



MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS*

Susan BIRO

En este panel me voy a referir a los pros y los contras del uso del mecanismo alternativo de solución de controversias (MASC; en inglés: *alternative dispute resolution*, ADR) en la Oficina de Jueces en Derecho Administrativo de la Agencia de Protección Ambiental (EPA) de Estados Unidos. Mi oficina se encarga de decidir los asuntos iniciados por la EPA en contra de presuntos infractores de las leyes ambientales; lo que se busca en cada caso es que el infractor cumpla con la ley y que se le imponga una sanción pecuniaria. Llevamos casi diez años utilizando el MASC y el motivo por el que comenzamos a usarlo fue que teníamos una tremenda cantidad de asuntos atrasados y no había jueces suficientes que los resolvieran en forma oportuna. Como los litigantes saben, los asuntos son más difíciles de resolver a medida que pasa el tiempo, porque se pierden documentos clave, a los testigos les falla la memoria, etcétera. Por eso, cuanto más pronto resolvamos los asuntos, mejor. El MASC ha funcionado muy bien en nuestra oficina: en casi la tercera parte de los casos que se nos presentan las partes optan por someterse a nuestro proceso alternativo de solución de controversias; cerca de la tercera parte de esos asuntos se resuelven durante el proceso mismo y otra tercera parte se resuelve poco tiempo después. El MASC nos ha ayudado a remontar los casos atrasados y ponernos al día.

Uno de los mayores beneficios del MASC es, por supuesto, la solución rápida del asunto. Un segundo beneficio es que las partes mismas encuentran esa solución. Los proyectos ambientales complementarios (PAC; en inglés: *supplemental environmental projects*, SEP) son uno de los resultados más comunes del MASC. Un PAC es un proyecto que el

* 2008.

acusado conviene en llevar a cabo —la ley no lo obliga a hacerlo— a cambio de una cierta reducción en la sanción pecuniaria, aunque dicha sanción no se condona del todo y tampoco se deduce de ella cada dólar invertido en el proyecto. Si, por ejemplo, la Agencia propone que se imponga al infractor una multa de un millón de dólares por las violaciones cometidas, el infractor puede transigir el asunto realizando un PAC de dos millones de dólares y pagando una cantidad simbólica como multa. La gran ventaja de los proyectos ambientales complementarios es que la comunidad afectada por la infracción —por lo general aquella en donde se ubica el acusado— obtiene de inmediato el beneficio ambiental, mientras que las multas se ingresan a la tesorería federal general. No hay limitaciones para estos proyectos: un PAC puede ser cualquier medida que el gobierno y el acusado convengan y, por lo tanto, puede ir más allá de lo que marca la ley; podría consistir, por ejemplo, en la preservación de humedales, la puesta en marcha de equipo de limpieza adicional o la realización de actividades de difusión en la comunidad.

Un tercer beneficio del MASC es que cuando se llega a un acuerdo las partes quedan en buenos términos para el futuro, lo que para la EPA es de gran importancia porque la mayoría de las veces tiene que seguir tratando con las personas que demanda, que por lo general son compañías que van a seguir operando. Tenemos la esperanza de que si se mantiene una buena relación, las partes podrán resolver cualquier problema futuro antes de que se convierta en crisis.

En la EPA hemos observado que incluso si no se llega a un acuerdo, el MASC puede ser de gran beneficio para las partes. Primero que nada, las partes pueden revisar sus argumentos ante un juez (en nuestra oficina, un juez en derecho administrativo es quien se hace cargo del mecanismo alternativo de solución de controversias, aunque por supuesto no es el mismo que llevaría el caso en un juicio), por lo que pueden someter a prueba sus argumentos antes de la audiencia, ver las reacciones del juez y de la otra parte y, de esa manera —esperamos— reducir las cuestiones en controversia que se oirán en el juicio.

En segundo lugar, el MASC permite a las partes desahogar las emociones que les produce el litigio. A muchos acusados les enoja y confunde que la EPA los demande por incumplimiento de requisitos ambientales que, argumentan, no conocían o no comprendían. Por su parte, la Agencia muchas veces se siente frustrada por el incumplimiento de los acusados.

El MASC da a ambas partes la oportunidad de decir a la otra y a un juez cómo se sienten y por qué; una vez hecho eso, las partes se pueden concentrar en los verdaderos aspectos legales y seguir adelante. En un proceso litigioso normal las partes no tienen oportunidad de expresarse de esa manera. En tercer lugar, el MASC ha sido, en nuestra oficina, particularmente útil para la resolución de asuntos de poca monta o con acusados que no cuentan con abogado y se representan a sí mismos, y quienes, en muchas ocasiones, no están familiarizados con nuestro proceso legal e incluso no comprenden la ley. En tales casos, el juez que lleva el MASC puede explicarles las reglas del procedimiento e indicarles cómo se desarrollaría la audiencia, dando a los acusados oportunidad de comprender qué cuestiones se van a tratar en ella. El juez sigue siendo neutral; no se le permite indicar a las partes qué hacer, pero sí puede informarles qué factores se tomarán en consideración dependiendo de los hechos, e indicar en qué categoría de asuntos caerán. También puede animar a los acusados a revisar casos anteriores en nuestra página en Internet —en donde están todos disponibles para consulta— a efecto de darse una idea del rango de las sanciones a que podrían hacerse acreedores. Esto ayuda a los acusados a tener un panorama realista.

Cuarto, incluso si el MASC no culmina en un acuerdo, las partes pueden utilizar el mecanismo para obtener información de su contraparte, algo que tal vez no podrían hacer en un litigio normal. Se pretende que el litigio administrativo sea más simple y más rápido que el litigio ante un tribunal federal, en el que la información que una parte puede obtener de la contraria es muy limitada. En el MASC no hay límites para dicha información, aunque sigue siendo voluntario proporcionarla: cada una de las partes puede pedir cualquier cosa, y obtenerla, siempre y cuando la otra esté dispuesta a dársela. En la práctica esto lleva a que en el MASC una parte obtenga mucha más información de la otra que en un litigio.

En quinto lugar, el MASC da a las partes la oportunidad de evaluar a los testigos de la otra antes de la audiencia. Una reunión celebrada entre los peritos ofrecidos por las partes durante el mecanismo alternativo de solución de controversias también puede servir para aclarar aspectos técnicos complejos. Por ejemplo, en una controversia relacionada con un humedal, los dos peritos pueden discutir directamente si la propiedad es en realidad un humedal, y con eso se avanza mucho más que con dos abogados peleando sobre la misma cuestión. El MASC, incluso, puede

permitir al gobierno comprender y aceptar una defensa. En Puerto Rico tuve conocimiento de un asunto en el que la Agencia nunca llegó a entender cuál era la postura del acusado, sino hasta la audiencia, cuando el acusado dijo: “Todas estas infracciones que ustedes dicen se refieren a esta granja, y esa granja no es mía”. En ese momento se desecharon doscientos de los quinientos cargos. Si las partes se hubiesen sentado una frente a otra, con un pequeño mapa, les habría servido de mucho.

Otro beneficio del MASC, cualquiera que sea el resultado, es que se pueden presentar argumentos que no son legales. Por ejemplo, un juez en mi oficina recibió un asunto en el que se argumentaba que la arrendadora acusada no había informado, como era su obligación, de la pintura con plomo a varios de sus inquilinos. Durante el MASC, la arrendadora esgrimió como “defensa” que tenía 85 años de edad: para cuando la Agencia terminara con ese asunto, en tres años más, es posible que ella ya hubiera muerto. Por eso ¿no era mejor resolver el asunto por una cantidad menor? Sin el MASC, el abogado de la Agencia no habría llegado a este punto hasta la audiencia. El acusado también puede argumentar que realiza actividades comunitarias relativas al medio ambiente u otros temas. Puntos como éste no serían relevantes ni tendrían mucho peso en una audiencia, pero, en términos de política, podrían tener cierto significado para la Agencia.

Por otra parte, el MASC tiene sus inconvenientes. Antes que nada, es un proceso tardado para las partes, ya que tienen que redactar sus argumentos, preparar a sus testigos, encontrar y presentar documentos, etcétera. Podría parecer un doble trabajo, porque si el asunto no se resuelve con el MASC las partes tendrán que volver a hacerlo todo para el litigio. También llega a ocurrir que el MASC se utiliza para demorar la resolución del asunto, aun cuando el tribunal esté facultado para fijar plazos límite para el mecanismo alternativo de solución de controversias —sesenta días, por ejemplo—, justamente para evitar que el acusado prolongue el asunto año tras año. Otra limitación es que las partes no están obligadas a participar, o a continuar participando, en el mecanismo, ya que la idea es que las partes se esfuercen por llegar a un acuerdo. Si el juez considera que el asunto ha llegado a un punto en el que una de las partes no está colaborando, el proceso se detiene. Otra posible desventaja para las partes es que con el MASC se pueden dar cuenta desde una etapa temprana de los defectos de los fundamentos de la otra y explotar mejor esos puntos

débiles en la audiencia. Además, por lo que respecta a los abogados, los litigantes están acostumbrados a la confrontación en las audiencias y les puede parecer difícil cambiar a un proceso en el que deben estar sentados, escuchar con paciencia y plantear preguntas abiertas.

En resumen: el proceso alternativo de solución de controversias tiene muchos pros y algunos contras muy importantes, pero en general nos ha funcionado bien. La Oficina se deshizo del trabajo atrasado; la Agencia obtuvo resoluciones que no son sólo sanciones, sino beneficios ambientales reales, y todos nosotros hemos llegado a acuerdos que dejan a las partes más contentas de lo que habrían quedado después de audiencias y sentencias.

ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION METHODS*

Susan BIRO

On this panel, I will address the pros and cons of using the Alternative Dispute Resolution (ADR) process offered by my office, the Office of the Administrative Law Judges of the United States Environmental Protection Agency (US EPA). My office adjudicates cases that the US EPA brings against respondents, people it believes have violated any of a number of environmental laws. Each case seeks the violator's compliance with the law and a monetary penalty. We have been using ADR for about ten years in my office. We started using it because we had a tremendous backlog of cases and did not have enough judges to try all the cases filed in a timely manner. As litigators know, cases become harder and harder to try as time passes, because key documents are lost, witnesses' memories fade, and so on. So for us, the sooner we can resolve cases, the better. We have had very good success with ADR in our office: about the third of the cases filed with us opt into our ADR process, of these, about a third of those cases settle during ADR and another third settle shortly after. ADR helped us clear our backlog of cases completely.

One of the greatest potential benefits of ADR is, of course, is the quick resolution of the matter. A second benefit is that the parties get to fashion that resolution themselves. Supplemental environmental projects (SEPs) are a typical outcome of ADR. A SEP is a project which the respondent is not required by law to do, but agrees nevertheless to do in settlement, for which it gets some credit against a monetary penalty—although generally not a complete exemption from a monetary penalty, nor even a dollar-for-dollar credit. If the Agency, for example, proposes that the violator be charged with a penalty of a million dollars for the violations committed, the

* 2008.

violator may settle the case by carrying out a SEP that costs two million dollars, and paying some nominal monetary penalty amount. But the benefit of SEPs is that the community affected by the violation, which is usually the one where the respondent is located, gets the environmental benefit right away, whereas monetary penalties go into the general federal treasury. The SEP can be anything, whatever the government and the respondent agree to, and therefore it can really go above and beyond the law. It could be, for instance, preserving wetlands, or putting into use some additional cleaning equipment, or engaging in community outreach.

A third benefit of ADR is that when a settlement is reached it, it maintains good relations between the parties for the future. This is really important for the US EPA, because most of the time it will have to continue to deal with the people it is suing. These are generally not companies that are going to go out of business. We can hope that if a good relationship is maintained, the parties will be able to work on any future issue before it becomes a crisis.

Even when a settlement is not reached, we have found at EPA that ADR can still greatly benefit the parties. First of all, they get to vet their arguments before a judge—ADR in our office is always done by an administrative law judge, although of course not the one who would hear the case at trial—so they can try their arguments out before hearing, see the reactions of the judge and the other side, and thus, we hope, narrow the disputed issues for trial. Second, ADR allows the parties to vent their emotions arising from the litigation. Many respondents feel angry and confused at being sued by EPA for violating environmental requirements they claim not to have known or understood. Often the Agency is frustrated at the respondents' non-compliance. ADR gives both parties the opportunity to tell a judge and the other side just how they feel and why, and after that, all parties can focus on the real legal issues, and move on. There is really no opportunity in a normal litigation process for the parties to vent in the same way. Third, ADR has been particularly successful in our office in resolving cases involving low amounts of money and "*pro se*" respondents, parties not represented by an attorney, who are often not familiar with our legal process and may not understand the law. In such cases, the ADR judge has the opportunity to explain the procedural rules of how the hearing would proceed, and to give the respondent the chance to understand what the issues would be at the hearing. The judge remains neutral; he or she is not

permitted to tell the parties what to do, but is permitted to advise them what factors that will be taken into consideration depending on the facts, and to indicate what category of case they will fit in. He or she may also encourage the respondent to look at prior cases on our website—where they are all available—to have an idea of the range of penalties to which they might be liable. This helps respondents to be realistic.

Fourth, even if ADR does not result in a settlement, the parties can use the process to acquire information from the other side, which they might not be able to get in normal litigation. Administrative litigation is intended to be simpler and swifter than federal court litigation, and as a result the type of discovery permitted is very restricted. In ADR there are no limits on discovery, although it remains voluntary: each party can ask for anything and everything, and get it, as long as the other side is willing to give it. In practice this leads to a lot more discovery in ADR than in litigation. Fifth, ADR gives the parties a chance to evaluate the other side's witnesses before hearing. A meeting between opposing expert witnesses during ADR can also clarify complex technical issues. For example, in a wetland dispute, the two experts can dispute directly whether the property is in fact a wetland, and that makes for a lot more progress than two attorneys arguing about the same question. ADR can even allow the government to understand and accept a defense. I had a case in Puerto Rico where the agency never really understood what the respondent's position was until the hearing, when the respondent said, these violations you allege are all about this farm—and it is not my farm. Two hundred of the five hundred charges were thrown out at that moment. If the parties had just sat down with each other first, over a little map, that would have been very beneficial.

Another benefit of ADR, whatever the outcome, is that non-legal arguments can be presented. For example, a judge in my office had a case alleging that the respondent landlord had failed to provide the required notifications regarding lead paint to some of her tenants. During ADR, the landlord raised as a "defense" that she was 85 years old: by the time the Agency was done with this case, three years from now, she might be dead, and so could the case not be resolved for a little less money? Without the ADR, the Agency attorney might not have got this point until the hearing. The respondent can also argue that he or she is a very good community activist on environmental or other issues. Points like these would not be relevant

or carry much weight in a hearing but might, in terms of policy, mean something to the Agency.

On the other end, ADR has some drawbacks. First of all, it is time-consuming for the parties; they have to draw up their cases, prepare their witnesses, locate and turn over documents, and so on. It might seem to be double work, because if the case is not settled by ADR, the parties will have to do it all over again for litigation. It also can be used to delay resolution of the case, although the court does have the power to set time limits for the ADR process, 60 days for instance, to stop the respondent from dragging out the case year after year. Another limitation is that we do not force parties to participate—or to continue participating—in ADR, because the idea is that parties to ADR make an effort to settle. If the judge sees that the case has got to a point where one of the parties is not cooperating, the process stops. Another potential drawback, for parties, is that ADR can give the parties an early view of the shortcomings of each other's cases, and so allow them better to exploit those weaknesses at the hearing. In addition, from the lawyer's perspective, attorneys who litigate are used to the confrontational nature of the hearings, and can find it difficult to switch to a process where they must sit down, listen patiently, and put questions in an open-ended form.

In sum: ADR has dozens of pros and some significant cons. It has worked for us on the whole. The Office has cleared the backload of cases; the Agency has obtained settlement resolutions that are not just penalties but are really environmentally beneficial; and all of us have achieved settlements that leave the parties happier than they would have been after hearings and verdicts.