



LOS RETOS EN EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL*

Ronald TENPAS

Como fiscal general adjunto para la División de Medio Ambiente y Recursos Naturales del Departamento de Justicia de Estados Unidos, encabezo un grupo de cuatrocientos abogados cuya tarea es representar al gobierno en los asuntos que se presentan ante nuestros tribunales federales y tratan de las leyes relativas al medio ambiente y los recursos naturales, incluidas leyes sobre contaminación del aire, el agua y el suelo; calidad de vida y seguridad de la población —el tema al que me voy a referir—, y protección de la vida silvestre. En estos casos, nuestro principal cliente es la Agencia de Protección Ambiental (EPA) de Estados Unidos. Nuestro sistema permite al Congreso aprobar leyes para establecer ciertos controles básicos, y a la EPA corresponde elaborar reglamentos más detallados. La Agencia también realiza gran parte del trabajo de inspección y de las actividades de aplicación para garantizar que los particulares, e incluso las entidades públicas, cumplan con lo que marca la ley.

Las situaciones de emergencia pueden afectar diversos medios: aire, agua o suelo, y pueden ser provocadas, por ejemplo, por la liberación de sustancias químicas tóxicas o sustancias peligrosas. El sistema estadounidense para la atención de emergencias es muy similar a los de Canadá y México. La mayoría de nuestras principales leyes para la protección del medio ambiente incluyen como parte de sus requisitos cierta capacidad para que el gobierno responda a situaciones de emergencia. La respuesta varía a lo largo de un continuo que inicia cuando el propio gobierno federal responde con personal y equipo para tratar de atender la situación, ya sea mediante la limpieza o contención de los materiales. Una segunda opción es ordenar a los propietarios del suelo o el agua que respondan a

* 2008.

la emergencia tomando ciertas medidas. La tercera posibilidad es recurrir a un tribunal y pedir al juez que ordene a los particulares responder, limpiar o cambiar las medidas tomadas. La mayoría de las veces se pide la intervención del tribunal después de que se desobedeció una orden de la EPA, ya que una orden judicial tiene mucha más fuerza para tratar de obtener el cumplimiento. El juez cuenta con innumerables recursos a su alcance para lograr que el acusado cumpla con una orden judicial, y puede incluso llegar a remitir personas a la cárcel hasta lograr el cumplimiento de la compañía, situación que la mayoría de los líderes empresariales prefiere evitar. En ese contexto, el juez también puede imponer sanciones pecuniarias por el número de días en que se desobedeció la orden de la Agencia de Protección Ambiental.

Uno de los mecanismos más importantes que confiere al gobierno de Estados Unidos la capacidad de responder a una emergencia ambiental es el Sistema Nacional de Respuesta, creado al amparo de la Ley Integral de Respuesta, Compensación y Responsabilidad Ambientales (*Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act*, CERCLA). Este sistema primero establece una cifra o concentración de ciertos contaminantes específicos a informar en el caso de accidentes que presenten un riesgo de peligro grave e inminente para la ciudadanía, como un derrame de petróleo, un tren que se descarrila y derrama sustancias químicas peligrosas o una fábrica con sustancias químicas tóxicas que se incendia. Dependiendo de las sustancias químicas de que se trate, la compañía responsable está obligada a informar del derrame dentro de un cierto plazo.

Un grupo de personas atiende el teléfono las 24 horas del día, los siete días de la semana, para recibir llamadas que informen de la liberación de tales contaminantes. Cada llamada desencadena una serie completa de medidas predeterminadas. El gobierno federal tiene coordinadores particulares de cada área, que saben a qué funcionarios locales llamar; ese mecanismo permite reunir con rapidez a un conjunto de expertos para que evalúen lo sucedido, evalúen las medidas iniciales tomadas en respuesta, decidan si se necesitan más recursos y qué expertos de los gobiernos federal y estatal se necesitan, determinen si es necesario dar órdenes al particular para que sepa cómo realizar la limpieza, etcétera. Una vez concluida la limpieza, y sobre todo si el gobierno se encargó de la misma, el gobierno está facultado para repetir contra las partes que ocasionaron

el incidente a fin de recuperar sus costos. El gobierno tiene cuentas financieras para dichas actividades de limpieza, que en gran medida son autofinanciables.

Entonces, varias leyes prevén diversas herramientas para responder a emergencias que requieran respuesta inmediata a fin de garantizar la seguridad pública, lo que permite a la EPA o al Departamento de Justicia solicitar órdenes para exigir el cumplimiento. Por ejemplo, en términos de la CERCLA, si la EPA determina que puede haber un riesgo inminente y grave para el bienestar de la ciudadanía o para el medio ambiente debido a la liberación real o amenaza de liberación de sustancias peligrosas de una planta, puede solicitar al Departamento de Justicia recurrir a un tribunal para obtener una orden que limite el peligro o la amenaza. Los jueces de los tribunales de distrito están facultados para otorgar las salvaguardas que en su opinión el interés público y la equidad requieran.

La EPA, después de notificar al gobierno del estado afectado, también puede emitir las órdenes administrativas que considere necesarias para proteger la salud y el bienestar de la población y el medio ambiente. En qué situaciones la EPA puede emitir una orden administrativa por su propia cuenta y en cuáles tiene que recurrir al tribunal, esto depende de la ley aplicable. A menudo la Agencia utiliza órdenes administrativas que la autorizan a inspeccionar plantas o embarcaciones a fin de obtener muestras de las sustancias químicas que pueda haber en el sitio. De esta forma, en vez de simplemente responder a los incidentes una vez que han sucedido, la EPA puede tratar de anticiparse a ellos identificando los lugares que no están siguiendo prácticas correctas de protección al ambiente.

Tenemos el ejemplo concreto de una compañía llamada Tropical Fruit, que usaba equipo de alta potencia para fumigar sus árboles frutales. El aire arrastraba el plaguicida hasta la comunidad cercana a la compañía, al punto de que los habitantes reclamaron que les afectaba la salud. La EPA primero emitió una orden en conformidad con la sección 106 de CERCLA en la que determinó que la aplicación del plaguicida representaba un peligro inminente y grave para la salud pública y ordenó a Tropical Fruit no aplicar el producto de forma que saliera de los límites del inmueble. A pesar de la orden, dicha compañía siguió fumigando en la misma forma, por lo que el Departamento de Justicia inició un juicio ante el tribunal federal de Puerto Rico solicitando la ejecución de la orden. Después de esto, las partes pudieron negociar reglas satisfactorias para

la aplicación del plaguicida. Sin embargo, al paso del tiempo el gobierno consideró que la compañía no estaba obedeciendo las restricciones impuestas y volvió a recurrir al tribunal para solicitar una sentencia por tales infracciones. El juez consideró y rechazó varias defensas interpuestas y otorgó una orden por la que ordenaba a la compañía evitar que su plaguicida alcanzara los inmuebles vecinos y que dejara de usar el plaguicida en forma distinta a la aprobada por su etiquetado.

Otro ejemplo es un asunto reciente en el que se vio envuelto un viejo barco anclado en la bahía de Baltimore, en la costa del Atlántico. La EPA tenía conocimiento de que el buque estaba listo para zarpar y consideraba, dada la edad y la fabricación de la nave, que era muy probable que a bordo hubiera bifenilos policlorados (BPC), sustancias químicas sumamente tóxicas y peligrosas cuyo uso está regulado en Estados Unidos por la Ley de Control de Sustancias Tóxicas (*Toxic Substances Control Act*). La dependencia también sospechaba que se estaba enviando el barco a un puerto extranjero para su desmantelamiento y conversión en chatarra. Por lo que sabía sobre la forma en que se realizan estas operaciones en ciertos lugares del extranjero, la dependencia estaba segura de que en el curso de las mismas se eliminarían los BPC, a los que quizá ni siquiera se les prestaría la más mínima atención, con el resultado de que los trabajadores extranjeros iban a quedar expuestos a esas sustancias químicas peligrosas. La Ley de Control de Sustancias Tóxicas fue concebida en parte para evitar esas situaciones, por lo que la EPA solicitó una orden urgente al tribunal para que no se permitiera al barco abandonar el puerto por lo menos hasta que científicos de la Agencia pudieran subir a bordo y hacer un muestreo. La cuestión en este caso era llevar al juzgado a la compañía propietaria del barco, ya que la nave habría podido zarpar en las siguientes 24 a 48 horas. Sin embargo, la Agencia pudo negociar con los abogados de la contraparte que el barco no zarpara hasta que las partes por lo menos se reunieran en presencia de un juez, con la promesa del gobierno de que no comparecería ante el juez sin que estuvieran también presentes los abogados de la compañía. Una tregua temporal de dos días permitió a las partes acudir a un juez, el que otorgó la orden solicitada por la EPA. La Agencia obtuvo las muestras e hizo varias pruebas rápidas que confirmaron la presencia de BPC, y regresó al tribunal para obtener una orden definitiva que impidiera al barco moverse.

En ese tipo de asuntos, las pruebas para obtener una orden de esta naturaleza son muy similares a las que señalan las normas canadienses, aun si el lenguaje que se utiliza es un tanto diferente. El responsable de la aplicación de la ley debe demostrar que tiene buenas probabilidades de probar que se cometió una infracción de la ley (o sea, que hay una cuestión legal sustancial) y que, de no expedir el tribunal una orden para impedir que algo ocurra, se causará un daño real a la población.

CHALLENGES IN JUDICIAL PROCEEDINGS*

Ronald TENPAS

As Assistant Attorney General for the Environment and Natural Resources Division at the United States Department of Justice, I lead a group of 400 lawyers responsible for representing the government in any cases that arise in our federal courts dealing with environmental and natural resources laws. This includes statutes on pollution that affect air, water and soil, and at the same time quality of human life and human safety, on which I will focus, as well as statutes protecting wildlife. In those cases, our major client is usually the United States Environmental Protection Agency (US EPA). Our system allows for congress to adopt statutes to put in place certain basic controls, and US EPA often develops more detailed regulations. US EPA also does a lot of the inspection work and enforcement activities to make sure that private entities, and even some public entities, are complying with what the statutes require.

Urgent situations can affect various media: air, water or soil as we put it in the United States, and they can stem for instance from the release of toxic chemicals or hazardous substances. The United States system for urgent situations has great affinities with the Canadian and Mexican regimes. Most of our major environmental protection statutes include, as some part of their requirement, some ability for the government to respond to urgent situations. Those responses vary along a continuum. It begins with the federal government responding itself with people and equipment to try to address the situation, by cleaning or containing the materials. A second option is to order the people who possess the land or the water to take some actions to respond to it. A third possibility is to go to a court and ask the judge to order the private parties to respond, to clean up or change their

* 2008.

action. Most of the time, an order from the court is sought after US EPA has issued an order that has not been obeyed, because a judicial order is much more powerful in trying to get compliance. The judge has lots of ways to make the defendant comply with a judicial order, including sending people to jail until the company has complied, something that most business leaders would rather avoid. In that context, the judge can also impose financial penalties for the number of days in which the order from the US EPA was disobeyed.

One of the most important mechanisms providing the United States government with the ability to respond to an environmental emergency is the National Response System, established under the *Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act* (CERCLA). This system first establishes a reportable amount or quantity for specific kinds of pollutants, in the event of accidents that present a major and imminent public endangerment risk, such as an oil spill, a train which derails and spills hazardous chemicals, or a factory that has toxic chemicals and catches fire. Depending on the chemicals or substances involved, the company responsible for the release is required to report the spill on a certain time limit.

A group of people stands ready to answer the phone 24 hours a day, seven days a week, to take calls reporting such releases of pollutants. Each call triggers a whole set of predetermined actions. The federal government has particular coordinators for each area, who know the local officials to contact, and that mechanism allows it to bring together, reasonably quickly, a good set of experts to evaluate what has happened, evaluate the initial actions that have been taken in response, decide if more resources are needed, decide what kind of experts need to come from the federal and state governments, decide whether orders need to be given to the private party as to how the clean-up occurs, etc. Once the clean-up has been completed, particularly if the government conducted it, it has the ability to go back against the parties who caused the incident in order to collect its costs. The government has financial accounts for those kinds of clean-up activities, which are largely self-funding.

Then there are a variety of tools under several statutes for responding to accidents that require an emergency response to ensure public safety, by allowing EPA or the Department of Justice to seek orders requiring compliance. For example, again under the CERCLA statute, when EPA

determines there may be an imminent and substantial endangerment to the public welfare or to the environment, because of an actual or threatened release of hazardous substances from a facility, it can ask the Department of Justice to go to court to get an order to limit that danger or threat. District court judges have the jurisdiction to grant relief that they determine the public interest and the equity of the case require.

The US EPA, after giving notice to the state government of the state affected, can also issue administrative orders that it deems necessary to protect public health and welfare and the environment. The question of in what situation EPA can by itself issue an administrative order and in what situation it has to go to the court depends on the statute applicable. The US EPA often uses administrative orders to gain authority to inspect facilities or vessels, to obtain samples of chemicals that may be onsite. This way, EPA, rather than simply responding to incidents once they have happened, can try to anticipate such incidents by identifying places that aren't using the correct practices to protect the environment.

Giving a concrete example, a company named Tropical Fruit was using high power equipment to spread pesticide and fungicides on its fruit trees. The company's orchards were near the community, so the pesticide was airborne and floated into the community. Local residents claimed that it caused them adverse health effects. The US EPA first issued an order under section 106 of CERCLA in which it determined that the release of the pesticide presented an imminent and substantial endangerment to public health, and ordered Tropical Fruit to stop spreading pesticides in a manner that goes beyond the boundaries of the property. Despite the order, that company continued to spread in the same way, so the Department of Justice filed a suit in the federal court of Puerto Rico seeking to enforce the order. Once it had done that, the parties were able to negotiate for some rules that would be satisfactory in terms of how the pesticide would be applied. As time went on though, the government came to believe that the company was still not abiding those restrictions, and went back to the court seeking a judgment on these violations. The judge considered and rejected various legal defenses, and granted an order directing the company to cease allowing its pesticide to drift on to the neighboring properties and to stop using the pesticide in a manner not approved by its labeling.

Another example is a recent case that involved an old ship in the harbor of Baltimore, on the mid-Atlantic coast. The US EPA had learned that the ship was ready to set sail. The agency believed that, given the age and manufacture of the ship, it would very likely have PCBs on board. Those are very toxic and dangerous chemicals whose use is regulated in the United States by the *Toxic Substances Control Act*. The agency also suspected that the ship would be sent overseas to a foreign harbor, to be broken down and turned into scrap. From what it knew about how these operations often occur under certain jurisdictions, the agency was reasonably confident that in the course of that, the PCBs would be properly disposed, probably not even attended to at all, with the result that the foreign workers were going to be exposed to the hazardous chemicals. The *Toxic Substances Control Act* is designed in part to prevent that, so the agency went to court on an urgent basis, requesting an order that the ship not be allowed to leave port for at least enough time for agency scientists to come onboard ship and do some sampling. The issue in this case was getting the company owning the ship in the courtroom, because the ship might have set sail over the next twenty-four to forty-eight hours. However, the agency was able to negotiate with the lawyers on the other side that the ship wouldn't leave until the parties at least got together before a judge, with the government promising on its part that it would not run in front of a judge without the company's lawyers being there. A temporary truce of about two days allowed the parties to get in front of the judge. The judge then granted the order sought by US EPA. The US EPA got the samples and did some very fast testing that confirmed that PCBs were present. It returned to the court to get a final order that prevented the ship from leaving at all.

In that sort of case, the test to get one of these orders is quite similar to Canadian standards, even if we tend to use a little different language. The enforcer has to show that he is likely to succeed in showing a violation of the law (corresponding to the idea of a substantial legal question) and that, in the absence of the court giving an order to stop something from happening, there would be a real public injury.