al desarrollo regional.
- Coadyuvar a la diversificación, ampliación y modernización de la planta productiva nacional.
- Integrar cadenas productivas.

La inversión realizada por el gobierno federal en estas áreas coadyuvará no sólo a la protección del medio ambiente, sino que ayudará a reducir los costos financieros y a aumentar la disponibilidad de recursos que pudieren derivarse o enfrentarse en el desarrollo y conclusión de una auditoría ambiental.

3.2.9 Eficacia de las auditorías ambientales

De acuerdo con informes de la Profepa, de 1992 a junio de 1997 se han realizado 759 auditorías, de las cuales 669 están concluidas y 90 en proceso. Se han firmado 676 planes de acción, 328 de ellos en proceso, 110 cumplidos y 238 en etapa de concertación.³⁶ El Programa de Auditoría Ambiental se ha concentrado básicamente en giros industriales prioritarios, tanto por sus características de riesgo como por su importancia en las exportaciones nacionales. En el programa se encuentran las grandes empresas paraestatales, como Petróleos Mexicanos (Pemex), Comisión Federal de Electricidad y Ferrocarriles Nacionales de México, e industrias del sector privado tales como Cementos Mexicanos (Cemex), Peñoles, Altos Hornos de México, Nestlé, Ford Motor Company, General Motors de México, Nissan Mexicana y otras empresas de los giros químico, textil, alimentario y curtiduría, entre otros. Menos auditorías se practicaron en empresas públicas durante 1995, como consecuencia primordialmente de la crisis económica. En general, el número de auditorías en los sectores público y privado se ha incrementado año con año, de conformidad con cifras proporcionadas por la Profepa: 19 en 1992, 66 en 1993, 161 en 1994, 179 en 1995 y 274 en 1996.

Si bien el número de auditorías practicadas ha aumentado, esto no necesariamente se traduce en la reducción del número de visitas de verificación.³⁷ Dichas visitas ahora se enfocan a las industrias que no son parte del programa de auditoría. Ciertamente el efecto benéfico de la auditoría ambiental se da porque el particular absorbe los costos de su implantación, con lo cual no se afectan los recursos destinados por la Profepa a la aplicación de la ley, permitiéndole asignarlos de conformidad con sus prioridades de inspección.

Como uno de los mayores logros de la experiencia obtenida con el programa de auditoría ambiental, la Profepa ha destacado el que por cada peso que se invierte en la realización de la

³⁶ Consúltense la página WWW de la Profepa en la dirección <<http://www.semarnap.gob.mx/profepa/Auditar.htm>>.

³⁷ Datos de la Profepa reportan que de agosto de 1992 a julio de 1996 se han realizado 54,085 visitas de inspección; 2,000 clausuras parciales; 424 clausuras totales, y se han detectado 37,958 irregularidades leves.

auditoría, la industria compromete, en promedio, una inversión de 13 pesos para solucionar los problemas detectados durante la misma.

3.2.10 Impacto de las auditorías ambientales en el estándar de cuidado

En razón del carácter flexible de las auditorías ambientales y del mutuo acuerdo entre la industria y la autoridad ambiental, el resultado sobre el nivel de cuidado del medio ambiente se ve incrementado. De hecho, una auditoría de este tipo logra que el empresario ponga solución a las causas que propician daño ambiental, en tanto que el empleo de sanciones por parte de la Profepa no necesariamente resulta en una mejoría en el estándar de cuidado sobre el medio ambiente.

Asimismo, dado que la auditoría no se restringe a las áreas que estén específicamente reguladas o normadas, su ejecución se reflejará en una mejora gradual del récord de cumplimiento ambiental de la industria, así como en la promoción de políticas benéficas para el ambiente. En vista de la experiencia y los resultados obtenidos por medio de la auditoría ambiental, México no está lejos de reconocer la necesidad o idoneidad de aplicar nuevas normas o reglas sobre el particular.

3.2.11 Impacto en terceras personas y equidad de las auditorías ambientales

Los convenios de concertación y de cumplimiento ambiental derivados de las auditorías ambientales no llegan a tener impacto sobre terceros, especialmente cuando se trata de personas morales. Los convenios suscritos por personas morales sólo obligan a las mismas en el caso de violaciones a la ley penal (véase más adelante).

En materia civil, las personas morales sí son responsables de los daños y perjuicios que causen sus representantes legales en el ejercicio de sus funciones, por lo cual, en su caso, estarían obligadas a repararlos.³⁸ En el supuesto de que las actividades de una empresa llegaran a dañar la persona o el patrimonio de un tercero, éste podría emprender acción civil en contra de la persona moral para exigir que se le indemnice.³⁹

En el ámbito criminal, el Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la república en materia de fuero federal, establece como regla general que sólo las personas físicas pueden ser sujetos activos de un delito. El Artículo 11 del Código Penal sostiene:

Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica o de una sociedad, corporación o empresa de cualquier clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados en la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública.

En esta redacción se aprecia que es el miembro o representante de la persona jurídica el que comete el delito y no la entidad moral; no obstante, se deja abierta la posibilidad de que en determinadas situaciones se apliquen las reglas de participación en la comisión del delito y que, en consecuencia, se decrete la suspensión o disolución de la agrupación.

³⁸ Artículo 1918 del Código Civil para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la república en materia de fuero federal.

³⁹ Vid. tesis de la Suprema Corte Justicia de la Nación, "Reparación del daño por las personas morales. La condenación al pago de daños y perjuicios es independiente de la responsabilidad penal, pues para estatuir sobre la responsabilidad civil sólo debe acreditarse la existencia de los daños causados en el patrimonio del demandante, por hechos ajenos, y las personas morales no se hallan exentas de responsabilidad civil en los casos y con los requisitos establecidos por la ley". *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, T. XXVII, p. 3941, Amparo penal directo 9612/42, Romero Flores, Andrés, 12 de agosto de 1943, unanimidad de cuatro votos.

Como ha afirmado la Corte:

...no puede admitirse que carezcan de responsabilidad quienes actúan a nombre de las personas morales, pues de aceptarse tal argumento los delitos que llegaran a cometer los sujetos que ocupan los puestos de los diversos órganos de las personas morales, quedarían impunes, ya que las sanciones deberían ser para la persona moral, lo cual es un absurdo lógico y jurídicamente hablando, pues las personas morales carecen de voluntad propia y no es sino a través de las personas físicas como actúan. Es por eso que los directores, gerentes, administradores y demás representantes de las sociedades, responden en lo personal de los hechos delictivos que cometan en nombre propio o bajo el amparo de la representación corporativa.⁴⁰

Esta tesis deja claro que si se presenta el incumplimiento de los convenios de concertación o de cumplimiento ecológico, los representantes y directivos de las empresas serán responsables personalmente en el supuesto de existir algún ilícito penal. Por su parte, la empresa deberá responder civilmente por el incumplimiento de las propias obligaciones y, de ser el caso, indemnizar a los perjudicados por el daño patrimonial o personal que hayan sufrido a causa de su negligencia.

Legislación antimonopolios

Uno de los mecanismos de cumplimiento voluntario previstos en la LGEEPA es el establecimiento de sistemas de certificación de procesos para inducir patrones de consumo que sean compatibles con el medio ambiente, o que lo preserven, mejoren o restauren. En este caso, la autoridad ha de ser muy cuidadosa en el diseño de los citados sistemas, a efecto de evitar el surgimiento de alguna práctica monopólica.

En México rige la Ley Federal de Competencia Económica, cuyo objetivo es proteger el proceso de competencia y libre concurrencia mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios.⁴¹ Dicho ordenamiento cataloga como *práctica monopólica relativa*, entre otros rubros, a “todo acto que indebidamente dañe o impida el proceso de competencia y libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios”.⁴²

Los sistemas de certificación pueden tener un efecto en este sentido, si son utilizados por grupos económicos para excluir del mercado a aquellos productores de bienes y servicios que no se encuentren en capacidad financiera, tecnológica y humana de alcanzar los estándares definidos en dichos sistemas. Por ello se recomienda mucha precisión al definir su naturaleza jurídica y los procedimientos de operación, a fin de evitar una ventaja exclusiva e indebida en favor de uno o varios productores o prestadores de servicios.

La intervención de la autoridad pública en la regulación de los sistemas de certificación es un aspecto relevante, ya que constituye un elemento definitivo para excluir la posibilidad de la creación de una práctica monopólica. En este sentido se ha pronunciado la Suprema Corte, al afirmar que “de las presunciones de monopolio deben excluirse las actividades que se realizan mediante vigilancia o intervención oficial o en las que de algún modo participe el Estado, el que puede, en todo tiempo, limitar y condicionar las actividades de los particulares”. Asimismo, el máximo tribunal ha indicado que para que esta regulación “sea constitucional, debe ser general, previa, y

⁴⁰ “Personas morales, responsabilidad penal de los representantes de las”. *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, vols. 175-180, 2ª parte, p. 114.

⁴¹ Esta Ley se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*, 24 de diciembre de 1992. La autoridad encargada de su ejecución es la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, a través de la Comisión Federal de Competencia.

⁴² Artículo 10, fracción VII.

comprender todas las actividades de la misma índole, y no solamente aplicarla a casos aislados, porque esto se traduce en preferencias exclusivas y en ventajas perjudiciales”.⁴³

Criterios aplicables

Acerca de los criterios para asegurar la equidad entre las empresas sujetas al programa de auditoría, el Programa Ambiental dispone:

*La regulación tiene costos sociales importantes tanto para el sector privado como para la administración pública. Por ello, debe procurarse obtener los mayores beneficios sociales posibles como resultado del ejercicio regulatorio. En este sentido debe buscarse que todo instrumento regulatorio se apegue a criterios de costo y de efectividad, congruentes con modalidades tecnológicas disponibles o previsibles y con una alta calidad ambiental de los procesos productivos, en el marco de una verdadera tendencia de ajuste microeconómico.*⁴⁴

Ciertamente un problema serio en el campo de las auditorías ambientales es su alto costo de ejecución e implantación. Es decir, a pesar de que se han realizado algunos esfuerzos para obtener el financiamiento que permita el acceso de la mediana y pequeña industria a este mecanismo, en la gran mayoría de los casos este tipo de industriales se hallan marginados de su aplicación. El costo de la auditoría será menor para empresas pequeñas y medianas con el desarrollo de Centros Regionales, de modo que no queden fuera de los beneficios derivados del programa.

De cualquier forma, la auditoría ambiental se ha convertido en un instrumento que funge como complemento exacto de los métodos de inspección y vigilancia tradicionales. La inequidad económica que pudiera presentarse (aunque es verdad que en las grandes empresas los costos también son directamente proporcionales en monto) no impide que de hecho cualquier industrial se acerque a la Profepa para su implantación; esta cuestión es particularmente cierta en compañías expuestas, por su actividad o ubicación geográfica, a un mayor escrutinio por parte de la autoridad o de la sociedad.

Actualmente se explora la posibilidad de establecer un sistema de “autoauditoría” que rompa con la rigidez, costo y limitaciones tanto operativas como logísticas que las auditorías ambientales imponen a los particulares auditados. A las empresas que se ajusten al programa de autoverificación (al que se refiere el párrafo siguiente), este sistema de “autoauditoría” les permitiría realizar la evaluación de las instalaciones y con un consultor llenar el reporte que se presente ante la Profepa. La idea es no atar el desarrollo de las auditorías ambientales a las limitaciones logísticas u operativas de la Profepa, sino permitir que todo tipo de industrias puedan llevarlas a cabo y notificar los resultados a la autoridad con la participación de consultores acreditados. Este programa aún se encuentra en proceso de análisis, pero existen claras señales de que se promoverá en fechas próximas.

Sobre el particular, el Programa Ambiental dispone:

Adicionalmente, se instrumentará un programa de autoverificación de las empresas por medio de un procedimiento de auditorías por declaración, que implica la presentación de una declaración del estado ambiental de sus instalaciones y procesos, ante la autoridad ambiental, a través de una empresa previamente acreditada.

De acuerdo con este programa, se vigilará con apego a la ley a todas las empresas que se incorporen al mismo, evaluándolas en forma aleatoria para establecer su veracidad.

⁴³ “Monopolios”. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, T. XLIX, p. 1233, Amparo administrativo en revisión 4467/35, Eichelberger L. H., 22 de agosto de 1936, mayoría de tres votos.

⁴⁴ Semarnap, *Programa Ambiental*, p. 113.

Como contraparte de las sanciones, se establecerá un programa de estímulos y reconocimientos con el fin de promover en forma equitativa la observancia de las leyes, reglamentos, normas y programáticas ambientales.⁴⁵

Toda vez que las auditorías ambientales pueden llegar a ser inaccesibles por su costo a la mayoría de las compañías en México, sobre todo a la pequeña empresa y la microempresa, actualmente la Profepa evalúa distintas opciones con la Cámara Nacional de la Industria de la Transformación (Canacintra) para hacer más asequibles, financieramente hablando, las auditorías ambientales, sin sacrificar por ello sus objetivos en favor del medio ambiente.

Deber de confidencialidad

A raíz de la reforma de 1996 a la LGEEPA, se garantiza el acceso a la información en materia de auditoría ambiental. El Artículo 38 bis 1 señala que la Profepa “pondrá los programas preventivos y correctivos derivados de las auditorías ambientales, así como el diagnóstico básico del cual derivan, a disposición de quienes resulten o puedan resultar directamente afectados”. La confidencialidad queda salvaguardada para los casos de información industrial y comercial, de acuerdo con la Ley de Propiedad Industrial.

Estas disposiciones parten del reconocimiento de que los daños al medio ambiente tienen un impacto en la sociedad y, por ello, se desea que los resultados de las auditorías ambientales practicadas sean del conocimiento público. Antes de la reforma legal, la información derivada de las auditorías sólo podía hacerse pública con el consentimiento de las empresas, ya que éstas, de manera voluntaria, ponían a disposición de la autoridad toda la información proveniente de una auditoría. Este paso se considera de suma importancia, ya que la difusión de información permitirá un mayor escrutinio social sobre el cumplimiento de las acciones derivadas de la auditoría.

3.2.12 Responsabilidades en la implantación de auditorías ambientales

En la implantación y ejecución de las auditorías ambientales intervienen diversos sujetos que realizan importantes tareas y tienen las responsabilidades derivadas de un deber jurídico adquirido en virtud de los convenios suscritos con la Profepa. Así, la empresa auditada debe consentir el acceso a sus instalaciones del personal encargado de la auditoría, y proporcionar oportunamente la información necesaria que permita conocer los procesos y el grado de cumplimiento de la ley, los reglamentos y la normatividad ambientales. Por su parte, el auditor o consultor ha de recopilar, revisar y analizar la información relacionada con los procesos productivos y su interrelación con suelo, aire y agua; el equipo anticontaminante, las medidas para minimizar riesgos y los planes de atención de emergencias. Aunado a esto, efectuará los muestreos y análisis pertinentes para corroborar la veracidad de la información. Finalmente, el supervisor designado por la Profepa desempeña un papel importante, ya que es la persona encargada de vigilar que el auditor se apegue en sus prácticas a los términos de referencia para la realización de auditorías ambientales.

Los profesionales que desarrollen las auditorías están sujetos a la responsabilidad penal que deriva del ejercicio de su profesión. El Código Penal establece como delito la responsabilidad en que pudieren caer los profesionistas o personas que se dediquen al ejercicio de un servicio de carácter técnico, con título legal para ejercer la actividad, y que con motivo del ejercicio de su profesión, incurran en responsabilidad criminal, bien por negligencia, falta de pericia, descuido o por cualquier

⁴⁵ *Ibid.*, p. 119.

otro motivo similar, pudiendo ser responsables de la comisión de un delito intencionado o ejecutado con imprudencia.⁴⁶

Como ya se ha explicado, la auditoría ambiental surge en muchos casos de una “invitación” de la Profepa a una empresa para que se acoja al programa. Dependiendo de los resultados que arroje la auditoría, se firma un Convenio de Cumplimiento Ambiental en virtud del cual la empresa auditada se compromete a tomar ciertas medidas de carácter correctivo en un plazo determinado, so pena de que en caso de no cumplir con lo convenido la Profepa podrá imponer las sanciones que correspondan en contra de la empresa.

La responsabilidad de dar cumplimiento a los convenios recae en la empresa, como persona moral. Es decir, la responsabilidad es de la corporación, no así de sus socios, directivos o representantes. Como se vio anteriormente, las obligaciones y los derechos que adquiere una persona moral por convenio o contrato son obligaciones y derechos exclusivos de la entidad creada por la ley, no de los miembros constitutivos de ella o de los representantes de la misma. Por otro lado, los individuos únicamente tienen alguna responsabilidad en caso de que se cometa algún ilícito penal, ya que en el derecho mexicano la responsabilidad criminal es individual.

La autoridad nunca deja de ser responsable de vigilar el cumplimiento de los ordenamientos en materia ambiental, ni el particular de cumplir con sus obligaciones respectivas. Es decir, la auditoría ambiental no altera el orden normativo por el cual le corresponde al particular observar sus deberes en materia ambiental, y a la autoridad cerciorarse de que así sea, con el imperio para sancionar a infractores y forzar acciones correctivas.

3.2.13. Relación de las auditorías ambientales con otros mecanismos de cumplimiento

La auditoría ambiental no constituye un obstáculo para que una compañía practique otro tipo de mecanismos de cumplimiento voluntario. Al contrario, probablemente las auditorías ambientales seguidas por una empresa sirvan para facilitar la puesta en marcha de otros mecanismos voluntarios. Instrumentos como la ISO 14001, por ejemplo, pueden llegar a incrementar el nivel de cuidado y respeto al medio ambiente, justamente el punto medular examinado en una auditoría ambiental, aun cuando no garantizan el cumplimiento de la legislación. Algunos de dichos instrumentos voluntarios e incentivos se discuten en los capítulos siguientes.

De acuerdo con la Profepa, los criterios ambientales obligatorios en México superan en muchas ocasiones algunos de los lineamientos fijados por instrumentos como la ISO 14001. Es preciso señalar, además, que si no existe un criterio ambiental determinado que pueda utilizar la Procuraduría en un caso concreto, la Profepa ha recurrido comúnmente ya sea a criterios técnicos que ha ido desarrollando el propio sector industrial (como Pemex en los últimos tiempos) o, en su defecto, a criterios internacionales de normatividad ambiental (como los instrumentados por el Ministerio del Medio Ambiente de Canadá, la Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos y la Unión Europea).

3.3 La ISO 14000 como una medida de cumplimiento voluntario

3.3.1 Descripción de ISO 14000

ISO 14000 es una serie de normas internacionales que están en proceso de creación por la Organización Internacional de Normas (ISO, por sus siglas en inglés). Estas normas tienen como principio

⁴⁶ Vid. “Profesionista, delito de responsabilidad técnica de los.” *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, T. XLVII, p. 3432. Amparo penal en revisión 6449/35, Torre, Miguel de la. 28 de febrero de 1936, unanimidad de cuatro votos. Vid. También el artículo 228 del Código Penal.

el establecer los parámetros uniformes, la capacidad de respuesta y la organización administrativa a los que es posible referirse internacionalmente para fijar el grado de cumplimiento y de eficiencia ecológica con el que debe operar una industria. Alcanzar estos parámetros permite a una empresa obtener la certificación ISO 14001, como un indicador de su avance en tecnología y cumplimiento de las metas de protección al medio ambiente.

La certificación ISO 14001 tendrá así un doble beneficio: (a) brindará a la empresa certificada un valor agregado en la mercadotecnia de sus bienes o servicios, debido al prestigio de la certificación ISO; y (b) apoyará las operaciones y el desempeño de las empresas, debido a la tecnología y a las medidas de mejoramiento requeridas por los organismos certificadores de las normas ISO 14000. Al mismo tiempo, se espera que dicha mejora en la producción proporcionará incentivos adicionales para que otras empresas busquen obtener dicha certificación.

Por el grado de aceptación que han tenido las normas ISO 9000 (sistemas de aseguramiento de calidad), muchos especialistas ya aseveran que ISO 14001 puede convertirse en una norma mundial, y que la empresa que no cuente con su certificación respectiva tropezará con múltiples obstáculos para realizar sus actividades, sobre todo aquellas de índole de comercio exterior.⁴⁷

3.3.2 Base legal

En México existen dos tipos de normas: las Normas Oficiales Mexicanas (NOM) y las Normas Mexicanas (NMX). Si bien ambas contienen disposiciones o medidas ambientales, existe una gran diferencia entre ellas, pues en tanto las NOM son obligatorias, las NMX sólo son de referencia.⁴⁸

La norma ISO 14001 fue traducida al español por grupos de trabajo multidisciplinarios, coordinados por el Instituto Mexicano de Normalización y Certificación, A.C. Ello tuvo como propósito que estas normas fueran adoptadas como NMX y, así, ser introducidas en el sistema jurídico mexicano, exclusivamente con carácter voluntario y como parámetros de referencia.

En fechas recientes se han llevado a cabo múltiples seminarios y conferencias, organizados principalmente por agrupaciones empresariales, justamente para evaluar los alcances, objetivos y mecanismos de adopción de las normas ISO 14001 en México. La Profepa también ha participado en estas actividades, junto con otras dependencias gubernamentales. Aunque hay cierto interés en el sector privado por incorporar las ISO 14001 como NMX, debe destacarse que las autoridades ambientales consideran que la incorporación de estas normas internacionales en México es prematura, y han señalado con claridad que el cumplimiento de la norma ISO 14001 no garantiza el cumplimiento de los estándares establecidos por la normatividad mexicana.⁴⁹ El gobierno de México, no obstante, reconoce los beneficios potenciales de los sistemas de administración ambiental, como los propuestos por la serie ISO 14001. Es percepción de la Profepa que el proceso de auditoría en México ya incorpora los conceptos de las normas ISO 14001, e incluso en muchos casos posee mayores alcances.

Otros esfuerzos de la autoridad ambiental tienen como meta el facilitar la futura certificación conforme a ISO 14001. Sobre el particular, el Programa Ambiental dispone:

⁴⁷ De acuerdo con datos del Instituto Mexicano de la Calidad, únicamente 1,000 empresas en México cuentan con la certificación ISO 9000.

⁴⁸ Así se definen estos dos tipos de normas en la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, 1 de julio de 1992; reformada por decretos publicados el 24 de diciembre de 1996 y el 20 de mayo de 1997.

⁴⁹ La posición oficial de la Profepa se expresa en la Resolución 97/05 del Consejo de la CCA "Cooperación en el futuro con respecto a los sistemas de manejo y cumplimiento ambiental".

[La reducción en la generación de residuos] va a facilitar la certificación futura de esta industria por el sistema de normas ISO 14000, que muy pronto se considerarán indispensables para los productos de exportación generados por industrias potencialmente contaminantes.⁵⁰

Al tratar el tema del papel que deben guardar las normas voluntarias, el Programa Ambiental expone:

Es sumamente importante promoverlas y buscar que un número creciente de empresas se sujete a ellas, ya que son más costo/efectivas que la regulación unilateral por parte de la autoridad.

Su promoción por parte del sector privado obedece a al menos dos razones. Por una parte, la prevención de la contaminación resulta, en el mediano plazo, mucho más rentable que su control o, incluso, que eludir la regulación existente, ya que da pie a procesos más eficientes y menos costos. Por otra, existe una creciente presión internacional para su adopción, y tienden a convertirse en un requisito para la participación en muchos mercados, tanto de bienes intermedios como de consumo final. La autoridad ambiental promoverá decididamente toda iniciativa de normas voluntarias que signifique un beneficio ambiental.⁵¹

Según los datos más recientes, existen ya en México algunas compañías que han empezado a proporcionar un servicio de certificación de ISO 14001. Sobre la cuestión, el Programa Ambiental establece:

La certificación de productos y la generación ISO 14000 de normas voluntarias habrán de inducir eslabonamientos verticales entre industrias. La certificación ambiental de los productos y de la gestión ambiental adecuada implícitas en estos mecanismos obliga a establecer cadenas de proveedores que garanticen el acatamiento de estándares ambientales. Sin duda, ello promoverá una integración productiva mayor que la existente y permitirá desarrollar nuevos mercados. Esto, sin embargo, plantea la necesidad de buscar sistemas simplificados de certificación para empresas medianas y pequeñas, de manera que no se generen barreras comerciales artificiales.⁵²

El proceso de certificación lo realizan empresas privadas de auditoría, que utilizan borradores sin carácter oficial de la norma ISO 14001.⁵³ La “autorización” que en la actualidad se expide a las empresas examinadas por el consultor respectivo será canjeada por la “certificación” correspondiente cuando la ISO 14001 se expida oficialmente.

3.3.3 Eficacia de ISO 14000

Si bien las normas ISO 14000 todavía no han sido terminadas, la experiencia derivada de ISO 9000 augura un efecto positivo de aquéllas en el mercado. Con base en el éxito obtenido por las normas ISO 9000 (sistemas de aseguramiento de calidad), los promotores de ISO 14000 aseveran que un concepto similar en materia de gestión ambiental podría ser de utilidad y muy probablemente lograr un éxito similar en el cuidado del medio ambiente, como lo ha tenido ISO 9000 al revolucionar los sistemas de administración. Sin embargo, es importante reconocer que aunque hay semejanzas entre ambos sistemas de estándares, la serie ISO 9000 llenó un vacío en el área de la administración de calidad, en tanto que ISO 14001 es sólo un apoyo para las normas jurídicas ambientales.

El contar con un respaldo internacional tendiente a lograr que las empresas tengan un eficiente sistema y organización administrativa para responder a sus obligaciones relacionadas con la protección al medio ambiente, podría sonar como algo muy lejano; pero el éxito de la ISO 9000 a la fecha demuestra que dicha meta es alcanzable.

⁵⁰ Semarnap, *Programa Ambiental*, p. 122.

⁵¹ *Ibid.*, pp. 118-119.

⁵² *Ibid.*, p. 129.

⁵³ Entrevista con Carlos Soto Rivera, UL de México, S.A. de C.V. (filial de Underwriters Laboratories).

3.3.4 Relación de ISO 14000 con otros mecanismos de cumplimiento, y sus efectos

Las normas ISO 14000 pueden estar dirigidas a la industria como complemento de programas ambientales gubernamentales. Pese a que estas normas no constituyen un obstáculo para la implantación de otros instrumentos, y que su puesta en operación repercutirá favorablemente en las prácticas ambientales de la industria, parece haber diferencias de opinión en relación con el efecto de las normas ISO 14000.

De acuerdo con el Instituto Mexicano de Normalización y Certificación, los requisitos operativos y administrativos para propiciar la protección ambiental ideados en las normas ISO 14000 sobrepasan los fijados por la legislación ambiental misma. Por su parte, la Profepa tiene algunas reservas respecto a ISO 14001. De acuerdo con su apreciación, ISO 14001 es un mecanismo de carácter comercial que puede tener, como beneficio adicional, un efecto positivo en el ambiente, pero no garantiza la protección ambiental ni sustituye la normatividad nacional.

Las normas ISO 14000 buscan la prevención de la contaminación, pero no como sustituto de la normatividad ambiental, sino como elemento que propicie su mejor y más eficiente cumplimiento. Este criterio se sustenta básicamente en el principio de que todas las actividades industriales y comerciales van a tener un impacto ambiental, ya sea directo o indirecto, que si no es atendido oportunamente puede traer aparejados problemas muy graves en el medio ambiente. Existe sobre este punto la grave confusión de que las ISO 14000 sustituirán a las normas existentes. Sin embargo, es importante reconocer que el sistema ISO se basa en los estándares fijados por la normatividad gubernamental.

Existe confusión sobre el ámbito exacto de aplicación de estas normas voluntarias. Las ISO 14000 no van a sustituir (ni legalmente podrían hacerlo) los niveles de cumplimiento exigidos por las NOM y el resto de la normatividad emanada de la LGEEPA. La ISO 14001 sólo tendría validez si se le incorporara en nuestro sistema jurídico como Norma Mexicana, elaborada y expedida conforme a lo dispuesto por la Ley Federal sobre Metrología y Normalización. Estas NMX, con referente internacional, pueden constituir instrumentos de suma utilidad para activar los movimientos industriales que tiendan a ampliar la conciencia ecológica y las medidas que resulten en una protección más visible del medio ambiente.

Sobre este punto, el Programa Ambiental dispone:

La normatividad voluntaria consiste en acuerdos entre empresas y la autoridad ambiental para llevar las exigencias ambientales más allá de lo que plantean las normas oficiales, o bien para llenar vacíos normativos.

Se debe trabajar activamente con el sector privado para concretar acuerdos de normatividad voluntaria en algunas ramas industriales particularmente problemáticas. De manera paralela, debe estimularse y participar con el sector privado una nueva generación de normas voluntarias definidas por la International Standardization Office (sic) (ISO), que incorporan la gestión ambiental dentro de las normas de calidad total de las empresas. Estas normas, que van adquiriendo una importancia creciente en el contexto internacional, plantean patrones de conducta tecnológicos y administrativos orientados a la prevención de la contaminación y la minimización de residuos, así como a la sustitución de insumos.⁵⁴

⁵⁴ Semarnap, *Programa Ambiental*, p. 118.

3.3.5 Impacto de ISO 14000 en el estándar de cuidado

Las normas ISO 14000, en los niveles de cuidado al medio ambiente y de medidas de gestión ambiental que funcionan de manera paralela y complementaria a los fijados por la normatividad ambiental, pueden llegar a tener como efecto un incremento del nivel de protección ambiental.

Las normas ISO 14000 no pretenden intervenir en otros aspectos no relacionados con lo ambiental, como la salud ocupacional o la administración de la seguridad; sin embargo, esto no implica que se desincentive a una empresa para que desarrolle e integre estos elementos en su sistema administrativo. De tal suerte, el proceso de certificación-registro únicamente se aplica a los aspectos del sistema de administración ambiental.

La normatividad ambiental no se modificará por la introducción de NMX basadas en ISO 14000. Lo que sí ocurrirá es que las empresas que busquen obtener la certificación ISO 14001 necesariamente deberán comprobar que han superado las pruebas para demostrar que cuentan con un sistema eficiente de organización, monitoreo y respuesta para prevenir, evitar y atender todo tipo de contingencias ambientales.

3.3.6 Impacto en terceras personas y equidad de ISO 14000

La forma en que ISO 14000 ha sido diseñada otorga a terceros un papel importante en el manejo de la misma. El éxito de estas normas reside en el relieve que, se augura, le darán a terceras personas; debido a la naturaleza voluntaria de estas medidas, se elaboraron de manera que, se espera, se conviertan en un factor capaz de otorgar una ventaja comparativa a las empresas que las empleen. Al parecer, de acuerdo con la experiencia de ISO 9000, conforme estas normas se difundan las empresas exigirán a las compañías con las que comercian que cumplan con los requerimientos fijados por ISO 14000 y que cuenten con la certificación correspondiente. De esta forma, las terceras personas contribuirán al cuidado del medio ambiente al preferir comerciar con aquellas empresas acreditadas por ISO 14000.

Estas normas proporcionan las directrices para el desarrollo e implantación de un sistema de administración ambiental y de sus principios, así como para su coordinación con otros sistemas administrativos. En teoría, las directrices son aplicables a cualquier organización, sin importar el tamaño, tipo, nivel de madurez o de desarrollo, y versan sobre la implantación y/o mejoramiento de un sistema de administración ambiental. Puesto que los costos para implantar la ISO 14001 son proporcionales al tamaño de la empresa a certificar, de entrada pareciera que rige un principio de equidad en su operación.

No obstante lo anterior, tal y como ha sucedido con las ISO 9000 en México, el costo de certificación suele ser muy elevado; por ello, sólo unas cuantas empresas de gran tamaño pueden realmente aspirar a contar con dicha certificación. Para propiciar una democratización de este instrumento, es indispensable hacer accesible el financiamiento a pequeñas y medianas empresas, a efecto de que puedan obtener la certificación. Más aún, existe desinformación entre el empresariado mexicano respecto de los desarrollos y exigencias de la economía globalizada, excepto en los círculos de los grandes y refinados empresarios, lo cual puede también excluir a la vasta mayoría de las pequeñas empresas.

3.3.7 Responsabilidades en la implantación de ISO 14000

Como se ha mencionado, la implantación de las normas ISO 14000 es resultado de una decisión voluntaria y unilateral por parte de una empresa en particular. La decisión de certificar a una empresa se concreta a través de organismos privados de certificación, siguiendo los estándares ISO. Si la empresa

cumple con dichos estándares, se emite un certificado donde se hace constar que los lineamientos de las normas ISO 14001 han sido cumplidos, y los organismos de certificación se encargan de verificar en forma periódica que la empresa siga cumpliendo con las normas en cuestión. La responsabilidad de la implantación y el cumplimiento de ISO 14001 recae en la empresa certificada; los organismos de certificación únicamente dan seguimiento al cumplimiento o apego a los estándares.

Para que la familia de normas ISO 14001/NMX tenga éxito, es menester que las empresas designen a personal con suficiente autoridad, competencia y recursos para garantizar la implantación del sistema de administración ambiental. Los gerentes operacionales deben ser responsables y estar comprometidos con el desarrollo del sistema de administración ambiental.

En opinión de la Profepa, la ISO 14001 en nada afecta la responsabilidad derivada de la normatividad ambiental, de carácter obligatorio, puesto que ni la autoridad ve restringidas sus facultades en presencia de una empresa certificada, ni esta última puede eximirse de obligaciones legales por contar con la certificación. Como ha señalado el procurador federal de Protección al Ambiente, Antonio Azuela de la Cueva:

Sin que esto signifique disminuir el valor de un sistema como ISO 14000, y del valor tan importante que puede tener para las empresas, tiene que quedar muy claro que por lo menos de parte del gobierno mexicano, pasar el ISO 14000, contar con esa certificación, no significará una certificación de que se cumple con la legislación ambiental mexicana.⁵⁵

3.4 El Sello Fide de ahorro de energía eléctrica como un mecanismo de cumplimiento voluntario

3.4.1. Descripción del Sello Fide

La Comisión Nacional para el Ahorro de Energía (Conae), en apoyo a los objetivos y las metas establecidas por la Comisión Federal de Electricidad, y con la participación de proveedores del sector eléctrico, cámaras empresariales y el Sindicato de Trabajadores Electricistas de la República Mexicana, constituyeron el Fideicomiso de Apoyo al Programa de Ahorro de Energía del Sector Eléctrico (Fide), organismo privado que une esfuerzos y garantiza el concurso de los diversos interesados en esta materia. Dentro de las diversas funciones del Fideicomiso, se encuentra el “Sello Fide”. Este sello es un instrumento al que pueden acudir voluntariamente los productores de bienes y servicios para garantizar a los consumidores la adquisición de equipos y aparatos eléctricos que ahorran y hacen un uso eficiente de la energía.

Los tres primeros certificados que autorizan el derecho de uso del Sello Fide han sido otorgados a las siguientes empresas:

- Phillips Mexicana.
- Osram de México.
- General Electric.

De acuerdo con el Programa de Desarrollo y Reestructuración del Sector de la Energía 1995-2000, se define como prioridad para el ahorro y uso eficiente de la energía el concertar con los sectores social y privado su incorporación a los programas orientados al ahorro energético en transporte, procesos, inmuebles, producción de bienes y prestación de servicios.⁵⁶

⁵⁵ Versión estenográfica del acto de clausura de la Reunión México-Canadá-Estados Unidos sobre ISO 14000, Auditoría Ambiental, organizada por la Profepa en la Ciudad de México el 23 de agosto de 1996.

⁵⁶ Programa de Desarrollo y Reestructuración del Sector de la Energía 1995-2000, México, Secretaría de Energía, 1996, p. 64.

3.4.2 Base legal del Sello Fide

El acudir a la certificación del Fide es un acto voluntario de los particulares, y no existe disposición legal que haga imperiosa su obtención. Como se aprecia, el Sello Fide es un acto de concertación entre la autoridad y los productores o prestadores de servicios.

En el propio Programa de Desarrollo y Reestructuración del Sector de la Energía 1995-2000, se reconoce que el “marco jurídico en materia de eficiencia energética [resulta] insuficiente y aparece disperso en sinnúmero de ordenamientos. En este rubro destaca como punto prioritario la formulación de un proyecto de iniciativa de Ley de Eficiencia Energética”.⁵⁷ Se considera que de concretarse el referido proyecto de ley, ésta debe incluir una definición y reglamentación de medidas que permitan aplicar un sistema de incentivos para el ahorro y el uso eficiente de la energía, tal y como en las recientemente aprobadas reformas a la LGEEPA se incorporaron disposiciones relativas a las medidas de autorregulación.

Como un ejemplo más de los mecanismos de cumplimiento voluntario, el Sello Fide, más que fundamentarse en una estricta normatividad legal, se basa en una razón económica: sin estar obligados a aplicarlo, los productores de bienes que consumen electricidad encuentran en el Sello Fide un aliciente para elaborar productos que se caracterizan por la eficiencia en el ahorro de energía. Esto, al resultar en una disminución en el consumo de recursos generadores de electricidad, contribuye a reducir la contaminación atmosférica, crea una ventaja comparativa en el mercado de consumidores que prefieren adquirir productos etiquetados como “verdes”, en vez de aquellos que no se caracterizan por cuidar el medio ambiente. Además de que el Sello Fide busca reducir los impactos ambientales más allá de lo requerido conforme a las NOM, se ha constituido en una forma innovadora de propiciar el reconocimiento al mérito empresarial.

3.4.3 Eficacia del Sello Fide

El otorgamiento del Sello Fide es el resultado de un proceso de evaluación y certificación que respalda los niveles óptimos de consumo de energía de los productos o equipos que lo porten. El Sello Fide es una oportunidad para fomentar en el público consumidor la adquisición y uso de productos ahorradores de energía. Surge, así, como respuesta ante la necesidad de identificar a los productos con un alto grado de eficiencia energética. En este sentido comparte una misma filosofía de mercado con la propia ISO 14000.

3.4.4 Impacto del Sello Fide en el estándar de cuidado, en terceras personas y equidad

El Sello Fide cumple un doble propósito. Por un lado, contribuye a elevar la productividad y la competitividad tanto del sector eléctrico como de los usuarios de la energía eléctrica; por el otro, fortalece el esfuerzo que se realiza en el mundo para disminuir el uso de hidrocarburos para la generación de electricidad, minimizando el impacto en el medio ambiente que provoca la quema de combustibles fósiles, y al mismo tiempo reduce el consumo de los combustibles fósiles para su generación. El impulso al ahorro de energía es un factor esencial dentro de cualquier estrategia tendiente a un desarrollo sustentable, donde energía, medio ambiente y economía son piezas fundamentales.

El Sello Fide es ejemplo de un procedimiento de certificación de procesos y productos “verdes”; es un reconocimiento de que, para ser considerados ambientalmente amigables, dichos procesos y productos cumplieron ciertos requisitos. Sobre el particular, la sección 6 del Programa Ambiental establece:

⁵⁷ *Ibid.*

La certificación de productos es otra iniciativa de autorregulación que obedece a exigencias del mercado internacional y, crecientemente, de demandas domésticas. A través de ella se busca diferenciar productos, de manera que se premie a aquellos que se manufacturan con tecnologías de mayor calidad ambiental o menos impactantes del medio ambiente.

Una vez más, debe destacarse que para generalizar el uso de cualquier medida de cumplimiento voluntario es indispensable la disponibilidad de financiamientos atractivos y realistas. De otra suerte, la medida de cumplimiento voluntario se convierte en un lujo inaccesible para la gran mayoría de las empresas, las cuales carecen de los recursos financieros necesarios para encaminarse hacia niveles óptimos de cumplimiento de la normatividad ambiental.

3.4.5 Relación del Sello Fide con otros mecanismos de cumplimiento voluntario, y efectos

Como puede concluirse de lo anteriormente expuesto, el Sello Fide, por su carácter voluntario y en razón de su flexibilidad, no sólo no constituye un impedimento para la implantación de otros mecanismos de cumplimiento voluntario, sino que puede complementarse con los mismos para lograr conjuntamente el fin último de este tipo de medidas: procurar el cuidado del medio ambiente. Más aún, con el Sello Fide, lejos de crearse un obstáculo para el cumplimiento de la normatividad ambiental, se propicia su mayor observancia; así se produce una relación simbiótica, favorecida, además, por la eficiencia económica. Ésta es la combinación perfecta que cumple cabalmente el análisis costo-beneficio, que es usualmente el punto clave de decisión considerado por un empresario antes de adoptar una medida de carácter voluntario.

Apéndice

Lista de entrevistas

1. Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (Profepa).
2. Secretaría de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca (Semarnap).
Unidad Coordinadora de Análisis Económico y Social.
3. Ing. Jesús Covarrubias
Instituto Mexicano de Normalización y Certificación, A.C.
4. Dra. Mercedes Irueste Alejandre
Instituto Mexicano de Normalización y Certificación, A.C.
5. Ing. Raúl Tornel Cruz
Director de Producción, Compañía Hulera Tornel, S.A. de C.V.
6. Ing. Gerardo Santoyo
Especialista en medio ambiente, seguridad e higiene industrial.
IBM de México, S.A. de C.V.
7. Lic. Armando Sánchez Pérez
Director Jurídico, Ford Motor Company, S.A. de C.V.
8. Lic. José Antonio Ortega Rivero
Corporación Radian, S.A. de C.V.
9. Ing. Carlos Soto Rivera
Underwriters Laboratory de México, S.A. de C.V.
10. Lic. Santiago Lobeira Treviño
Unidad de Análisis Económico de la Semarnap.

Bibliografía

1. Brañes, Raúl, *Manual de derecho ambiental mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.
2. Carmona Lara, María del Carmen, “Aspectos jurídicos de la auditoría ambiental en México”, en: *Pemex: ambiente y energía. Los retos del futuro*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas y Petróleos Mexicanos, 1995.
3. Rojina Villegas, Rafael, *Derecho civil mexicano*, tomo V, vol. I, México, Ed. Porrúa, 1985.
4. Secretaría de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca, *Programa de Medio Ambiente 1995-2000*, México, D.F., 1996.

Resoluciones judiciales citadas

“Competencia, el sometimiento voluntario del particular a la actuación de una autoridad no puede, en principio, convalidar la falta de.” *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, parte I, p. 174. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo directo 612/88. Fabricaciones, Ingeniería y Montajes, S.A. de C.V. 21 de junio de 1988.

“Monopolios.” *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, T. XLIX, p. 1233, Amparo administrativo en revisión 4467/35, Eichelberger L. H., 22 de agosto de 1936.

“Personas morales, responsabilidad penal de los representantes de las.” *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, vols. 175-180, 2ª parte, p. 114.

“Profesionista, delito de responsabilidad técnica de los.” *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, T. XLVII, p. 3432. Amparo penal en revisión 6449/35, Torre, Miguel de la. 28 de febrero de 1936.

“Reparación del daño por las personas morales.” *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, T. XXVII, p. 3941, Amparo penal directo 9612/42, Romero Flores, Andrés, 12 de agosto de 1943.

“Tercero perjudicado.” *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, T. IV, p. 691, Queja en amparo administrativo, Cía. Financiera de Petróleo de Tuxpam, 27 de marzo de 1919.

“Tercero perjudicado, carácter del.” *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, vol. XCV, 3ª parte, p. 34. Segunda Sala, Amparo en revisión 4485/64, Puente Reynosa, S.A., 3 de mayo de 1965.

Estados Unidos

Estados Unidos

1	Introducción	149
	1.1 Antecedentes de la regulación ambiental	149
	1.2 Taxonomía básica	153
	1.3 Estructura del informe	155
2	Esfuerzos federales	156
	2.1 El Programa de Liderazgo Ambiental	156
	2.2 Análisis	159
	2.2.1 Ciba-Geigy	159
	2.2.2 Duke Power	163
	2.2.2.1 Programa de auditorías en la Estación Riverbend	163
	2.2.2.2 Programa de participación comunitaria en la Estación Riverbend	167
	2.2.3 Base aérea militar McClellan	169
	2.3 ISO 14000	170
3	Esfuerzos estatales	173
	3.1 Introducción	173
	3.2 Illinois	173
	3.3 Arizona	179
	3.3.1 Asistencia técnica	180
	3.3.2 Visitadores de circuito	182
	3.4 Minnesota	183
	3.4.1 Programa piloto de mejoramiento ambiental/Política de privilegio de auditoría	184
	3.4.2 Educación pública y "ecosentido"	190
	3.4.3 Proyecto XL	191
4	Conclusión	195

1 Introducción

1.1 Antecedentes de la regulación ambiental

Decir que los sistemas de regulación ambiental en Estados Unidos transitaban de los tradicionales instrumentos de orden y control hacia una filosofía de “cumplimiento” más integral hubiese sido, hace no mucho tiempo, una observación perspicaz. Hoy se consideraría una perogrullada, a la luz del rápido avance de ese movimiento. Las razones de este evidente cambio de paradigma y sus potenciales consecuencias no se han estudiado con profundidad. Para empezar a cubrir ese vacío, en este informe se examinan algunos de los nuevos mecanismos no obligatorios concebidos para elevar el nivel de cumplimiento de las disposiciones ambientales vigentes o en estudio en Estados Unidos, en las esferas tanto federal como estatal. Se analizan varias experiencias tempranas de formulación e instrumentación de medidas novedosas, las cuales proporcionan un punto de partida para el análisis constructivo de los asuntos y las consideraciones que estas iniciativas pueden generar.¹

La administración de las leyes y las regulaciones para proteger el ambiente y la salud pública en Estados Unidos se basa en una serie de relaciones complejas, y a menudo confusas, entre el gobierno federal y los 50 gobiernos estatales. Aunque el análisis amplio de esta estructura legal y las responsabilidades de cada una de las partes rebasa el alcance de este documento, en los párrafos siguientes se presenta una introducción a esos temas.²

En ejercicio de la autoridad básica que la Constitución le confiere para regular el comercio interestatal y las actividades que puedan afectarlo, el Congreso de Estados Unidos ha promulgado en las últimas décadas importantes programas estatutarios que pueden repercutir en uno o más medios ambientales. Entre los mejor conocidos y de mayor trascendencia figuran la Ley sobre Aire Limpio (que reglamenta las emisiones a la atmósfera), la Ley sobre Agua Limpia (que regula las descargas en las aguas), la Ley de Conservación y Recuperación de Recursos (que regula la eliminación de desechos sólidos y peligrosos, sobre todo en la superficie terrestre o por debajo ella), la Ley Integral de Respuesta, Limpieza y Responsabilidad Ambientales (que reglamenta la recuperación de los lugares donde se depositan desechos peligrosos), la Ley de Agua Potable (que regula en esa materia) y la Ley de Control y Recuperación de la Minería a Cielo Abierto (que regula la extracción de minerales).

Cada uno de los estatutos de creación de estos programas establece o autoriza a la Agencia de Protección Ambiental (EPA, por sus siglas en inglés) de Estados Unidos a instituir, mediante actos administrativos, las normas nacionales de desempeño consideradas necesarias para salvaguardar el ambiente ante las actividades que pertenezcan al ámbito de las conductas reguladas. Los estatutos varían en el modo y el grado de profundidad en que describen esas normas; de igual manera, cada uno proporciona a la EPA el modelo de aplicación (también con diversos grados de complejidad y alcance) que deberá emplearse para obligar a las personas reacias a que apeguen su conducta a las normas de desempeño correspondientes. Así, cada estatuto proporciona a la EPA el conjunto de

¹ Los debates en torno de la semántica suelen dominar las discusiones sobre estas nuevas medidas. Para algunos éstas representan simplemente una definición *extendida* de aplicación, no esfuerzos programáticos por elevar el cumplimiento mediante el empleo de herramientas ajenas a la esfera de los mecanismos tradicionales. Este enfoque conduce, a su vez, al uso necesario de frases tales como “aplicación dura” y “aplicación suave”. En este informe no se adopta la definición extendida convencional; aquí la aplicación se sigue refiriendo sólo a los esfuerzos coercitivos tradicionales para modificar la conducta; las acciones concebidas para fomentar el cumplimiento sin recurrir a la fuerza ni a otras prácticas coercitivas directas, sino mediante otras medidas —tal vez más nuevas—, no se consideran en este documento como aplicación de la ley. Una descripción más detallada de la tipología empleada se presenta en la sección 1.2.

² Esta sección del documento se basa en información presentada en *The Law of Environmental Protection*, editado por Sheldon Novick y publicado por el Environmental Law Institute.

normas identificables que deberán acatarse en todo Estados Unidos, así como las herramientas de aplicación necesarias para asegurar su cumplimiento.

Sería lógico concluir que con esta estructura el Congreso pretendió hacer de la EPA la principal institución reguladora del país en materia ambiental; sin embargo, también sería falso. En realidad el Congreso buscó establecer lo que se ha descrito como una asociación, un sistema de federalismo cooperativo, o una relación de supervisión en que tanto el gobierno federal como el de cada uno de los estados tuviera la facultad para fijar y hacer cumplir las normas. Esta distribución potencialmente confusa de responsabilidades se complica aún más por la posibilidad de que un estado tuviese funciones discrepantes en los diferentes programas ambientales.

Casi todos los estados tienen, a su vez, sus propios programas ambientales integrales. En tanto que éstos quizá se apeguen a los programas federales correlacionados (y de hecho tal vez sean lo suficientemente amplios como para que el estado cuente con la “autorización” federal para llevar a cabo el programa federal bajo la autoridad local), no son creación de la ley federal. Los programas estatales existen y funcionan con total independencia del Poder Ejecutivo.³ Se basan, más bien, en la fuerza de coerción intrínseca de cada estado. Esta fuerza confiere al estado la capacidad de hacer lo necesario, en materia legislativa, para proteger la salud, la seguridad y el bienestar de sus ciudadanos.

Por tanto, es esencial comprender que los estados realizan, al amparo de su propia autoridad estatutaria directa (o derecho jurisprudencial), un amplio conjunto de actividades de regulación ambiental, entre ellas la determinación de normas y su aplicación.⁴ En suma, las obligaciones en materia de personal y otros recursos de las 50 entidades sobrepasan por mucho las de la EPA. Asimismo, las agencias estatales toman decisiones más particulares, que afectan a un mayor número de personas y entidades, que el gobierno federal. En los estados autorizados, las agencias locales pueden también desempeñar las funciones administrativas del programa de los estatutos federales. Sin embargo, lo hacen conforme a la ley estatal, porque la EPA ha determinado que la autoridad local respectiva sea al menos congruente con la autoridad federal. Incluso si un estado optara por no buscar autorización para un programa en particular, o si por alguna razón la EPA lo eliminara, el estado seguiría administrando los programas al amparo de su propia ley. En ese caso, la EPA instrumentaría en la entidad un programa paralelo de orden federal.

A medida que este universo de regulaciones se extendió en los ámbitos federal y estatal para cubrir un conjunto mayor de empresas y objetivos de regulación, el papel de la aplicación de las leyes se ha modificado: de ser simplemente una serie de acciones muy duras para sancionar violaciones en materia ambiental, en su actual orientación la aplicación de la ley se concibe sólo como un rubro más de un conjunto cada día más nutrido de opciones de acción gubernamental para lograr

³ La EPA conserva, por lo general, la autoridad para vigilar la instrumentación del programa federal en los estados. En este papel de vigilancia están explícitas sus facultades para tomar acciones de aplicación directa en los casos en que la Agencia federal determine que ha habido una falla en la aplicación efectiva de leyes y reglamentos.

⁴ Los estatutos ambientales federales no suelen tener prioridad ante la legislación estatal. Como se dijo, aquéllos autorizan a los estados a establecer programas *al menos tan estrictos* como los programas federales paralelos. Así, las entidades de la federación tienen por lo general la libertad de establecer programas que van más allá de los federales correlacionados, o de emprender programas en áreas no abordadas por el gobierno federal. Muchos estados, por ejemplo, tenían amplias regulaciones en cuanto a la disposición de desechos municipales mucho antes que la EPA promulgase las normas federales; los esfuerzos de otros estados se orientaron a proteger las aguas subterráneas y regular los olores desagradables. Más aún, algunos programas federales que estipulan actividades de instrumentación en los estados requieren que éstos establezcan normas específicas de desempeño para materializar las normas nacionales concebidas o deseadas. La Ley de Agua Limpia, por ejemplo, prevé que determinados estados promulguen criterios específicos para cada corriente de agua, de tal suerte que satisfagan las normas para nadar y pescar señaladas en el estatuto federal.

que aquélla se cumpla.⁵ Este cambio suele tener dos explicaciones conceptuales: la estructural y la normativa.

La estructural basa su solidez en la expansión explosiva que en el decenio pasado alcanzó la supervisión ambiental. Por tomar únicamente dos ejemplos, la Ley del Superfondo federal (Ley Integral de Recuperación, Limpieza y Responsabilidad en Materia Ambiental, CERCA, por sus siglas en inglés) y las enmiendas a la Ley de Aire Puro de 1990, así como los estatutos estatales para instrumentarlas, han incorporado un número creciente de entidades, cada vez más pequeñas, a la red de las responsabilidades.⁶ La última, por ejemplo, impuso obligaciones a cientos de miles de automovilistas; a un número similar de personas que diariamente recorren largas distancias entre su residencia y su trabajo, y a miles de pequeñas empresas cuyas emisiones exceden hoy día los cada vez más estrictos límites. Miles de comunidades y literalmente millones de personas están sujetas a las disposiciones de reciclado destinadas a reducir el flujo de basura a los vertederos respectivos. Miles de instalaciones (y cientos de miles de tanques individuales) quedaron incorporadas a un sistema de registro, y para prevenir y detectar fugas se fijaron requisitos de operación a los tanques de almacenamiento subterráneo, muchos de los cuales se empleaban en las clásicas gasolineras familiares y otros pequeños negocios. Las operaciones agrícolas se sometieron a reglamentos para mejorar el manejo de fertilizantes. Se hizo obligatorio que las construcciones, las instalaciones carentes de ductos para la eliminación de aguas residuales y una multitud de otros sitios cumplieran con las disposiciones sobre descargas de fuentes no puntuales. La lista de ejemplos de reglamentos ambientales que se extienden hasta el último resquicio del tejido de la vida cotidiana parece crecer cada mes.

Así pues, la concepción original de que la degradación ambiental se podría resolver modificando la conducta de un puñado de grandes contaminadores, fácilmente identificable, ha cedido su lugar a la idea de que el universo de culpables es considerablemente más difuso y fragmentado.⁷ Y algo más importante, ese universo no está habitado sólo (y ni siquiera principalmente) por organizaciones capaces de comprender con facilidad las oscuras disposiciones reglamentarias o de absorber los costos ilimitados que exige su cumplimiento. Los negocios pequeños, que carecen de expertos en ingeniería u otras especialidades, batallan para comprender docenas de páginas de requisitos técnicos. Con frecuencia las solicitudes de permisos deben prepararlas equipos de expertos que cobran mucho, porque aquéllas están lejos de la comprensión de numerosas entidades que ahora necesitan la aprobación gubernamental para seguir realizando las actividades a las que por años se han dedicado. Por añadidura, las tradicionales amenazas de castigo, como sería el espectro de continuas multas de hasta 25,000 dólares estadounidenses (\$EU) por cada día de infracción, se concibieron para forzar el cumplimiento de organizaciones estructuradas que generan grandes cantidades de contaminación. Estas respuestas tal vez sean muy desproporcionadas, tanto por el alcance del daño como por el grado de “reticencia” de un negocio pequeño o de un solo propietario. El apoyo popular —y judicial—

⁵ Muchos organismos reguladores señalan que siempre han empleado un amplio espectro de mecanismos para asegurar el cumplimiento, y que la aplicación aparentemente predomina sólo porque recibe más publicidad. Un buen número de estados ha tenido por años programas de asistencia técnica de una u otra clase, con frecuencia totalmente al margen de los esfuerzos de aplicación. Este informe asume, y lo argumenta, que la aplicación ha sido en el pasado la principal respuesta de las autoridades ante el incumplimiento.

⁶ La CERCA se promulgó, desde luego, en los días de menos popularidad del gobierno de Jimmy Carter, a finales de 1980. En tanto que el modelo estatutario fue controvertido en muchos sentidos desde el principio, las apasionadas preocupaciones sobre su eficacia se han incrementado en relación directa con el drástico crecimiento del número de partes que han sido incluidas como acusadas directas o acusadas de terceros en materia de responsabilidad y acciones de contribución, al amparo de las estrictas disposiciones de responsabilidad de la ley. Gran parte del crecimiento ocurrió a finales de los ochenta y principios de los noventa.

⁷ Como alguna vez dijo proféticamente Pogo, el personaje de las historietas: “Hemos identificado al enemigo: somos nosotros”.

a *cualquier* multa puede ser débil, como en el caso de los negocios pequeños que necesitan cada dólar para sus esfuerzos por cumplir o el de quienes a diario deben viajar largas distancias de su casa al trabajo, pero que todavía no cuentan con un transporte masivo que les permita reducir los kilómetros recorridos en auto. Y así hay otras muchas instancias fáciles de imaginar.

En suma, quienes elaboran los reglamentos ambientales están cada vez más conscientes de las múltiples razones estructurales que pueden explicar que uno o más miembros de una comunidad no cumplan con las disposiciones reglamentarias. Cada día es más generalizado el reconocimiento de que la aplicación de la ley puede resultar eficaz en situaciones adversas, frente a actitudes contumaces, pero no como la primera respuesta para lograr que las conductas se ajusten a los nuevos y más complejos requisitos. La aplicación de la ley puede ser del todo apropiada —y necesaria— frente a entidades perversas que a sabiendas violan la ley, pero contraproducente para fomentar el cumplimiento de las personas que ingresan por primera vez a un universo reglamentado. El movimiento por abandonar las soluciones basadas casi exclusivamente en los mecanismos de orden y control refleja el esfuerzo consciente de los organismos encargados de la regulación ambiental por enriquecer sus herramientas, a partir de la incorporación de otros mecanismos que respondan a los diversos motivos de incumplimiento de la ley. Una vez que han descubierto que el mundo no está hecho sólo de clavos, las dependencias intentan esgrimir otras armas, además del martillo, para garantizar el cumplimiento.

El segundo argumento con que se suele explicar la utilización de otras medidas, además de las tradicionales de aplicación de la ley, se deriva de la creencia de que las normas y los valores sociales han sufrido una transformación drástica y fundamental. En los últimos 25 años la cultura tanto científica como popular de Estados Unidos ha emitido un mensaje, prácticamente constante, de apoyo a la protección ambiental.⁸ Cual un permanente tamborileo, se informa sobre ecosistemas y especies amenazadas de extinción, o sobre partículas cancerígenas ambientales; se imparte enseñanza ambiental en las escuelas primarias y secundarias; se organizan conferencias internacionales en las que se exhorta a renovar esfuerzos por proteger el ambiente; se denuncian los derrames periódicos —y catastróficos— de petróleo, y se divulgan datos sobre las emisiones de tóxicos. Estas y otras innumerables cuestiones colocan a la protección ambiental en una posición muy prometedora.

Para los teóricos normativos no es de difícil predicción la interacción de esta imagen positiva sobre la preocupación ambiental y el deseo natural de los seres humanos de tener consonancia cognoscitiva. Pese a las sospechas de algunos miembros de la comunidad ambiental, los líderes empresariales en su conjunto no representan una clase particular de criminales. Más bien ellos suelen sentirse a gusto al moverse en la corriente dominante, y al abrazar y reflejar las normas y valores de la sociedad. Más específicamente, los líderes empresariales modernos acogen la protección del ambiente como una meta intrínsecamente positiva, y censuran aquellas conductas que ponen en peligro nuestro mundo natural sólo para elevar las ganancias. En consecuencia —prosigue el argumento—, los actuales líderes empresariales tienen una actitud básicamente distinta ante los reglamentos ambientales, y su obligación de cumplirlos, que sus predecesores que tomaban decisiones y administraban instalaciones en los albores de la era ambiental.

Así pues, los principios fundamentales de la normatividad que suelen ofrecerse para adoptar un enfoque más amplio del cumplimiento ambiental se basan, en última instancia, en la opinión de

⁸ En los últimos años ha habido un reflujó contra el actual sistema de toma de decisiones y protección en materia ambiental; aún es difícil juzgar si es por la sustancia de los esfuerzos de protección o por los métodos con que se han llevado a cabo. Sin embargo, el franco rechazo de la necesidad de mantener un entorno ambiental diverso y sano sigue siendo raro, hasta el punto de ser invisible.

que reguladores y regulados comparten hoy, quizá por primera vez, los mismos objetivos y sistemas de valores. En la actualidad, se afirma, el incumplimiento se debería considerar, con mayor propiedad, como una falla de comunicación o de comprensión, no como un reto implícito que subyaciera en la filosofía de la reglamentación. Aunque quizá mediante subterfugios sobre los métodos o especificaciones particulares, se dice que los líderes empresariales modernos desean sinceramente hacer lo correcto por las razones correctas, motivo por el cual se les deben dar todas las oportunidades (y el apoyo) para demostrarlo. ¿Cuál es la consecuencia lógica de este punto de vista? Los enfoques basados en la aplicación de la ley han dejado de ser necesarios en casi todos los casos; se les debe reservar para cuando se presenten violaciones intencionales o repetidas de quienes están, de hecho, en posición de cumplir las disposiciones.

1.2 Una taxonomía básica

Los esfuerzos, programas e instrumentos concebidos para ayudar (o asegurar) en el cumplimiento de las disposiciones ambientales, descritos en este informe, con frecuencia se echan indiscriminadamente en el mismo costal con la etiqueta de “mecanismos de cumplimiento voluntario”. Este término no gusta a algunos por impreciso, contradictorio e inconsistente. En la medida en que prevé conductas que se apegan a las normas externas, se considera contradictorio porque las obligaciones impuestas por ley exigen, no solicitan, su cumplimiento. La esencia del imperio de la ley tal vez sea que los individuos no son libres de elegir qué requisitos legalmente impuestos van a cumplir, y cuáles van a ignorar con impunidad. El cumplimiento de unas disposiciones establecidas desde fuera jamás podría considerarse como verdaderamente voluntario, en el sentido literal de la palabra: “por propia voluntad y no por obligación o por fuerza”.⁹ Las entidades bajo regulación son siempre objeto de coacción externa si caen en incumplimiento. Aunque es cierto que la mayoría de las instalaciones que han optado por una conducta de cumplimiento lo han hecho sin haber recibido amenazas de coacción, no se diga formulación de cargos, la conciencia de que ese poder existe difícilmente puede ponerse en duda. Denominar “voluntaria” esa conducta despoja a la palabra de todo significado útil. Alguien puede ser voluntario en un truco de magia dentro de un salón de espectáculos, pero no puede serlo cuando se trata de obedecer las leyes soberanas.

Si el uso de “voluntario” hace que el término sea contradictorio, entonces el empleo de “cumplimiento” lo torna engañoso. Muchos de los instrumentos considerados como “medidas de cumplimiento voluntario” recurren a normas o prácticas generadas internamente para mejorar el desempeño ambiental. Las organizaciones pueden intentar que sus empleados cumplan con esas normas internas y, además, que éstas fomenten el desempeño con apego a las disposiciones aplicables. Con todo, el “cumplimiento voluntario” no ayuda a que se acaten tales normas internas; el cumplimiento tradicionalmente se ha asociado a las obligaciones impuestas externamente por las autoridades ambientales. La adhesión voluntaria a las medidas internas podría considerarse como sinónimo de respeto de las normas legales, pero no es así. Por tanto, el término “medidas de cumplimiento voluntario” es engañoso, en la medida en que genera confusión entre el compromiso voluntario con las prácticas internas y el acatamiento obligatorio de las disposiciones externas.

Esta ambigüedad se acentúa a causa de un buen número de programas nuevos —a los que se incorporan innovaciones prácticamente todos los días— con metas y estructuras diversas. Ciertos esfuerzos se centran en asegurar conductas proclives al cumplimiento de las actuales obligaciones. Otros proponen sobrecontrolar las emisiones, a fin de alcanzar niveles de protección ambiental

⁹ *The American Heritage Dictionary*, 2ª edición, 1982. La definición que ofrece el texto aparece en la acepción legal del término “voluntario” y es tal vez la más precisa para estos fines. La primera y segunda definiciones, cuyas connotaciones son congruentes, son “que surge del libre deseo de uno mismo” y “actuar por iniciativa propia”.

actualmente no requeridos por la ley.¹⁰ Algunos más esperan cambiar las disposiciones actuales por otras que aseguren una protección ambiental al menos equivalente, pero a un costo menor. Prácticamente todos estos esfuerzos se han denominado, una y otra vez, “mecanismos de cumplimiento voluntario”.

En busca de dar un mayor rigor al análisis, en este informe se usa el siguiente modelo de clasificación para describir la situación actual en Estados Unidos.

- a) Medidas de cumplimiento voluntario. Cualesquiera acciones, programas, esfuerzos, mecanismos y medidas similares no exigidos por ley y que alguien emprende, de manera voluntaria, para elevar sus probabilidades de cumplir con las obligaciones legales externas. Estas acciones pueden ser del todo unilaterales (por ejemplo, la creación de un sistema de gestión ambiental), bilaterales (la negociación de un acuerdo obligatorio, no exigido por la ley, para clarificar una disposición ambigua o el grado de cuidado que usaría una persona prudente en ciertas circunstancias) o multilaterales (auditorías y notificación de terceras partes al amparo de un programa de tolerancia si hay una pronta corrección).
- b) Medidas de mejoramiento ambiental. Cualesquiera acciones, programas, esfuerzos, mecanismos y actividades afines, no requeridas por la ley, que una persona emprende voluntariamente para reducir la masa total o la toxicidad de los contaminantes liberados en el ambiente.
- c) Intercambio ambiental. Cualesquiera acciones, programas, esfuerzos, mecanismos y actividades similares, no dispuestos por la ley, para controlar o reducir las emisiones de contaminantes al ambiente que una persona se compromete a emprender, en un documento legal, por lo general a cambio de la reducción de otras disposiciones aplicables.

De manera simplista, se puede considerar que la primera de las categorías anteriores impulsa el cumplimiento de las normas existentes, en tanto que la segunda y la tercera tienen en común el cumplimiento de normas distintas de las que se aplican normalmente. Las medidas de mejoramiento ambiental, desde luego, complementan el cumplimiento de las normas vigentes porque agregan las actividades voluntarias de control, no requeridas por la ley, para reducir directamente la contaminación. Por último, el intercambio ambiental intenta transformar de manera más radical el actual sistema, pues se centra en las emisiones que a menudo quedan fuera del actual ámbito reglamentario. Las empresas acceden a destinar energías al control parcial o total de esas fuentes antes pasadas por alto, a cambio del permiso de ignorar algunas obligaciones que de otra manera serían aplicables.¹¹

Las medidas de mejoramiento del ambiente y el intercambio ambiental podrían ilustrar un esfuerzo mucho más ambicioso por rehacer todo el proceso mediante el cual se establecen las normas básicas de protección ambiental. Este punto va más allá del objetivo de este informe. Por tanto, el presente estudio se concentra en las medidas para asegurar el cumplimiento o en los esfuerzos por intensificar el cumplimiento de las normas vigentes. Las medidas de mejoramiento del ambiente y el intercambio ambiental se tocan sólo cuando se relacionan directamente con el tema central.

¹⁰ Algunas medidas pueden pertenecer a diversas categorías. Los esfuerzos de prevención de la contaminación, por ejemplo, podrían elevar las probabilidades de que una descarga cumpla con los límites aplicables o reduzca el total de la carga atmosférica por debajo de lo requerido por la ley, o ambas cosas.

¹¹ En teoría, una agencia acepta un acuerdo de alivio de las disposiciones aplicables sólo cuando las acciones sustitutas que se proponen signifiquen un beneficio equivalente, y de preferencia mayor, para el ambiente.

1.3 Estructura del informe

El cambio de perspectiva en torno de la aplicación de la ley, descrito en la sección 1.1, tiene un complejo telón de fondo. Muchas agencias reconocen ahora que las soluciones llamadas de “final del tubo” no han abordado todos los problemas ambientales de todas las instalaciones, y no es factible que lo hagan pronto. Asimismo, el gobierno ha sido muy criticado por no contar con un servicio de orientación suficiente. Por ello, parte de las industrias reguladas y otros segmentos en toda la nación han tenido que profundizar sus esfuerzos para moderar los efectos negativos de la acción gubernamental en el comercio. Incluso se está discutiendo el posible entrenamiento o reentrenamiento de los empleados para elevar el nivel de difusión pública. Como resultado, los nuevos programas para asegurar el cumplimiento reflejan enfoques regulatorios acusadamente distintos y nuevas funciones para los empleados de los organismos reguladores.

En respuesta a estos cambios culturales y a las críticas permanentes, las dependencias estatales y la EPA han empezado a considerar nuevos enfoques reglamentarios y nuevas funciones para sus empleados. Estos esfuerzos por mejorar las relaciones en materia de regulación y por mejorar el cumplimiento con mecanismos no acusatorios se encuentran en diversas fases de desarrollo, aunque la mayoría sigue en etapas piloto o experimentales.¹² Por ende, en este documento se intenta dar una breve descripción de algunas medidas para asegurar el cumplimiento que ilustran la amplitud de las citadas innovaciones. Estas cápsulas descriptivas proporcionan una base para plantear preguntas sobre diversas opiniones en torno de asuntos como la apertura, la “cooptación” de las entidades, el riesgo de error inducido, la equidad, las consecuencias en los recursos y otros. Se espera que esto propicie una mejor comprensión de esas medidas para asegurar el cumplimiento y que se comprenda, asimismo, que estas últimas podrían modificar la imagen y el desempeño de las entidades, lo cual, a su vez, contribuiría al desarrollo y aceptación de las políticas mismas.

¹² Desde luego, muchas de las medidas para asegurar el cumplimiento se introducen en los ámbitos federal y estatal como programas piloto o experimentales. Los defensores han expresado la conveniencia de proceder con cautela y realizar evaluaciones permanentes, a fin de aquilatar la eficacia y la aceptabilidad de estas nuevas orientaciones.

2 Esfuerzos federales

2.1 El Programa de Liderazgo Ambiental

El Programa de Liderazgo Ambiental (ELP, por sus siglas en inglés) de la EPA constituye la punta de lanza de los esfuerzos federales para explorar alternativas a las respuestas tradicionales de aplicación de la ley. Establecido en junio de 1994, mediante una convocatoria pública dirigida a las instalaciones que quisieran participar con propuestas en su fase piloto, el Programa tiene —de acuerdo con los planteamientos de la EPA— cuatro objetivos básicos:

- Examinar los componentes esenciales de los que deberían ser los más avanzados sistemas de control del cumplimiento (como consultorías, prevención de la contaminación).
- Identificar los procedimientos de verificación que permitan asegurar que el ELP esté funcionando (auditorías a cargo de terceros, autocertificación).
- Establecer medidas de responsabilidad para que los sistemas de control resulten confiables para el público.
- Promover la participación comunitaria en la comprensión y el apoyo a propuestas de cumplimiento innovadoras.

Se alentó a las instalaciones a que participaran como voluntarias en la aplicación de propuestas innovadoras de control y cumplimiento ambiental. Para seleccionar a los participantes, la EPA tomó en cuenta elementos específicos del Programa, entre los que se incluían: avances en el diseño de complejos sistemas de manejo ambiental (como la ISO 14000), garantías de desempeño mediante la certificación de terceros, la autocertificación del cumplimiento y medidas públicas de responsabilidad.

Los participantes obtienen diversos beneficios. Además del reconocimiento público por pertenecer al ELP, a las instalaciones seleccionadas se les concede un periodo de amnistía que las exime durante cierto tiempo de la aplicación de medidas punitivas por violaciones detectadas y dadas a conocer durante el Programa. La EPA emitió los Lineamientos de Aplicación de la Ley, en los que especifica la postura impositiva que adoptará con respecto a las instalaciones participantes. De acuerdo con estos lineamientos, ni la EPA ni las correspondientes agencias estatales realizarían inspecciones de rutina en las instalaciones participantes en el ELP; todas las inspecciones, incluidas las exigidas por la ley, se efectuarían al amparo del proyecto ELP específico de la planta.¹³ A cambio del reconocimiento de la existencia de violaciones previas o recién detectadas, se otorga a los participantes del Programa un periodo de 90 días para corregirlas sin estar sujetos a la aplicación de sanciones (incluidas las notificaciones de violaciones o multas). En ciertos casos, el periodo de corrección puede ampliarse 90 días más.

Las participantes del ELP recibieron la oportunidad de trabajar en estrecha colaboración con la EPA y las entidades estatales para identificar métodos que permitieran reducir las inspecciones y los requerimientos de informes de mejoramiento. Este último beneficio puede, de hecho, ser más significativo de lo que parece a primera vista: el análisis de algunos de los proyectos revela una relación inusual, en la que los papeles de “reguladores” y “regulados” se encuentran casi totalmente invertidos, y las instalaciones resultan ser las que están proporcionando a las agencias oficiales las normas de conducta que se deben considerar.

¹³ Los Lineamientos reservan el derecho de la EPA o de los estados para conducir inspecciones y responder en consecuencia en casos de peligro inminente o sustancial a la salud pública o al ambiente, o en respuesta a información relativa a potenciales violaciones civiles o criminales en la instalación.

La EPA seleccionó doce instalaciones de entre más de cuarenta voluntarias para desarrollar los proyectos piloto del ELP. De las doce, cuatro son generadoras de electricidad; dos, instalaciones militares, y las seis restantes, instalaciones comerciales tradicionales: un proyecto que incluye dos instalaciones de manejo de residuos relacionadas entre sí; una pequeña imprenta, y cuatro centros manufactureros.

Cada instalación participante suscribió un Memorando de Entendimiento (MDE) con la EPA y la correspondiente agencia estatal de regulación ambiental. El MDE se convirtió en el plan maestro, tanto del proyecto en sí como de la participación o supervisión de los organismos reguladores en el manejo del proyecto. Además de identificar a los miembros del equipo del proyecto (representantes empresariales y agencias reguladoras estatales y federales), cada MDE se apegaba a los Lineamientos de Aplicación, con lo que se buscó asegurar respuestas congruentes y previsibles por parte de los agentes estatales y federales en caso de cualquier infracción en alguna de las instalaciones participantes.

Como su nombre mismo lo sugiere, el ELP es un programa piloto para identificar las características de las instalaciones y organizaciones a las que se pueden considerar como líderes ambientales. La EPA decidió trabajar muy de cerca con las citadas doce instalaciones seleccionadas a fin de escrutar diversos programas, instrumentos, actitudes y otros aspectos que puedan contribuir a la cualidad intangible del liderazgo ambiental. Liderazgo, para la EPA, significa mucho más que el simple cumplimiento en materia ambiental. Aunque cada una de las doce instalaciones se eligió en parte por sus sólidos antecedentes de observancia de las disposiciones federales y estatales, la EPA está convencida de que el cumplimiento, por sí solo, no basta para asegurar el liderazgo; por ello buscó instalaciones que tuvieran, entre otras características, programas de difusión y contacto con la comunidad que realmente permitieran el diálogo y la participación de las poblaciones locales afectadas. En cierta medida, la EPA formuló el ELP para permitir que las oficinas reguladoras trabajen en colaboración mucho más estrecha con las entidades reguladas. Se espera que esta nueva relación permita a las autoridades ambientales lograr una comprensión más amplia y profunda de las actividades, procesos y funciones de las grandes instalaciones. La EPA desea poder pasar de una posición en que los inspectores básicamente hacían un retrato instantáneo del estado de cumplimiento de una instalación en un momento dado, a otra en la que se pueda registrar —como en un video— un sistema de control en su totalidad, con la posibilidad de discernir por qué existen determinadas condiciones y qué mecanismos son los adecuados (o necesarios) para asegurar un cumplimiento permanente (o para prevenir recurrencias en el incumplimiento).

Más aún, la EPA considera que el Programa tiene límites muy bien establecidos, lo que brinda oportunidades para el mejoramiento de las agencias al tiempo que previene contra consecuencias graves. Además de contar con antecedentes de cumplimiento adecuado, se exigió a las compañías participantes proporcionar —cuando estuviera disponible— la información de auditorías de dos años atrás. Con esto se intenta ayudar a la EPA a definir los límites del cumplimiento. El hecho de que el Programa esté restringido a un periodo piloto permitirá a la Agencia evaluar oportunamente su utilidad y emitir criterios en torno a futuras direcciones.

Al terminar la fase piloto, la EPA examinará el valor y la trascendencia de los diversos programas incluidos en el ELP. Podrá entonces, por ejemplo, desarrollar un sistema de control ambiental modelo que integre lo mejor de los sistemas revisados; asimismo, la Agencia estará en posibilidades de identificar los componentes de un programa de difusión pública eficiente. En conjunto, el análisis deberá permitir reconocer los atributos del cumplimiento, control, contacto con la comunidad y otros que distinguen a un líder ambiental.

La EPA espera que estos “requisitos” de liderazgo ambiental eleven de manera considerable el nivel de lo que se considera un funcionamiento ambientalmente aceptable. Aunque estos criterios no representen normas jurídicamente obligatorias, las compañías que aspiren a ser consideradas como líderes ambientales tendrán que ajustar a ellos su desempeño. Aparte del reconocimiento de la población —que reforzará el interés de las empresas por pertenecer al grupo distinguido de líderes ambientales—, tales líderes podrán beneficiarse de una serie de estímulos gubernamentales que la EPA considera establecer. Aunque ninguno ha sido todavía aprobado, la EPA podrá en un futuro ofrecer a los líderes ambientales todos o algunos de los siguientes incentivos, actualmente en revisión:

- Reconocimiento formal por parte del gobierno de la condición de liderazgo.
- Mejores relaciones con el gobierno.
- Un programa de inspección modificado.¹⁴
- Arbitrio de aplicación diferencial.
- Requisitos de notificación y rendimiento de informes modificados.
- Incentivos económicos.

Todos estos componentes son congruentes con la concepción que la EPA tiene de sí misma para el futuro cercano: el de una Agencia que busca niveles de cumplimiento más altos, con un menor gasto de recursos y una relación menos tirante, de menor intrusión, con los regulados.¹⁵

Por último, los esfuerzos del ELP deben distinguirse del Proyecto XL, otra iniciativa de la EPA. Aunque la variedad de medidas novedosas emprendidas en los doce proyectos piloto es tan amplia que puede causar cierta confusión, el ELP entraña en lo fundamental un análisis de diversas medidas para asegurar el cumplimiento. De acuerdo con la EPA, los proyectos del ELP responden específicamente al propósito de probar nuevas maneras de asegurar el cumplimiento, en lugar de depender de medidas de orden y control. Los proyectos del ELP se desarrollan en el marco de los requisitos existentes y buscan cumplir con las normas vigentes con costos y cargas reducidos.

En contraste, el Proyecto XL representa un esfuerzo de “intercambios ambientales”: considera el análisis de sistemas *regulatorios* totalmente nuevos como una alternativa a los enfoques con los que hoy en día se establecen las normas, y otorga a los proyectos flexibilidad en cuanto a la reglamentación vigente, a cambio de un desempeño superior (en términos ambientales) al que se logra cuando simplemente se acatan los reglamentos.

¹⁴ La EPA informa que algunas instalaciones han señalado que podrían no desear niveles de inspección reducidos aunque cuenten con un amplio sistema de gestión o sean consideradas como líderes ambientales. Parecen pensar que la vigilancia continua del gobierno confiere una legitimidad adicional a su posición en la comunidad como ciudadanos respetuosos del ambiente. Esto puede provocar un diálogo interesante con las autoridades que esperan aplicar medidas innovadoras, como las designaciones de liderazgo, como vías para conservar los recursos de inspección. En un cambio fascinante de papel, una autoridad puede intentar convencer a una instalación de que acepte menos inspecciones, ¡en tanto que la planta solicite inspecciones formales más frecuentes!

¹⁵ Parece claro que el proceso de desarrollo e instrumentación del ELP fue una empresa intensiva en recursos. Necesariamente incluía el esfuerzo piloto, la selección de las instalaciones participantes, la negociación de un MDE individual y, después, la conducción de los programas, muchos de los cuales comprendían la amplia interacción de la agencia con las instalaciones. Quizá no sorprenda que un programa piloto consuma más recursos de los que conserva. La meta a largo plazo de la EPA es, desde luego, instrumentar un programa de mantenimiento que ahorre recursos o, al menos, emplee los existentes con mayor eficiencia. Sin una visión clara de las dimensiones finales del programa, en este momento sería imposible saber si una relación fundamentalmente nueva logrará esa eficiencia.

2.2 Análisis

Por el grado de avance del estudio piloto, aún no es posible realizar una evaluación o un análisis definitivo de los proyectos del ELP: éstos todavía no reflejan las recomendaciones finales ni de las industrias ni del gobierno; no han concluido, y no pueden más que considerarse como esfuerzos en proceso. Sin embargo, una revisión de algunos de los proyectos seleccionados, tal como se propusieron en los MDE, puede brindar cierta perspectiva del alcance y la orientación del Programa.

A pesar de que cada MDE describe un plan específico, concebido por la empresa en cuestión con ayuda de las autoridades, existen varios elementos a menudo recurrentes en los proyectos del Programa: sistemas de manejo, auditorías, difusión pública, consultorías. La descripción de tres de los proyectos que a continuación se presenta ofrece un panorama del esfuerzo del ELP. El análisis del ámbito específico de cada programa pretende ilustrar aspectos que pueden surgir en torno a medidas innovadoras similares, y es congruente con el propósito de la EPA de considerar estas primeras medidas para una aplicación más amplia después de la fase piloto.

2.2.1 Ciba-Geigy

Ciba-Geigy posee una planta sumamente automatizada en San Gabriel (Luisiana) para la producción de herbicidas, sustancias químicas especiales y tinturas textiles. Emplea a unos 1,000 trabajadores en una superficie de alrededor de 560 hectáreas (1,400 acres), 56 de las cuales son propiedad de la planta, dos costados de la cual bordean el río Mississippi. Las instalaciones funcionan desde 1970.

La EPA seleccionó a Ciba-Geigy para llevar a cabo varios proyectos independientes del ELP. Tal como sucede con muchas otras instalaciones, la propuesta de Ciba-Geigy no incluye el desarrollo de nuevos mecanismos para fomentar el cumplimiento. Los memorandos de entendimiento (MDE) suscritos entre la instalación y las agencias reguladoras describen tres programas de Ciba-Geigy que las autoridades federales y estatales examinarán muy de cerca. Esos programas, que podrán servir de base para modelos de aplicación más amplia, tienen que ver con sistemas de manejo ambiental, mecanismos de medios múltiples para asegurar el cumplimiento, la difusión y el contacto con la comunidad. Al igual que en todos los proyectos del ELP, se creó un equipo integrado por miembros de la planta, así como por representantes de las sedes nacional y regional de la EPA y de la agencia ambiental estatal, específicamente designados para llevar a cabo las inspecciones.¹⁶

Dado que los programas seleccionados existían previamente, el centro de atención de la actividad descrita en los MDE entraña la revisión de los sistemas en marcha. En la medida en que se supone que los miembros de Ciba-Geigy están familiarizados con sus propios programas, con frecuencia el MDE se refiere a la necesidad de que los agentes reguladores conozcan los esfuerzos en curso. Por ejemplo, el análisis del proyecto del sistema de manejo ambiental señala que “es importante que los miembros de la agencia integrantes del equipo del ELP tengan una comprensión cabal [de] los sistemas de gestión ambiental de Ciba-Geigy. Con ese fin, San Gabriel proporcionará una amplia capacitación”. De manera similar, en la descripción del proyecto de mecanismos de medios múltiples para asegurar el cumplimiento se explica que “el equipo del ELP estudiará y evaluará los programas de cumplimiento que están en práctica en la planta de San Gabriel”. Por último, el proyecto de difusión pública plantea que el equipo del ELP “estudiará y evaluará los elementos del programa de contacto con la comunidad y la participación de los empleados de la planta de San

¹⁶ Actualmente no hay una representación formal de la comunidad en el equipo. Sin embargo, la EPA ha solicitado a todos los equipos de trabajo que colaboren con los grupos comunitarios locales y los incluyan en el proceso piloto. La EPA también emprenderá un diálogo con los grupos ambientales nacionales en Washington sobre los esfuerzos del ELP, y planea conducir una serie de simposios en torno al ELP en todo el país.

Gabriel que han contribuido al establecimiento de una relación de confianza entre la empresa y la comunidad de East Iberville”.

No sería justo dejar la impresión de que los tres proyectos Ciba-Geigy entrañan sólo una revisión pasiva de las prácticas actuales. Las tareas y los objetivos de cada una de las tres áreas incluyen el desarrollo de modelos o patrones propuestos que, tomando los mejores elementos de los programas de Ciba-Geigy, puedan aplicarse en otras instalaciones. Los términos empleados en la descripción del proyecto de participación comunitaria son representativos: “A partir de los resultados de este estudio se propondrá un programa modelo que combine elementos fundamentales del proyecto con elementos alternativos, a fin de que lo utilice una gran variedad de instalaciones reguladas”. Este enunciado refleja el objetivo primordial de la EPA de combinar los mejores elementos de todos los participantes del ELP (y de otras fuentes) en una definición modelo del liderazgo ambiental.

Cabe reiterar que aún no se ha completado la revisión de los programas actuales, ni la integración de los componentes en un modelo para otros programas. Por tanto, es muy pronto para evaluar el efecto probable de los resultados finales en los niveles de cumplimiento; no obstante, es posible hacer algunas observaciones en torno al proceso.

Sin duda, queda claro que el papel desempeñado por los organismos reguladores en este ejercicio no posee semejanza alguna con su tradicional postura impositiva. Las implicaciones de este nuevo papel pueden no importar si en el futuro no resulta necesario aplicar a Ciba-Geigy —o a cualquier otra instalación que participe en el ELP o en algún programa posterior de liderazgo— medidas por falta de cumplimiento que coloquen a la empresa y a las autoridades en un entorno de adversarios. Sin embargo, si la EPA o las autoridades estatales llegan a considerar necesario aplicar la ley en una instalación de esa naturaleza, pueden surgir algunos aspectos desafiantes.

Algo que durante años ha preocupado a las entidades reguladoras es, por ejemplo, la “cooptación”; suelen considerar que es indispensable evitar la idea —o la realidad— de que puede surgir un vínculo tan estrecho con la instalación que se pierda la capacidad de responder de manera imparcial y congruente en el trato dado a otras instalaciones. Esta cercanía poco saludable puede suscitarse tanto en el plano personal, con un inspector demasiado identificado con la planta, como en el institucional, cuando parece que una agencia respalda las acciones de una instalación.

Ciertamente puede interpretarse que el MDE de Ciba-Geigy y el proyecto ELP en él descrito aumentan las posibilidades de cooptación. Dado que el MDE fue redactado entre todos los miembros del equipo y suscrito por agentes reguladores estatales y federales de alto nivel, puede alegarse que estos funcionarios, y las agencias que representan, apoyan o están de acuerdo con numerosos enunciados en que se alaba a Ciba-Geigy y sus esfuerzos ambientales. ¿Cualquier acción judicial futura se verá comprometida debido a que las autoridades aparentemente apoyan el planteamiento de que la planta San Gabriel de Ciba-Geigy tiene “un alto nivel de cumplimiento de la reglamentación”? ¿O por la afirmación de que Ciba-Geigy ha creado una “relación de confianza entre la empresa y la comunidad de East Iberville”?¹⁷

Más aún, la cercana relación de trabajo del equipo del ELP pareciera propiciar la idea o la posibilidad de cooptación. El objetivo mismo de los proyectos estriba en producir, de manera conjunta

¹⁷ La EPA pensó que el riesgo de comprometer futuras acciones de aplicación es improbable si se atiende al buen historial de cumplimiento de Ciba-Geigy. En el programa se incluían instalaciones cuando ese riesgo se consideraba bajo. Cada instalación del ELP se seleccionaba luego de un seguimiento muy cuidadoso del cumplimiento civil y criminal en las esferas federal y estatal. Así pues, la EPA siente que el riesgo de comprometer las actividades de aplicación es lo suficientemente bajo como para garantizar la conducción del programa piloto. Considera que los beneficios potenciales de explorar estas nuevas relaciones justifican cualquier riesgo.

entre los miembros de la planta y las autoridades, modelos o recomendaciones que puedan aplicarse en otras empresas. De ninguna manera sería inusual que personas reunidas para trabajar en un proyecto común llegaran a tener intereses afines y coincidentes, al menos hasta cierto grado. Tal parecer, o el temor de su existencia en la opinión pública, se contraponen al concepto de toma de decisiones desinteresada o imparcial.¹⁸

Una preocupación jurídica relacionada, pero independiente, surge de los proyectos del ELP y sus productos formales. El concepto de cooptación entraña una especie de incapacidad psicológica o conductual en el regulador para responder de manera eficaz a las violaciones. No se trata de que el agente regulador “cooptado” esté formalmente impedido para tomar la acción apropiada; más bien, que no se permite a sí mismo pensar mal y castigar a alguien con quien tiene un vínculo cercano. En cambio, la doctrina del error oficialmente inducido (o resguardo desventajoso) representa un claro impedimento legal para la acción judicial gubernamental; en ella, la empresa regulada puede demostrar que su infracción de una norma es posible atribuirla a que alguna acción oficial del gobierno la llevó a cometerla.

En este caso también parece muy probable que el esfuerzo conjunto *gobierno-entidad regulada* para proponer prácticas modelo en diversas áreas de cumplimiento hará más plausible el uso de esta defensa. El programa piloto del ELP busca proponer uno o más sistemas modelo de manejo ambiental para ayudar a otras instalaciones a mejorar su funcionamiento e incrementar su nivel de cumplimiento ambiental. El desarrollo de este tipo de modelo oficial presenta varios puntos que deben tomarse en cuenta. ¿Llegará a suceder que las instalaciones del ELP (o las que en el futuro participan en un programa permanente) que pongan en práctica estos programas modelo puedan defenderse de acciones penales futuras con la justificación de haber confiado en un programa de gestión ambiental apoyado por el gobierno? ¿Adoptarán las instalaciones invariablemente el sistema recomendado, en lugar de otros que podrían funcionar mejor, tan sólo porque esperan derivar de su elección el beneficio de poder argumentar en su defensa un error oficialmente inducido? Hasta el momento, los MDE del ELP no identifican ni tampoco proponen abordar estas inquietudes.

La EPA se ha comprometido a tomar en cuenta estos aspectos tan pronto considere hacer del programa piloto uno formal; por ahora, el ELP le permite probar estos nuevos papeles y relaciones gubernamentales como parte de la evaluación piloto. En última instancia, la EPA busca validar o refutar su hipótesis de que los beneficios potenciales de este nuevo enfoque superan los riesgos. Esta hipótesis se prueba de manera similar en los gobiernos estatales mediante iniciativas propias. Entre los beneficios pueden incluirse un mayor conocimiento del funcionamiento de la planta por parte de las entidades gubernamentales; un incremento en las inspecciones y auditorías conjuntas, incluidas las evaluaciones de medios múltiples; más revisiones de “procesos” que propicien el cumplimiento ulterior, y en general un nivel más elevado de cumplimiento.

La transparencia y la participación constituyen medidas adicionales relevantes para el proyecto Ciba-Geigy del ELP. Hoy en día los requisitos ambientales suelen fijarse mediante un proceso formal, abierto a una amplia revisión que ofrece oportunidades claramente delineadas para la participación pública; incluso la aplicación de la ley, originada en la decisión gubernamental unilateral, está sujeta a revisión pública mediante la participación en el proceso judicial. Aunque uno de los tres elementos

¹⁸ Esta distinción entre el acto y la percepción es relevante. De hecho puede no ser factible que los inspectores adapten sus respuestas a una relación estrecha de trabajo con una instalación o su personal. Con todo, la opinión pública puede ser escéptica frente a una agencia *demasiado* cercana a una planta a la que ha de regular con objetividad. La EPA espera borrar esa idea. Considera también que tanto la realidad como la percepción de “cooptación” se tornan mucho menos factibles por la naturaleza de colaboración en la interacción y, por ella, diversidad del equipo.

del proyecto Ciba-Geigy es la difusión pública, éste planea circunscribir sus actividades a un círculo de participantes muy reducido, que por el momento no incluye al público en general. Pudiera parecer que el alcance de un sistema interno de gestión ambiental, o de los mecanismos multimedia para asegurar el cumplimiento, no tiene el nivel de importancia de una norma reglamentaria o no requiere de la participación pública; sin embargo, las circunstancias únicas de este caso indican lo contrario. El hecho de que los sistemas del ELP hayan sido concebidos para un uso posterior más amplio les da mayor resonancia, e implica la necesidad de contar con la participación comunitaria. Más aún, la aprobación implícita (o quizás explícita) de los sistemas por parte de las autoridades gubernamentales —con las implicaciones recién sugeridas— hace aún más imperiosa la necesidad de una retroalimentación de mayor amplitud.¹⁹

2.2.2 Duke Power

La empresa Duke Power opera la Estación de Vapor Riverbend, planta generadora de electricidad a partir de carbón, con una capacidad de 454 megavatios, ubicada en el río Catawba, en Carolina del Norte. Riverbend cuenta con más de 100 empleados, entre los que se incluye un coordinador ambiental que depende directamente del gerente de la planta. Ésta fue seleccionada para participar en el ELP con varios proyectos diversos que se llevan a cabo actualmente de manera simultánea.

2.2.2.1 El programa de auditorías en la Estación de Vapor Riverbend

Uno de los proyectos entraña el intercambio de auditores, que es una variante de la concepción de auditorías por parte de terceros: Riverbend proporciona un auditor para que participe en actividades de verificación en una planta de energía del Servicio Público de Arizona (*Arizona Public Service*, APS), a cambio de un auditor de la propia APS que certifique la instrumentación del programa de auditorías en Riverbend. La intención expresa de este programa de intercambio es “establecer conexiones, definir mejores parámetros y adquirir retroalimentación externa para el proceso de auditoría [de Riverbend]...”.

De acuerdo con la descripción escrita, este proyecto ELP no implica la participación gubernamental en la formulación (salvo algunos ajustes mínimos recomendados por el equipo de representantes del gobierno) ni en la puesta en marcha del programa de auditorías por parte de terceros. Por tanto, no entraña las mismas preocupaciones en materia de “cooptación” de la agencia o de error oficialmente inducido. De conformidad con los Lineamientos de Aplicación de la Ley de la EPA —uno de los componentes de los proyectos del ELP—, cualquier infracción detectada mediante las auditorías deberá ser notificada a las agencias correspondientes; siendo así, y de corregirse la anomalía en un plazo no mayor a 90 días, no se impondrán sanciones por la infracción.

Las auditorías periódicas del desempeño ambiental son generalmente aceptadas como una medida útil para asegurar el cumplimiento y, cada vez más, se les considera como la norma mínima de cuidado en las empresas con conciencia ecológica. El elemento novedoso que Riverbend introduce en su proyecto ELP consiste en el intercambio de auditores con una empresa no relacionada pero similar. Esta práctica, en la que cada empresa envía su equipo de auditores internos para que realice una amplia revisión de la otra empresa e informe sobre los resultados a la gerencia, puede ofrecer algunas ventajas adicionales. La oportunidad de definir mejores parámetros, a partir de la

¹⁹ La opinión de la EPA es que ha sido difícil lograr la participación de la comunidad o de grupos interesados de la localidad en el proceso de desarrollo de los sistemas de manejo ambiental. Muchos otros asuntos más inmediatos exigen mayor prioridad de estos grupos. Sin embargo, la EPA apoya la opinión, planteada también en el Programa de Cuidado Responsable, de que las comunidades deberían participar en el desarrollo de sistemas de manejo ambiental. Ello será un tema que explorará en su serie de simposios y reuniones con grupos nacionales interesados en el ambiente.

observación de lo que otro está haciendo mejor y de la adopción de prácticas superiores, bien puede fomentar un proceso de superación continua; proceso que será aún más probable si Riverbend intercambia auditores periódicamente con diferentes instalaciones. Por otra parte, el riesgo de “cooptación”, en este caso de los propios empleados, puede evitarse al asignar la responsabilidad de la auditoría a alguien independiente o ajeno a la planta.

El incentivo para los programas de auditorías

La principal pregunta que puede plantearse acerca de cualquier programa que ofrezca incentivos para la realización de auditorías es si se justifica la tolerancia en cuanto a la aplicación de la ley, que la agencia ofrece a cambio de la divulgación de los resultados de una auditoría. El argumento a favor de la condonación de sanciones por violaciones descubiertas en las auditorías plantea que es de crucial importancia estimular la detección, y pronta corrección, de las violaciones ambientales. Este objetivo es importante por al menos dos razones identificables. En primer lugar, contribuye a la meta fundamental de la estructura de regulación ambiental en cuanto a fomentar el cumplimiento de los requisitos establecidos; una infracción no puede ser corregida hasta que los agentes responsables no conozcan su existencia, y en teoría una auditoría detectará tales condiciones, sean intencionales o no. En segundo término, la autocertificación puede complementar, o incluso llegar a reemplazar, la vigilancia gubernamental de la operación de las industrias. Los limitados recursos gubernamentales podrían, por ende, aprovecharse de mejor manera si se lograra evitar algunas de las inspecciones regulares y sustituirlas por esfuerzos internos comparables de autovigilancia.

Se argumenta que cualquier consecuencia negativa derivada de los resultados de una auditoría —o de la respuesta ante ellos— puede servir para desalentar una autoverificación rigurosa en el futuro. Desde hace mucho tiempo la industria ha planteado que resulta ilógico que ella misma proporcione evidencia de situaciones de incumplimiento, si el mero hecho de identificar y revelar esta información se convierte en base para una respuesta gubernamental de aplicación de la ley que no tome en consideración la calidad de las medidas correctivas que la empresa adopte.

Hay cierta ironía en este argumento a favor de la protección de la aplicación de sanciones por violaciones descubiertas mediante las auditorías y luego corregidas. Quienes proponen esta postura parecieran confirmar, *ex profeso* o no, el andamiaje teórico de que la aplicación de la ley sirve para alterar el comportamiento de los sujetos, tanto directos como indirectos; sus partidarios, sin embargo, parecen creer que la aplicación de la ley, más que refrenar o disminuir las conductas ilícitas en el futuro, lo que hace es desalentar el empleo de programas de auditorías que revelen tales conductas y permitan su corrección.

Ante la posibilidad de optar entre: a) detectar (y corregir) oportunamente las condiciones de incumplimiento, pero con el riesgo de recibir alguna sanción, y b) no detectar con prontitud (o en absoluto) las violaciones y, por ende, posponer tanto las medidas correctivas como las sanciones, los defensores de las auditorías parecen preferir la segunda opción. O, si en realidad no la prefieren, al menos sí temen que ésta será la elección de muchas empresas y plantas, aunque no represente —y esto lo saben bien los partidarios de las auditorías— una opción ambiental sustentable, pública o políticamente. Por supuesto, para muchos la solución ideal sería eliminar la necesidad de hacer una elección, al retirar incluso la amenaza de medidas punitivas por violaciones encontradas y reveladas. Eso es justo lo que logran los Lineamientos de Aplicación de la Ley de la EPA.

Es probable que los programas de auditorías estén ya lo suficientemente arraigados como para que se les siga considerando experimentales; no obstante, deben tomarse en cuenta varios elementos.

En la esfera teórica básica, uno puede preguntarse si la filosofía de la amnistía para las auditorías se ha concebido para frenar las violaciones, o simplemente para detectarlas y corregirlas. Y ésta no es una distinción irrelevante. Según la teoría básica de la aplicación de la ley, con la imposición de sanciones —sea que éstas consistan simplemente en la obligación de corregir, o bien que además incluyan multas— se busca generar una situación de suficiente rechazo como para reducir la probabilidad de que se repita la infracción. El objetivo expreso de la sanción no se limita a sencillamente retornar las condiciones a un estado de licitud, sino que incluye también el propósito de refrenar futuras desviaciones de las normas legales.

La mayoría de los programas de amnistía para las auditorías consideran implícitamente este aspecto disuasivo de la aplicación de sanciones como algo sin mayor importancia o, en el peor de los casos, como algo contraproducente. Estos programas enfatizan, casi al grado de excluir otras consideraciones, la necesidad de corregir la infracción cometida. Aunque ciertamente este propósito reviste gran importancia, no queda del todo claro si es sensato desaprovechar mecanismos que al mismo tiempo contribuirían a prevenir la recurrencia en la infracción. Por ejemplo, ¿cómo es que un programa de amnistía para auditorías logra realmente evitar que los empleados de una empresa permitan —por falta de atención o por negligencia— condiciones de incumplimiento?²⁰ Si se supone que los empleados están bien informados de los procedimientos de auditoría de su empresa y de la respuesta de amnistía del gobierno, es posible entonces especular que en efecto su vigilancia podría reducirse, puesto que llevarán a cabo sus tareas con la confianza de que si cometen algún error que comprometa el desempeño ambiental, aquél será detectado y corregido en la siguiente auditoría. Más aún, en tanto que los mecanismos de verificación funcionen y la amnistía se extienda, su patrón no padecerá sanción alguna; sólo deberá tomar las medidas e invertir los recursos que desde un principio habrían sido necesarios para el cumplimiento.

Nada tiene de censurable o condenable —mucho menos de punible— este proceso; nada hay en él que denote la infracción como un evento excepcional con repercusiones en el futuro. Seguramente, un observador melancólico atrapado en la cerrada mentalidad impositiva de los años ochenta al que se diera la oportunidad de vislumbrar esta dinámica se preguntaría —y es comprensible— si las violaciones ambientales se habrían convertido en un mero elemento cotidiano de las empresas, que se ha de aceptar y corregir sin mayor interés o reacción de las autoridades gubernamentales. Es fantástico imaginar una serie de violaciones, recurrentes o no,²¹ descubiertas y corregidas en auditorías sucesivas, sin que el gobierno responda con la aplicación de la ley para poner alto a tal secuencia.

Algunos replicarán que las violaciones que representan un considerable beneficio económico para la industria están, por lo general, exentas de la protección de amnistía. Sin embargo, esta excepción intuitivamente necesaria de tales programas (para hacer equitativas las “reglas de juego”) sólo sirve para recalcar el mismo problema. En primer lugar, si la suposición original es correcta —es decir, en tanto los resultados de la auditoría no estén protegidos, entonces las verificaciones no se efectuarán o divulgarán—, esta excepción significa que los esfuerzos de auditoría no incluirán aquellas

²⁰ El alcance de esta indagación no se extiende a las violaciones intencionales. La mayoría de los programas de amnistía para auditorías, al igual que los Lineamientos de Aplicación, excluyen de cualquier política de tolerancia las violaciones criminales o intencionales. La eficacia de la exclusión criminal se analiza más adelante.

²¹ Muchas de las políticas de auditorías, como los *Lineamientos*, sólo descalifican para protección las violaciones subsecuentes cuando las anteriores estuvieron sujetas a una acción punitiva. Algunas políticas reservan, con cierta vaguedad, derechos para responder por violaciones repetidas o patrones de infracción. Como se analizó, la imprecisión inherente a tales enfoques sólo introduce dificultades adicionales. Desde luego que los *Lineamientos*, como prácticamente cualquier otro programa de auditorías, exenta de protección ambiental a las violaciones graves o criminales o actos que causen daño ambiental.

violaciones importantes que tienen más probabilidades de dañar el ambiente y que preocupan a las autoridades ambientales.²² En segundo término, esta excepción confirma que los efectos de inhibición y equilibrio de la aplicación de la ley seguirán siendo indispensables para abordar problemas serios; y si se requiere de agentes reguladores aun en los casos en que las empresas estén llevando a cabo sus auditorías, entonces disminuye considerablemente el valor de tales programas, en cuanto a la reducción de los recursos requeridos para la regulación.

Programas de auditorías y ambigüedad

La cuestión de cuantificar o establecer un beneficio económico “significativo” introduce un segundo conjunto de aspectos en torno a los programas de amnistía para auditorías. A falta de una descripción más precisa y refinada, estos programas parecerían estar contruidos sobre una base binaria; es decir, dependiendo de ciertos criterios establecidos en el programa de amnistía, las instalaciones son completamente inmunes a la acción judicial por incumplimientos, o están en una situación de riesgo total por haberlos cometido. Estos criterios incluyen, por lo general, elementos como la detección de las infracciones mediante una auditoría, la corrección oportuna de la infracción, que ésta no constituya un delito penal, que no represente un beneficio económico significativo para el infractor, y otros similares. Desafortunadamente, estos criterios no son materia con la que se puedan integrar decisiones objetivas, claras e indiscutibles.

Por ejemplo, el concepto central de auditoría no es autodefinible. Sin duda, existen muchas definiciones de auditorías y de programas de auditorías que pueden consultarse, pero ¿tienen las empresas la libertad de decidir cuál definición, cuál descripción de programa aplicar?²³ ¿Debe participar el gobierno en lo que se ha señalado como una práctica privada para certificar procedimientos aceptables de auditoría? Incluso, determinar la cuestión del alcance de la definición no elimina los problemas potenciales. ¿Es necesario que el descubrimiento de una infracción se realice en el marco preciso de un proceso que cumpla con la definición aprobada para invocar la protección de un programa de amnistía?²⁴ ¿Puede una empresa tener la certeza de que el gobierno aceptará que ha puesto en marcha un proceso de autoinspección satisfactorio, continuo y sistemático, si descubre una infracción en su primera auditoría, sin un registro previo que muestre un compromiso sostenido con el proceso? Estas interrogantes adquieren gran relevancia en vista de que la protección total de la aplicación de la ley al amparo de estos programas depende de su resolución. No resulta difícil imaginar la realización de procedimientos preliminares complejos y prolongados para determinar si una agencia reguladora conserva autoridad para obligar al cumplimiento.

²² Si la suposición no es correcta, desde luego, no hay necesidad de las disposiciones de amnistía.

²³ Véase más adelante el análisis de la ISO 14000 y los diversos programas federales existentes, que ya abordan la revisión de los sistemas de manejo y auditoría.

²⁴ Ésta no es una interrogante académica. Un caso de aplicación que se convirtió en una referencia estándar para quienes buscan una auditoría y el privilegio de no informar sus resultados fue el de una compañía dedicada al manejo de desechos, que informó a la Agencia que una de sus instalaciones había aceptado intencionalmente y a escondidas volúmenes de residuos superiores a los permitidos. Los defensores de la compañía argumentaron que nunca deberían haber sido obligados a pagar una multa por estas violaciones —al margen de que aquella era obligatoria, no discrecional— porque las habían notificado voluntariamente. Sin embargo, el descubrimiento de estas violaciones ocurrió casi por *serendipia* (por casualidad): un alto funcionario de la compañía se topó con ellas en el curso de sus labores cotidianas; no salió a la superficie durante una auditoría o cualquier otro procedimiento sistemático, regular o episódico, para evaluar el cumplimiento. Si la planta hubiese contado con un programa de amnistía para auditoría, la cuestión central en una impugnación hubiera sido si tal revelación calificaba.

Las mismas ambigüedades se aplican a otros criterios. El sentido de una acción correctiva oportuna sin duda depende del juicio de quien comete la infracción y, por ende, debe encontrar los fondos y asegurar los bienes y servicios necesarios para corregirla.²⁵ Desde esta perspectiva, incluir un beneficio económico significativo resulta particularmente asombroso. Salvo en circunstancias poco comunes (relacionadas por lo general con el derrame accidental de algún producto al ambiente, cuya detección de cualquier manera no requiere de una auditoría), toda infracción se traduce en cierto beneficio económico para quien no está aplicando un control adecuado. Una política de amnistía para las auditorías que incorpore este criterio requiere que el gobierno decida dónde ubicar —en la escala entre insignificante y significativo— el beneficio económico de cada infracción descubierta, a fin de definir, una vez más, si conserva la autoridad para aplicar la ley. La conclusión del gobierno acerca de la ubicación de esta escala no necesariamente refleja la opinión de la empresa en cuestión.

A pesar de estas incertidumbres, la existencia del criterio de delito penal puede, de hecho, ser lo más desconcertante. La decisión de si una acción es delictiva o no, constituye una determinación exclusivamente legal, que se puede tomar sólo tras un procedimiento de aplicación de la ley guiado por sus propias reglas complejas. Sobra decir que las docenas de casos de delitos ambientales que han llegado a juicio, y más allá, dan testimonio de las dificultades para indagar si la conducta específica fue criminal. Sin embargo, los Lineamientos de Aplicación de la Ley y otras políticas similares hacen de esta determinación un requisito para dar inicio a la aplicación de las leyes. Es probable que exista un patrón en este mar de espejos, pero no resulta evidente en los Lineamientos mismos.

Todos estos problemas quedarían en gran medida resueltos si la existencia de un programa de auditorías que detectara las violaciones, y la corrección oportuna de éstas fueran factores expresamente considerados por la entidad encargada de aplicar la ley, y no criterios de partida de la propia aplicación. Así, por ejemplo, el alcance del programa de auditorías o la rapidez de las acciones correctivas, a la luz de todas las circunstancias relevantes, serían factores importantes para determinar la aplicación de sanciones disuasivas adecuadas, si procedieran. Tal información también podría considerarse relevante en las fases indagatoria y de sentencia de los juicios. Lo anterior evitaría la situación incongruente de impulsar un procedimiento penal en el que un veredicto de inocente implicara, de entrada, que el gobierno no tenía autoridad para iniciar el juicio.

Quienes proponen los programas de amnistía para las auditorías con frecuencia argumentan que requieren certidumbre de protección por parte de las autoridades para aplicar auditorías, pero la que han logrado en los actuales programas es más ilusoria que real. La decepción de aquellos a quienes —para su sorpresa— en algún momento se apliquen sanciones por algo en lo que pensaban estar protegidos, será mucho mayor a raíz de las expectativas creadas.

2.2.2.2 Programa de participación comunitaria de la Estación de Vapor Riverbend

El segundo proyecto ELP, el de Riverbend, está orientado a la participación comunitaria y de los empleados. Como parte de este esfuerzo, el equipo del ELP pretende desarrollar cursos de enseñanza

²⁵ Los Lineamientos de Aplicación de la EPA limitan aparentemente la pronta acción correctiva, para fines de amnistía de aplicación, a 90 días (con una extensión discrecional de otros 90). Es difícil imaginar que esta u otra definición arbitraria de los periodos no esté sujeta a negociaciones y jalones intensos por quienes creen poder demostrar la imposibilidad de hacer las correcciones en el tiempo límite, a pesar de su buena fe y del mejor de sus esfuerzos (por ejemplo, físicamente, el equipo no se puede ordenar, entregar e instalar en el periodo señalado). Después de todo, argumentarán, han hecho todo lo que estaba en sus manos para detectar, notificar y corregir. ¿Por qué han de estar sujetos a la aplicación, cuando la pronta corrección está más allá de su control? No obstante, las expectativas de la EPA son que la mayoría de las compañías desearán hacer lo correcto y tomar medidas correctivas en el lapso previsto, o aceptarán que el programa se debería manejar de acuerdo con las expectativas tradicionales. El primer año del ELP ha confirmado esas expectativas.

sobre las plantas generadoras de electricidad, su interacción con los ecosistemas y su participación en las iniciativas de prevención de la contaminación. De acuerdo con los MDE, los planes de estudio y los materiales didácticos de apoyo “se realizarán a la medida de Riverbend... para incluir (*sic*) todas las mejoras ambientales previstas en los propios programas ambientales y actividades de prevención de la contaminación, así como en el Programa de Liderazgo Ambiental para Riverbend”. Entre los beneficios declarados de este esfuerzo se incluye fortalecer “en estudiantes e instructores la idea de que Riverbend produce electricidad de una manera respetuosa del ambiente”, lo cual se verá reforzado con la apertura de las instalaciones de Riverbend a recorridos y visitas, en las que se espera participe la EPA y se demuestre el éxito del ELP en esa instalación.

Las observaciones anteriores sobre la posible “cooptación” de la agencia en el caso Ciba-Geigy se aplican lo mismo, o aún más, aquí. El proyecto Riverbend también tiene la meta explícita de transformar la relación entre empresa regulada y agente regulador. De acuerdo con los MDE, los agentes federales y estatales se están comprometiendo a “una experiencia educativa ‘intervencionista’ al participar activamente en los proyectos piloto de Riverbend”. Más aún, Riverbend manifiesta su esperanza de que desarrollará con los organismos reguladores lo que (en los MDE) llama “relaciones de socios” que generen confianza y un proceso de desarrollo progresivo.

Existen algunas diferencias entre este programa y el de Ciba-Geigy, aunque su importancia puede ser más aparente que real. En este caso, la nueva relación con las autoridades se crea no en el marco del trabajo conjunto en un programa que asegure el cumplimiento (como el sistema de gestión ambiental de Ciba-Geigy), sino en la colaboración en iniciativas educativas y de difusión que busquen presentar a la comunidad la conmovedora saga de la generación de energía eléctrica respetuosa del ambiente. En cierto sentido, entonces, el fenómeno de “cooptación” no resulta tan preocupante, pues la cercanía de la agencia con la empresa no se da en un marco de regulación. Sin embargo, aunque los esfuerzos educativos son importantes para el desarrollo del entendimiento de la comunidad, en realidad no existe un vínculo claro entre esta actividad y un aumento en el cumplimiento. En todo caso, puede haber ciertos indicios que apoyan el planteamiento de que la difusión pública eficaz y los programas educativos conducen a una mayor vigilancia ciudadana y, por ende, a mejoras en el comportamiento de las empresas.

Desafortunadamente, esa falta de relación entre los esfuerzos educativos y el cumplimiento por parte de la empresa también podría constituir un motivo para preocuparse aún más por la posible cooptación en este caso. Es factible que en un futuro los programas de difusión y contacto con la comunidad se conviertan en uno de los requisitos para la participación en los programas de liderazgo ambiental. Si surgen situaciones de incumplimiento, los esfuerzos educativos y de difusión que alaben a la industria en un entorno público amplio pueden llegar a resultar, incluso, más problemáticos para las autoridades ambientales de lo que pudiera ser la asociación con Ciba-Geigy, limitada a un sistema de manejo ambiental relativamente técnico. Es de esperarse que estos esfuerzos pulan (en términos ambientales) la imagen de la empresa entre la comunidad y el público en general; por lo tanto, las autoridades que en un momento dado llegaran a considerar la aplicación de sanciones en contra de Riverbend podrían estar influidas no sólo por su propia percepción —formada como resultado del ELP— de que Riverbend es una empresa con conciencia ambiental, sino también por la sensación de que el público no aceptaría una nueva imagen, incompatible, de la planta como contaminadora. Estas consideraciones afectarían considerablemente la capacidad de respuesta de la agencia, aun en situaciones tradicionales de aplicación de sanciones.

A pesar de esta preocupación, la EPA y Duke Power creen que su novedosa relación tiene un gran potencial de rendir beneficios. Las auditorías de cumplimiento conjuntas, entre inspectores federales, estatales y de la propia empresa, han proporcionado valiosa información para todas las partes.

Además, se considera que el cuidadoso proceso de monitoreo para la aceptación de los participantes, así como la naturaleza limitada del programa piloto, justifican cualquier riesgo teórico.

2.2.3 Base Aérea Militar McClellan

La Base Aérea Militar McClellan se localiza a once kilómetros de Sacramento, California. Sus instalaciones ocupan una superficie de alrededor de 1,200 hectáreas (3,000 acres), donde trabajan cerca de 16,000 empleados, lo que la convierte en la fuente de empleos industriales más importante del norte de California. Como principal centro logístico y espacial del Departamento de Defensa, en McClellan se desarrolla una amplia gama de actividades relacionadas con las operaciones y el apoyo a la flota aérea, así como con las actividades de monitoreo de satélites.

El proyecto McClellan resulta ilustrativo porque el MDE señala —de manera quizá más evidente que en el caso de los otros proyectos— la naturaleza profundamente tentativa y preliminar de los esfuerzos del ELP. Aunque la introducción al MDE se propone “señalar en términos específicos los planes de la base aérea militar McClellan...”, el alcance y los objetivos del proyecto no quedan para nada claros.

El ELP McClellan pareciera ser un esfuerzo por desarrollar programas que aseguren el cumplimiento y medidas de automonitoreo que, al ponerse en marcha, reduzcan la necesidad de inspecciones regulatorias de rutina. Desgraciadamente, el lenguaje del MDE es más conclusivo que clarificador. El equipo del ELP, por ejemplo, está comprometido a trabajar para “desarrollar, demostrar y documentar procesos ambientales innovadores y proactivos, criterios de selección e indicadores de resultados que puedan emplearse para reducir las cargas de recursos sobre las agencias reguladoras y la propia base McClelland, sin que por ello se incremente el riesgo a la salud pública o ambiental”. Aunque esto parece bastante abierto, la referencia posterior al desarrollo de una línea base (de referencia) a partir de la experiencia McClellan deja poco claro si al Equipo le corresponde sólo examinar las prácticas existentes o imaginar otras. Las referencias a la posible asociación con otras industrias para llenar vacíos u obtener información suplementaria también dan pie a confusión, y en ningún momento se definen ni las circunstancias de tales vacíos, ni la identidad de las industrias que pueden consultarse.

Esta crítica pudiera ser innecesariamente dura, siendo que el texto del MDE dificulta llegar a conclusiones firmes en torno al proyecto. Una de las primeras tareas del Equipo consiste en documentar “los ingredientes esenciales usados por McClellan para crear, establecer y ahora mantener su entusiasmo, cultura y ética ambientales progresistas”, con el objeto de formar lo que se plantea como “una línea base” que integre o represente todo un conjunto de medidas de cumplimiento exitosas y que más adelante pueda utilizarse para calificar a otras “industrias progresistas”. A partir de ello, el Equipo desarrollará los “criterios de aceptación” que, se supone, podrán emplear los organismos reguladores para evaluar solicitudes de empresas que aspiren a liberarse de los requisitos tradicionales de cumplimiento.

Aunque el proyecto está planteado como un esfuerzo del ELP para identificar medidas que aseguren el cumplimiento, esta característica se cuestiona en uno de los últimos pasos descritos del proyecto. El MDE establece que el Equipo examinará la posibilidad de unir medidas de cumplimiento y esfuerzos de prevención de la contaminación a fin de “alcanzar, superar o eliminar permanentemente la posibilidad (*sic*) de que futuros reglamentos se apliquen (*sic*) sobre McClellan”. Este planteamiento, lejos de proponer una medida para asegurar el cumplimiento, se expresa con el lenguaje de un intercambio ambiental del Proyecto XL, en el que McClellan sustituiría sus propios estándares por requisitos aplicables en otras circunstancias.

Sobra decir que la falta de detalles en el Proyecto de Liderazgo Ambiental McClellan torna extremadamente riesgoso cualquier intento de evaluar sus resultados o posibles beneficios. Este proyecto, al igual que cada uno de los otros del ELP, entraña un gran compromiso de tiempo y recursos de los organismos federales y estatales (así como del personal de la base). En principio, la EPA aceptó la participación de esta empresa a raíz de una propuesta que preveía explorar medidas para asegurar el cumplimiento; pudiera ser que McClellan esté buscando orquestar un intercambio ambiental que le permita pasar por alto obligaciones establecidas. Por lo menos existe la posibilidad de que un esfuerzo basado en expectativas diferentes conduzca a un uso ineficiente de los recursos, más que a la reproducción de los mecanismos que hacen un uso más eficiente de ellos. Más aún, si desde un principio no se definen con absoluta claridad los objetivos y las expectativas, es probable que todos los participantes vean los resultados finales como negativos. Esto puede frustrar, más que estimular, el desarrollo de buenas relaciones de trabajo entre agentes reguladores y empresas reguladas.

2.3 ISO 14000

La Organización Internacional de Normas (ISO, por sus siglas en inglés) es una federación privada de entidades reguladoras de más de cien países. Su misión consiste en facilitar el intercambio internacional de bienes y servicios y alentar la cooperación intelectual, científica, tecnológica y económica mediante el desarrollo de la estandarización y otras actividades relacionadas. Durante los últimos años la ISO (y en particular su Comité Técnico 207 especial) han desarrollado un conjunto de estándares para el manejo de los aspectos ambientales de una empresa. La primera parte de esta serie, conocida como ISO 14000, podría adoptarse formalmente en breve.

Es muy importante destacar que la serie ISO 14000 no establece normas específicas de desempeño para el cumplimiento ambiental. La ISO no se plantea —ni podría hacerlo— suplantarse el papel gubernamental de prescribir los límites de emisiones en las fuentes de contaminación atmosférica ni en la descarga de aguas residuales, las normas en cuestiones de diseño y materiales de las instalaciones para el manejo de desechos, u otras innumerables normas de cumplimiento. La serie 14000 está concebida, más bien, para ayudar a las empresas a identificar los diversos tipos de controles de manejo internos, esfuerzos de autoinspección, medidas para el mejoramiento progresivo y otros procesos necesarios para funcionar en las actuales condiciones de regulación ambiental. El propósito fundamental de la ISO al emitir estas normas de control es fomentar el comercio internacional, mediante la armonización de las prácticas y normas empresariales.

Cuatro secciones fundamentales de la serie 14000 abordan los aspectos centrales de los sistemas de control.²⁶ La primera es la de estándares básicos para los sistemas de manejo ambiental, que invitan a las empresas a:

- Tener una política ambiental formal, que se difunda y comprenda.
- Contar con un proceso para desarrollar y llevar el registro de objetivos, metas y medidas ambientales.
- Estar al día en el conocimiento de los requisitos legales y monitorear su cumplimiento.
- Generar y poner en marcha la capacitación necesaria para sus empleados.
- Llevar y mantener una documentación adecuada de las actividades de la empresa.
- Desarrollar planes de respuesta e intervención ante situaciones de emergencia.

²⁶ La ISO incluirá también estándares en áreas relativamente secundarias de etiquetado ambiental, evaluación del ciclo de vida y normas de los productos.

Estos componentes representan la parte medular del sistema ISO de control ambiental.

Otras dos secciones importantes tratan aspectos de auditoría. Una prescribe los estándares para la realización de auditorías y los principios generales que subyacen al proceso de auditoría. La ISO 14000 solicita a las empresas que realicen auditorías en todos los niveles de operación relevantes: corporativo, operativo y productivo. Los estándares describen la necesidad de evaluaciones periódicas y sistemáticas. La otra sección sobre auditoría proporciona criterios de calificación para los propios auditores.

Por último, la ISO 14000 establece estándares para que las empresas evalúen su propio desempeño ambiental. Estos estándares requieren que una instalación evalúe tanto su sistema de manejo ambiental como los controles operativos orientados a asegurar el cumplimiento ambiental; asimismo, solicitan a las empresas que se planteen objetivos en términos de desempeño ambiental y las medidas para lograr su cumplimiento. Estos estándares pugnan por una mejora continua del desempeño ambiental y mediciones constantes que permitan documentar el progreso.

Evaluación

Al menos en su fase de desarrollo actual, la serie ISO 14000 constituye el paradigma de los mecanismos de cumplimiento voluntario. El desarrollo de estos estándares por parte de un consorcio de organizaciones privadas ha sido absolutamente voluntario. La aceptación e implantación de los estándares ISO definitivos habrán de ocurrir también por elección voluntaria de las empresas y negocios en lo individual. Hay quienes han expresado su preocupación de que si los estándares ISO ganan una gran aceptación se convertirán en requisitos *de facto* para las empresas que aspiran a competir internacionalmente; sin embargo, hasta el momento tal posibilidad no resulta suficientemente clara como para garantizar que dichas normas lleguen a considerarse obligatorias o requeridas por ley.

La EPA ha expresado un gran interés en el desarrollo de la serie ISO 14000. En general, la agencia apoya la identificación e implantación de instrumentos voluntarios que ayuden a las empresas a incrementar su nivel de cumplimiento de las normas de desempeño ambiental. La ISO se considera como un auxiliar potencialmente valioso para los programas tradicionales de aplicación de la ley, basados en las inspecciones y en la progresiva aplicación de sanciones. La EPA ha participado en la preparación de los borradores de la serie 14000, en particular retroalimentando al Comité Técnico 207 respecto a la necesidad de establecer compromisos claros para el cumplimiento y la prevención de la contaminación.

Con todo, la EPA tiene dudas en cuanto al alcance y la eficacia de la serie 14000 tal y como está integrada hoy por hoy. Para comprender mejor estas reservas, hay que tener en mente que tanto la agencia como el Departamento de Justicia de Estados Unidos (DOJ, por sus siglas en inglés) —al igual que por lo menos otra institución política— han reconocido desde hace mucho la existencia de un sistema interno de control del cumplimiento como un aspecto importante al evaluar la procedencia y la magnitud de una respuesta de aplicación de la ley por alguna infracción. En 1991, por ejemplo, el DOJ dirigió un comunicado a las oficinas de los procuradores de los estados en el que daba lineamientos en materia del ejercicio de la discrecionalidad. Se autorizó a los fiscales a no presentar cargos penales cuando se conjugaban varios factores, entre los que destaca la existencia de un programa de cumplimiento ambiental regularizado, intensivo e integral.

De manera similar, los lineamientos de la Comisión Dictaminadora de Sentencias de Estados Unidos autorizan a un juez a reducir significativamente el grado de culpabilidad de una organización demandada —una de las variables directamente relacionadas con la severidad de la sentencia— si la ofensa ocurrió a pesar de haber un “programa eficaz para prevenir y detectar violaciones a la ley”. Los lineamientos brindan una definición amplia de ese tipo de programas, entre cuyos ele-

mentos se incluyen normas y procedimientos de cumplimiento internos; la designación de personal de confianza para supervisar el cumplimiento de tales normas y procedimientos; el uso de sistemas internos (como el monitoreo y las auditorías) para detectar situaciones de incumplimiento, y la aplicación de sanciones apropiadas a los individuos responsables de las violaciones o de la omisión en su detección oportuna.

Por último, en diciembre de 1995 la EPA dio a conocer una política revisada en materia de aplicación de la ley y el descubrimiento y revelación voluntarios de violaciones de los requisitos ambientales. Para ser candidato a la atenuación en la aplicación de sanciones que esta política autoriza, una instalación debe demostrar que la infracción se descubrió mediante una auditoría ambiental, o bien a raíz de un procedimiento aplicado con la debida diligencia para prevenir, detectar y corregir infracciones. Una vez más, la propia política proporciona una amplia definición de lo que considera “diligencia debida”. La definición destaca los componentes de un sistema de manejo basado desde el principio en el fomento del cumplimiento. La diligencia debida entraña la existencia de políticas de cumplimiento para que los empleados identifiquen la necesidad y la manera de observar con todos los requisitos aplicables; la asignación de responsabilidades para la supervisión del cumplimiento; los mecanismos para asegurar que las políticas de cumplimiento se están respetando; incentivos para la observancia entre empleados y gerentes administrativos, y procedimientos para la corrección oportuna y adecuada de las violaciones.

Para la EPA, el tema que comparten todos los pronunciamientos de esta política es la elevada prioridad del cumplimiento de las obligaciones ambientales. No es exagerado decir que la observancia constituye la razón de ser de cada uno de estos sistemas. En cambio, el sistema de control previsto en la ISO 14000 se plantea, como propósito fundamental, la armonización y la estandarización para fomentar el comercio internacional. La existencia de un sistema para vigilar el desempeño ambiental es el motivador principal; el cumplimiento extendido es quizá sólo una consecuencia de esas actividades de gestión.²⁷ De hecho, de una lectura cuidadosa de los estándares 14000 se desprende que el cumplimiento no es tan importante; lo prioritario son los procesos y procedimientos internos de la empresa y los mecanismos empleados para revisar periódicamente estos sistemas.

La EPA considera que el propósito original del esfuerzo emprendido es un factor significativo para evaluar sus metas y objetivos, así como su eficacia. En consecuencia, la EPA aún no concluye que un sistema de gestión que satisfaga la serie ISO 14000 será necesariamente un sistema de cumplimiento que emprenda cualesquiera de las políticas de aplicación de la ley analizadas en este documento. La Agencia no puede todavía asumir que la certificación ISO es garantía de un cumplimiento oportuno, y éste es el principal motivo por el cual la EPA ha exhortado al Comité Técnico 207 a incrementar en la serie 14000 la prioridad en el cumplimiento.²⁸ De la misma manera, la EPA ha detectado la necesidad de un procedimiento de acreditación sólido y confiable, así como de una revisión periódica concomitante, tanto de los certificadores de la ISO como de las empresas certificadas, para asegurar la integridad del sistema. La EPA respalda la creación de una entidad amplia e inclusiva para efectuar la acreditación de los certificadores; un cuerpo integrado no sólo por expertos en manejo ambiental, sino también por representantes públicos y personas con experiencia en sistemas ambientales y de regulación.

²⁷ Tal vez fuera de contexto, se dice que Joe Cascio, de la IBM y presidente del Grupo Asesor Técnico de la ISO 14000 de Estados Unidos, dijo en un discurso en el MIT que a él no le preocupaba qué cantidad de desechos vertía a un río una empresa con certificado ISO; lo que importa, señaló, es sólo que el sistema de manejo ambiental de la compañía registre lo que ocurrió. (Citado en *ISO 14000: An Uncommon Perspective*, Benchmark Environmental Consulting, noviembre de 1995.)

²⁸ La EPA busca también un compromiso adicional de prevención de la contaminación.

3 Esfuerzos estatales

3.1 Introducción

La estructura del gobierno estadounidense, se dice a menudo, está concebida para permitir que los estados sean un semillero de nuevas variedades de mecanismos sociales y regulatorios; por lo menos en el ámbito del cumplimiento ambiental y los mecanismos para asegurarlos, los programas estatales sin duda experimentan un florecimiento asombroso. Luego de un prolongado periodo de renuencia a alejarse de los lineamientos de la EPA, los organismos estatales han comenzado a presentar innumerables proyectos creativos para asegurar un mayor cumplimiento de las disposiciones ambientales. Muchos de ellos tienen como elemento común el recurrir con menor frecuencia a las respuestas tradicionales de aplicación de la ley.²⁹

Como fue el caso de los proyectos ELP, muchos de los planes estatales son esfuerzos piloto, de cuño reciente o ambos. Esto significa, entre otras cosas, que pocos de esos planes tienen un largo historial de instrumentación o resultados muy documentados. En ciertos casos, significa también que los programas siguen sujetos a refinamientos o revisiones globales, a medida que los funcionarios incorporan nuevas ideas e información adicional. Por último, con frecuencia significa que sólo unas cuantas entidades participan o aprovechan los programas que ensayan los estados, lo que por ahora limita las oportunidades de análisis. En suma, numerosos planes se encuentran aún en proceso. El siguiente análisis examina las innovaciones en tres estados, seleccionados porque han instrumentado estrategias que son comunes a otros estados y porque sus programas parecen algo más definidos y consolidados que otros. La experiencia de esas tres entidades y los temas que sus programas proponen para un análisis más amplio pueden ser útiles para quienes elaboran y manejan la política en otros estados.

3.2 Illinois

La pieza central de los esfuerzos de Illinois para impulsar el cumplimiento de las disposiciones ambientales es el Programa de Amnistía Ambiental de Illinois o proyecto Tabla Rasa, como también se le conoce. La génesis, la filosofía y el alcance de este proyecto son, en más de un sentido, representativos de programas similares en muchos otros estados.³⁰

La fuerza del proyecto Tabla Rasa provino de la creciente exigencia de los pequeños empresarios de Illinois de que el gobierno les prestara alguna ayuda especial para cumplir el conjunto cada vez mayor de disposiciones ambientales. Junto con el Departamento de Comercio y Cuestiones Comunitarias del estado (*State Department of Commerce and Community Affairs*), la Agencia de Protección Ambiental de Illinois (IEPA, por sus siglas en inglés) formó un grupo especial de trabajo ambiental integrado por pequeños empresarios para explorar el problema y proponer soluciones. En su informe

²⁹ La consistencia filosófica rara vez constituye un elemento importante de la ideología política. Esta iniciativa de los estados para ser los primeros en aplicar *programas* regulatorios creativos que reflejen necesidades y variables locales corresponde a menudo, lo cual es desconcertante, a un esfuerzo contemporáneo de revisar las *normas* reglamentarias para que éstas sean sólo las requeridas por la ley federal, incluso cuando el estatuto federal autoriza a los legisladores locales a que sean más estrictos si las condiciones locales lo requieren.

³⁰ Es interesante que Illinois sea también un líder en estructurar una nueva relación de trabajo con la EPA federal. Éste es uno de sólo tres estados que han firmado acuerdos de desempeño ambiental para establecer los parámetros de la relación de trabajo formal con la EPA. Estos acuerdos emplean resultados ambientales reales, como el número de sitios limpiados, de instalaciones que cumplen, etc., como medidas de logro de los propósitos del programa de evaluación. El objetivo de estos acuerdos es, a la larga, remplazar en todos los estados los actuales acuerdos, en buena medida insatisfactorios, de medios específicos, que miden los esfuerzos de la agencia estatal en lugar de sus efectos. Esto refleja el cambio general de orientación en materia reglamentaria, en el sentido de premiar más los incrementos de los niveles de cumplimiento que los del número de acciones instituidas.

el grupo señaló que los pequeños empresarios “tienen un deseo sincero de cumplir [las disposiciones ambientales], tanto por conciencia ambiental como por su respeto a la ley”. El informe revela, sin embargo, que ese deseo sincero se frustraba con frecuencia por falta de conocimiento y de especialistas en disposiciones ambientales, y porque además había cierto miedo ante la posibilidad de que quienes eran vistos como los más capaces para corregir esas deficiencias —los funcionarios mismos que elaboraban los reglamentos— castigaran en lugar de educar.

El proyecto Tabla Rasa, instrumentado en 1995 como resultado de las recomendaciones del informe del grupo especial de trabajo, se concibió para tratar ese problema específico. Como se determinó que el universo de afectados lo conformaban pequeños empresarios carentes de recursos para dominar las complejidades reglamentarias, el proyecto Tabla Rasa se limitó a empresas pequeñas con menos de 200 empleados de tiempo completo. Por tratarse de un proyecto piloto, se ofreció únicamente en un área geográfica limitada, donde la cámara de comercio local estaba dispuesta a contribuir en los esfuerzos de su difusión pública.

La esencia del programa es simple: las empresas que recurren a la IEPA para que realice evaluaciones de desempeño a fin de detectar violaciones, y aceptan corregirlas en un tiempo razonable, no reciben sanciones por las infracciones. Al igual que en la mayoría de los programas de este tipo, se excluyen del citado arreglo ciertas categorías de violaciones:

- Las que representan un peligro considerable e inminente para la salud pública o el ambiente.
- Las previamente identificadas por la IEPA.
- Las que se consideren un delito grave.
- Las cometidas deliberadamente durante o después del comienzo del proyecto Tabla Rasa.
- Las descubiertas por la IEPA durante las inspecciones de rutina o por quejas de los ciudadanos durante el proyecto Tabla Rasa.³¹

La identificación pública del programa como un esfuerzo de amnistía revela una de las tensiones características de muchos proyectos de esta naturaleza. La agencia concebía que este programa daría ayuda e instrucción a las empresas dispuestas a aceptarlo, pero que no podrían cumplir las disposiciones a menos que recibieran asistencia.³² Con todo, la constante preocupación de los miembros de la comunidad empresarial de que les aplicaran la ley amenazó con oscurecer los aspectos de ayuda incluidos en el programa. Por ende, el nombre del programa mismo, y gran parte de la actividad inicial para darlo a conocer, destacaban los aspectos de amnistía de la iniciativa. No obstante, antes de conceder ésta se realizaron las evaluaciones preliminares y se enviaron las recomendaciones a las instalaciones. Esta secuencia contribuyó a discriminar entre las empresas que habían cumplido y las que habían incurrido en infracciones. También permitió que las instalaciones tomaran decisiones razonadas en cuanto a su participación.

³¹ La IEPA identificó a los voluntarios del proyecto Tabla Rasa para asegurarse de que no fueran ya objeto de aplicación de la legislación.

³² A diferencia de la mayoría de las agencias estatales, la IEPA aseveró que no tenía más casos de aplicación de los que podía manejar con eficacia. También estuvo en posición de ofrecer estos programas de asistencia amplia sin alterar ninguna de sus respuestas tradicionales de investigación. Al tener una orientación que entrañaba interacciones menos intensas con la comunidad regulatoria, confiaba en poder entrar en contacto e influir de modo más eficiente en las instalaciones pequeñas.

La IEPA propuso poner a disposición de las empresas participantes a sus inspectores tradicionales para que les proporcionaran ayuda, sin que ello representara amenaza alguna.³³ Desgraciadamente, los esfuerzos iniciales por difundir el proyecto produjeron apenas unos cuantos resultados tangibles. Los funcionarios estatales concluyeron que los empresarios mantenían su escepticismo y desconfiaban del discurso gubernamental de que los participantes no sufrirían castigos por incumplimiento.

La Cámara de Comercio del área de Rockford ya era copatrocinadora del programa. Una vez que logró que otras asociaciones comerciales y la Federación Nacional de Empresarios Independientes dieran fe del programa, la IEPA pudo convencer a varios empresarios de que probaran el programa Tabla Rasa. Los participantes tenían la oportunidad de hablar con los representantes de la Agencia por teléfono o personalmente en sus instalaciones; quienes optaban por este último camino podían permanecer en el anonimato durante esa fase inicial del proceso.³⁴ La IEPA consideró la oferta del anonimato como un incentivo de particular importancia para la participación de los empresarios. La Agencia deseaba mantener un diálogo telefónico permanente con quienes decidieran permanecer anónimos y darles, de acuerdo con la información que proporcionaban, la mayor cantidad posible de diagnósticos y orientaciones sobre el cumplimiento de las regulaciones.

Los inspectores del proyecto Tabla Rasa revisaban todos los requerimientos aplicables en éstos y en los subsiguientes encuentros. El personal de la Agencia también intentaba simplificar y extraer los componentes más elementales de las disposiciones reglamentarias, a fin de hacerlas más comprensibles. Tras una revisión preliminar de la información proporcionada por la empresa, el personal de la Agencia hacía sugerencias básicas sobre los pasos que podían darse para cumplir con la prevención de la contaminación. A los empresarios se les ofrecía una oportunidad para continuar y ampliar la relación. Esto significaba, para las instalaciones que habían participado por la vía telefónica hasta ese momento, una visita a la planta, como base para hacer una revisión más detallada de las disposiciones aplicables y de los actuales niveles de cumplimiento.³⁵

Al concluir esta fase, se pedía a los participantes que habían incurrido en violaciones frecuentes que firmaran acuerdos de amnistía/cumplimiento, en los que se comprometían formalmente a corregir en un tiempo razonable cualquier inobservancia.³⁶ Los acuerdos los revisaba y aprobaba el consejo de la IEPA. En esa fase piloto del proyecto se llegó a acuerdos de esa naturaleza con 62 empresas, 42 de las cuales finalmente lo firmaron. A la fecha de este informe, 27 instalaciones habían completado las actividades comprendidas en sus acuerdos de amnistía/cumplimiento.³⁷

³³ Los inspectores regulares de la agencia dieron información y evaluaciones, pero no eran los mismos que tenían la responsabilidad rutinaria de las instalaciones a las que ayudaban, de acuerdo con el proyecto Tabla Rasa. En sus relaciones con los participantes de éste, a dichos inspectores se les conocía como Ejecutivos de Cuenta (*Client Account Managers*). Se instó a las instalaciones a sentirse en plena libertad de seguir en contacto con sus Ejecutivos en materia de asistencia, incluso después de concluido el tiempo correspondiente.

³⁴ La IEPA informó que muy pocos participantes eligieron permanecer en el anonimato a lo largo del proceso; obviamente, las instalaciones que firmaron acuerdos no podían permanecer en esa categoría. La IEPA informó también que algunos de los que parecían desear el anonimato llegaron a las primeras reuniones en las oficinas de la Agencia con ropa que portaba el nombre de su compañía.

³⁵ La IEPA confía en que las limitaciones y descargos que rutinariamente otorga en los acuerdos de amnistía/cumplimiento, donde se describen su alcance y aplicación, no excluyen la defensa legal para acciones de aplicación futuras basadas en declaraciones de error oficialmente inducido.

³⁶ En las declaraciones impresas del proyecto Tabla Rasa no se excluye ninguna clase de violaciones con base exclusivamente en el tiempo de la duración que se considera necesario para la acción correctiva. En más de la mitad de las instalaciones participantes las violaciones fueron menores y se pudieron corregir en 90 días. Unas cuantas firmaron acuerdos en que se les concedieron hasta 180 días para el cumplimiento; en la mayoría de los casos, esos periodos más largos requirieron atención de un especialista certificado para realizar alguna parte de las obras correctivas.

³⁷ En el programa piloto, la IEPA concedió certificados a instalaciones que no tenían problemas de cumplimiento identificados por evaluaciones preliminares, a instalaciones que firmaron acuerdos y a las que completaron sus acciones

(sigue)

Las empresas eran libres de abandonar el programa antes de firmar un acuerdo de amnistía/cumplimiento, sin la amenaza de recibir castigos por las violaciones descubiertas durante el programa. Sin embargo, no había garantías de que sus instalaciones no recibieran la visita de inspectores independientes asignados por rutina y que pudieran detectar dichas infracciones. Para disipar más la preocupación de las empresas participantes, el proyecto Tabla Rasa señalaba expresamente que los mencionados inspectores no intentarían descubrir o usar la información reunida por el programa de amnistía. Aunque sobre esto no había nada escrito en el programa, en la IEPA todos parecían compartir la idea de que estaba totalmente prohibido divulgar la información recabada al amparo del proyecto. En cuanto al acceso público a la información, la IEPA manejaba de manera confidencial la información obtenida en el marco del programa antes de firmar un acuerdo de cumplimiento/amnistía. Los acuerdos signados están a la disposición del público en general, de acuerdo con la Ley de Libertad de Información de Illinois.

Evaluación

En el proyecto Tabla Rasa hay muchos aspectos interesantes sobre la aplicación de la ley. La IEPA conserva el derecho de responder con la aplicación de las leyes, en caso de violaciones detectadas independientemente en pequeñas empresas que hayan abandonado el programa o que nunca fueron elegidas para participar. Con todo, la política de la IEPA en materia de aplicación de la ley en esas instalaciones era casi siempre exentarlas cuando corregían con rapidez la infracción, hubiesen firmado o no un acuerdo formal para ello. Así, las empresas tenían poco que temer en cuanto a que les aplicaran la ley si aceptaban corregir las violaciones, que fue precisamente el incentivo que en primera instancia pretendía establecer el proyecto. En este sentido, el proyecto se puede considerar más bien como un esfuerzo por fomentar y legitimar un enfoque prudente de aplicación discrecional, al darle un nuevo nombre y conferirle la formalidad de un acuerdo de amnistía/cumplimiento. Cabe señalar que el programa ofrecía, además, una revisión multimedia, la prevención de la contaminación y la protección parcial de la identidad de los participantes.

A pesar de todo, incluso la formalidad misma de los acuerdos de amnistía/cumplimiento era informal. No parecía haber dudas de que los acuerdos eran compromisos legales obligatorios; seguramente, el personal de la IEPA los consideraba de esa manera. No obstante, también entendía que tomar una acción legal de cumplimiento al amparo de uno de los acuerdos —aun una medida sólo para forzar una actividad correctiva vencida— ofendería el espíritu, si no es que la letra, del programa ante la comunidad empresarial. Los acuerdos originales firmados incluían la disposición de solicitar prórrogas de cumplimiento.³⁸ De los 42 participantes originales, 15 han solicitado y recibido prórrogas para realizar las actividades prescritas, a menudo por causas ajenas a su control.

Cuando concluyó el proyecto piloto Tabla Rasa, la IEPA instituyó un sucesor que extendía la iniciativa a los talleres de reparación de motores y carrocerías de automóviles, así como a las imprentas en todos los rincones de Illinois. En un folleto del nuevo programa se señalaba que en el futuro podrían sumarse otros sectores industriales.

Asimismo, la IEPA instrumentó por separado otro programa derivado de la Ley de Conservación y Recuperación de Recursos denominado “estudios de asistencia para el cumplimiento”. Estos esfuerzos combinaban elementos de protocolos de objetivos específicos con elementos de conveniencia

³⁷ (continuación)

correctivas. Estos certificados, de los que a la fecha se han otorgado más de 65 de las tres categorías, son vistos por la Agencia como incentivos adicionales para la conducta de participación y cumplimiento.

³⁸ Es preciso destacar que los funcionarios de la IEPA se ocuparon de que se pensara que la Agencia nunca estaría dispuesta a tomar acciones legales, y que ello se tradujese en que los participantes ignoraran las fechas límite acordadas.

administrativa. Los estudios de ayuda para el cumplimiento se utilizaron en cuatro sectores industriales: manufacturas de metal, tintorerías, imprentas y talleres de reparación de automóviles. Se eligieron estos sectores por diversas razones, como el inicio de una nueva supervisión reglamentaria estipulada en la Ley de Aire Limpio y numerosas cuestiones similares en materia de disposiciones sobre manejo de residuos peligrosos, que con frecuencia dejaban perplejos a los pequeños empresarios. La Agencia decidió concentrarse en las instalaciones de dichos sectores cercanas a las oficinas regionales, a fin de minimizar los viajes y otros gastos.

Los estudios diferían del proyecto Tabla Rasa en más de un sentido. Para no esperar a que las empresas se ofrecieran voluntariamente a participar, la IEPA se ponía en contacto con los “objetivos” del estudio y les ofrecía la oportunidad de incorporarse al programa. Aunque la participación siguió siendo voluntaria, la Agencia adoptó una actitud más persistente con quienes inicialmente decidieron declinar la invitación. A los voluntarios se les hizo una primera visita que, con toda intención, la IEPA denominó de estudio, no de inspección, para revisar la observancia de las disposiciones ambientales y detectar violaciones. Después la Agencia les sugería por medio de una carta posibles medidas correctivas, sin mencionar la existencia de violaciones. Tampoco se les pedía que firmaran ningún acuerdo de cumplimiento.

El programa Tabla Rasa y los estudios de ayuda para el cumplimiento son, en muchos sentidos, estructuralmente similares a los programas de auditoría/amnistía que en la actualidad se evalúan en los proyectos del Programa de Liderazgo Ambiental (ELP) o que ya están funcionando en varios estados. En cada caso, una instalación puede solicitar una inspección, de otro modo no requerida por ley, de su desempeño en materia de cumplimiento y tomar las medidas correctivas, a cambio de una aplicación menos severa de la ley por las violaciones que se descubran durante la inspección. En tanto que los programas de auditoría descansan en las inspecciones de la instalación misma (directamente o por medio de un agente), el proyecto Tabla Rasa es la clase de programa que se basa en la ayuda técnica del gobierno para conducir las evaluaciones de cumplimiento.

A todos los programas de amnistía se les puede plantear la interrogante mencionada en párrafos anteriores respecto a los proyectos del ELP: ¿sacrificar la aplicación y optar por la persuasión se traduce en menos violaciones, o simplemente en más de ellas pero que se corrigen rápidamente? Sin embargo, los esfuerzos de la IEPA tienen varios elementos que ameritan una consideración aparte.

Se puede argumentar que programas tan limitados como éste, al margen de que el origen de la actividad de evaluación e identificación sea interno o externo a la planta, constituyen una aplicación más prudente del concepto de la amnistía como recompensa. El proyecto Tabla Rasa, en particular, se reducía a instalaciones pequeñas. Éstas pueden argumentar, hasta cierto punto, que no pueden cumplir con unas disposiciones que desconocen por completo o que no entienden ni siquiera vagamente. A diferencia de las instalaciones más grandes que pueden darse el lujo de contratar a expertos para que determinen la conducta de cumplimiento, las pequeñas pueden violar las reglas por mera falta de conocimiento, no de atención. Los programas que los estimulan a aprovechar un conocimiento experto que de otra forma no estaría disponible pueden hacer que comiencen a entender los requerimientos y ciertamente generar cambios permanentes de conducta. Ésta es una esperanza distinta de la que se podría tener de las auditorías de grandes instalaciones, cuyo resultado bien podría ser un recordatorio más de que hay que cumplir las reglas cuya existencia es de sobra conocida.

Estos beneficios potenciales de los niveles de cumplimiento en las instalaciones pequeñas podrían quedar neutralizados, en teoría, por otros aspectos menos optimistas del programa Tabla Rasa y demás esfuerzos de ayuda técnica. A diferencia de las auditorías privadas, las evaluaciones patrocinadas por el gobierno consumen recursos de las dependencias regulatorias, como tiempo del personal y fondos del programa para realizar visitas “de estudio” para proporcionar ayuda a quienes opten

por participar.³⁹ Esto representa, obviamente, activos que no se pueden emplear en otras actividades regulatorias, incluidas las tradicionales de inspección y aplicación de la ley. Como el proyecto Tabla Rasa se limitaba a las empresas pequeñas, también podría representar activos que se gastaban en prevenir amenazas ambientales más bien poco significativas. Por añadidura, más de un tercio de los participantes originales del programa aún no cumple las disposiciones aplicables. En tanto que han recibido prórrogas, es posible que la IEPA se vea obligada, en última instancia, a emprender acciones de aplicación de la ley contra algunas, o incluso muchas, instalaciones. Ello, sin embargo, absorbería más recursos del programa, haciendo inútiles las energías gastadas en el establecimiento e instrumentación del programa. Aun con estudios cuidadosamente controlados, que hasta ahora no existen, sería imposible determinar si los programas para empresas pequeñas como el Tabla Rasa reditúan mayores beneficios en cuanto a cumplimiento con respecto a la inversión en recursos.

El programa Tabla Rasa también presenta sus problemas particulares de “cooptación”. A diferencia de algunos proyectos del ELP, el potencial de cooptación no es resultado de un sentido de filiación producto de una inusual proximidad con una instalación específica. El programa, más bien, corre el peligro de captar una afiliación quizá insana con la idea del programa mismo. Es importante recordar que el programa Tabla Rasa tiene la meta clave de mejorar la confianza y las relaciones entre regulador y regulado. Ciertamente, no era tanto un nuevo programa sustituto, como uno viejo en un paquete nuevo formulado para convencer a la industria de que la IEPA no era el ogro castigador que se pensaba.⁴⁰ Sus funcionarios explicaban con franqueza que el mejoramiento de la credibilidad de la Agencia era un elemento importante del programa.

Por desgracia, el proyecto es tan vulnerable como otros programas de amnistía en materia de “cooptación”: reserva la aplicación de la ley a ciertas circunstancias sobre cuya existencia la gente razonable podría no estar de acuerdo (o quizá estaría necesariamente en desacuerdo). Uno se puede imaginar fácilmente violaciones que caen en una o más de estas áreas grises. ¿Una condición realmente representa un peligro considerable e inminente? ¿Una infracción es intencional y, por tanto, un delito grave? Es más, no siempre está claro cuándo “conocía” previamente la IEPA determinada situación, a la luz de la enorme cantidad de datos que quizá posea, pero que no se han digerido o analizado.

Aplicar la ley frente a tal incertidumbre no es una tarea poco común de las dependencias reguladoras. Sin embargo, el Tabla Rasa torna estas decisiones materialmente distintas, porque la decisión, en el caso individual de una instalación participante, repercutirá no sólo en ese caso sino en todo el programa de amnistía. La “confianza” de la industria de reciente creación, basada legítimamente o no en la creencia de que una instalación no se enfrenta a la amenaza de aplicación si elige participar en el programa, se pondría en gran riesgo cada vez que se efectuara un cierre con base en lo establecido por la ley. Para una agencia que ha invertido tanto en el éxito continuo de un programa de amnistía, esta ramificación adicional podría fácilmente influir en su decisión de aplicar la ley, incluso en un caso en que ello proceda.

³⁹ Illinois y otros estados que experimentan medidas novedosas reconocen, al igual que sus promotores del ELP de la EPA, que estos esfuerzos piloto, por sí mismos, pueden ahorrar recursos. El examen cuidadoso de los resultados de tales esfuerzos se espera que conduzca a su permanente instrumentación, de tal suerte que se aprovechen al máximo los recursos de la Agencia en el largo plazo.

⁴⁰ El contacto dinámico es un elemento de distinción entre el proyecto de Tabla Rasa y los programas tradicionales de aplicación. Sin embargo, una vez que los inspectores establecen una relación con los propietarios de una instalación, la respuesta de aplicación tendería a ser la misma, al margen de su procedencia. Desde luego, a los participantes en el Tabla Rasa se les ofrecía la oportunidad de firmar un acuerdo que formalizara las mismas obligaciones y beneficios que de ordinario tenían los no participantes.

Los funcionarios de la IEPA aceptaron que esto era una posibilidad teórica, pero creían que habían tenido lineamientos internos suficientemente claros para tomar la decisión adecuada en los casos individuales. Asimismo, no creían que hubiesen surgido casos de esa naturaleza durante el transcurso del programa. Éste es un asunto que las autoridades ambientales quizá deseen examinar cuando consideren programas de ayuda para el cumplimiento que incluyan esos elementos.

3.3 Arizona

Arizona ha iniciado algunos programas para fomentar el cumplimiento de las disposiciones ambientales. Muchos de esos esfuerzos comparten la característica de disponer la prestación de diversos tipos de asistencia en conocimientos técnicos mediante fuentes claramente ajenas al programa regular de aplicación. Arizona también parece estar considerando desarrollar una síntesis coherente de los métodos tradicional y actuales.

Aunque acepta que aún no ha decidido cuál debe ser la mezcla precisa, el Departamento de Calidad del Ambiente (DEQ, por sus siglas en inglés) de Arizona está convencido de que es preciso conservar una postura de vigorosa aplicación de la ley como un componente significativo (de ninguna manera secundario) de la combinación reglamentaria global del estado. El DEQ acepta e instrumenta cabalmente el principio de que se debe fomentar, en especial mediante programas de ayuda técnica, el cumplimiento sin necesidad de acciones legales. Los funcionarios del DEQ se percataron de que habían tomado “el camino fácil” al creer que con tales actividades se incrementaría el cumplimiento. Al mismo tiempo, el DEQ también continuó creyendo que la mejor manera de inducir tal respuesta de la industria es el conocimiento de que la investigación, la detección y la aplicación de la ley esperan a quien no cumpla.

En opinión del DEQ, el deseo genuino de una instalación de cumplir los requisitos aplicables debe reavivarse por la convicción razonable de que la aplicación de la ley sigue siendo una posibilidad real. Este deseo genera una especie de palanca que pone a las instalaciones en mejor disposición de aceptar ayuda técnica y otras medidas destinadas a asegurar el cumplimiento. Para lograr este clima receptivo, el DEQ sigue preparado para tomar acciones legales en casos apropiados. Al mismo tiempo, los funcionarios del DEQ tienen el pleno convencimiento de que necesitan emplear sus nuevos enfoques de cumplimiento para desarrollar mayor confianza entre el gobierno y la industria. Esto ilustra la continua tensión que pueden sentir reguladores y regulados entre las dos filosofías. Desafortunadamente, esta tensión puede significar que las estrategias que en teoría el gobierno deseaba que fuesen compatibles pueden verse como conflictivas entre las instalaciones y sus operadores. Este potencial de tensión es patente en otros programas de la misma naturaleza.

El DEQ también espera liberar información de sus actividades tradicionales de aplicación de la ley y de sus medidas para asegurar el cumplimiento, a fin de desarrollar y refinar las estrategias por objetivo. En algunas instancias, el DEQ cree que va a descubrir que las medidas para elevar el cumplimiento serán indicadas para un sector en particular. En otras, considera que los datos que genere contribuirán a poner al día las actividades de aplicación de la ley en un sector. Por ejemplo, los funcionarios del DEQ han concluido a partir de su experiencia que la presencia visible de la aplicación de la ley fue particularmente apropiada cuando un nuevo sector se incorporaba a la vigilancia reglamentaria, o cuando se emprendía una iniciativa administrativa para instrumentar los requisitos por primera vez en un área geográfica.

El DEQ está dispuesto a aceptar que se incremente la proporción de sus esfuerzos destinados a “consultar” más que a “aplicar la ley”. Sin embargo, confía en que hay un tope natural en ese crecimiento formado por negocios de diversos tamaños y tipos que nunca caminarán hacia el cumplimiento, salvo en respuesta a la aplicación de la ley.

3.3.1 Asistencia técnica

El programa central del DEQ para los fines de este estudio lo administra la Unidad de Asistencia Técnica y Divulgación Educativa (TAEOU, por sus siglas en inglés: *Technical Assistance/Education Outreach Unit*). Los esfuerzos de esta Unidad comenzaron como respuesta a los requerimientos estatutarios de que el estado apoyara con asistencia técnica los esfuerzos privados para prevenir la contaminación. Esta obligación se extendió en 1990 debido a que en la Ley sobre Aire Limpio se dispone la creación de un programa de ayuda para las pequeñas empresas. El DEQ consideró que ésta es la base para formar una unidad de mayor alcance a disposición de todos los empresarios.

Con todo, la TAEOU aún considera la prevención de la contaminación por desechos peligrosos como su misión primordial. Para este fin, selecciona las instalaciones con base en varios factores, incluido el análisis de la información del Inventario de Emisiones Tóxicas y los efectos potenciales de los nuevos reglamentos en los sectores empresariales. A las instalaciones “elegidas como objetivo” se les notifica la disponibilidad de la ayuda técnica que puede brindar la Unidad. Los negocios que responden, así como aquellos que entablan contacto con la Unidad por su cuenta, reciben una carta-solicitud con información del programa. Quienes llaman por teléfono pueden conservar su anonimato y recibir asesoría durante la conversación. El DEQ informa que la mayoría de los que llaman revelan su identidad.

La carta-solicitud, que en realidad es una especie de convenio, describe los deseos del estado de dar asistencia técnica *in situ* gratis si el remitente lo desea. Al completar la visita, el estado proporcionará un informe con las oportunidades identificadas de prevención de la contaminación. La carta estipula expresamente que el estado no garantiza la eficacia ni el costo de sus recomendaciones, y que no es responsable de los daños que resulten de la instrumentación de sus propuestas. La instalación, por su parte, al firmar la carta acepta descargar al DEQ y su personal de cualquier responsabilidad que surja a raíz de la visita o de lo estipulado en el informe.

La mayoría de los telefonemas que se reciben en la TAEOU son para solicitar ayuda de cumplimiento, no información para prevenir la contaminación. El DEQ ha elegido responder a estas peticiones y proporcionar información. También realizará visitas y hará recomendaciones si se le solicita. El personal de la TAEOU consultará a los inspectores del DEQ para obtener conocimiento o información especializada cuando lo necesite, pero sin revelar la identidad de la instalación en cuestión. Luego de la visita, el personal de la TAEOU hará recomendaciones orales y escritas sobre los problemas de cumplimiento. En muchos casos, también hará un seguimiento del lugar visitado. Por política formal, el informe sobre la visita está disponible al público, salvo alguna parte o sección que la instalación pueda demostrar que contiene información confidencial sobre la sociedad anónima o el negocio.

Al personal encargado de aplicar la ley parece gustarle ya esta relación, pues hay indicios de que al principio le preocupaba que fueran los representantes estatales, fuera de su control, quienes proporcionarían a las instalaciones las recomendaciones sobre los requisitos reglamentarios. Los funcionarios del DEQ señalan que no les inquietaba mucho que las instalaciones participantes pudieran defenderse de las acciones de aplicación de la ley con el argumento de que el error había sido inducido oficialmente, pues la carta-convenio incluía un descargo de responsabilidad cuyo propósito era conservar la amplia autoridad del DEQ para la aplicación de la ley. Por añadidura, los crecientes esfuerzos de cooperación dentro de la agencia se habían agregado a su tranquilidad sobre las funciones y prácticas de la unidad independiente.

El DEQ y la TAEOU han decidido enfrentar la tensión entre la asistencia técnica y la aplicación de la ley haciendo algo más que sólo asignar nuevos inspectores para que realicen las visitas

de ayuda. Los empleados del estado que conducen las evaluaciones *in situ* no pertenecen al personal tradicional para la inspección y la aplicación de la ley. En cambio, al personal de la TAEOU lo contrata una Oficina de Servicios al Cliente, que está totalmente al margen de las actividades de aplicación de la ley. Esta separación se concibió para que los empresarios tuvieran mayor confianza en que las actividades del programa eran de asistencia, no de aplicación de la ley.

Pese a que la carta en que se describe el programa tiene ciertamente el estilo de un acuerdo, ni ella ni cualquier otro documento obligan a la instalación participante a hacer alguna corrección de las violaciones. De hecho, en la carta se señala formalmente que “este acuerdo no entraña obligación alguna” para que la instalación instrumente cualquiera de las recomendaciones proporcionadas por la TAEOU. Mientras el personal de ésta, como se señaló, a veces realiza visitas de seguimiento, no lo hace con el propósito de que las instalaciones se comprometan a algún cumplimiento.⁴¹

El DEQ se ha esforzado mucho para señalar la distinción entre la ayuda técnica y la aplicación de la ley. Para confirmar este mensaje tanto a su personal como a la comunidad regulada, el DEQ llegó al extremo de emitir el documento “Sobre la relación entre las visitas técnicas y las actividades de cumplimiento y aplicación”. En éste se presentan las propuestas básicas de que el propósito del personal de ayuda técnica que realiza visitas es ofrecer oportunidades de prevención (e implícitamente de cumplimiento). Partiendo del reconocimiento de que se podrían detectar violaciones, en el documento se señala que el personal de ayuda técnica no está autorizado para aplicar ninguna acción legal mientras proporciona asistencia. Aunque el representante de la TAEOU señalara tales violaciones al operador de la instalación, su existencia no se comunica al personal de regulación. En el documento se estipula la reserva del derecho de terminar las visitas y tomar la acción correspondiente, si se descubren situaciones de peligro inminente y considerable. Al igual que en los demás esfuerzos de asistencia, la TAEOU no acepta que una instalación participe en el programa si está sujeta a investigaciones o sanciones judiciales.

Estos elementos de negocios amistosos se equilibran con la total ausencia de algún componente formal de amnistía de aplicación como corolario del programa TAEOU. El DEQ considera que su compromiso de proteger la confidencialidad de sus esfuerzos de contactos de asistencia técnica no debe convertirse en un obstáculo para las actividades rutinarias de inspección y aplicación. La única excepción, expresamente estipulada en el documento de aplicación, es que el personal técnico de asistencia llevará de inmediato al personal del DEQ encargado de aplicar la ley cuando detecte situaciones que amenacen la salud humana o el ambiente. La negativa a crear una conexión programática más amplia significa que las instalaciones no están exentas de que se les aplique la ley. Éstas siguen corriendo el riesgo de que se les aplique la ley, mediante los programas regulares, si se presentan condiciones que no han corregido.

La carta explica que la disposición de una asistencia técnica *in situ* no libera a la instalación de la responsabilidad de cumplir con todos los requerimientos. Más aún, ni la acción de la TAEOU ni la de la instalación “afectan la autoridad de otros programas del Departamento para conducir inspecciones independientes o investigar y emprender acciones de cumplimiento y aplicación”. En tanto que el DEQ cree que la aceptación de participar en el programa TAEOU debería ser un factor esencial

⁴¹ Los programas de asistencia técnica de esta clase dan lugar a una cuestión interesante de responsabilidad gubernamental. La norma estadounidense que hoy prevalece es que ni el estado ni los funcionarios del estado enfrentan responsabilidad civil o criminal por no aplicar la ley para penar una infracción. Como se señaló, muchos estados han ofrecido durante años programas de asistencia técnica de no aplicación, sin temor a enfrentarse a una responsabilidad civil si las infracciones no se corrigen. Esta tradición podría muy bien continuar para aislar a terceros, incluso frente a los esfuerzos más públicos y decisivos de asistencia técnica.

para determinar la pertinencia o la magnitud de una acción de aplicación, de entrada no permite que la participación prohíba las sanciones.

En los cerca de dos años de existencia del programa, el DEQ sólo ha realizado unas 15 visitas para proporcionar asistencia técnica. Quizá la falta de amnistía en la aplicación sea el factor que esté impidiendo la aceptación generalizada de las oportunidades para asegurar el cumplimiento. Los funcionarios estatales de Arizona y otros lados atribuyen tal renuencia a la permanente sospecha de las instalaciones sobre las motivaciones del gobierno, y cierto miedo de que la participación incremente las posibilidades de aplicación. A medida que el programa TAEOU abandona más su proyecto original de prevenir la contaminación y tiende hacia la orientación de asistencia para el cumplimiento formal, el DEQ está considerando adoptar el enfoque de amnistía de auditorías empleado por la EPA. Los funcionarios esperan que esta promesa de no castigar por violaciones detectadas en las auditorías (excepto para rectificar beneficios económicos significativos) sorteará el problema, que en parte es de percepción, y por ende estimulará la participación.

Evaluación

La cuestión más significativa que puede surgir de la experiencia del programa TAEOU no es si pone en riesgo las potenciales consecuencias legales negativas de futuras acciones de aplicación. El asunto es, más bien, si su enfoque disciplinado de separar totalmente la asistencia de la aplicación generará de manera inadvertida un grave peligro: la reacción violenta del público

En su calidad de programa que realiza recomendaciones directas sobre los requerimientos de cumplimiento, la TAEOU ciertamente incrementa la posibilidad de errores oficialmente inducidos. Esto sucede, sin duda, cuando el gobierno se aparta de su función de establecer normas y decide consultar cómo cumplir con ellas. La preocupación relevante no es si tal riesgo se ha incrementado, sino si lo ha hecho tanto como para neutralizar los posibles beneficios del programa. Sin embargo, el marcado lenguaje de descargo de responsabilidad de la carta-acuerdo que se pide firmar a los participantes parece un razonable baluarte contra un alegato exitoso de la defensa jurídica. A la luz de esto, no parece que el programa DEQ esté corriendo el riesgo inaceptable de comprometer las futuras acciones de aplicación.

Con todo, el programa TAEOU es poco usual, en el sentido de que no incorpora disposiciones para que las instalaciones se comprometan a corregir “voluntariamente” violaciones detectadas. En tanto que se alienta a las instalaciones a corregir las violaciones, pues quedarían sujetas a las acciones de aplicación si no lo hacen, aquéllas tienen que elegir sumarse al programa de cumplimiento y aplicación para establecer un acuerdo correctivo formal. (De acuerdo con el documento de aplicación, las violaciones que representen una amenaza para la salud y el ambiente se informarán al personal del DEQ encargado de aplicar la ley.) Sin duda es fácil que esto se interprete equívocamente como una señal de que la agencia se interesa menos no sólo en las respuestas de aplicación, sino también en las conductas de cumplimiento. Dado el acceso público a los resultados de las evaluaciones de la TAEOU, es fácil imaginar las enérgicas protestas que podría generar un incidente de contaminación o una infracción a las disposiciones en una instalación donde se hayan descubierto problemas durante una visita del personal de la TAEOU. La interacción no se traduciría en una acción legal ni en un acuerdo de cumplimiento. En ese caso, la sociedad puede ser implacable. El deseo bien intencionado de la TAEOU de aislar totalmente la asistencia técnica de sus actividades de aplicación de la ley podría parecer una justificación sin peso frente a una infracción descubierta. Este punto de vista lo compartirían muchas personas por el hecho de que la instalación no aprendió la lección apropiada.

Este temor puede resultar infundado. Sin embargo, sería desafortunado que la reacción pública negativa oscureciera los aspectos positivos del programa TAEOU. Al tiempo, una cuestión similar puede afectar a otros de los muchos programas de ayuda técnica que durante años han instrumentado los estados independientemente de sus actividades de aplicación.

3.3.2 Visitadores de circuito

El programa de agua potable de Arizona ha desarrollado su propia variante sobre el tema de la asistencia técnica. El DEQ descubrió que su política de aplicación propiciaba que los inspectores e ingenieros de campo emitieran “Notificaciones de infracción” inmediatamente, incluso a pequeños sistemas de suministro de agua en los que genuinamente se luchaba para hacer frente a los incesantes cambios en los requerimientos. Éstas eran las instalaciones con menos capacidad para contratar consultores que los ayudaran en esos esfuerzos. Como resultado, los sistemas pequeños habían llegado a ver al DEQ sólo como una fuente de intimidación, nunca de inspiración. Temían pedir ayuda para resolver sus problemas de cumplimiento.

En el programa de agua potable se consideró que este problema estaba tan arraigado que ningún miembro del personal del DEQ inspiraría la confianza suficiente a los operadores de los pequeños sistemas. Ni siquiera se consideró suficiente la separación de los elementos de ayuda y de aplicación, tal como hizo la TAEOU, así que el programa de agua potable optó por buscar fuera de la agencia representantes que ofrecieran ayuda técnica. En un esfuerzo por incorporar a los operadores de las instalaciones, creó un programa de visitadores de circuito para ofrecer “una tercera parte que no se considerara como una amenaza”.

El circuito de visitadores fue un intento de establecer una figura itinerante, con amplia experiencia en el manejo de pequeños sistemas de agua, que proporcionara ayuda técnica bajo contrato con el DEQ. Para su operación, éste identifica los sistemas que, por su tipo, población o dificultades previas, pueden beneficiarse de manera importante con el servicio. También envía a esos visitadores en respuesta a solicitudes directas. Éstos llevan una carta de introducción en la que se explica que no conducirán investigaciones sanitarias o inspecciones de cumplimiento. En lugar de eso, se realizarán visitas para revisar todos los aspectos del manejo del sistema de agua. Al concluir la visita, se hacen las sugerencias en cuanto a cómo mejorar la operación o el cumplimiento, y se documenta la recomendación en un escrito que se entrega al operador de la instalación.

El visitador imita el criterio de aplicación de la TAEOU de no compartir los resultados de sus esfuerzos con el personal de la agencia reguladora. De hecho, el personal de cumplimiento del DEQ no busca información de un visitador ni siquiera para apoyar una posterior investigación independiente de aplicación. Pese a este embargo interno sobre el uso de los datos de los visitadores, la información se sigue considerando abierta al público. Los visitadores no están autorizados para firmar un acuerdo de cumplimiento.

El DEQ y el programa de agua potable consideran la iniciativa de los visitadores como un esfuerzo exitoso. De hecho, atrajo 26 solicitudes de ayuda técnica en los primeros tres meses de su existencia, superando las solicitudes de ayuda para cumplimiento que recibió la TAEOU en casi dos años. Más allá de la simplicidad de los números, los funcionarios del DEQ informaron que sólo han recibido respuestas favorables al programa y su valor. En su opinión, el buen recibimiento del programa de visitadores se debe a la naturaleza independiente de la asistencia que proporciona.

Evaluación

El de visitadores es un programa híbrido, con elementos tanto de la asistencia técnica del gobierno como de las medidas de auditoría de terceras partes. Como otros esfuerzos oficiales, el

alcance de las actividades de evaluación es por demás limitado y por definición intermitente. La del visitador no es una evaluación amplia o representativa del desempeño mediante un procedimiento de evaluación sistemática, sino una fotografía tomada sólo de aquel punto para el que el operador del sistema solicitó la visita. Además, los reducidos fondos disponibles para contratar visitadores aseguran que cada visita sea menos intensa que una auditoría privada.

La naturaleza restringida de la revista del visitador entraña, por tanto, el riesgo de resultar incompleta. Al igual que cualquier otro programa apoyado por el gobierno, tal riesgo genera otro: el de que no cumpla las expectativas. La instalación que corrige una lista de problemas señalados por el visitador se sentirá molesta, y con razón, si poco después el inspector del programa de aplicación identifica otras violaciones que tendrán que solucionarse. La confianza ganada con tantas dificultades se puede perder fácilmente en esas situaciones.

Más allá de las expectativas, cualquier programa de asesoría gubernamental entraña también el riesgo de que se confíe en información incorrecta o incompleta y que ello dé pie al argumento del error oficialmente inducido. Es muy posible que el programa de visitadores profundice este riesgo. Como los visitadores no son empleados del DEQ, sino personal bajo contrato, están fuera del control directo de éste, y ello aumenta las probabilidades de que proporcionen información incorrecta. En ese caso, no es muy factible que los operadores de un sistema pequeño se sientan impedidos de alegar error oficialmente inducido, porque el estatus formal del visitante como consultor bajo contrato lo hace de alguna manera menos “oficial”. Los operadores podrían destacar su aparente posición oficial y su aval del DEQ en la carta formal de introducción. Aunque el DEQ ha intentado minimizar ese riesgo potencial, al emplear un lenguaje cuidadoso en el contrato del visitador a fin de circunscribir el alcance y la autoridad de su posición, puede ser muy convincente un argumento de confianza para que un pequeño operador aproveche este programa especial para ayudarse a cumplir con los reglamentos.

Desde luego, es esta distancia de los visitadores de cualquier filiación con respecto al gobierno, al margen de qué tan eficaz pueda resultar en una controversia, la que da al programa su similitud con las auditorías externas. Una parte de fuera, sin conexión o sesgo, realiza una evaluación imparcial de la instalación y ofrece recomendaciones para mejorarla. No hay riesgo de perder participantes porque el que revisa no está asociado con el brazo del gobierno responsable de aplicar la ley. La instalación es libre, al menos nominalmente, de seguir estas recomendaciones o ignorarlas. Como el personal del gobierno no interviene directamente en las recomendaciones, la aplicación de la ley por no responder con prontitud no es una amenaza inmediata. Esto debería fomentar el uso del mecanismo de visitadores de circuito que, a su vez, deberían aumentar los niveles de cumplimiento. Por último, la ausencia de componentes de amnistía significa que el gobierno no ha sacrificado, al menos oficialmente, ni una mínima parte de su discrecionalidad para aplicar la ley.⁴²

3.4 Minnesota

Los mecanismos e instrumentos para asegurar el cumplimiento han ganado no sólo aceptación sino una buena dosis de legitimidad en Minnesota. Es uno de los primeros estados en promulgar una legislación en materia de protección contra sanciones legales por violaciones descubiertas de manera voluntaria después de una auditoría y corregidas a tiempo.⁴³ Asimismo, son amplias sus actividades

⁴² La preocupación de no satisfacer las expectativas puede reducir, como se dijo, la disposición de las autoridades judiciales para aplicar la ley, que permaneció en el papel. Y, desde luego, el programa de visitadores de circuito sufre el mismo riesgo del rechazo público luego de un incidente grave, ocasionado por la falta de algún componente de acuerdo de cumplimiento.

⁴³ Minnesota prefiere caracterizar su programa como suspensión de sanciones (al descubrirse) y renunciar (al corregirse), más que la amnistía de auditoría.

de divulgación en materia ambiental. Entre otras cosas, es el único estado que ha sido designado por la EPA para realizar intercambios ambientales, como el proyecto XL.

En diversas reuniones, los funcionarios de Minnesota plantearon los principios teóricos fundamentales a fin de considerar este amplio conjunto de medidas para asegurar el cumplimiento. En parte, aceptan con plena convicción la concepción normativa de la situación ambiental. A su juicio, las normas culturales básicas de la sociedad han evolucionado enormemente en los pasados 20 años y los líderes empresariales lo han hecho de modo paralelo. Gracias a eso el gobierno ahora no tiene que recurrir tanto a forzar cambios de conducta desde fuera de una organización. Minnesota considera que puede modificarla desde dentro, si ayuda a los líderes a comprender que un desempeño ambiental con conciencia se puede traducir en una reducción de riesgos, en un aumento de la eficiencia y, en última instancia, en ahorro y mayores ganancias. Pero lo que es más importante, se puede impulsar tal desempeño ayudando a los líderes empresariales a vivir de acuerdo con su autoimagen de ciudadanos preocupados que valoran el ambiente. Las auditorías, las medidas para asegurar el cumplimiento ambiental y otras acciones contribuyen a que los líderes empresariales se enteren de ciertas condiciones que ellos mismos considerarían intolerables, y cuya corrección y prevención emprenderían de inmediato.

Más aún, en Minnesota no se considera al conjunto de estas medidas como una iniciativa exclusivamente privada a la que habría que reaccionar con neutralidad o pasividad. El estado apoya decididamente y fomenta instrumentos que promueven el cumplimiento sin tener que recurrir a acciones legales, porque cree que su uso generalizado producirá beneficios importantes para el estado. Minnesota, como muchos otros estados, puede inspeccionar sólo una pequeña porción de todas las entidades sujetas a reglamentos. El estado considera que las compañías que realicen auditorías comprenderán mejor qué se requiere para el cumplimiento. En consecuencia, necesitará menos recursos de aplicación legal, y los escasos activos de las agencias se podrán destinar a objetivos que valgan más la pena.

3.4.1 Programa piloto de mejoramiento ambiental/ Política de privilegio de auditoría

La experiencia de Minnesota en política de auditorías ilustra la lucha de muchos estados, así como del gobierno federal, para abordar ese punto. Mientras algunos estados apenas empiezan a instrumentar programas piloto o a emprender políticas, Minnesota ha avanzado en dar plena protección estatutaria a las actividades de auditoría. La ley establece un periodo de prueba de cuatro años.

La Agencia de Control de la Contaminación de Minnesota (PCA, por sus siglas en inglés) comenzó a examinar las auditorías voluntarias en 1990, cuando la industria editorial del estado (PIM, por sus siglas en inglés: *Printing Industry of Minnesota*) acudió a ella para pedirle alguna protección para sus miembros ante la aplicación de las leyes. La PIM planteó que los impresores estaban muy interesados en hacer auditorías, conducidas por la PIM misma, a fin de detectar problemas ambientales que requiriesen corrección, pero que los desalentaba el temor de que tales acciones sólo los expondrían a mayores riesgos de sufrir una respuesta del gobierno.

Las negociaciones, de por sí largas, se interrumpían con frecuencia al llegar al asunto de la amnistía formal para las violaciones que se descubriesen, aun si se corregían. A final de cuentas, la PCA sólo accedió a considerar de buena fe los esfuerzos de descubrir y corregir por parte de los empresarios cuando tomase decisiones de aplicación de la ley. Tal acción podría persuadir a la PCA de renunciar a aplicar la ley, o reducir el alcance de una sanción, pero esas decisiones las tomaría dicha Agencia de acuerdo con las particularidades de cada caso. Poco después de que las negociaciones concluyeran con un acuerdo sobre esa base, la Cámara de Comercio estatal propuso a la PCA que extendiese la política a todas las empresas del estado. De nueva cuenta, el grupo de empresa-

rios presionó para conseguir la amnistía definitiva de la Agencia en materia de aplicación, y no simplemente la identificación expresa de las actividades de auditoría, como factores de buena fe al evaluar las respuestas de aplicación.

Tras el fracaso de este esfuerzo, en enero de 1995 la PCA adoptó una política formal para todo el estado en materia de auditoría que en buena medida recogió el acuerdo anterior firmado con la PIM. Sin embargo, para entonces el asunto de las auditorías había alcanzado un primer plano en la atención nacional. Algunos estados, grupos empresariales y otros desplegaron sus esfuerzos para que se crearan privilegios estatutarios para la información descubierta en auditorías. Esos esfuerzos se intensificaron en Minnesota.

Así, en el transcurso de ese año la legislatura de Minnesota promulgó el Programa Piloto de Mejoramiento Ambiental (PPMA). Al margen de su nombre, un tanto genérico, la legislación creó un privilegio de auditoría probatoria modificada para las sanciones de aplicación en ciertas violaciones detectadas que se corrigen de manera satisfactoria.⁴⁴ La meta del estatuto es crear esta protección a fin de impulsar la notificación inmediata y la rápida corrección de las violaciones, sobre todo las que de otra manera no llamarían la atención de los funcionarios, así como promover los esfuerzos para prevenir la contaminación. La ley establece un periodo de cuatro años durante los que se valorarán sus conceptos, y en 1999 se tendrá que entregar un informe a la legislatura.⁴⁵

En su carácter de creación estatutaria, el programa de Minnesota comprende una explicación de sus elementos más detallada que la que por lo general se presenta en las exposiciones de políticas. Las instalaciones más grandes son candidatas a recibir protección al amparo del PPMA si conducen una auditoría ambiental y someten un informe, preparan un plan de prevención de contaminación y elaboran informes de los avances en sus actividades de prevención. Las instalaciones más pequeñas califican para auditorías e informes, y deben cumplir menos disposiciones para prevenir la contaminación. Las instalaciones que informan de violaciones deben corregirlas en 90 días, o de acuerdo con un programa aceptado por la PCA.

El PPMA tiene dos clases de tratamiento sobre privilegio de la información. Con objeto de multiplicar los beneficios del programa estatutario de amnistía, se debe presentar de inmediato un “informe” de auditoría a la PCA (y a veces a los gobiernos locales) en el que se describan las violaciones ambientales detectadas en la auditoría. Requerir la presentación de este informe, pero no los resultados de la auditoría completa, hace más delicada la difícil cuestión de cómo conceder cierta confidencialidad al proceso de auditoría y, a la vez, asegurar que el gobierno al menos conozca las violaciones a fin de confirmar su corrección.

El estatuto crea, además, lo que se podría considerar una especie de privilegio para los resultados completos de la auditoría, pero un privilegio con ciertas características relevantes. Para el estado, los resultados de la auditoría de hecho no se definen como privilegiados. El estado tiene prohibido, sin embargo, solicitar, inspeccionar o apoderarse de los resultados, a menos que la PCA tenga razones para suponer que se ha cometido un crimen de gravedad. En cuanto a las terceras partes (“todas las

⁴⁴ La ley exenta de procesos de protección criminal a cierta clase de violaciones repetidas, así como a las infracciones que causen un daño grave o representen amenazas inminentes.

⁴⁵ Aunque rara vez se analiza con mucha claridad, el debate de las auditorías comprende actualmente dos puntos nucleares relacionados, aunque separados. El primero trata de la cuestión del acceso a la información generada por una auditoría. Subsumida por lo general por una extensión de la doctrina legal de privilegio, el tema lleva a la interrogante de si la información obtenida en una auditoría puede mantenerla en la confidencialidad la planta, y contar con el privilegio de no comunicarla al gobierno o al público. En contraste con este asunto de información/evidencia, el segundo punto es sustantivo: ¿puede una persona estar segura de no recibir sanciones por una infracción que detecta mediante una auditoría y que corrige prontamente, aunque el gobierno sepa de la infracción?

personas que no sean el estado”), los resultados de la auditoría se reconocen formalmente como privilegiados siempre y cuando la entidad regulada haya cumplido con sus obligaciones respectivas, por ejemplo, que haya presentado su informe-resumen, cubierto las disposiciones aplicables de prevención de la contaminación y corregido las violaciones.⁴⁶

Esas acciones por parte de la planta son, simple y llanamente, los propósitos expresos de la iniciativa. La ley deja muy claro un juicio de política: la corrección pronta es el objetivo más importante del modelo regulatorio. La iniciativa reconoce implícitamente que la información y las medidas de corrección de una planta suelen, en todo caso, mitigar la imposición de sanciones.

El segundo elemento importante de un programa de amnistía de auditorías es, obviamente, el beneficio que se otorga a la instalación por su acto de introspección. El estatuto de Minnesota señala que el estado no puede imponer castigos administrativos, civiles o criminales contra una instalación por violaciones que se revelen en el informe requerido y se corrijan en un lapso de 90 días u otro plazo aceptable.⁴⁷ No se incluyen en esta protección las acciones criminales ocurridas a sabiendas; incurrir en la misma infracción menos de un año después de la resolución final de una acción de aplicación por una ocurrencia anterior, e infracciones y situaciones que causen un daño grave a la salud pública o al ambiente. Tras reconocer que incluso los esfuerzos incompletos de evaluación interna pueden contribuir a los niveles de cumplimiento, el estatuto requirió además que el estado tomase en consideración varios factores relacionados con las auditorías al evaluar su respuesta de aplicación, en los casos en que no era posible conocer la protección de amnistía. Por último, una instalación puede desplegar una “estrella verde” por un periodo de dos años si ha corregido todas las infracciones identificadas en su auditoría y al menos ha pasado un año desde la resolución final de cualquier acción de aplicación previa.

Los funcionarios de Minnesota esperan que el PPMA emprenda un proceso que fomente que las instalaciones que en verdad deseen cumplir tomen las medidas necesarias para lograrlo. Los incentivos para las autoauditorías son consistentes con el deseo filosófico de ayudar a la gente primero a comprender las normas que ha de cumplir. Sin embargo, las primeras respuestas al programa fueron poco entusiastas. En sus primeros seis meses se llenaron menos de diez informes de auditorías. A medida que se le va conociendo, la participación comienza a aumentar: más de 20 informes adicionales se presentaron en los meses siguientes.

Evaluación

El programa PPMA no parece generar riesgos significativos de errores inducidos oficialmente. La agencia ambiental no participa como auditora ni proporciona recomendaciones de cumplimiento. La suposición obvia es que en la mayoría de los casos las instalaciones realizarán de inmediato la acción correctiva sin la participación o la aprobación del gobierno, y simplemente lo notificarán a partir de entonces. Más que ampliar el papel del gobierno allí donde la Agencia podría inadvertidamente inducir a error a una instalación en materia de obligaciones y correcciones, este enfoque podría reducir el papel gubernamental a la mera recepción de informes de que se han realizado correcciones.

⁴⁶ La ley no altera los recursos sustantivos de terceros, tales como actos de agravio o demandas ciudadanas. Pocas medidas, si acaso alguna, para asegurar el cumplimiento entrañan la limitación directa de los actuales recursos para particulares.

⁴⁷ El estatuto de hecho prohíbe las *sanciones* específicas, no las acciones de aplicación en sí mismas. No está claro si se pretende prohibir, por ejemplo, acciones administrativas o civiles cuya única meta sea prohibir conductas erróneas o generar comportamientos adecuados. Sin duda éstas son formas de aplicación, pero no comprenden sanciones.

Minnesota conserva, ni qué decirlo, la facultad de confirmar que la acción correctiva se ha realizado. El estado espera ejercer la autoridad en los casos apropiados. Además, Minnesota sigue reconociendo que este esfuerzo piloto debe evolucionar en el marco de un programa de cumplimiento más amplio, que incluya las medidas tradicionales de aplicación de la ley y de disuasión.

Las observaciones generales precedentes sobre la eficacia de los programas de auditoría-amparatoria, sobre todo a la luz de su exclusión de la dinámica de disuasión, no se repiten en su totalidad en aras de la brevedad. Se trata de una aplicación al menos igual. El PPMA sirve también de ejemplo para otras cuestiones diversas que pueden surgir al crear estatutos para privilegiar la información o proteger ante la aplicación de la ley. Vale la pena examinar estos asuntos en el marco de un programa piloto concebido para explorar tales inquietudes. Su existencia no lleva a conclusión alguna sobre el justo medio entre fomentar las acciones voluntarias mediante tales programas y conservar la máxima discreción posible de aplicación de la ley.

Por ejemplo, el enfoque de Minnesota frente a las violaciones sistemáticas es muy estrecho. La amparatoria es aplicable sólo cuando la misma infracción ha sido sujeta a una anterior acción legal formal. Esto significa que las violaciones repetidas cuando no ha habido respuesta a una aplicación anterior, así como cada nueva clase de infracción, al margen del número de violaciones diferentes anteriores que estén siendo sujetas a aplicación legal, califican para un tratamiento de amparatoria.

Los funcionarios de la PCA reconocen también que su convicción en lo acertado del programa y el compromiso de llevarlo a buen término crea ciertos riesgos para allegarse participantes. Por un tiempo les parecían equivalentes las decisiones de aplicar la ley que pudieran ejercer una influencia más amplia para la participación en el programa de auditoría, y la mayoría de las demás y difíciles decisiones de aplicación. Ahora parecen haber aceptado que una acción de aplicación contra una instalación participante podría desalentar a otras a participar en el programa voluntario de auditorías. Éste constituye un aspecto único que no se ha expuesto en las decisiones de aplicación tradicionales.

Un ángulo más problemático de estos programas se refiere a varias inquietudes relacionadas con la apertura: la responsabilidad, la transparencia y la participación y el acceso públicos. Aparte de los casos en que se pueden hacer excepciones limitadas, el PPMA parece establecer un régimen que permite a las instalaciones mantener la confidencialidad de información más delicada sobre violaciones. Esta restricción en torno de la circulación de la información premia la honradez de las instalaciones y su fidelidad a los principios fundamentales de las auditorías ambientales.

Por ejemplo, el proceso recomendado facilita la amparatoria basada en una auditoría al entregar no los resultados completos de la auditoría, sino sólo un resumen breve. Más aún, la PCA no puede disponer de la auditoría completa para confirmar su existencia y alcance. Esto la coloca en la indeseable posición de tener que confiar —sin medio alguno para verificar— que la información contenida en el informe es el resultado de procedimientos sistemáticos para evaluar periódicamente el desempeño ambiental.

Sin duda, cabe la posibilidad de que las violaciones se hayan descubierto por mero accidente, y se les esté purificando al incluirlas en un informe de auditoría. Más aún, también es posible que una auditoría completa revele la existencia de otras violaciones no señaladas en el informe presentado, o que las violaciones reveladas existan de mucho tiempo atrás. Esta información está vedada para la PCA. La evaluación cuidadosa de la información de la etapa piloto arrojará más luz sobre si lo anterior representa riesgos considerables.

Es difícil aquilatar en qué medida esa incapacidad de asegurarse de tal información afectaría a un estado que pueda haber empleado previa y regularmente esas fuentes de datos. No cabe duda

de que la información de esta clase podría tener efectos directos en la manera en que una agencia lleve a cabo su misión. La evaluación de los planes correctivos se obstaculiza por la inaccesibilidad a los datos, que podrían sugerir respuestas correctivas diferentes que serían muchísimo más adecuadas. Aun las decisiones básicas en torno de la dirección de las nuevas políticas o reglamentos se alimentarían de ordinario por el acceso a la clase de información vedada por el PPMA. Por último, la eliminación de tal información del proceso tiende a hacer que la agencia tenga menos responsabilidad de sus propias acciones. La agencia toma decisiones sin acceso a toda la información necesaria para actuar acertadamente. Con esto se puede fomentar que quienes toman las decisiones asuman una actitud menos seria frente a su responsabilidad, al saber que es cuestión del azar que sus decisiones sean prudentes, pues no tienen un conocimiento sólido de los detalles. De la misma manera, las decisiones de aplicar o regular que resulten inadecuadas se pueden explicar o disculpar por la insuficiencia de información en el momento de decidir.

El argumento contrario en apoyo del enfoque de auditorías y corrección se basa en una premisa simple: de cualquier modo, la información vedada rara vez la busca u obtiene el gobierno, y a cambio de renunciar a ciertos poderes se asegura el cumplimiento voluntario de las instalaciones para corregir problemas. Este argumento confiere más valor al beneficio pragmático de lograr la corrección que a la capacidad teórica —pero rara vez ejercida— de buscar información. Por ejemplo, ni el gobierno federal ni muchos estados buscan de modo rutinario información de auditorías, aunque se disponga de los informes correspondientes. Pocas agencias disponen del tiempo o los recursos para conducir una investigación meticulosa de todo incidente de incumplimiento que se detecte y corrija prontamente en una planta. Los programas de protección de auditorías, como el PPMA, se pueden considerar como la simple formalización de esa realidad.

Un conjunto similar de problemas potenciales aqueja a los intereses de terceras partes en el PPMA. Aunque el informe resumido estatutario está a su disposición, los ciudadanos y otros interesados no tienen acceso a toda la información importante sobre las actividades de su barrio. Establecer que los resultados completos de las auditorías no estén disponibles para terceros significa que los ciudadanos que sufran enfermedades no podrán descubrir si hay una conexión causal con una planta de la zona. Sus posibilidades de conocer la conducta de una instalación, a fin de participar de mejor manera en las renovaciones o permisos de modificación, estarán contaminadas por su ignorancia. En suma, en tanto que el PPMA considera que el gobierno tiene poca necesidad de disponer de esa clase de información, también piensa que las terceras partes son prácticamente innecesarias para el manejo del sistema regulatorio.

Por último, el estatuto de Minnesota hace surgir de nuevo la cuestión de si la amnistía por auditoría presenta tantos ángulos difíciles que requieren solución, que cualquier intento formal por fijar reglas provoca más problemas de los que resuelve. El PPMA se puede clasificar fácilmente como un estatuto más que es muy factible que garantice el pleno empleo de los abogados para aclarar sus ambigüedades. A fin de cuentas, esto significa que el estatuto posee un menor grado de certidumbre de lo que parece.

El punto básico de la confidencialidad de la información ilustra este problema. El estado puede no buscar o tomar los resultados de las auditorías a menos que haya una sospecha razonable de un crimen grave. Como esta protección no es un privilegio otorgado a la información misma sino una limitación a su acceso, surgen de inmediato numerosas interrogantes. El estatuto no excluye todos los mecanismos mediante los cuales el gobierno puede obtener los resultados de una auditoría. Por ejemplo, ¿puede éste aceptar y emplear los resultados que le entrega un empleado descontento? ¿Puede el gobierno usar esos resultados si un empleado de la planta se los proporciona inadverti-

damente? Se pueden imaginar múltiples escenarios de cómo se adquirió la información, y cada uno podría requerir una solución judicial.

Incluso la excepción a las facultades del gobierno para obtener directamente el informe completo de la auditoría es menos estrecha de lo que se podría pensar. La solicitud de acceso es causa probable de un crimen grave. Al margen de cómo definir “gravedad”, y aceptando que el estatuto implícitamente incluye una disposición sobre el vínculo entre el supuesto crimen y los resultados de la auditoría, la restricción al acceso del gobierno puede ser prácticamente insignificante. La causa probable de un crimen es una prueba débil ante la ley. De hecho, es el estándar que el gobierno debe cumplir automáticamente siempre que se aplique para una orden de registro para incautar evidencia. Así, a primera vista, el PPMA parece decir que el gobierno no puede confiscar los resultados de las auditorías (confiscación que implica el uso de una orden de registro), salvo cuando tenga información suficiente a fin de obtener una orden de registro para hacerse de esos resultados.⁴⁸ Además de tautológico, esto parece dar poca confianza a quien espera una amplia protección.

De esta cuestión de confidencialidad se desprenden algunas otras cuestiones relacionadas. Por ejemplo, las normas para el gobierno o terceras personas para adquirir información sobre auditorías son por demás diferentes. Considerando la posible facilidad de satisfacer su norma de causa probable, el gobierno puede con frecuencia hacerse de los resultados de las auditorías. Pero en el caso de terceras partes, han de superar el privilegio estatutario de manera totalmente distinta. Así, de nueva cuenta, es sencillo imaginar al gobierno en posesión de información de auditorías que terceras partes no pueden obtener de manera independiente. ¿El gobierno puede proporcionársela a terceras partes tal como lo hace con otra clase de información? Si no puede, entonces el estatuto podría crear una brecha peligrosa entre el gobierno y los ciudadanos que sólo envenenaría aún más la opinión del público sobre los esfuerzos regulatorios del gobierno.

Es interesante que la norma para el “crimen grave” incluida en la sección del estatuto sobre acceso a la información sea diferente de los criterios para negar la amnistía de aplicación de la ley para cierta conducta criminal. La excepción a la disposición de amnistía se aplica a toda “infracción a sabiendas” de las leyes criminales de Minnesota. Como esto no parece asemejarse a un “crimen grave”, ello sugiere la perspectiva anómala de tener resultados de una auditoría pero no poder entablar un juicio, o entablarlo pero sin poder conseguir los resultados subyacentes de la auditoría.

Estos riesgos, cuestiones y ambigüedades pueden de hecho representar el peor de los escenarios, aunque rara vez se presente. Sin duda, cada uno se puede resolver a fin de cuentas mediante la interpretación administrativa o judicial. Su número y complejidad, sin embargo, indican que el PPMA puede luchar por obtener la certidumbre inmediata en torno de la amnistía-auditoría, cuyos defensores alegan necesaria. Estas y otras cuestiones tal vez se examinen al final del periodo piloto. Ciertamente esta oportunidad para la evaluación es una de las principales justificaciones del programa piloto. Pero con todo, se puede argumentar con solidez que estas dificultades son inherentes —y tal vez irresolubles— a cualquier esfuerzo por elevar los factores para evaluar las respuestas de aplicación de la ley en umbrales discriminatorios para tales respuestas.

Es importante reconocer que todo programa de auditoría debe equilibrar las metas de la política pública respectiva de apertura y discreción al aplicar la ley, con el objetivo sustantivo de fomentar la pronta corrección de las infracciones. Los defensores de estos programas argumentarán que no es

⁴⁸ Por cierto, el estatuto no parece requerir un proceso criminal, sino que se usen herramientas de investigación criminal. Éstas pueden emplearse adecuadamente en investigaciones que a la larga pierdan su naturaleza criminal o se deleguen a una agencia civil. Esto indica que los resultados de las auditorías se pueden emplear en acciones administrativas simples, sin importar la protección que parece ofrecer el estatuto.

preciso preocuparse de las facultades “teóricas” de aplicación que se sacrifiquen nominalmente, si el resultado es un mayor cumplimiento en las instalaciones. También podrían argumentar que la tolerancia en los casos de autorrevelación y corrección ha estado siempre en la corriente dominante de la actual práctica de aplicación, aunque mediante una fórmula mucho menos clara. Así, en cierto sentido estos esfuerzos ponen muy en claro la dinámica de la aplicación como un medio frente al cumplimiento como un fin que ha impulsado la búsqueda de enfoques normativos novedosos.

3.4.2 La educación pública y el “ecosentido”

El PPMA y la Oficina del procurador general de Minnesota han colaborado en varias iniciativas de educación encaminadas a proporcionar al público amplia información sobre el cumplimiento. Estas iniciativas se basan a menudo en la asistencia en materia de instrumentación y otros esfuerzos por parte de organizaciones no gubernamentales (ONG) solidarias.

La Oficina del procurador general ha estado trabajando con la Iniciativa Ambiental de Minnesota, ONG local que intenta encontrar áreas de consenso entre la industria, los grupos ambientales y las agencias gubernamentales en asuntos particularmente significativos o controvertidos. El grupo creó hace poco un curso, el Programa de Capacitación en Sistemas de Manejo Ambiental, orientado a presentar los sistemas de gestión ambiental a los empresarios. El curso está concebido para gerentes y supervisores de grandes empresas y se imparte en sesiones de tres horas durante diez meses. El Programa introduce conceptos básicos del sistema de manejo ambiental, como capacitación de los empleados, emisión de políticas ambientales, designación de una clara responsabilidad para la regulación ambiental, auditorías periódicas de desempeño, establecimiento de objetivos ambientales y otros aspectos afines. El curso intenta elevar la sensibilidad de las compañías respecto al cumplimiento ambiental, con la meta secundaria de tener que acudir menos a los recursos tradicionales de inspección y aplicación de la ley.

Minnesota se ha percatado de que con frecuencia muchas pequeñas empresas no pueden comprender o instrumentar todo un sistema integral de manejo ambiental. A la fecha, las ofertas educativas han forzado a esos negocios a emprender la frustrante batalla de tomar los cursos y materiales que están más allá de sus medios o necesidades, o bien permanecer del todo apartados del movimiento de los sistemas de gestión ambiental. Minnesota ataca este problema en colaboración con otra ONG, el Instituto Técnico de Minnesota (ITM).

El ITM ofrece numerosos cursos para pequeñas organizaciones sobre una variedad de temas empresariales tradicionales. Con la ayuda de las agencias ambientales, el ITM comenzará a incorporar pequeños módulos sobre sistemas de manejo ambiental en sus presentaciones de administración de empresas. La esperanza es que una presentación simplificada de este material evite que los negocios pequeños lo vean como una tarea de inmensas proporciones. El ITM también trabajará con otras ONG a fin de ampliar sus esfuerzos educativos e incluir materiales de sistemas de manejo ambiental.

La Oficina del procurador general también ha desplegado el esfuerzo de desarrollar una materia de educación ambiental para los sistemas escolares. La Oficina ha trabajado de cerca con una organización educativa no lucrativa para elaborar guías específicas dirigidas los alumnos de educación primaria, media y media superior. Conocidas como las series de “Ecosentido”, estas materias educativas se concibieron para ayudar a los estudiantes a integrar los aspectos ambientales y económicos en sus decisiones cotidianas. Los fondos de apoyo para la operación del programa provienen de las donaciones de algunas fundaciones y empresas.

De las labores emprendidas, sólo el programa “Ecosentido” tiene el potencial para suscitar interrogantes sobre el papel del gobierno o los efectos negativos de las futuras actividades de regulación. Los esfuerzos por contar con material de estudio más accesible sobre la metodología de cumpli-

miento no parecen exigir una participación significativa del gobierno, ni tampoco entrañan el riesgo de que éste recomiende o apoye determinado curso de acción para cierta instalación. Más aún, el negocio de los cursos lo manejan terceras partes, por lo que no es factible que los funcionarios que regulan o aplican la ley se identifiquen con alguno de los participantes al grado de perder la capacidad de tomar decisiones imparciales sobre sus tareas. La naturaleza no específica del material y la separación del gobierno de su presentación hacen también poco factible que la PCA pueda bloquear legalmente las acciones de aplicación de la ley. Es difícil imaginar que una instalación argumente con éxito que sólo se limitó a seguir el consejo específico de las autoridades ambientales, y que cualquier falla en el cumplimiento ambiental fue inducida por aquél.

La incorporación de una materia en la educación pública sí presenta algunas cuestiones interesantes, similares a las que se aprecian en la actividad de contacto comunitario del proyecto ELP de Riverbend. La Oficina del procurador general de Minnesota elaboró el material de estudio con una organización educativa no lucrativa formada, en parte, por representantes empresariales e industriales, quienes financiaron parcialmente esas actividades.

Este esfuerzo es la imagen viva del nuevo paradigma del gobierno y los comerciantes trabajando juntos, en lugar de enfrentarse, para abordar problemas ambientales. Esto puede ser algo valioso en el desarrollo de esa relación. No obstante, es probable que el esfuerzo por lograr el consenso sobre la incorporación de la nueva materia escolar requiera que el gobierno se comprometa no sólo con los aspectos técnicos (o de los sistemas de gestión ambiental), sino con los valores sociales que se enseñarán a los estudiantes. No es fácil cuantificar esto, pero con toda seguridad hay cierto riesgo de que los valores ambientalistas que las agencias deben defender se sacrifiquen, o se diluyan, en aras del consenso y de la necesidad de atraer contribuciones continuas a este programa. Y, desde luego, una vez que se logre el consenso con su participación, las agencias no podrán fácilmente renunciar a él. También habrán contribuido a un proceso educativo que ha inculcado a los estudiantes que la opinión consensuada es la manera correcta de concebir a una sociedad.

Este temor puede ser demasiado elaborado. El gobierno y la industria ya trabajan juntos para lograr un consenso ambiental en diversas cuestiones. El acto mismo de gobernar se puede ver como un proceso de alcanzar consenso. Sin embargo, permanece la interrogante de si la acción del gobierno para desarrollar unas materias aceptables para los educadores profesionales representa una claudicación de la autoridad moral en torno de los valores sociales fundamentales. Y de ser así, ¿es el presagio de un posible cambio de la actitud pública que ha apoyado tales actividades de aplicación, mismas que han sostenido los programas ambientales por más de dos decenios?

3.4.3 Proyecto XL

Minnesota es el único estado al que la EPA ha permitido administrar proyectos XL directamente en las instalaciones. Esta delegación genérica sigue un experimento realizado en la planta de la 3M en Minnesota a principios de los años noventa. Luego de complicadas negociaciones con la compañía y la EPA, las partes llegaron al acuerdo de permitir que la empresa emprendiera modificaciones de su planta sin asegurar las autorizaciones específicas previas en materia de calidad del aire que se hubiesen requerido de ordinario. A cambio, aquélla aceptó restringir sus emisiones a la atmósfera a niveles inferiores a aquellos permitidos normalmente. La PCA considera que este experimento ha sido todo un éxito: se reduce la contaminación, se ahorra el tiempo dedicado por la PCA y la 3M a la aplicación de la ley y se permite que los productos lleguen más rápidamente al mercado.

Los proyectos XL son intercambios ambientales, no verdaderas medidas para asegurar el cumplimiento. No fomentan éste con las disposiciones existentes, sino más bien identifican las oportunidades para simplificar o eliminar disposiciones en aras de lograr mayores beneficios ambien-

tales o administrativos. Como tales, técnicamente van más allá del alcance del presente informe. Con todo, la preeminencia de Minnesota en la materia amerita un breve análisis.

El experimento de la 3M se puede clasificar adecuadamente como un proyecto con modificaciones de proceso, no como un cambio sustancial del proyecto. La empresa no obtuvo ningún alivio de las disposiciones sustantivas existentes que limitan los niveles o las clases de emisiones. Las obligaciones reguladoras sustantivas para las operaciones de la planta seguirán vigentes. El acuerdo permitió a la 3M evitar o simplificar los procedimientos administrativos de informar previamente de sus acciones propuestas para obtener el permiso de la Agencia.

La legislatura de Minnesota emitió hace unos cuantos meses una ley para instituir formalmente un programa XL en curso y creó el aparato jurídico necesario para instrumentar la autoridad de la delegación de la EPA. Esta ley pretende conservar un equilibrio entre acelerar el cumplimiento de las disposiciones administrativas de notificación y respetar los derechos de los miembros de la comunidad a participar en las decisiones que pueden afectarlos a ellos o a sus vecinos. Un análisis minucioso del nuevo estatuto de Minnesota, la Ley de Innovaciones en Materia de Regulación Ambiental, está fuera del alcance de este informe en lo que se refiere a las experiencias de programas ya existentes. Sin embargo, viene al caso hacer una breve revisión de sus principales características.

La ley constituye una política pública en el estado para, entre otras cosas:

- Fomentar que los dueños de las empresas midan las emisiones de éstas.
- Impulsar a los propietarios de instalaciones a que prevengan la contaminación y reduzcan sus fuentes de emisiones.
- Recompensar a los propietarios de instalaciones que reducen su contaminación a niveles más bajos que los requeridos por la ley.
- Reducir el tiempo y el dinero gastados por las agencias y los dueños de las instalaciones en tareas que no benefician al ambiente.
- Incrementar la participación pública, fomentar el consenso, dar ayuda técnica para que la participación tenga sentido e incremente los niveles de comunicación y confianza entre gobierno, partes reguladas y público en general.

Para lograr estas metas, la ley autoriza a la PCA de Minnesota a emitir y estudiar los efectos de permisos que requieren que los propietarios de instalaciones reduzcan los niveles generales de contaminación por debajo de lo dispuesto por la ley. Los permisos permitirían también una mayor flexibilidad que la de la ley actual. Las autorizaciones formales emitidas conforme a la ley se denominarán permisos XL.

La ley de Minnesota establece varios criterios mínimos para conceder un permiso XL. Reconociendo la incertidumbre permanente sobre si los programas que necesitan una intensa actividad de adaptación individual serán conservados por la Agencia, la ley requiere un veredicto de que es factible que el receptor del permiso, la PCA y otras entidades estatales y locales dediquen menos tiempo *en el largo plazo* a gestionar el permiso XL propuesto. El significado de esta condición temporal no se aclara de otra manera.

Tal vez lo más importante sea que la ley incluye diversas disposiciones relacionadas con el punto fundamental de apertura y participación. Otros criterios mínimos consisten en que el grupo de interesados haya participado en el proceso de toma de decisiones que busca el consenso en la for-

mulación del permiso y seguirá participando en la instrumentación y evaluación de los permisos.⁴⁹ Una disposición relacionada obliga a la PCA a asegurarse de que se proporcione asistencia técnica razonable para facilitar la participación de los interesados. La ley requiere también que los receptores de permisos pongan a disposición de los interesados la información en un formato que sea fácilmente comprensible.

Evaluación

El mayor riesgo de este celo por la “eficiencia” es, desde luego, para la participación pública. Los requisitos de notificación y procedimiento se crearon para disponer de información sobre las instalaciones cercanas y permitir la participación en las decisiones relacionadas con ellas, no sólo al organismo regulador sino a los ciudadanos interesados y afectados. Los valores de tal participación pública son de sobra conocidos, por lo que no se abordan en este documento. La mayoría de esos valores, sin embargo, se pueden desgastar por la eliminación de los procedimientos de notificación. La sociedad puede perder un poco la confianza que había desarrollado por su comprensión de las operaciones y los aspectos externos de la planta. Y lo que tal vez sea peor, la Agencia reguladora perderá los beneficios de la participación local en las decisiones sobre las modificaciones de la planta. La mera capacidad de participar tiende a incrementar la aceptación de los vecinos de la legitimidad del proceso y sus resultados finales. Por añadidura, las aportaciones locales con frecuencia dan información valiosa relacionada con la decisión reguladora o las condiciones apropiadas que han de agregarse a una aprobación. No es poco común que la participación local lleve a la planta a modificar con gusto un elemento de su enfoque, a fin de tratar una preocupación local legítima de la que no se había percatado.⁵⁰

Nunca se tuvo la ilusión de que estas disposiciones agregarían eficiencia al proceso, ni por parte de los empresarios ni de la Agencia reguladora. Los requerimientos procesales reflejan la convicción de que la pérdida de eficiencia se compensa con creces por las ganancias en la aceptación pública y la calidad de la decisión. Los esfuerzos XL que eliminan o reducen drásticamente estos requerimientos reflejan un cambio drástico en la manera de encontrar el equilibrio entre la eficiencia y la toma de decisiones inclusiva.⁵¹

El valor de estas nuevas disposiciones no se conocerá sino hasta que el modelo estatutario se haya probado mediante su instrumentación. En tanto que los interesados aparentemente participarán en la “elaboración” del permiso, de acuerdo con una cláusula separada de la ley, la Agencia de Control de la Contaminación sólo necesita expedir, con un plazo mínimo de 30 días, una notificación para que el público comente sobre la emisión de un permiso XL. Está claro que la notificación de 30 días sobre un proyecto de permiso XL ocurre demasiado tarde en el proceso como para ofrecer una oportunidad significativa para que se discuta la formulación reguladora básica de un permiso. La Agencia de Control de la Contaminación puede, desde luego, resolver este problema con el simple

⁴⁹ Se entiende por “interesados” a los ciudadanos de las comunidades cercanas al sitio del proyecto, trabajadores de la planta, representantes del gobierno, grupos empresariales, ambientales y educativos, y otros ciudadanos o grupos de interés público de Minnesota.

⁵⁰ Este análisis supone que la modificación propuesta de hecho cumplirá con las normas sustantivas aplicables. La suposición no es siempre válida; sea por errores inocentes o por algo peor, algunas modificaciones se traducen en condiciones que generan infracciones. Una revisión previa de la agencia hace que este resultado sea poco probable. Ciertamente, si siempre se pudiese suponer que las instalaciones actúan de manera decidida para cumplir las normas establecidas, entonces habría poca necesidad de la revisión previa exigida en los permisos.

⁵¹ El estatuto en consideración sí requiere de la participación de los interesados en el proceso conducente a una decisión inicial para otorgar un permiso XL. También exige la participación permanente en la instrumentación, aunque el contenido de tal requisito no queda del todo claro cuando el objetivo mismo de un permiso XL es eliminar futuros pasos de revisión.

expediente de comenzar el proceso público en el momento en que se solicita el permiso XL, mucho antes que el mínimo requerido para una notificación de un proyecto de permiso.

Otros conflictos potenciales surgen entre la amonestación para que participen los interesados en la instrumentación de un permiso y el deseo de reducir la carga administrativa y el papeleo gratuito al otorgar flexibilidad de operación. Los permisos que descargan a las instalaciones de las actuales obligaciones de revisión antes de hacer cambios de operación seguramente aligeran las cargas administrativas. Mantener la participación de los miembros de la comunidad afectada en la instrumentación de un permiso de esa naturaleza, que, por su concepción, busca reducir los puntos de interacción con los organismos reguladores (y, por asociación, con los interesados que podrían influir en ellos), representa un reto interesante. Es concebible, por ejemplo, que el monitoreo y la información después de realizado el cambio en una instalación, ocurrido sin notificación ni revisión previas, pueden conservar un papel significativo para los interesados. Incluso es posible que éstos desempeñen una función al conducir inspecciones después de dichas modificaciones.

La Ley de Innovaciones en Materia de Regulación Ambiental es un ejemplo drástico de la tendencia hacia la modificación de las actuales disposiciones que, se piensa, estorban el camino para elevar la protección ambiental. Es también un intento por equilibrar el respeto a los actuales valores “como la participación de los ciudadanos y la conservación de los recursos” con nuevos objetivos. El potencial para aligerar las tensiones entre los objetivos es evidente. Éstas sólo podrán resolverse mediante la instrumentación cuidadosa durante la etapa piloto del programa.

4 Conclusión

El movimiento para elevar el cumplimiento por parte de las instalaciones reguladas mediante el fomento y no por la vía de las sanciones se está afianzando y extendiendo. Sin embargo, aún se caracteriza más por las pruebas y los experimentos que por la certidumbre. Las entidades estatales y la EPA están abriendo brecha en su intento de probar nuevas maneras de lograr el cumplimiento y la protección ambientales. Prácticamente todos los esfuerzos se basan en el auténtico deseo de optimizar los recursos tanto de los empresarios como del gobierno.

Estas iniciativas en muchos casos desplazarán parte del espectro de respuestas de cumplimiento que por muchos años formaron parte de los esfuerzos regulatorios. Al mismo tiempo, los organismos reguladores de todo tipo siguen obstinados en señalar que las respuestas de aplicación tradicional deben seguir desempeñando un papel relevante en un sistema de actividades de cumplimiento amplias en el futuro.

El estudio crítico de estos nuevos mecanismos para asegurar el cumplimiento no pretende desafiar las motivaciones básicas, sino cuestionar si su eficacia e implicaciones se han entendido bien y si es razonable reemplazar con ellas las herramientas tradicionales. La selección cuidadosa de las innovaciones con más probabilidades de fomentar el cumplimiento sin minar los mecanismos sustanciales, como la aplicación de la ley, la participación pública, la transparencia y otros, permitirá que las nuevas iniciativas de cumplimiento hagan contribuciones más relevantes a los esfuerzos de regulación ambiental. Con este fin, la participación permanente de los funcionarios estatales y federales que contribuyeron a la preparación del presente estudio permitirá un diálogo futuro en beneficio de la comprensión de aquellos que pueden estar más familiarizados con estos mecanismos y sus implicaciones.

Estos nuevos programas e iniciativas seguirán requiriendo nuevas funciones del personal regulatorio y nuevas relaciones al interior de los organismos reguladores y entre éstos y las industrias sujetas a regulación. Pocos, si acaso alguno, de los programas regulatorios en Estados Unidos aún no intentan responder al reto que significa este cambio. Este informe pretende plantear interrogantes que seguirán despertando discusiones apasionadas en y entre las agencias estatales y la EPA.

Las discusiones, internas o entre terceros, deben continuar, a medida que se evalúan varios programas piloto, se recaban y analizan datos frescos sobre los niveles de cumplimiento, y quienes toman las decisiones políticas ganan en conocimiento y confianza en el uso de las nuevas estrategias. Este documento no intenta inventariar el vasto conjunto de programas de cumplimiento y asistencia técnica en los estados. Es probable que se pueda recoger valiosa información adicional de la experiencia de esos otros esfuerzos, muchos de los cuales tienen una prolongada experiencia totalmente separada de las actividades de aplicación y cumplimiento. Por último, las diversas asociaciones regionales de coordinación ambiental podrían hacer una contribución valiosa si ayudasen a las agencias y a sus empleados a prepararse para las nuevas y demandantes funciones que deberán desempeñar, a medida que el cumplimiento vaya descansando en una variedad siempre creciente de herramientas.