



## DESARROLLO DE ARGUMENTOS EN LOS CASOS DE APLICACIÓN DE LA LEY\*

Charles SHEEHAN

En Estados Unidos el derecho a un medio ambiente limpio no está previsto en la Constitución, sino en diversas leyes federales y locales que prohíben ciertas conductas, expresando así los valores ambientales de la población. La espada de la aplicación pende de manera permanente sobre quienes están relacionados con el medio ambiente para castigarlos si infringen dichas leyes. El tema al que me voy a referir son las diversas vías que se siguen para que un asunto de aplicación de la legislación ambiental llegue al tribunal.

### I. ¿QUIÉN TIENE LEGITIMACIÓN PROCESAL, ES DECIR, QUIÉN PUEDE INICIAR UN JUICIO EN ESTADOS UNIDOS?

Resulta interesante saber que los ciudadanos pueden participar directamente en la aplicación de la legislación ambiental, presentando demandas ante los tribunales federales al amparo de numerosas leyes que protegen el aire, el suelo y el agua. Por ejemplo, si un ciudadano toma una muestra del agua contaminada de un río corriente abajo de una planta de tratamiento de aguas residuales, lo que podría ser prueba de infracción de la Ley de Agua Limpia, ese ciudadano puede llevar la muestra a la Agencia de Protección Ambiental (EPA) de Estados Unidos o a la agencia de protección ambiental de su estado y solicitar el inicio de acción legal en contra de dicha planta. Si las autoridades se niegan porque consideran que no existe infracción, o porque tienen otras prioridades, el ciudadano puede comparecer ante un tribunal federal e iniciar él mismo la acción.

\* 2008.

Sin embargo, casi siempre los responsables de la aplicación de la ley en Estados Unidos son la EPA y las agencias de protección ambiental estatales. En realidad, la mayor parte del trabajo de aplicación de la legislación ambiental corre por cuenta de las entidades federativas estado-unidenses, y son éstas las que realizan la mayoría de las inspecciones de plantas o industrias, pero en ocasiones surge la interrogante: ¿qué autoridades son las más apropiadas para iniciar la acción legal? Un estado bien podría considerar que un asunto es demasiado grande, demasiado complicado o muy delicado desde el punto de vista político y optar por pasarlo a sus contrapartes federales. Es común que las autoridades federales y estatales negocien entre sí para decidir quién se hará cargo del asunto, ya que en muchos casos ambas tienen capacidad legal para hacerlo.

## II. ¿CÓMO DECIDEN LAS AUTORIDADES QUÉ ASUNTOS LLEVAR A JUICIO EN ESTADOS UNIDOS?

La aplicación de la legislación ambiental vive una situación similar a la de David contra Goliat: las posibles infracciones exceden con mucho la capacidad de las autoridades federales y estatales y de los ciudadanos, de ahí que la pregunta crítica sea qué infracciones seleccionar y perseguir de entre un número tan elevado de posibilidades.

Los principales factores que el gobierno federal toma en consideración son aquellos relacionados con el posible daño al medio ambiente y quiénes son las personas afectadas por las infracciones. ¿Se trata de un área pobre con poblaciones especialmente vulnerables y múltiples agentes de deterioro de la comunidad? ¿La comunidad recibe el aire contaminado de las chimeneas de una refinería? ¿Se almacenan residuos peligrosos no regulados en los traspacios de las casas? El daño causado a la comunidad ¿es inmediato o a largo plazo? Una fosa llena de residuos peligrosos a punto de desbordarse y de inundar la comunidad, por ejemplo, es lo que llamamos un riesgo inminente y considerable que podría ameritar aplicación inmediata de la ley por el gobierno federal o estatal. Al elegir los asuntos, las autoridades federales también juzgan el problema ambiental en forma colectiva, holística. Por ejemplo, si una comunidad enfrenta graves problemas ambientales derivados de la contaminación del aire, el agua y el suelo, el gobierno puede decidir presentar acción legal por contaminación del aire en contra de la refinería, por contaminación del agua

en contra de la planta de tratamiento y por contaminación con residuos peligrosos en contra del operador del relleno sanitario, a fin de eliminar los agentes de deterioro de dicha comunidad provocados por esta multiplicidad de fuentes.

Otro factor que los responsables de la aplicación de la ley pueden tomar en consideración es la integridad del sistema reglamentario: en Estados Unidos reviste capital importancia el que las empresas lleven registros y presenten informes de las condiciones ambientales de sus instalaciones o plantas a funcionarios federales y estatales. Si el responsable de la regulación no cuenta con esa información, habría grandes lagunas en el sistema que pasarían sin ser detectadas. Lo que podrían parecer meras infracciones administrativas o en papel, como no presentar un informe al gobierno, en realidad puede tener graves consecuencias si se repite en forma constante. Basta imaginar qué pasaría si una planta química ubicada en lo alto de un cerro junto a una ciudad no informara sus residuos químicos peligrosos. Si dicha planta se incendiara o explotara, ¿qué podrían hacer los ciudadanos para protegerse y qué harían los responsables federales, estatales y municipales de la regulación para manejar la emergencia? Por esta razón, la conservación de registros se toma muy en serio en Estados Unidos.

Otro factor para que el responsable de la regulación elija dar curso a un asunto es la posible publicidad que éste genere, ya que puede ser la oportunidad de enviar un mensaje fuerte y claro a toda la ciudad, el estado o el país sobre un problema ambiental en particular. Por ejemplo, un juicio contra una gran empresa atrae mucha atención. También están, simple y llanamente, las prioridades que las dependencias tengan en un cierto año o periodo de varios años.

Por último, los factores de índole judicial también se toman en cuenta para la selección de asuntos: como exfiscal del Departamento de Justicia, puedo decir que los responsables de la aplicación de la ley analizan los precedentes del tribunal específico ante el que se podría iniciar el juicio. Si ven que dicho tribunal normalmente no acepta de buen grado un caso como el que tienen entre manos, pueden mostrarse reacios a iniciarlo, o pueden presentarlo en cualquier otro lugar.

### III. ¿QUÉ PRUEBAS DEBE REUNIR EL RESPONSABLE DE LA APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN?

Al considerar si entabla juicio, la autoridad federal o estatal tiene muchas vías a su alcance. En primer lugar está la vía administrativa, lo que en el caso de la EPA significa iniciar la acción legal en contra del infractor ante el propio tribunal de la Agencia. En el otro extremo está la vía judicial, que significa comparecer ante un tribunal de distrito federal, en donde se permite elegir entre sanciones civiles y penales. Tratándose de asuntos penales, el gobierno tiene la mayor parte de la carga de la prueba. En primer lugar es necesario probar, entre otras cosas, que hubo cierto grado de intención, cierto deseo de contaminar más allá del mero acto o actividad que generó la supuesta contaminación. En segundo lugar, para que el asunto convenza al juez o al jurado, la autoridad necesita presentar innumerables pruebas y una aplicación clara de la ley o reglamento supuestamente infringido.

A continuación voy a dar algunos ejemplos tomados de diferentes asuntos tramitados por el Departamento de Justicia hace varios años. Consideremos el caso de unos humedales —área pantanosa— protegidos por la Ley de Agua Limpia y que un promotor inmobiliario desea drenar, para rellenar el pantano y construir casas que luego venderá a un alto precio. Conforme a tal ley, se necesita obtener un permiso del gobierno federal para el proyecto. El promotor solicita un permiso a la autoridad federal, pero la respuesta es que tenga paciencia, que el trámite del permiso puede tomar varios meses porque la lista de solicitantes es muy larga. Sin embargo, el promotor no está dispuesto a esperar porque cada día que pasa sin construir pierde dinero, por lo que decide proceder de todas formas y drenar el pantano, con plena conciencia de que al hacerlo infringe la ley. Los hechos también demuestran que este humedal era particularmente valioso y delicado, que en el mismo anidaban y se alimentaban aves migratorias y que ayudaba a purificar el agua utilizada por la comunidad local. Se trata de un caso magnífico, en el que el fiscal federal podría incluso considerar acudir a un juzgado penal y solicitar que la infracción se castigara con cárcel. Pero suponiendo que no fuera del todo así, sino que el pantano estuviera húmedo sólo unos meses cada cierto número de años y no fuera tan valioso porque las aves migratorias

llegaban a otro pantano. En ese caso, la autoridad podría preferir la vía civil o incluso la administrativa.

Otro ejemplo es el caso de una refinería o planta química que cuenta con un permiso para liberar emisiones de sus chimeneas, e incluso quemarlas. Si conseguimos pruebas de que al parecer se excedieron los límites de quema en esa refinería, más nos vale leer el permiso con todo cuidado para ver si hay excepciones en caso de emergencia y verificar si en este caso hubo quema de emergencia. También debemos evaluar el peso de nuestras pruebas: ¿tenemos testigos que informaron haber visto salir llamas a las dos de la mañana cuando a esa hora estaban prohibidas?

En otras palabras, la persona responsable de la aplicación de la ley que haga bien su trabajo siempre debe respirar hondo y alejarse un poco de la puerta del juzgado para analizar las pruebas. En el Departamento de Justicia, cuando los funcionarios preparan el informe de un asunto que están considerando llevar a juicio, siempre dejan un espacio para analizar los puntos fuertes y débiles de los testigos. No hay asunto perfecto y los funcionarios lo que menos quieren es darse cuenta, ya en el tribunal, de que un testigo no les dijo toda la verdad en sus entrevistas anteriores.

#### IV. ¿QUÉ MEDIDAS SE TIENEN DISPONIBLES?

Una situación urgente puede requerir una orden para detener el peligro de inmediato. Las propias agencias de protección ambiental tienen y pueden usar armas muy poderosas sin necesidad de acudir al tribunal y, en particular, algunas están facultadas para emitir sus propias órdenes de suspensión de conductas infractoras de la ley. Tomemos el caso de una gran pila de fósforo de cientos de metros de alto, rodeada por una pared delgada y un río que pasa al otro lado de la pared. Está lloviendo con fuerza y se pronostica que lloverá todavía más. La pared está comenzando a desmoronarse y el fósforo se filtra al río por las grietas de la pared. Si no se toman medidas inmediatas, la pared se va a venir abajo y todo el fósforo caerá al agua en forma de lodo con consecuencias ambientales catastróficas para la comunidad cercana. La agencia de protección ambiental, fundamentándose en un “peligro inminente y considerable”, podría emitir una orden a la compañía que controla esta propiedad para que detenga la fuga y evite que la pila de fósforo se desmorone. Si no se cumple la orden administrativa, la dependencia puede solicitar al juez de

distrito de competencia federal que ordene a la compañía suspender tales acciones. Se considera que esta orden tiene más fuerza que la de la agencia, ya que el incumplimiento de la misma puede acarrear consecuencias mucho más graves.

Las medidas a largo plazo son otro de los resultados frecuentes que se obtienen de los juicios. Por ejemplo, en el caso de las chimeneas, el tribunal puede ordenar que se les instalen dispositivos de control de la contaminación. En el caso de la fosa con sustancias peligrosas a punto de derramarse al área circundante, podría ordenar que se le drene. Además, es común que se ordene a la compañía involucrada realizar estudios y tomar medidas para asegurar que sus actividades futuras no generen el mismo problema. Así, en ocasiones los funcionarios federales y estatales deben vigilar el cumplimiento de órdenes judiciales que abarcan acciones a cinco o diez años; el asunto permanece abierto mientras la orden esté vigente.

Con respecto a la sanción pecuniaria, el punto clave es eliminar lo que llamamos el “beneficio económico” del incumplimiento, es decir, quitar al infractor el beneficio obtenido que le dio una ventaja de negocios durante el tiempo que evitó o aplazó el cumplimiento. El retiro de este beneficio para entregarlo al gobierno se convierte en el punto de partida de la sanción pecuniaria. Posteriormente, el tribunal considera otros factores que podrían justificar sanciones adicionales, como la naturaleza del daño ambiental y la gravedad del mismo. Por ejemplo, en el caso del humedal antes mencionado, el daño serían los efectos en las aves migratorias y la pérdida de purificación del agua para la comunidad. Después, el tribunal analiza al propio infractor: ¿Fue éste su primer delito o es reincidente? ¿Cuál fue el grado de culpabilidad? ¿El infractor actuó en forma ingenua e irreflexiva o, como el desarrollador que rellenó el pantano, sabía bien lo que hacía? En este último caso, la sanción sería más severa.

Las sanciones de naturaleza penal como la privación de la libertad y las multas penales por lo general están reservadas a casos como el arquetípico “infractor nocturno”, es decir, la persona que sabe que la ley prohíbe su conducta y está plenamente consciente de las consecuencias ambientales que ésta puede acarrearle, pero aun así decide proceder tratando de no ser descubierta.

Otra acción a la que a menudo se recurre en nuestros tribunales, y cada vez con mayor frecuencia porque la EPA y el Departamento de Justicia

la impulsan con mucha fuerza, es la denominada “proyectos ambientales complementarios” (*supplemental environmental projects*, SEP). Al fijar la sanción pecuniaria, el gobierno se muestra indulgente si el infractor se compromete a emprender un proyecto en beneficio de la comunidad afectada. En el caso del humedal, por ejemplo, podría ser que quienes desecaron el pantano convinieran en comprar humedales adicionales y en preservarlos, o donarlos a grupos no gubernamentales para que se hagan cargo de ellos de modo permanente. En diversos juicios intentados al amparo de la Ley de Aire Limpio en Louisiana y Texas, en los que la contaminación de ciertas plantas industriales llegó a los pulmones de los niños de las comunidades cercanas, se ha pugnado por proyectos ambientales complementarios, como la construcción de una clínica para que se realicen análisis de asma y se atiendan otras consecuencias del daño ambiental en la salud de los pobladores. Sin embargo, aun cuando los SEP se derivan de procedimientos judiciales, el tribunal no puede ordenarlos, sino que dependen del acuerdo del infractor.

Por último quiero mencionar el fruto quizá más importante de la aplicación de las leyes ambientales: la disuasión. Llevar a juicio a una persona o empresa en particular tiene la posibilidad de desalentar —disuadir— a otros para que no incurran en esa clase de conducta en el futuro. Somos David contra Goliat, de ahí que nos dé mucho gusto cuando nuestros juicios reciben cobertura en los medios, para que quienes nunca ven a las autoridades federales en su propia puerta comprendan que necesitan proteger el medio ambiente. Es necesario que cada litigio ambiental se inicie con la intención específica de disuadir, para evitar que el mismo infractor vuelva a reincidir, pero también, como una piedra arrojada a un lago, la disuasión debe expandirse en ondas a toda la comunidad e incluso a todo el país.





## DEVELOPMENT OF ARGUMENTS IN CASES OF ENFORCING ENVIRONMENTAL LAWS\*

Charles SHEEHAN

In the United States there is no constitutional right to a clean environment. Instead, the road to a clean environment is paved by federal and local laws that prohibit certain kinds of conduct, thus expressing the environmental values of the people. The sword of enforcement is perpetually hanging over the environmental actors to impose punishment when these laws are violated. I will address the question of how enforcement cases in environmental law make it into the courtroom.

### I. WHO CAN BRING A CASE IN THE UNITED STATES?

Interestingly, citizens can participate directly in the enforcement of environmental law, by suing in federal court under many statutes that protect the air, land and water. For example, if a citizen takes a sample of polluted water in a glass under a bridge downriver from a wastewater treatment plant, which may show a violation of the Clean Water Act, that citizen can bring that glass of water to the United States Environmental Protection Agency (US EPA) or to the environmental protection agency of the state, and ask them to prosecute the treatment plant. If they refuse to prosecute because they don't believe there is a violation, or because they have other priorities, that citizen can proceed to federal court and file a suit him- or herself.

\* 2008.

Most of the time, however, the enforcers in the United States are the US EPA and the state environmental protection agencies. Actually, states in the United States take on a huge share of the enforcement load and perform most of the inspections of plants or industries. Sometimes the question arises, which is the most appropriate enforcer to bring the case? A state might well find a case to be too big, too complicated, or too politically sensitive for it, and prefer to hand it to its federal partners. There are frequently negotiations between federal and state enforcers as to who will take the case, because in most instances both have the legal power to do it.

## II. HOW DO ENFORCERS IN THE UNITED STATES PICK THEIR CASES?

Environmental enforcement is a David versus Goliath situation: there are many more likely violations than the federal and state and citizen enforcers can possibly reach, so the critical question is how to select which violations to pursue from among a great number of possibilities.

Factors that the federal government will consider are primarily related to the potential harm caused to the environment and who is affected by the violations. Is it a poor area with especially vulnerable populations and multiple stressors on the community? Is the community subject to polluted air from smoke stacks of the refinery up the street? Is there unregulated hazardous waste storage in the backyards of that community? Is the harm caused to the community long-term or immediate? A pond full of hazardous waste about to break and run across a community, for instance, is what we call an imminent and substantial endangerment that might warrant immediate enforcement by the state or federal government. When picking cases, federal enforcers also look at an environment problem in a collective, holistic way. If a community, for instance, is facing grave environmental problems because of air and water pollution and contaminated soils, the government may decide to file an air case against the refinery, a water case against the water-treatment plant, and a hazardous waste case against the hazardous-waste landfill operator, in order to relieve the stressors on that community from these multiple sources.

Another factor that enforcers might consider is the integrity of the regulatory system: in the United States, record keeping and reporting by companies to federal and state officials on the environmental conditions

of their facilities or plants is terribly important. If the regulator does not have that information, there might be great holes in the system going undetected. What might look like mere paper violations, like failing to send in a report to the government, can in fact bring great consequences if they happen consistently. Imagine the situation of a chemical plant at the top of a hill above a city, not reporting its hazardous chemical wastes. In the event of a fire or explosion at that facility, how will the citizens be able to protect themselves and how will federal, state or municipal regulators be able to deal with the emergency? For this reason, record-keeping is treated as a serious matter in the United States.

The potential for publicity arising from a case may also help a regulator determine it as a choice: a case may offer the opportunity to offer a loud and clear message across the city, state, or country about a particular environmental problem. A case against a big corporate player, for instance, generates a lot of attention. There is also simply the matter of agency priorities in any given year or span of years.

Finally, judicial considerations play a role in the selection of cases: as a former Department of Justice prosecutor, I can say that enforcers look at the precedents in the particular court where they would bring the case. If they see that a case of the kind they have is not normally greeted warmly by that court, they may be reluctant to bring it, or they may bring it somewhere else.

### III. WHAT IS THE BURDEN OF PROOF FOR THE ENFORCER?

When a federal or state enforcer is considering bringing a case, many alternative routes are available. First of all, there is the administrative route, which means, for the US EPA, bringing the case against the violator in the Agency's own court. At the other end there is the judicial route, which means going to a federal District Court, where a choice of civil and criminal sanctions is available. Criminal cases impose the greatest burden of proof on the government. First, what it must prove includes some degree of intent, some willingness to engage in polluting beyond just the act or activity that generated the pollution alleged. Second, for the case to convince the judge or the jury, the enforcer needs to present masses of evidence and a clear application of the law or regulation alleged to be violated.

I will give some examples drawn from a number of different cases pursued by the Department of Justice some years ago. Suppose there are some wetlands, a marshy area, which are protected by the Clean Water Act, and therefore require a permit from the federal government if someone proposes to drain them. In one case, a developer wanted to fill in such a marsh and build expensive homes to sell for profit. He requested a permit from the federal authority. Its response was for him to be patient, because the permission process can take a few months due to the long list of other persons requesting permits. The developer, however, didn't want to be patient, because every day that he wasn't building, he was losing money. So he decides to proceed anyway and drain the marsh, knowing full well that he is doing so in violation of the law. The facts also show that this was a particularly valuable and sensitive wetland, where wild migratory birds nested and fed, and that this wetland helped purify the water used by the local community. This would be a pretty good case, where a federal prosecutor might even consider going to a criminal court and asking for a jail sentence. But suppose that instead of this situation, we had a case where the wetlands were wet only a few months every few years, and were not as valuable because the migratory birds went to another marsh down the road. In that case the enforcer might prefer to make a civil or even administrative case.

We might have the case of a refinery or chemical plant, which has a permit to allow emissions to go out from its smoke stacks, including the flaring of these emissions. If we have evidence that there seem to be violations of the flaring limits at that refinery, we had better read the permit carefully, to see whether there is an exception for an emergency flare, and check whether there was an emergency in this case. We must also evaluate the weight of our evidence: do we have witnesses, and did they report seeing the flare going off at 2 a.m. when flares were prohibited?

In other words, a good enforcer should always take a deep breath, and step back a bit from the courthouse door to look at the evidence. At the Department of Justice, when officials are preparing a report on a case that they are considering for prosecution, they always have a place in that report to deal with the strength of the witnesses and identifying their weaknesses. No case is perfect, and the prosecutors don't want to realize inside the courtroom that a witness didn't tell them the full truth in their earlier interviews

#### IV. WHAT ARE THE REMEDIES AVAILABLE?

An urgent situation may require an order to stop the danger immediately. Environmental protection agencies themselves have powerful weapons that they can use without going to the courtroom. In particular, some have the power to issue their own orders to cease conduct infringing the law. Take the case of a huge mound of phosphorous, hundreds of feet high, surrounded by a thin wall, with a flowing river on the other side of that wall. It is raining hard and more rain is predicted. The wall is beginning to crumble and the phosphorous is beginning to leak through cracks in the wall into the river. If something is not done immediately, that wall will break, and all the phosphorous will slide like mud into the river with catastrophic environmental consequences for the community nearby. The environmental protection agency, on the basis of an "imminent and substantial endangerment", might issue an order to the company that controls this property to stop the leaking and prevent the phosphorus pile from breaking apart. If the administrative order is not complied with, the agency may then ask the federal district judge to order the company to stop. Such an order is regarded as more powerful than the agency's order, because failing to obey it can lead to much more severe consequences.

Long-term relief is also frequently the outcome of our cases. For example, in the situation of non-compliant smoke stacks, the court may order the installation of devices in those stacks to control the pollution. In the case of a pond containing hazardous substances about to leak into the surrounding area, it could order the pond to be drained. The relevant company is also very often ordered to do some studies, and to take certain measures, to ensure that its future practices do not pose the same problem. Thus sometimes federal and state officials must track compliance with court orders covering five or ten years' actions; the case continues as long as the order is in effect.

Regarding monetary punishment, the key point is to remove what we call the "economic benefit" of non-compliance, that is, to take away the savings made by the violator, giving it a business advantage, during the time it avoided or deferred compliance. Taking this profit back for the government becomes the baseline of the monetary penalty. The court then looks at other factors that might justify additional penalties, such as the nature of the environmental harm and how serious it was. In the wetland case I men-

tioned, for example, this harm would be the effects on the migratory birds and the community's loss of water purification. Then the court looks at the violator: was this offence its first, or has it committed repeated violations? How culpable was the mistake: was it someone who was naive or unthinking, or was it someone —like the wetland-filling developer— who knew well what he was doing? In the latter case the penalty would be more severe.

Criminal sanctions such as jail sentences and criminal fines tend to be reserved to cases like the archetypical “midnight dumper” that is, a person who knows of the law prohibiting his or her conduct, and is fully aware of the environmental consequences of that conduct, but decides nevertheless to proceed and try to avoid detection.

Another remedy frequently used in our courts, more and more frequently because the US EPA and the Department of Justice tend to push for it very hard, is what are called “supplemental environmental projects” (SEPs). When deciding how much to ask for as a monetary fine, the government will consider some leniency if the violator agrees to undertake a project for the benefit of the community affected by the violation. In the case of the wetland, for instance, it might be the wetlands polluters agreeing to buy additional wetlands and to preserve them, or to donate them to nongovernmental groups that will take care of them in perpetuity. In some Clean Air Act cases in Louisiana and Texas, where the pollution from the plants concerned went into the lungs of children in the neighboring community, we have pushed hard for supplemental environmental projects like the building of a health clinic, to test for asthma and address some of the other consequences to the neighborhood of the environmental harm done. However, although SEPs result from court proceedings, they cannot be ordered by the court; they have to be agreed to by the violator.

I want to close with perhaps the most important fruit of the environmental enforcement tree: deterrence. Prosecuting a particular individual or business will probably discourage —deter— others from that kind of conduct in the future. Since we are David against Goliath, we are pleased when our cases appear in the media, so that people who may never see federal regulators at their own door understand that they need to protect the environment. Every environmental case has to occur with specific deterrence in mind, to prevent the same violator from doing it again; but also, like a rock dropped in a pond, it should spread ripples of deterrence generally through the community and even the country.