

InDret

REVISTA PARA EL
ANÁLISIS DEL DERECHO

WWW. INDRET.COM

La posible responsabilidad penal del auditor ambiental

Raquel Montaner Fernández

Universitat Pompeu Fabra

BARCELONA, ABRIL DE 2012

Abstract*

Actualmente, la actividad empresarial se desarrolla no solamente sobre la base de la regulación jurídica que le sea vinculante sino también atendiendo a los parámetros de actuación establecidos en distintas formas de autorregulación. Fruto de la autorregulación normativa surgen, precisamente, las auditorías ambientales y, de ahí, su sujeto principal, el auditor ambiental. Su actividad se relaciona con la gestión medioambiental de una empresa. En los casos en los que tiene lugar un delito ecológico de empresa cabe plantearse la posible responsabilidad penal del ecoauditor, pues éste realiza una aportación que, si es incorrecta, puede generar riesgos medioambientales. En cualquier caso, la aportación del ecoauditor al delito ecológico se enmarca en un contexto complejo en el que intervienen otras personas con competencias más significativas en relación con la gestión medioambiental.

Currently enterprise activity not only develops according to the legal regulation but also in terms of guidelines provided with the different forms of self-regulation. Environmental audits arise, actually, as a result of the so-called "normative self-regulation", being its main subject the environmental auditor. Its activity is related to the environmental management of a company. Criminal responsibility of the environmental auditor arises when an environmental offence is committed through the company, since his wrong action can cause environmental risks. In any case, the auditor's contribution to the environmental offence is part of a complex structure that involves other people with more significant competences in terms of environmental management.

Heutzutage entwickelt sich die Unternehmensaktivität nicht nur nach der gesetzlichen Regelung aber auch in Bezug auf Richtlinien von verschiedenen Formen der Selbstregulierung. Die Umweltbetriebsprüfung entsteht genau infolge der sogenannten normativen Selbstregulierung. Eines der grundlegenden Elemente jeder Umweltbetriebsprüfung ist der Umweltbetriebsprüfer. Seine Tätigkeit ist verbunden mit dem Umweltmanagement eines Unternehmens. Die strafrechtliche Verantwortung des Umweltbetriebsprüfers entsteht, wenn eine Umweltstraftat im Bereich der Unternehmenskriminalität begangen wird. Eine falsche Tätigkeit des Umweltbetriebsprüfers erzeugt auch Umweltgefahren. Auf jeden Fall ist der Beitrag des Umweltbetriebsprüfers zum Umweltstraftat ein Teil eines komplizierten Kontextes, der andere Leute mit wichtigen Kompetenzen in Bezug auf Umweltmanagement beteiligt.

Title: The possible criminal responsibility of the environmental auditor.

Titel: Die mögliche strafrechtliche Verantwortung des Umweltbetriebsprüfers.

Palabras clave: auditor ambiental; responsabilidad penal; participación; omisión.

Keywords: environmental auditor; criminal responsibility; participation; omission.

Stichwörter: Umweltbetriebsprüfer; strafrechtliche Verantwortung; Beteiligung; Unterlassung.

* El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del siguiente proyecto: «Nuevos fenómenos regulatorios y responsabilidad penal en la empresa», Ministerio de Ciencia e Innovación (Proyectos I+D), FFI2008-01738/FISO.

Sumario

- 1. Introducción**
- 2. La figura del auditor medioambiental o ecoauditor**
 - 2.1. Concepto**
 - 2.2. Las funciones del auditor ambiental**
 - 2.3. El auditor medioambiental y el encargado para la protección medioambiental alemán (*Umweltbetriebsbeauftragter*)**
 - 2.4. El informe final de auditoría**
- 3. La responsabilidad penal del auditor ambiental**
 - 3.1. Introducción**
 - 3.2. La comisión por omisión y el ecoauditor**
 - a. Introducción**
 - b. La injerencia**
 - c. Ecoauditor, ¿autor o partície en comisión por omisión?**
- 4. Conclusiones**

1. Introducción

Actualmente, cabe afirmar que las organizaciones empresariales no sólo son agentes destinados a la producción de beneficios económicos, sino también entes ética o moralmente correctos capaces de autorregularse¹. En este sentido, aparece el concepto de responsabilidad social empresarial o responsabilidad social corporativa. Así, una empresa socialmente responsable desarrolla su actividad teniendo en cuenta los efectos que de ella puedan derivarse tanto sobre todos los posibles grupos sociales interesados o afectados (*stakeholders*) como sobre la sociedad en general. De este modo, la gestión de su actividad se lleva a cabo intentando hallar un equilibrio entre las distintas necesidades, intereses y expectativas de todos aquéllos². Que una empresa sea socialmente responsable implica, pues, que no sólo cumple con la normativa jurídica, sino que va más allá. En este sentido, la empresa recurre voluntariamente a las denominadas formas de autorregulación normativa, como son las normas y reglas técnicas. Estas formas de regulación privada son utilizadas por la empresa como herramientas de gestión y control de riesgos y, de ahí, como medios de elusión de posibles responsabilidades (incluso penales). Las auditorías ambientales o, también denominadas, ecoauditorías responden precisamente a estos objetivos. En efecto, se trata de instrumentos de gestión que surgen en el marco de la autorregulación y que, además de configurarse como herramientas al servicio de la protección del medio ambiente, constituyen una técnica mediante la cual las empresas pueden prevenir riesgos medioambientales jurídicamente relevantes. Siendo la ecoauditoría una técnica que responde al fenómeno de la autorregulación es lógico que su desarrollo normativo tenga lugar a través de normas técnicas. Entre ellas cabe destacar el Reglamento (CE) nº 1221/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, relativo a la participación voluntaria de organizaciones en un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS), y por el que se derogan el Reglamento (CE) nº 761/2001 y las Decisiones 2001/681/CE y 2006/193/CE de la Comisión (en adelante, EMAS III)³.

Pues bien, uno de los elementos fundamentales de cualquier auditoría ambiental es su sujeto activo, a saber, el denominado auditor ambiental o ecoauditor. En este trabajo se atiende, precisamente, a la posibilidad de atribuir responsabilidad penal al auditor ambiental en los supuestos de criminalidad medioambiental de empresa. Este planteamiento parte de la consideración del auditor como agente que participa en el proyecto de mejora de la protección empresarial del medio ambiente. De entrada, su posición jurídica frente a la protección del medio ambiente depende del encargo de auditoría. Es decir, una posición relevante de tal estilo sólo puede adquirirla por medio de la *asunción de una función concreta de auditoría*.

¹ Cfr. BRAITHWAITE/FISSE, "Self-Regulation and the Control of Corporate Crime", en SHEARING/STENNING (eds.), *Private Policing*. Vol. 21: *Crime and Justice System Annuals*, 1987, pp. 221-222.

² Cfr. McCONVILL, "Positive Corporate Governance", *Journal of Business and Securities Law* 6, 2005-2006, pp. 62-63; y STEINMANN, "Unternehmensethik und Recht. Einige Überlegungen zur Meta-Regulierung gesellschaftlicher Verantwortung der Unternehmensführung", *ZfS* 3/2011, 2011, pp. 100-102.

³ Respecto a las características principales del sistema de gestión EMAS III, GARCÍA LARA/FORNES MARTÍNEZ, "Sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) aplicado a empresas del sector cerámico", *Boletín de la sociedad española de cerámica y vidrio* 49 (4), 2010, pp. 335-339.

A los efectos de llegar a una conclusión respecto a la posible responsabilidad penal del ecoauditor, este trabajo se estructura en dos partes fundamentales. En la primera de ellas se aborda la figura del auditor medioambiental, concretando su concepto y funciones fundamentales. Tras ello, en la segunda parte se atiende a las posibilidades de imputación de responsabilidad penal, prestando atención a la estructura de la comisión por omisión.

2. La figura del auditor medioambiental o ecoauditor

2.1. Concepto

El auditor es la persona competente para llevar a cabo una auditoría, entendiendo por competencia los atributos personales y la aptitud demostrada para aplicar los conocimientos y habilidades propios de los auditores medioambientales. En general, ecoauditor puede serlo tanto una persona individual como un grupo de personas que actúan coordinadamente⁴. En este último caso se habla de equipo auditor, destacando aquí la figura del auditor jefe, es decir, el auditor que representa al equipo frente a la dirección de la empresa y que es responsable de presentar el informe final de auditoría⁵. Otro de los rasgos definitorios del ecoauditor es su carácter interno o externo a la organización auditada. Así pues, cuando el auditor es un miembro de la empresa auditada se habla de auditor interno, mientras que el auditor externo no pertenece a la organización auditada⁶. En cualquier caso, hay que tener claro que el auditor ambiental es un sujeto privado que realiza una actividad para otro sujeto también privado. De este modo, puede decirse que el auditor medioambiental no es un “ayudante” de la Administración Pública, sino más bien “un ayudante del empresario”⁷.

La opción por un ecoauditor interno o externo depende de factores tales como la dimensión y los medios de los que dispone la organización auditada. Con frecuencia, las pequeñas y medianas empresas recurren a equipos externos, ya que no tienen los medios suficientes para organizar su propio equipo auditor. No obstante, en ocasiones tampoco las grandes empresas —que teóricamente dispondrían de los medios necesarios para ello— recurren a los servicios de un auditor interno. Y ello porque en una decisión de tal estilo también son relevantes otros factores, como por ejemplo si la actividad del auditor puede verse condicionada (al formar parte de la propia empresa auditada) o si existe confianza suficiente de la empresa en el auditor. En cualquier caso, cuando la empresa finalmente opta por un (equipo) auditor interno es muy importante su ubicación dentro de la estructura organizativa.

⁴ El Reglamento EMAS define al auditor ambiental como «una persona o grupo de personas, perteneciente a una organización en sí, o una persona física o jurídica externa a la misma, que actúa en su nombre, que evalúa, en particular, el sistema de gestión medioambiental implantado y que determina la conformidad con la política y el programa medioambientales de la organización, lo cual incluye el cumplimiento de los requisitos legales aplicables relativos al medio ambiente» (art. 2. 17).

⁵ Cfr. BARTRAM, “Ablauf, Kriterien und Tiefe der internen Umweltbetriebsprüfung”, en EWER/LECHELT/THEUER (eds.), *Handbuch Umweltaudit*, 1998, p. 81

⁶ Véase, al respecto, DARNACULLETA I GARDELLA, *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada*, 2005, pp. 170-171.

⁷ Utilizando esta expresión para referirse a los expertos técnicos a los que recurre el empresario, DARNACULLETA I GARDELLA, *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada*, 2005, p. 187.

En este sentido, y a los efectos de salvaguardar su imparcialidad, se señala la conveniencia de que el auditor tenga el menor grado de dependencia jerárquica posible⁸.

2.2. Las funciones del auditor ambiental

En su condición de sujeto activo de la auditoría, al ecoauditor le corresponde la realización de las actividades propias de una auditoría. De esta formulación genérica se derivan dos funciones concretas: una *ejecutiva* y otra *informativa*. En primer lugar, la función más inmediata del auditor tras su contratación es la ejecución de la auditoría, es decir, la evaluación sistemática de aquello que constituya el objeto de auditoría. En este contexto, si el auditor tiene encargada, por ejemplo, una auditoría sobre el sistema de gestión medioambiental de la empresa, su tarea va a consistir en comprobar y revisar si la empresa que le contrata desarrolla su actividad conforme a los parámetros establecidos en su sistema de gestión. Para la realización de esta función, es importante que el auditor medioambiental tenga conocimiento de las características y cualidades del ámbito o elementos sobre los que debe desplegar su actividad.

Esta primera dimensión de la función del auditor puede calificarse como una actividad de “vigilancia”, entendiéndose ésta en el sentido de evaluación o revisión de las condiciones en las que el auditado desarrolla su actividad, comprobando su adecuación al procedimiento o parámetros que deberían seguirse⁹. En esta lógica, el EMAS establece que, entre los objetivos de las auditorías internas, se incluye «la evaluación de los sistemas de gestión empleados y la determinación de su coherencia con la política y el programa de la organización, que deberá incluir el cumplimiento de la normativa medioambiental aplicable»¹⁰. Sin embargo, la titularidad por parte del ecoauditor de esta función de vigilancia no excluye la independencia de la actividad de auditoría respecto a la actividad vigilada. Al respecto, es interesante tener en cuenta una de las distinciones conceptuales señaladas desde la teoría de la empresa. En este ámbito, se entiende que la función de vigilancia en la empresa se refiere tanto al concepto de *control* como al de *auditoría*¹¹. La diferencia entre estas dos modalidades de vigilancia estriba en que mientras la auditoría es considerada como una actividad de vigilancia que no se incorpora en el desarrollo del trabajo empresarial, sucede todo lo contrario respecto a la función de control. En esta medida, la consecuencia principal es que el auditor vigilante no es responsable de los resultados del proceso o actividad vigilada, sino solamente de su propia actividad. Por el contrario, cuando la actividad de vigilancia adquiere la forma de control, las acciones de vigilancia sí se integran en lo que constituye el desarrollo del trabajo vigilado y el *controller*

⁸ NOGUEIRA LÓPEZ, *Ecoauditóriás, intervención pública ambiental y autocontrol empresarial*, 2000, p. 173.

⁹ En este sentido, cfr. GONZÁLEZ MALAXECHERRÍA, *Auditoría Ambiental. Su evolución histórica y entorno político-institucional*, 1997, para quien la auditoría medioambiental podría «denominarse sobre todo inspección, o también apreciación, revisión» (p. 9).

¹⁰ Anexo III, A. 2. del Reglamento EMAS.

¹¹ Cfr. al respecto BAETGE, “Überwachung”, en BITZ/DELLMANN/DOMSCH/EGNER (eds.), *Vahlens Kompendium der Betriebswirtschaftslehre*, Tomo II, 3^a ed., 1993, p. 179.

también es responsable del proceso vigilado¹². Lo que aquí se quiere resaltar es que el auditor o vigilante solamente es responsable del resultado de su actividad de auditoría, pero no del resultado de la actividad vigilada. Trasladándolo a nuestro supuesto, cabe sostener que el auditor medioambiental no forma parte del (no se incorpora al) devenir de la actividad auditada¹³. Actividad de auditoría y actividad auditada constituyen dos ámbitos de competencia diferenciados. Por tanto, la actividad de vigilancia del auditor se limita a la revisión del estado de las instalaciones o áreas de la empresa a los efectos de comprobar su adecuación o no a los parámetros y normas establecidos. Obviamente, a través de esta actividad de análisis tiene la competencia para detectar las posibles irregularidades de la actividad empresarial y ponerlo de manifiesto en su informe. Es, pues, una actividad de vigilancia al servicio de la información.

En íntima conexión con la función de vigilancia (o ejecutiva), aparece la segunda tarea – siendo ésta la principal – del ecoauditor. A saber, proporcionar una determinada información a la empresa auditada o a su cliente. En este ámbito, cabe mencionar que el soporte material en el que se manifiestan los resultados de la ejecución de la auditoría medioambiental es el denominado *informe final de auditoría*. A través de este documento, el auditor expresa una opinión técnica que se dirige a la alta dirección de la empresa que le ha contratado. El auditor es el portador de esta información y, como tal, tiene la obligación de poner en conocimiento del auditado o del cliente las conclusiones a las que ha llegado a partir de la auditoría medioambiental. Además de esta actividad estricta de información, en algunos casos el auditor también asume la tarea de asesor. Así por ejemplo, cuando a raíz del análisis de auditoría se detecten irregularidades o inconformidades en las áreas o instalaciones auditadas, puede recomendar la adopción de medidas correctivas. Éstas también deben constar en el informe de auditoría.

2.3. El auditor medioambiental y el encargado para la protección medioambiental alemán (*Umweltbetriebsbeauftragter*)

En Alemania existe desde los años setenta la figura del denominado encargado de la empresa o *Betriebsbeauftragter*. Sus funciones se vinculan, en uno u otro sentido, con la protección empresarial del medio ambiente. De ahí que para referirse a esta figura también se utilice la denominación de *Umweltschutzbeauftragter*. No obstante, hay que advertir que el *Umweltschutzbeauftragter* no es un encargado general del medio ambiente en la empresa, es decir, no existe un único competente sobre esta materia sino que se distinguen varias modalidades de encargados en función de las áreas de protección¹⁴. De este modo, se distinguen seis clases de encargados: el de las inmisiones (*Inmissionsschutzbeauftragter*), el de

¹² BAETGE, en BITZ/DELLMANN/DOMSCH/EGNER (eds.), *Vahlens Kompendium der Betriebswirtschaftslehre*, Tomo II, 3^a ed., 1993, p. 179. En su opinión, el concepto de vigilancia abarca tanto el concepto de control como el de auditoría o revisión.

¹³ WASSMUTH, *Umwelt-Audit und Umweltmanagement in der industriellen Unternehmung*, 2001, pp. 46-47.

¹⁴ ARNDT, *Der Betriebsbeauftragte im Umweltrecht – Garant im Umweltstrafrecht?*, 1985, p. 19.

la protección de las aguas (*Gewässerschutzbeauftragter*), el encargado de los residuos (*Abfallbeauftragter*), el encargado de la protección contra las posibles radiaciones (*Strahlenschutzbeauftragter*), el encargado de los incidentes (*Störfallbeauftragter*) y, por último, el encargado de las mercancías peligrosas (*Gefahrengegenbeauftragter*).

Estos sujetos realizan funciones de carácter intraempresarial y privado. Al respecto, las cuatro funciones más importantes son: el control, la información, la iniciativa y la emisión de un informe¹⁵. De este modo, los encargados de la empresa tienen atribuidas la vigilancia de las instalaciones o procesos peligrosos para el medio ambiente, controlando que se cumplan con las disposiciones legales al respecto; la iniciativa en orden a convencer a la dirección de la empresa para la adopción de procesos y técnicas de producción no contaminantes y respetuosas con el medio ambiente, además de proponer las medidas correctivas pertinentes; la información y aclaración a los miembros de la empresa sobre los perjuicios para el medio ambiente y su evitación; y, por último, la emisión de un informe anual sobre las actividades que ha llevado a cabo en ejercicio de sus funciones, sobre las medidas tomadas y las proyectadas¹⁶. En cualquiera de sus modalidades, estos encargados no disponen de facultad de decisión respecto a la orientación de la gestión de la empresa¹⁷. Según la doctrina alemana el encargado de la empresa es una especie de «órgano subordinado de asesoramiento a la dirección de la empresa que está dotado normalmente de amplios derechos y deberes de información y de control, pero no de poderes propios de decisión»¹⁸.

Así, por ejemplo, si el encargado de la protección de las aguas de una empresa reconoce determinadas carencias en alguna instalación, su deber es informar de ello al titular de la empresa y, en su caso, recomendar las medidas que crea convenientes. A partir de aquí, el empresario será quien decida qué medidas adoptar para remediar dichas carencias, no pudiendo el encargado de las aguas tomar ninguna decisión al respecto¹⁹. Además, sus

¹⁵ RUDOLPHI, "Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Bediensteten von Betrieben für Gewässerverunreinigungen und ihre Begrenzung durch den Einleitungsbescheid", en KÜPER/PUPPE/TENCKHOFF (eds.), *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*, 1987, p. 875; SCHALL, "Die Ambivalenz von Eigenüberwachung und Selbstaufzeichnungen im Umweltstrafrecht", en JOECKS/OSTENDORF/RÖNNAU/ROTSCH/SCHMITZ (eds.), *Recht-Wirtschaft-Strafe. Festschrift für Erich Samson zum 70. Geburtstag*, 2010, p. 483.

¹⁶ Cfr. ARNDT, *Der Betriebsbeauftragte im Umweltrecht – Garant im Umweltstrafrecht?*, 1985, pp. 34-36 y p. 51; WESSEL, *Die umweltgefährdende Abfallbeseitigung durch Unterlassen: eine straf- und verwaltungsrechtliche Untersuchung*, 1993, p. 168.

¹⁷ Cfr. FELDHAUS, "Umweltschutzsichernde Betriebsorganisation", *NVwZ* 10, 1991, p. 930; véase también KUHLEN, "Die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, insbesondere bei den sogenannten Betriebsbeauftragten", en AMELUNG (ed.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in nürokratischen Organisationen des Staates der Wirtschaft und der Gesellschaft*, 2000, p. 71; STRATE/WOHLERS, "Umweltaudit und strafrechtliche Verantwortlichkeit", en EWER/LECHELT/THEUER (eds.), *Handbuch Umweltaudit*, 1998, p. 278.

¹⁸ SCHÜNEMANN, "Reglas de la Técnica en Derecho penal", en SCHÜNEMANN, *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, 2002, p. 142.

¹⁹ KUHLEN, en AMELUNG (ed.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in nürokratischen Organisationen des Staates der Wirtschaft und der Gesellschaft*, 2000, pp. 71-72. Sin embargo, en algunos casos y sólo cuando así lo exprese la ley, los *Betriebsbeauftragte* pueden tener facultades de decisión. Por ejemplo, el § 58c Abs. 3 de la ley alemana para la protección de las inmisiones (BimSchG) establece la posibilidad de delegar al encargado de incidentes facultades de decisión en torno a la eliminación y restricción

obligaciones son respecto al empresario y no respecto a la Administración pública²⁰. Y ello aunque sea la correspondiente ley que regula cada modalidad de encargado²¹ la que establezca las posibles tareas de estos sujetos, la concreción de aquéllas depende del encargo que le haga el empresario²². El encargado de la empresa también se rige por un contrato privado.

Es evidente que entre la figura del ecoauditor y la del encargado de la empresa existen similitudes. Ambos realizan funciones de vigilancia, de información y, en su caso, de asesoramiento. Además, ambos son encargados del empresario, no de la Administración pública²³. Sin embargo, deben trazarse algunas diferencias. Mientras que el *Betriebsbeauftragter* realiza una actividad de vigilancia mucho más cercana al control, el auditor ambiental se limita a la revisión. En otras palabras: el ámbito de competencia del primero no puede desvincularse de la actividad vigilada²⁴, mientras que con el auditor ocurre todo lo contrario. Su función de vigilancia es independiente de la actividad vigilada. Por otro lado, la función de información del auditor medioambiental se limita a la comunicación de los resultados de la auditoría, a diferencia del deber de información más amplio del encargado de la empresa. Por último, también la actividad de asesoramiento que lleva a cabo el auditor es más débil que la correspondiente al encargado alemán. Mientras que la recomendación de medidas correctivas es una facultad del auditor (a no ser que contractualmente se establezca como obligación), el *Betriebsbeauftragter* tiene el deber de proponer tales medidas cuando ello sea necesario para la evitación de perjuicios medioambientales.

Con base en estas consideraciones, es correcto afirmar la posible concurrencia en una misma empresa del encargado medioambiental, por una parte, y del auditor medioambiental, por otra. Son figuras diferenciadas y compatibles entre ellas. Ciertamente, la regulación de los encargados de la empresa en Alemania es anterior a la entrada en vigor de la primera versión del EMAS, que generaliza para los estados miembros la figura del auditor ambiental. La adaptación en Alemania del sistema europeo no ha supuesto, sin embargo, la desaparición de la figura del encargado de la empresa, sino todo lo contrario. Se entiende que el

de las repercusiones de los accidentes con peligro para las personas. Al respecto, SALJE, "Zivilrechtliche und strafrechtliche Verantwortung des Betriebsbeauftragten für Umweltschutz", *Betriebs-Berater* 32, 1993, p. 2298.

²⁰ A propósito de los encargados de los residuos, cfr. WESSEL, *Die umweltgefährdende Abfallbeseitigung durch Unterlassen*, 1993, p. 173.

²¹ Así, para el encargado de la protección de las aguas, la *Wasserhaushaltsgesetz* (WHG) de 19 de agosto de 2002 (BGBl. I Nr. 59 de 23 de agosto de 2002); para el encargado de la protección contra inmisiones, la *Bundes-Immissionsschutzgesetz* (BImSchG) de 26 de septiembre de 2002 (BGBl. I Nr. 71 de 4 de octubre de 2002); para el encargado de los residuos, la *Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz* (KrW-/AbfG) de 27 de septiembre de 1994 (BGBl. I 1994); para el encargado de la protección contra las radiaciones, la *Strahlenschutzverordnung* (StrlSchV) de 20 de julio de 2001 (BGBl. I Nr. 38 de 26 de julio de 2001); y para el encargado de los incidentes, la *Störfall-Verordnung* (BImSchV) de 8 de junio de 2005 (BGBl. I Nr. 33 de 16 de junio de 2005).

²² FELDHAUS, *NVwZ* 10, 1991, p. 930.

²³ En cuanto al encargado de la empresa, véase ARNDT, *Der Betriebsbeauftragte im Umweltrecht – Garant im Umweltstrafrecht?*, 1985, p. 143; cfr. también SCHALL, en VV.AA., *Recht-Wirtschaft-Strafe. Festschrift für Samson*, 2010, p. 483.

²⁴ Así por ejemplo, uno de los deberes legales de los encargados de los residuos es el de «vigilar el recorrido de los residuos desde su origen o suministro hasta su eliminación» (§ 11b (1). AbfG -Ley de residuos), en WESSEL, *Die umweltgefährdende Abfallbeseitigung durch Unterlassen*, 1993, p. 167. Es, por tanto, una función de vigilancia más intensa que la simple revisión de las instalaciones o sistema de gestión de la empresa.

Betriebsbeauftragter también reúne las condiciones necesarias para actuar como auditor medioambiental y, en consecuencia, realizar las auditorías medioambientales. Para ello, es necesario que esta actividad pertenezca a las tareas que le ha transferido el empresario²⁵. Así pues, un mismo sujeto puede realizar dos funciones distintas: la de auditor y la de encargado de la empresa. Según alguna opinión, la asunción del cargo de auditor por parte del *Betriebsbeauftragter* puede ser beneficiosa para la empresa. Debido a la formación, experiencia y conocimientos del encargado de la empresa, el encargo de la función de auditoría a este sujeto supone un ahorro de tiempo y costes para la empresa²⁶. Otro elemento que juega en favor de la idoneidad del *Betriebsbeauftragter* como auditor es que, también él, debe realizar sus funciones con independencia y objetividad²⁷.

Por último, cabe señalar que la doctrina alemana admite la posibilidad de que los *Betriebsbeauftragte* respondan en comisión por omisión por los delitos ecológicos cometidos a partir de la actividad de la empresa. Ello supone, pues, el reconocimiento de una posición de garantía de este encargado medioambiental, cuyo contenido variará en función de cuál sea su ámbito concreto de competencia. Así por ejemplo, respecto al *Gewässerschutzbeauftragter*, RUDOLPHI sostiene que se trata de una figura al servicio de la protección de la limpieza de las aguas frente a los peligros de su contaminación por las aguas residuales de la empresa²⁸. Sobre la base de sus deberes de control, vigilancia e información, el encargado para la protección de las aguas debe advertir sobre los peligros de contaminación que puedan originarse a través de la actividad empresarial y, en esta medida, también contribuye a la evitación de tales peligros.

Por ello, entiende este autor que, aunque no sea el único sujeto que tenga atribuida una posición de garantía frente a la protección de las aguas, ello no excluye el reconocimiento de tal función especial en favor del *Gewässerschutzbeauftragter*. En su opinión, las consecuencias de la división del trabajo también son trasladables al ámbito de las funciones de garantía. De este modo, es «posible y legítimo poner a varios garantes para la protección de un bien jurídico particularmente amenazado o para la vigilancia de fuentes de peligro particularmente intensivas»²⁹. En suma, este autor admitiría la responsabilidad penal del encargado medioambiental cuando éste hubiera omitido una información que, de haberse comunicado al titular de la empresa, habría impedido la continuación de la contaminación de las aguas³⁰. Sin embargo, RUDOLPHI no llega a pronunciarse expresamente sobre cuál debe ser el título de responsabilidad (autoría o participación) atribuible a este encargado de la empresa³¹.

²⁵ FELDHAUS, "Die Rolle der Betriebsbeauftragten im Umwelt-Audit-System", *Betriebs-Berater* 34, 1995, p. 1546.

²⁶ Así, FELDHAUS, *Betriebs-Berater* 34, 1995, p. 1548. Según este autor, los encargados de la empresa están predestinados a la realización de las auditorías medioambientales.

²⁷ FELDHAUS, *NVwZ* 10, 1991, p. 930.

²⁸ RUDOLPHI, en KÜPER/PUPPE/TENCKHOFF (eds.), *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*, 1987, p. 878.

²⁹ RUDOLPHI, en KÜPER/PUPPE/TENCKHOFF (eds.), *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*, 1987, pp. 878-879.

³⁰ RUDOLPHI, en KÜPER/PUPPE/TENCKHOFF (eds.), *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*, 1987, pp. 879-880.

³¹ Según ARNDT, *Der Betriebsbeauftragte im Umweltrecht – Garant im Umweltstrafrecht?*, 1985, quien también admite la responsabilidad de estos encargados como garantes, en los casos en que omitan (imprudente o

2.4. El informe final de auditoría

La actividad del ecoauditor culmina con la emisión de un informe en el que declara los resultados y conclusiones de la auditoría³². El auditor ambiental no tiene que dar fe de la exactitud de las condiciones en las que se encuentran las instalaciones o sectores auditados. Su obligación es evaluar e informar sobre su estado y, en su caso, recomendar las medidas correctoras que crea convenientes. Por tanto, el informe de auditoría tampoco constituye un documento público emitido por una persona a la que se le atribuye fe pública. Se trata, más bien, de una opinión técnica formulada por un sujeto con unos conocimientos específicos.

Uno de los objetivos del informe de auditoría es demostrar, cuando proceda, la necesidad de adoptar medidas correctoras por parte de la empresa. La propuesta de tales medidas es una facultad de los auditores. En último término, y puesto que en la normativa que existe al respecto no se establece dicha obligación, «la decisión de incluir esas propuestas va a depender del contenido del contrato firmado o de acuerdos posteriores»³³. De esto se deriva que, aunque el auditor detecte fallos o carencias en el sistema de la empresa durante la realización de su actividad, ello no le obliga a proponer medidas correctoras de dichos defectos, sino que su función se limita a informar sobre tales carencias. En todo caso, si el auditor propone medidas correctoras, hay que tener presente que se trata simplemente de propuestas, de modo que la puesta en práctica de acciones correctivas es una decisión que solamente incumbe al auditado³⁴. Por tanto, parece que el auditor no está obligado a velar por el cumplimiento de las medidas correctoras que proponga en su informe.

3. La responsabilidad penal del auditor ambiental

3.1. Introducción

La auditoría ambiental también puede adquirir una orientación delictiva. Los auditores ambientales están obligados a realizar su actividad de conformidad a unos parámetros de actuación que, por lo general, son de naturaleza prejurídica³⁵. Lo que se pretende analizar en

dolosamente) la vigilancia requerida y, de ahí, se perjudique o se ponga en peligro el medio ambiente, responderán como autores de una omisión impropia (cfr. p. 203).

³² También en el caso de las auditorías de cuentas, el auditor finaliza su actividad con la emisión de un informe similar.

Según la doctrina, dicho informe «tiene extraordinaria importancia para reforzar la confianza del tercero en la empresa auditada, incluso puede ser el motivo de una decisión económica» (CHOCLÁN MONTALVO, *Responsabilidad de los auditores de cuentas y asesores fiscales. Tratamiento penal de la información societaria inveraz*, 2003, p. 85).

³³ NOGUEIRA LÓPEZ, *Ecoauditorías, intervención pública ambiental y autocontrol empresarial*, 2000, p. 182.

³⁴ Al respecto de esta cuestión, véase HUNT/JOHNSON, *Sistemas de Gestión Medioambiental. Principios y prácticas*, 1996, p. 257.

³⁵ Por lo general, la reglamentación de la conducta del auditor responde a pautas de carácter técnico. Sin embargo, el marco de referencia para el desarrollo de la actividad de auditoría no lo constituyen simples reglas técnicas basadas en la experiencia y sin ningún soporte material. Al contrario, existen normas técnicas elaboradas por organizaciones que, aunque no tengan la misma autoridad que las instancias estatales, sí están reconocidas a tal efecto por el ordenamiento jurídico.

este apartado es si la desviación de estas pautas de comportamiento que obligan al auditor puede suponer la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado por el Derecho penal.

A los efectos de acotar el contexto de estudio se propone partir del siguiente *supuesto de hecho*: el auditor ambiental proporciona una información falsa al auditado favoreciendo así que aquél tome una decisión de gestión que implique la realización (o continuación) de una actividad de la que resulta un riesgo medioambiental penalmente relevante. El instrumento utilizado para la creación de riesgos (informe falso) respecto al bien jurídico medio ambiente no despliega su eficacia (perturbadora) de manera independiente. En efecto, aunque la emisión de un informe falso sea una conducta en principio apta para generar riesgos, considerada de manera independiente no lo es para crear riesgos de carácter jurídico-penal ambiental. Para ello, se requiere que una tercera persona competente en la gestión ambiental de la empresa -como lo es el auditado o cliente de la auditoría- se sirva efectivamente de la aportación defectuosa que proporciona el auditor. Pero es que además, la información (falsa) de auditoría no es vinculante para su/s destinatario/s³⁶.

Con ello, el éxito del plan del auditor infractor que persigue –por ejemplo, por motivos de competencia– que su auditado cometa un delito ecológico, depende de la decisión que adopte este último. Así pues, se adelanta ya que la infracción del auditor no ha de valorarse de manera aislada, sino en relación con el delito ecológico cometido a través de la empresa auditada. Por tanto, nos situamos en el ámbito de la codelincuencia o intervención en el delito y ello, además, en el marco de las actividades empresariales.

La (des)valoración de la conducta del ecoauditor en relación con el delito ecológico se debe efectuar, pues, sobre la base de lo que supone su función última. A saber: proporcionar una determinada información técnica susceptible de su utilización por el auditado para el desarrollo de su propia actividad. En mi opinión, la relevancia penal de la función del auditor respecto al delito ecológico se plantea en el momento en que la información que suministra es incorrecta y peligrosa *ex ante*. A tal efecto, creo que la falsedad de la información debe referirse a datos cuyo conocimiento pueda incidir en la decisión del auditado sobre una concreta actividad de la empresa de la que, a su vez, pueda derivarse algún resultado físico-natural (emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, etc.) del que pueda fundamentarse un peligro de grave perjuicio para el medio ambiente. Por tanto, en los casos en los que el auditor se aparte de los parámetros que constituyen su comportamiento debido (infracción) es posible que su conducta infractora sea típica a los efectos del art. 325 CP.

Ahora bien, la aportación del auditor no tiene generalmente el peso suficiente o el significado decisivo respecto al hecho posterior cometido por el auditado para poder afirmarse la autoría de aquél, ni siquiera como autor mediato en caso de que el auditado actuara en error. Y ello desde el punto de vista de que el efecto de la información que transmite el auditor no puede

³⁶ No obstante, la falta de vinculación formal al consejo de su auditor puede solaparse con la necesidad material de seguir las recomendaciones de aquel sujeto. Esto es imaginable en los casos en los que la ecoauditoría se haya realizado sobre un aspecto técnico muy específico respecto del cual el auditado es absolutamente lego. En estos supuestos, la aportación del auditor a la actividad finalmente delictiva es más relevante.

compararse al efecto de liberación de una autorización³⁷. Sin embargo, parece que queda abierta la vía para la calificación del auditor como partícipe. La solución se reserva para la última parte de este trabajo. Lo relevante es que, con independencia de la calificación como autor o partícipe, la elaboración de un informe incorrecto de auditoría puede ser una conducta idónea para lesionar el medio ambiente siempre que concurran los requisitos típicos del precepto en cuestión.

Por otro lado, la valoración del comportamiento del auditor no puede prescindir de cuál sea el ámbito de competencia del auditado y/o cliente. En efecto, este último es el competente para decidir acerca de las medidas de gestión que afectan a su empresa. Los resultados de la ecoauditoría recogidos en el informe final constituyen los datos que, en teoría, deben reflejar el estado real de la instalación, departamento o elemento de la empresa auditados. Por ello, esta información es algo que puede incidir en el ejercicio de las facultades de gestión del auditado y/o cliente, mejor dicho, en la orientación de las decisiones que tome el auditado a estos efectos. Huelga decir que la razón principal por la que una empresa solicita la realización de una auditoría ambiental es la de recibir una información técnica o jurídica –en función de la clase de auditoría que se realice– sobre algún elemento que afecta a su gestión.

Evidentemente, la posterior toma en consideración de la información recibida es algo que depende de factores contingentes como los medios de la propia empresa auditada, la confianza que existe entre auditor y auditado, el hecho de que el auditado pretenda, o lo haya hecho ya y quiera mantenerse, enfocar el desarrollo de su actividad empresarial según alguno de los sistemas de acreditación medioambiental, etc. En cualquier caso, es una información que representa una evaluación, comprobación y verificación por parte de un experto de un estado de cosas que no es ajeno a la competencia de la empresa y que, por tanto, siempre existirá un interés por parte de ésta en la información que recibe.

Ahora bien, la actividad de la empresa y la decisión que finalmente tome el auditado no dependen exclusivamente del informe de auditoría. Y ello tanto por la naturaleza organizativa de las empresas que realizan auditorías ambientales como por el propio contenido de esta clase de consejos. Por ejemplo, uno de los datos que puede contener un informe de auditoría ambiental que, supongamos, es el resultado de una auditoría sobre una determinada obra de construcción, es que ésta dispone de los permisos de residuos requeridos por la normativa vigente en el momento. Otro ejemplo al respecto: que los depósitos de combustible de una determinada instalación tienen la capacidad requerida y su ubicación es la correcta conforme a la regulación correspondiente.

Como vemos, esta información es declarativa del estado de la instalación o unidad empresarial auditada, sin perjuicio de que el auditor introduzca alguna observación o recomendación al respecto. No obstante, ello no significa que sea competencia del auditor el que la empresa tenga o no los permisos de residuos exigidos legalmente. Se realice o no una auditoría ambiental, el responsable de disponer de tales permisos es la persona competente en la empresa que los genera.

³⁷ SANDEN, "Öko-Audit und Umweltstrafrecht", *Wistra* 8, 1995, p. 289.

Lo único que hace aquí el auditor es declarar la conformidad o no de la instalación auditada con respecto a la normativa vinculante.

Por todo ello, cabe afirmar que el comportamiento infractor del ecoauditor puede llegar a ser idóneo para la creación de riesgos jurídico-penalmente relevantes para el bien jurídico medio ambiente. Cuestión distinta es la intensidad de su intervención en esta generación de riesgos.

3.2. La comisión por omisión y el ecoauditor

a. Introducción

Hechas las consideraciones anteriores, en este apartado se analiza si el auditor ambiental puede responder en comisión por omisión por un delito ecológico. Así pues, se trata de determinar si dicho sujeto posee una posición de garante, esto es, si en algún momento asume un compromiso de garante que fundamentalmente su responsabilidad en comisión por omisión por el delito ecológico que se cometa a partir de la actividad empresarial. Ello requiere tener en cuenta la función que desempeña y la desviación que supone su infracción en relación con la actividad delictiva. De entrada, cabe señalar que la asunción contractual de la función de auditoría es un criterio demasiado genérico para fundamentar la responsabilidad en comisión por omisión, pero nos sirve como parámetro jurídico a partir del cual enjuiciar las situaciones de garantía concretas en las que puede encontrarse el ecoauditor.

Como se ha mencionado, el auditor lleva a cabo una doble función: por un lado, una tarea de vigilancia y, por otro, una tarea de *información y asesoramiento*. Obviamente, la concreción de estas funciones generales va a depender de cuál sea el encargo particular de auditoría. En todo caso, es preciso subrayar que cuando el auditor acepta el encargo de auditoría, asume la realización de una *función instrumental* para el desarrollo de la gestión de la empresa auditada. De este modo, el ecoauditor, a través del ejercicio normal de su tarea de auditoría, *colabora* en el control medioambiental que compete principalmente al auditado.

Con base en ello, la hipotética posición de garantía del auditor ambiental debe relacionarse, en todo caso, con la clásica función de vigilancia o control de una determinada fuente de peligro. Ahora bien, ello no significa que el auditor sea el principal responsable de ese foco de peligro (concreta actividad empresarial) para el medio ambiente. El ecoauditor no asume una función de “vigilancia directa” de una concreta área de la empresa de cuya actividad puedan derivarse determinados riesgos para el medio ambiente. Más bien, se trata de una “vigilancia indirecta” que se canaliza a través de su función de información. Por otro lado, la base jurídica de su deber especial de garante es el contrato de auditoría. Ahora bien, de la asunción de sus funciones de auditoría sólo se deriva un “deber de garante” genérico, que es insuficiente para afirmar su responsabilidad en comisión por omisión.

Pero imaginemos que el auditor, una vez iniciada la actividad de auditoría, detecta una irregularidad en el sistema de gestión de la empresa auditada y no lo declara en su informe. Su deber es informar al auditado, aunque la responsabilidad principal sobre el ámbito en el que se originan aquellos riesgos continúa estando fuera de su ámbito de competencia. En este

sentido, podría decirse que el auditor ambiental es un *vigilante de apoyo* a otro sujeto que también puede reunir la condición de vigilante. Su actividad de vigilancia como revisión del objeto auditado no le convierte en titular de una función de vigilancia directa de las fuentes de peligro revisadas. Éstas no entran en su ámbito de competencia. Su función de vigilancia solamente es relevante en la medida en que condiciona su actividad de información y ésta constituye un refuerzo para el competente en la gestión empresarial.

Dicho de otro modo, la actividad de vigilancia del auditor no se integra, por naturaleza, en la actividad vigilada –es una *vigilancia indirecta*–. Esto es, de entrada es una función de vigilancia independiente. Sin embargo, sí es en el ejercicio de su ámbito de competencia donde el auditor accede a una clase de información cuya manifestación puede ayudar, a quien sea competente, a la evitación de aquellos riesgos. Aquí aparece un punto de unión entre la actividad del auditor y del auditado. Ambos ámbitos de competencia deben aunarse para la consecución de un objetivo común, a saber, la evitación de un perjuicio grave para el medio ambiente.

¿Qué ocurre si el auditor no declara esos datos relevantes en su informe y finalmente tiene lugar un delito ecológico? ¿Es garante el auditor de la evitación de tal resultado? ¿Se trata de un caso de injerencia? ¿Ha realizado un *acto inequívoco de contención* del riesgo que permita afirmar su compromiso material cuyo incumplimiento fundamenta su responsabilidad en comisión por omisión? La respuesta a cada una de estas cuestiones pasa por la toma en consideración de cuáles son los elementos característicos del comportamiento concreto del auditor.

En un supuesto normal, la conducta indicada del auditor es la emisión de un informe en el que consten los resultados de la auditoría, incluyéndose tanto las incidencias detectadas, como las conclusiones y recomendaciones pertinentes. En la medida en que este informe debe ser fiel a la realidad (objetivo e imparcial), el auditor tiene un deber de veracidad³⁸. Como se ha señalado, la posible responsabilidad penal del ecoauditor por el delito ecológico se plantea con respecto a su incorrecta actuación como auditor. Esto es, aquello que debe valorarse como creación de un riesgo jurídico-penalmente desaprobado y que debe manifestarse en el resultado es la emisión de un informe defectuoso de auditoría. Sobre la base de esta premisa, a los efectos de analizar la responsabilidad en comisión por omisión del auditor, resulta lógico partir de la hipótesis en la que éste emite un informe falso. De entrada, esta falsedad puede ser, o bien porque el auditor no declare alguna irregularidad o riesgo detectado en el sistema auditado, o bien porque recomiende unas medidas incorrectas al auditado.

Si la falsedad del informe se explica por la falta de declaración de datos, está claro que *una parte* de la conducta del auditor tiene un carácter pasivo. Lo que no es tan evidente es que al comportamiento

³⁸ Así, la norma ISO 19011:2002 (Directrices para la auditoría de los sistemas de gestión de calidad y/o ambiental) establece la obligación del auditor de informar con veracidad y exactitud: «Los hallazgos, conclusiones e informes de la auditoría reflejan con veracidad y exactitud las actividades de la auditoría» (art. 4 b).

global del auditor se le deba atribuir un *sentido omisivo*³⁹. El auditor ha cumplido con su función de información de manera incorrecta, es decir, ha realizado una conducta infringiendo el cuidado debido. Pero de ahí no se deriva que *no informar* sea lo mismo que *omitir*. En efecto, cuando el auditor emite un informe falso, aunque no declare ciertos datos relevantes no por ello está omitiendo sino que solamente informa mal (o de manera incompleta). Se trata de un comportamiento activo cuyo carácter infractor tiene su origen, eso sí, en una “omisión”. Ahora bien, el juicio sobre la relevancia típica del comportamiento del auditor toma como base la emisión (conducta activa) de un informe de auditoría.

b. La injerencia

Se plantea si la emisión de un informe falso puede constituir un actuar precedente peligroso. De nuevo aquí, conviene tener en cuenta las dos vías para interpretar la falsedad del informe. Recordemos: o bien el auditor no declara en su informe una irregularidad detectada a raíz de la ejecución de la auditoría, o bien recomienda medidas incorrectas al auditado. Mientras que en la primera modalidad de actuación, el riesgo medioambiental preexiste a la actividad controladora del auditor –de manera que la creación originaria del riesgo no se deriva del comportamiento infractor del auditor–, en el caso de la recomendación de medidas falsas a través del informe de auditoría el “origen” de la actividad peligrosa para el medio ambiente puede ponerse en conexión directa con el comportamiento del auditor. Sin embargo, tampoco en este último supuesto es el auditor quien propiamente crea la situación de peligro *directa* para el medio ambiente, pues esto le corresponde al auditado. Él solamente proporciona los medios para que un sujeto autorresponsable tome la decisión -aunque sea de forma imprudente- de configurar la actividad como delictiva. En este sentido, la creación de peligro depende, también aquí, de quien tiene la facultad de decidir, cuando menos formalmente, sobre las medidas de gestión aplicables a la actividad empresarial. No hay que olvidar que el auditor emite, en todo caso, un consejo o recomendación. Ahora bien, es cierto que en ocasiones el asesoramiento del auditor puede constituir un apoyo muy importante para la realización de la actividad del auditado. Y ello hasta el punto de que la orientación que proponga el auditor sea el factor determinante de la decisión y de la consecuente actuación del auditado⁴⁰. Pero aunque la actividad del auditor adquiera tal sentido, desde un punto de vista procedural él solamente abre o allana el camino (*la ocasión del riesgo*), siendo la decisión última que tome el auditado la que determina la dirección de la gestión medioambiental.

³⁹ Entendiendo el concepto de omisión como una atribución o imputación a un hecho positivo de un sentido negativo, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, pp. 134-144; SILVA SÁNCHEZ, “Artículo 11”, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, Tomo I, 1999, p. 455.

⁴⁰ La relevancia de esta función de asesoramiento depende no solamente de la clase de auditoría que se lleve a cabo, sino también de cuáles sean las características del auditor y del auditado. En determinadas situaciones, puede que la actividad de asesoría que realice un experto suponga algo más que un simple consejo. Ello puede suceder en los casos en los que, además de la complejidad técnica de la materia asesorada, exista una desproporción considerable entre los medios y conocimientos de las dos partes de la interacción. Al respecto, pero en relación con el caso del asesor externo en materia de prevención de riesgos laborales, LASCURAÍN SÁNCHEZ, “La prevención penal de los riesgos laborales: cinco preguntas”, en CARBONELL MATEU/DEL ROSAL BLASCO et. al. (coords.), *Estudios penales en homenaje al prof. Cobo del Rosal*, 2005, pp. 580-581.

Como es sabido, la injerencia se define como un hacer precedente creador de un peligro. A partir de esta definición, la calificación como injerencia o actuar precedente de alguna de las dos modalidades de comportamiento arriba mencionadas depende de los términos en los que se entienda la creación de peligro. Si lo relacionamos con la misma génesis del peligro, es obvio que en el supuesto en que el auditor se limita a no declarar una irregularidad o riesgo preexistente en el sistema auditado no pueda decirse que él crea originariamente el peligro. Pero esto tampoco sucederá en caso de que recomiende unas medidas incorrectas, porque hasta que éstas no sean adoptadas por el sujeto competente no se habrá creado la concreta —o, por lo menos, no la más directamente lesiva— situación de riesgo. Sin embargo, entiendo que esta interpretación no es la adecuada para muchos supuestos. En efecto, ¿qué ocurre cuando la creación de la situación de peligro es un proceso cuyo desarrollo depende de la intervención de varios sujetos? Un buen ejemplo lo constituye el desarrollo de una actividad empresarial potencialmente contaminante para el medio ambiente. Evidentemente, en esta clase de actividad intervienen varios sujetos cada uno de los cuales lleva a cabo una determinada tarea dentro del proyecto común. En estos casos, ¿sigue habiendo un único creador de la situación de peligro entre todos ellos o, por el contrario, todos participan de esta consideración? Y, en esta última posibilidad, ¿son todos ellos creadores de riesgo en la misma medida o puede decirse que “unos crean más que otros”?

En cualquier contexto, la realización de una obra conjunta implica la atribución de su titularidad a cada una de las personas que han tomado parte en ella. Ahora bien, aunque formalmente quepa un reparto uniforme de la titularidad del proyecto común, ello no significa que las aportaciones materiales de cada sujeto individualmente considerado sean iguales. La aportación de A puede ser materialmente más relevante que la de los sujetos B y C, siendo todas ellas necesarias para la realización del proyecto en los términos establecidos. En esta medida, desde la perspectiva del proyecto común que comparten, todos ellos son creadores de esa obra (de esa situación de peligro), aunque, eso sí, llegue a reconocerse una mayor capacidad creativa de A (capacidad de configuración de la situación) que de B y C (colaboración en la configuración de la situación). Ésta es la perspectiva más apropiada para el tratamiento del caso del auditor ambiental. Este sujeto interviene en la gestión de la empresa, pues realiza una función de interés para aquellos sujetos que se ocupan de la gestión medioambiental. Cuando a partir de su actividad de auditoría detecta una incidencia en el ámbito auditado o recomienda una medida correctiva que deviene peligrosa, está efectuando una aportación (de mayor o menor peso) incluida en el proceso de creación de una situación de peligro.

Una vez aquí, debe delimitarse el supuesto de hecho del que se parte para analizar la oportunidad de calificar la actuación del auditor como un actuar precedente peligroso. La hipótesis de trabajo es la siguiente: tras la emisión imprudente de un informe falso de auditoría, el ecoauditor advierte el peligro que se deriva para el medio ambiente de su actuación precedente incorrecta. Pese a ello, tampoco en este segundo momento informa a su cliente o auditado, siendo consciente del riesgo que ello implica para el medio ambiente. Finalmente, de la actividad de la empresa auditada se deriva un resultado lesivo para aquél bien jurídico.

La emisión de un informe incorrecto de manera imprudente y la advertencia de ello en un momento posterior sin ninguna intervención del auditor a los efectos de evitar, o mejor, ayudar a evitar un resultado lesivo para el medio ambiente, se corresponde con la estructura clásica de la injerencia. Sin embargo, también en este supuesto la responsabilidad en comisión por omisión del auditor no se explica por la injerencia propiamente sino por la existencia de un compromiso concreto de garante. Cuando el auditor asume su encargo de auditoría se compromete a la realización de una función determinada. Pero en este momento, el compromiso del auditor es demasiado genérico como para fundamentar su responsabilidad en comisión por omisión en caso de incumplimiento⁴¹.

En el momento en que inicia *materialmente* la auditoría y actualiza su función respecto al ámbito de una determinada actividad o sector de la empresa, su compromiso también se concreta. A partir de aquí la responsabilidad por injerencia del auditor se plantea en el caso en que, percibida la situación de riesgo “creada” a partir de su actuación, no informa de ello al auditado. Su responsabilidad en comisión por omisión en caso de que esa situación de riesgo advertida derive en un perjuicio para el medio ambiente presupone la constatación de la identidad estructural de su omisión con la comisión activa.

Según la línea de argumentación aquí mantenida, el criterio para valorar esta identidad normativa lo constituye la asunción de un compromiso concreto de garante. Como se ha mostrado, el auditor ambiental asume de manera efectiva un compromiso de tales características. Por ello, no habría impedimento para afirmar la exigida identidad normativa. Ahora bien, con ello aún no nos estamos pronunciando sobre cuál sea el título de responsabilidad atribuible al auditor por esta omisión de garante. En todo caso, creo que el momento de referencia para la valoración de su título de intervención en el delito tiene que ser el de la omisión. En consecuencia, cuál haya sido el contenido del actuar precedente del auditor (no-declaración de datos o recomendación de medidas incorrectas) no es relevante a los efectos de valorar las estructuras de autoría y participación. Si el resultado lesivo se imputa a la omisión posterior, es también en este estadio donde deben buscarse los elementos de valoración a los efectos de la intervención en el delito. El ámbito de competencia del auditor respecto al curso lesivo es, entonces, en el momento de la omisión, independiente de cuál haya sido el contenido de su actuar precedente.

c. Ecoauditor, ¿autor o partície en comisión por omisión?

El planteamiento acerca del título de intervención del auditor en el delito ecológico empresarial implica la toma en consideración de una cuestión fundamental de la dogmática del Derecho penal⁴². A saber: la posibilidad de distinguir entre autoría y participación también

⁴¹ Supongamos que el auditor medioambiental asume su compromiso contractual pero nunca inicia su función de auditoría. Está claro que aquí tiene lugar un incumplimiento de su deber contractual. Sin embargo, no le haría responsable en comisión por omisión en caso que de la actividad que tenía que auditar se derivara un perjuicio jurídico-penalmente relevante para el medio ambiente. Aquí el auditor no había asumido un compromiso concreto de contención de determinados riesgos.

⁴² En este sentido, HAAS, “Die Beteiligung durch Unterlassen”, ZIS 5/2011, 2011, p. 392.

en el contexto de la comisión por omisión. En la doctrina no reina acuerdo al respecto. Muy brevemente, cabe referirse a tres grandes posicionamientos⁴³. Para un primer grupo de autores, sobre la base de la lógica de los delitos de dominio es posible admitir en determinados casos la participación (complicidad) del omitente garante. Esto sucederá en los supuestos en los que, junto al garante que no impide (omisión) el resultado, actúa (acción) un sujeto autorresponsable que domina el hecho como autor. Así pues, entendiendo que el omitente solamente tiene un «dominio del hecho potencial», consideran que únicamente podría ser responsable como partícipe⁴⁴. Sólo cuando el que actúa no tenga o haya dejado de tener el dominio del hecho podrá ser autor el garante que omite la evitación del resultado delictivo. En segundo lugar, las tesis diferenciadoras propugnan la distinción, también en sede de comisión por omisión, entre las formas de autoría y participación. Así, sobre la base del esquema de la teoría de las funciones, consideran que la no evitación del resultado lesivo por parte del garante que tiene la función de protección de un bien jurídico reclama el título de autoría, mientras que si su función de garantía es de control de una fuente de peligro lo hace respecto de la participación.

Para un tercer grupo de autores, no es posible distinguir entre formas de autoría y participación. Ello se explica por la comprensión del delito de comisión por omisión desde la óptica de la infracción de un deber⁴⁵. Así, el sujeto que es garante (tiene el deber) de la evitación del resultado responde siempre a título de autor en caso de incumplimiento. Esta solución se explica porque lo decisivo para responder en comisión por omisión es la infracción del deber de evitación del resultado, deber que corresponde al garante. Así, señala ROXIN que el deber de evitación del resultado fundamenta siempre la autoría en tanto «la no evitación de un delito se corresponda con la cualidad de injusto de una comisión activa»⁴⁶. A partir de aquí, en algunos casos es posible admitir de modo excepcional la participación del garante. En primer lugar, cuando ello sea necesario «para evitar la impunidad del garante en aquellos tipos en que, por requerirse especiales formas de ejecución, o cualidades especiales en el autor, o requisitos adicionales subjetivos u objetivos, al garante omitente no se le puede considerar autor»⁴⁷.

⁴³ Al respecto, HAAS, ZIS 5/2011, 2011, pp. 393-396.

⁴⁴ Al respecto, SILVA SÁNCHEZ, "Aspectos de la comisión por omisión: Fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario", CPC 38, 1989, p. 386.

⁴⁵ De esta opinión, entre otros, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8^a ed., 2006, pp. 458-469. Considerando que ésta es la solución más convincente, ROTSCHE, *Individuelle Haftung in Großunternehmen. Plädoyer für den Rückzug des Umweltstrafrechts*, 1998, p. 18.

⁴⁶ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8^a ed., 2006, p. 478.

⁴⁷ LUZÓN PEÑA, "Participación por omisión y omisión de impedir delitos", *Diario La Ley*, Tomo 3, 1986. En el mismo sentido, cfr. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8^a ed., 2006, pp. 477 y ss. Entre estos supuestos, ROXIN se refiere a los delitos de propia mano (vid. pp. 479-480); a los «delitos de infracción de un deber altamente personales» (como el falso testimonio, perjurio, la deserción –en el sentido de que «no es posible la autoría de quien en contra de su posición de garantía omite la intervención contra el perjurio o la deserción», vid. pp. 480-481–); los delitos de apropiación (vid. pp. 481-482). En estos casos, según ROXIN, la no evitación de estos delitos por parte del garante que infringe su deber sería constitutiva de complicidad (vid. p. 483).

En segundo lugar, también se admite la posibilidad de castigar al garante como cómplice cuando su posición de garantía consista en la evitación de una actuación de complicidad de otro⁴⁸.

Pese a la distinta orientación de cada una de estas líneas doctrinales, todas ellas parten de un denominador común. A saber, el “deber de evitación del resultado” como fundamento de la equiparación de la omisión con la comisión activa. Pues bien, esta premisa teórica es incompatible con la vía de fundamentación de la comisión por omisión que, en línea general, aquí se considera correcta. Esto es, la que defiende una “identidad estructural en el plano normativo” como fundamento de la comisión por omisión. Como es sabido, esta es la línea de pensamiento que adopta SILVA SÁNCHEZ. Según él, si de lo que se trata es de hallar la equivalencia de la omisión con la comisión activa, el referido «juicio de *identidad estructural*» debe proyectarse «sobre la realización de los tipos de la Parte Especial». Puesto que éstos son realizados por los autores, el juicio de identidad incorporaría «necesariamente el elemento de la *autoría*». De este modo, sostiene Silva, «una omisión estructural idéntica a la realización comisiva del tipo de la Parte Especial es, así, una omisión en concepto de autor»⁴⁹. Aun así, Silva admite en ciertos casos la participación en comisión por omisión. En términos generales, sostiene que ésta es posible cuando «la *identidad estructural* no se establece con la realización activa de un tipo de la Parte Especial, sino con el *tipo de partípice*»⁵⁰ o, dicho de otro modo, «cuando el compromiso efectivo del sujeto en cuanto a actuar a modo de barrera de contención del riesgo se refiere, no al riesgo que de modo directo e inmediato se realiza en el resultado, sino a otros que contribuyen a que el mismo se realice»⁵¹. A su juicio, esto sucede en los siguientes supuestos: en primer lugar, cuando «al omitente le faltan los elementos subjetivos de autoría que requiere el hecho principal, o éste es de mera actividad, de propia mano, de medios determinados, de apropiación, etc.; es decir, en definitiva, en los supuestos en que el hecho delictivo principal no puede cometerse por omisión, o no por la omisión de ese sujeto»; y, en segundo lugar, «cuando desde el principio el compromiso efectivo asumido se refiere a actuar de barrera de contención del riesgo de un sujeto que en el caso concreto obra también como partípice, sea inductor, cómplice o cooperador necesario»⁵².

Ahora bien, fuera de estos supuestos, ¿no es posible afirmar la participación en comisión por omisión identificando el compromiso de contención de riesgos con una aportación propia de participación? En este sentido, en un trabajo posterior, SILVA llega a admitir la participación por omisión, además, en los supuestos en que «la conducta que se ha comprometido a realizar el sujeto es una que no puede evitar directamente el resultado, sino sólo contribuir a tal evitación»⁵³. Con ello, se abre una vía de argumentación para sostener que la infracción del

⁴⁸ Así, ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, 2003, poniendo como ejemplo el del padre que no evita que su hijo menor sea cómplice en un delito de lesiones (vid. nm. 31/144).

⁴⁹ SILVA SÁNCHEZ, CPC 38, 1989, p. 388.

⁵⁰ SILVA SÁNCHEZ, CPC 38, 1989, p. 389.

⁵¹ SILVA SÁNCHEZ, CPC 38, 1989, pp. 389-390.

⁵² SILVA SÁNCHEZ, CPC 38, 1989, p. 390.

⁵³ SILVA SÁNCHEZ, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, Tomo I, 1999, p. 486, nota 109.

compromiso de garante no siempre deriva en la responsabilidad a título de autoría, sino que también es posible la responsabilidad por participación en comisión por omisión. La opción por uno u otro título de responsabilidad depende de cuál sea el contenido del compromiso asumido en relación con la contención de los riesgos que amenazan a un determinado bien jurídico. En efecto, una graduación de la intensidad del compromiso de garante requiere también la correspondiente graduación de su título de intervención en el delito y, por tanto, de su responsabilidad. Como señala ROBLES PLANAS, en los delitos de omisión también «se trata de intervenir en *algo* y (...) se puede intervenir en mayor o menor medida»⁵⁴. Por tanto, la respuesta acerca de la responsabilidad como autor o partícipe del omitente pasa siempre por la determinación del valor de su conducta en relación con el delito cometido⁵⁵. No obstante, considero correcto sostener que el parámetro de referencia del juicio de identidad estructural lo constituyen los tipos de la Parte Especial. Lo que ocurre es que, a diferencia de lo que sostiene la doctrina mayoritaria (entre ellos, SILVA), creo que éstos no se identifican o no definen exclusivamente la autoría, sino que también abarcan las conductas de participación. Y ello porque la función de los tipos de la Parte Especial es definir el objeto de la imputación y no «el título en virtud del cual se puede imputar la creación del riesgo típico»⁵⁶. En suma, creo que los tipos de la Parte Especial abarcan, por lo general, tanto las conductas comisivas como las omisivas, sean constitutivas de autoría o de participación.

Con todo, admitida la identidad estructural de la omisión con la comisión activa, si en esta última es posible distinguir entre autoría y participación, ¿por qué no va a poder ser posible esta misma distinción en el ámbito de la comisión por omisión? La identidad estructural entre la omisión y la comisión activa debe ser una identidad en todas sus consecuencias. Así pues, podría decirse que la identidad estructural de la omisión con la comisión activa es una cuestión, de entrada, independiente de las formas de intervención en el delito, pues el parámetro de referencia es la conducta típica sin más.

En mi opinión, la determinación del título de intervención del responsable en comisión por omisión va a depender de cuál sea el contenido y alcance del compromiso que efectivamente se haya asumido⁵⁷. Desde la perspectiva material que aquí interesa, cabe afirmar que la

⁵⁴ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, p. 300.

⁵⁵ En esta línea, ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, 2007, p. 74. Según este autor, «si lo que convierte en típicamente prohibida a la conducta del omitente tiene una limitada capacidad de configuración del hecho, estaremos ante un supuesto de participación por omisión. Si, en cambio, la razón por la cual la conducta del omitente está típicamente prohibida configura relevantemente el hecho, se tratará de una aportación de autoría» (p. 74).

⁵⁶ ROBLES PLANAS, «Consideraciones sobre la intervención en el delito por acción y por omisión», en COLLANTES GONZÁLEZ (coord.), *Temas actuales de Derecho penal. Desafíos del Derecho penal contemporáneo*, 2004, pp. 104-105. Según este autor, las expresiones como «el que» o «quien» utilizadas en los tipos de la Parte Especial se explican porque «el legislador a la hora de emitir normas tiene únicamente en la mente al sujeto que actúa en solitario (...) Sin embargo, si se reflexiona al respecto, esta situación poco tiene que ver con la autoría. Si hay un único sujeto vinculado con un hecho, cuya conducta se corresponde con la definida en el tipo de la Parte Especial, entonces es poco menos que un sinsentido denominarle autor. En realidad, este sujeto realiza simplemente la conducta típica. Por el contrario, el concepto de autoría sólo cobra sentido en contraposición con el de participación, esto es, cuando el sujeto o sujetos vinculados con un hecho pueden ser autores o partícipes del mismo» (p. 104).

⁵⁷ HAAS, ZIS 5/2011, 2011, p. 396.

intensidad del compromiso de garante de, por ejemplo, la madre que, habiendo asumido su cuidado, abandona a la intemperie a su bebé de cuatro meses es mayor que la correspondiente al compromiso de garante que asume el auditor respecto al control de una actividad peligrosa para el medio ambiente que cae bajo la competencia de un tercero autorresponsable. Esta distinta intensidad entre posiciones de garantía debe manifestarse también en la graduación de la responsabilidad en caso de incumplimiento. Por lo general, creo que es lógico relacionar, por un lado, los casos de autoría en comisión por omisión con los supuestos de funciones de garantía de protección de un bien jurídico y, por otro lado, los casos de participación en comisión por omisión con los supuestos de funciones de garantía consistentes en la vigilancia de una determinada fuente de peligro, en especial, cuando ésta también (y especialmente) cae sobre la competencia de terceros autorresponsables. Evidentemente, queda claro que el planteamiento de la responsabilidad del garante omitente como partícipe adquiere relevancia a propósito de los supuestos de codelincuencia. De este modo, conforme a lo dicho anteriormente, comparto la idea de que «la decisión sobre la calificación como de autoría o de participación de una conducta omisiva dependerá del valor de la omisión para el conjunto del hecho»⁵⁸.

Se ha mencionado que la función del auditor ambiental culmina con el ofrecimiento de una determinada información al auditado. Así, su actividad se incluye en el marco de las actuaciones que lleva a cabo el gestor de un determinado ámbito de organización de la empresa a los efectos de evitar que de ahí se deriven *outputs* lesivos para el medio ambiente. En este sentido, el auditor que cumple el encargo de su mandante –auditado o cliente– interviene en esa actividad de control de una determinada fuente de peligro (una concreta actividad empresarial). Pero aun así carece de poderes de decisión tanto sobre la orientación de la actividad auditada, como en general sobre la gestión medioambiental de la empresa. En efecto, no hay que olvidar que el auditor ambiental es un encargado del auditado cuya obligación es la ejecución de una función que sigue estando, incluso tras el encargo, en el ámbito de competencia de quien realiza el encargo⁵⁹. Esto es, la competencia (responsabilidad) principal sobre la función de control de los riesgos para el medio ambiente que se deriven de la actividad auditada sigue estando en manos de terceras personas que, precisamente, son las que reciben la información (defectuosa) del auditor. Así pues, pese a que el ecoauditor desarrolle su actividad con independencia del auditado (por lo menos teóricamente y en especial en los casos de auditores externos), los resultados de su actividad se incorporan normalmente en la esfera de competencia de un tercero autorresponsable (el auditado o cliente).

El ecoauditor que emite imprudentemente un informe falso y posteriormente se da cuenta de ello sin enmendar su actuación, incumple su concreto compromiso de garante. En esta medida, *colabora* a que del ámbito de competencia que es titularidad de su delegante se derive

⁵⁸ ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, 2007, p. 74.

⁵⁹ Sobre el concepto del “encargo de la ejecución de una función” y sobre sus diferencias con la delegación de competencias en sentido estricto, cfr. MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental*, 2008, pp. 100-105.

un peligro de grave perjuicio para el medio ambiente. Por ejemplo: el auditor puede declarar en su informe que la gestión de los residuos se está realizando correctamente; o que los vertidos de sustancias químicas se están gestionando de manera adecuada. Los parámetros comparativos que utilizará para la emisión de un dictamen de tal estilo serán las normas jurídicas y las normas técnicas que ríjan en tal actividad. Su informe va a ser el resultado de esta comparación y evaluación. Ahora bien, el control directo sobre la gestión de los residuos o de los vertidos se escapa de su esfera de responsabilidad. Su actividad de control o, mejor, de *colaboración al control*, es de carácter declarativo. El control material de la actividad de gestión que es auditada pertenece a un tercero. Obviamente, que el auditor emita un informe falso no facilita la evitación del daño medioambiental que pueda derivarse de esa irregularidad, al contrario. Sin embargo, lo que quiero poner de relieve es que aun en el caso de que declare datos falsos, una aportación de tal estilo sigue teniendo una relevancia secundaria a los efectos de su responsabilidad⁶⁰. Entre la función de control del foco de peligro para el medio ambiente y la función del auditor no existe una relación de equivalencia. La actividad de este sujeto constituye tan sólo una pequeña aportación dentro de un ámbito de competencia mucho más amplio⁶¹. Por ello, el compromiso de garante que asume no es generador de una relación de dominio o pertenencia primaria con respecto al resultado lesivo, sino tan sólo de un "dominio relativo" que favorece ese resultado. Así, tras un delito ecológico cometido a través de la empresa es posible hallar actuaciones organizativas deficientes mucho más relevantes que la del ecoauditor infractor. Pese a que éste asume la contención de determinados riesgos, la naturaleza de su propia competencia y el contexto en el que ésta se ejercita, me lleva a considerar que no es él quien, generalmente, configura relevantemente⁶² el espacio de actividad del que se deriva el hecho delictivo. Por todo ello, considero que, si advierte el peligro no declarado en su informe y no da cuenta a su auditado, quien actúa sobre la base del asesoramiento de aquél, su responsabilidad en comisión por omisión va a ser a título de participación.

Hasta el momento, el supuesto de hecho que viene analizándose es aquel en el que el ecoauditor emite un informe falso. Pero no quisiera finalizar sin referirme brevemente al caso en que el auditor emite un informe de auditoría correcto pero, posteriormente, tiene conocimiento de que el auditado está desarrollando una actividad peligrosa para el medio ambiente. ¿Tiene sentido responsabilizar al auditor ambiental que en esta situación no impide que la empresa continúe realizando su actividad? De entrada, en este caso el ecoauditor ha asumido un compromiso concreto de garante y lo ha cumplido. Es una vez finalizada su

⁶⁰ Excepto que se entendiera que constituye un supuesto de autoría mediata.

⁶¹ Como señala BOLEA BARDON, "Tendencias sobre autoría y participación en el ámbito de la criminalidad empresarial (especial referencia al concepto de autor en los delitos relativos al mercado y los consumidores)", *La Ley* 12783/2011, 2011, p. 4, afirmar que se es competente de algo no equivale a afirmar que se es responsable a título de autor.

⁶² En terminología de ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, 2007, pp. 75-78. Dicho autor señala en este último trabajo que «quien sólo ha omitido la gestión adecuada de, por ejemplo, la cesión de determinados objetos peligrosos, la instalación de determinadas medidas de seguridad, o el mantenimiento de determinadas medidas de control o precaución cuyo sentido es evitar facilitar la actividad delictiva de un tercero, su conducta merecerá la calificación de participación (dolosa o imprudente si se admite) por omisión» (pp. 75-76).

función de auditoría cuando tiene conocimiento de que el auditado lleva a cabo una actividad incorrecta que se escapa del ámbito en el que puede incidir el auditor. En esta medida, creo que a lo sumo podría reconocerse la estructura de la omisión del deber de impedir delitos (art. 450 CP español). Sin embargo, fuera de lo que es la estructura teórica, debido a la limitación legal de tal tipo delictivo⁶³, no es posible sostener la responsabilidad del auditor ambiental en tal sentido. Así pues, al interrogante anterior debe responderse de modo negativo.

4. Conclusiones

La ecoauditoría es una técnica de gestión medioambiental que facilita a las empresas el control respecto a la incidencia medioambiental de sus actividades. El ecoauditor, como encargado de la ejecución de las auditorías, tiene que vigilar que lo que sea el objeto de evaluación se adecue a los parámetros legales e incluso técnicos establecidos. Sin embargo, su función principal es informar al auditado, a través del informe final de auditoría, de los resultados obtenidos.

La auditoría ambiental es un instrumento dirigido a fomentar la actitud respetuosa de las empresas hacia el medio ambiente. El éxito de esta pretensión inicial depende de los términos en los que aquella se lleve a cabo. Así, es posible que el auditor ambiental no cumpla correctamente con su función y, en consecuencia, que los resultados que de ahí se deriven no sean positivos ni directamente para la gestión medioambiental de la empresa, ni tampoco, de forma mediata, para la protección del medio ambiente.

La orientación infractora de la conducta del auditor ambiental puede tener consecuencias delictivas, en concreto, en relación con la comisión de un delito ecológico de empresa. Así, el ecoauditor que imprudentemente emite un informe falso percatándose posteriormente de ello y del riesgo que, a través de la actividad de la empresa, supone para el medio ambiente, sin poner remedio, puede ser responsable en comisión por omisión por el delito ecológico. En este caso, la estructura aplicable es la injerencia. Tras esta solución está latente tanto el reconocimiento de una posición de garantía en favor del ecoauditor como la defensa de una graduación de las posiciones de garantía. Así como no todos los compromisos de garante son de la misma intensidad, su infracción tampoco puede conllevar las mismas consecuencias jurídicas.

En mi opinión, el compromiso concreto de garante que asume el auditor no es tan relevante como el compromiso que puede asumir el auditado (como principal competente que es del control de la gestión medioambiental de su actividad). Con todo, es posible la distinción entre posiciones de garantía constitutivas de autoría y posiciones de garantía constitutivas de participación. Precisamente, el ecoauditor puede ser titular de esta última. La aplicación de la autoría -en forma de autoría mediata- como título de intervención del auditor ambiental en el delito ecológico es algo excepcional. Aunque intervenga en la creación de un riesgo desaprobado para el medio ambiente, su relación de pertenencia con el hecho típico no es

⁶³ Pues solamente se refiere a los delitos que afecten "a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual" (art. 450.1 CP).

generalmente la más intensa. En la mayoría de los casos, su ámbito de competencia en el marco de la actividad delictiva ecológico-empresarial es limitado y secundario. Por ello, el título de intervención por el que normalmente se atribuirá responsabilidad al auditor será el de participación, reservándose el de autoría -si bien normalmente de forma imprudente- para el auditado o cliente.

Bibliografía

Volker ARNDT (1985), *Der Betriebsbeauftragte im Umweltrecht – Garant im Umweltstrafrecht?*, Kiel, Christian-Albrechts-Universität.

Jörg BAETGE (1993), "Überwachung", en Michael BITZ/Klaus DELLMANN/Michel DOMSCH/Henning EGNER (eds.), *Vahlens Kompendium der Betriebswirtschaftslehre. Band 2*, 3^a ed., München, Verlag Franz Vahlen, pp. 175-218.

B. BARTRAM (1998), "Ablauf, Kriterien und Tiefe der internen Umweltbetriebsprüfung", en Wolfgang EWER/Rainer LECHELT/Andreas THEUER (eds.), *Handbuch Umweltaudit*, München, Verlag C. H. Beck, pp. 75-90.

Carolina BOLEA BARDON (2011), "Tendencias sobre autoría y participación en el ámbito de la criminalidad empresarial (especial referencia al concepto de autor en los delitos relativos al mercado y los consumidores)", *La Ley 12783/2011*, 2011, pp. 1-16.

John BRAITHWAITE/Brent FISSE (1987), "Self-Regulation and the Control of Corporate Crime", en Clifford D. SHEARING/Philip C. STENNING (eds.), *Private Policing. Vol. 21: Crime and Justice System Annuals*, Beverly Hills (California), Sage, pp. 221-246.

José Antonio CHOCLÁN MONTALVO (2003), *Responsabilidad de los auditores de cuentas y asesores fiscales. Tratamiento penal de la información societaria inveraz*, Barcelona, Editorial J. M. Bosch.

M. Mercè DARNACULLETA I GARDELLA (2005), *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada*, Madrid-Barcelona, Editorial Marcial Pons.

Gerhard FELDHAUS (1991), "Umweltschutzsichernde Betriebsorganisation", *NVwZ* 10, 1991, pp. 927-935.

Gerhard FELDHAUS (1995), "Die Rolle der Betriebsbeauftragten im Umwelt-Audit-System", *Betriebs-Berater* 34, 1995, pp. 1545-1549.

R. GARCÍA LARA/E. FORNES MARTÍNEZ (2010), "Sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) aplicado a empresas del sector cerámico", en *Boletín de la sociedad española de cerámica y vidrio* 49 (4), 2010, pp. 335-339.

Ángel GONZÁLEZ MALAXECHEVERRÍA (1997), *Auditoría Ambiental. Su evolución histórica y entorno político-institucional*, Madrid, Instituto de Auditores Internos de España.

Volker HAAS (2011), "Die Beteiligung durch Unterlassen", *ZIS* 5/2011, 2011, pp. 392-397.

David HUNT/Catherine JOHNSON (1996), *Sistemas de Gestión Medioambiental. Principios y prácticas*, Madrid, Editorial McGraw Hill.

Lothar KUHLEN (2000), "Die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme , insbesondere bei den sogenannten Betriebsbeauftragten", en Knut AMELUNG (ed.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Sinzheim, Verlag ProUniversitate, pp. 71-94.

Juan Antonio LASCURAÍN SÁNCHEZ (2005), "La prevención penal de los riesgos laborales: cinco preguntas", en Juan Carlos CARBONELL MATEU/Bernardo DEL ROSAL BLASCO *et. al.* (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Madrid, Editorial Dykinson, pp. 565-592.

Diego Manuel LUZÓN PEÑA (1986), "Participación por omisión y omisión de impedir delitos", *Diario La Ley*, Tomo 3, 1986.

James A. MC CONVILL (2006), "Positive Corporate Governance", *Journal of Business and Securities Law* 6, 2005-2006, pp. 51-70.

Raquel MONTANER FERNÁNDEZ (2008), *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental*, Madrid-Barcelona, Editorial Marcial Pons.

Alba NOGUEIRA LÓPEZ (2000), *Ecoauditorías, intervención pública ambiental y autocontrol empresarial*, Madrid, Editorial Marcial Pons.

Ricardo ROBLES PLANAS (2003), *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid, Editorial Marcial Pons.

- EL MISMO (2004), "Consideraciones sobre la intervención en el delito por acción y por omisión", en Jorge Luis COLLANTES GONZÁLEZ (coord.), *Temas actuales de Derecho penal. Desafíos del Derecho penal contemporáneo*, Trujillo (Perú), Editora Normas Legales, 2004, pp. 99-116.

- EL MISMO (2007), *Garantes y cómplices. La intervención por omisión en los delitos especiales*, Barcelona, Editorial Atelier.

Thomas ROTSCH (1998), *Individuelle Haftung in Großunternehmen. Plädoyer für den Rückzug des Umweltstrafrechts*, Baden Baden, Nomos Verlag.

Claus ROXIN (2006), *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8^a ed., Hamburg, Verlag De Gruyter.

- EL MISMO (2003), *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München, Verlag C. H. Beck.

Hans-Joachim RUDOLPHI (1987), "Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Bediensteten von Betrieben für Gewässerverunreinigungen und ihre Begrenzung durch den Einleitungsbescheid", en Wilfried KÜPER/Ingeborg PUPPE/Jörg TENCKHOFF (eds.), *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*, Berlin-New York, Verlag De Gruyter, pp. 863-887.

Peter SALJE, "Zivilrechtliche und strafrechtliche Verantwortung des Betriebsbeauftragten für Umweltschutz", *Betriebs-Berater* 32 (48), 1993, pp. 2297-2306.

J. van der SANDEN (1995), "Öko-Audit und Umweltstrafrecht", *Wistra* 8, 1995, pp. 283-291.

Hero SCHALL (2010), "Die Ambivalenz von Eigenüberwachung und Selbstaufzeichnungen im Umweltstrafrecht", en Wolfgang JOECKS/Heribert OSTENDORF/Thomas RÖNNAU/Thomas ROTSCHE/Roland SCHMITZ (eds.), *Recht-Wirtschaft-Strafe. Festschrift für Erich Samson zum 70. Geburtstag*, Heidelberg-München-Landsberg-Frechen-Hamburg, C. F. Müller Verlag, pp. 483-493.

Bernd SCHÜNEMANN (2002), "Reglas de la Técnica en Derecho penal", en Bernd SCHÜNEMANN, *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Madrid, Editorial Tecnos, pp. 153-184.

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (1986), *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, Editorial J. M. Bosch.

- EL MISMO (1989), "Aspectos de la comisión por omisión: Fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario", *CPC* 38, 1989, pp. 367-404.

- EL MISMO (1999), "Artículo 11", en Manuel COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal. Tomo I*, Madrid, Editorial Edersa, pp. 441-448.

Horst STEINMANN (2011), "Unternehmensethik und Recht. Einige Überlegungen zur Meta-Regulierung gesellschaftlicher Verantwortung der Unternehmensführung", *ZIS* 3/2011, 2011, pp. 100-109.

Gerhard STRATE/Wolfgang WOHLERS (1998), "Umweltaudit und strafrechtliche Verantwortlichkeit", en Wolfgang EWERT/Rainer LECHELT/Andreas THEUER (eds.), *Handbuch Umweltaudit*, München, Verlag C. H. Beck, pp. 267-298.

Belinda WASSMUTH (2001), *Umwelt-Audit und Umweltmanagement in der industriellen Unternehmung*, Frankfurt am Main-Berlin-Bern, Verlag Peter Lang.

Markus WESSEL (1993), *Die umweltgefährdende Abfallbeseitigung durch Unterlassen: eine straf- und verwaltungsrechtliche Untersuchung*, Frankfurt am Main-Berlin-Bern, Verlag Peter Lang.