
Secretariado de la Comisión para la Cooperación Ambiental

Notificación al Consejo de que se amerita la elaboración de un expediente de hechos conforme al artículo 15(1)

Peticionarios: Friends of the Earth Canada
Friends of the Earth-US
Earthroots
Centre for Environmentally Sustainable Development
Great Lakes United
Pollution Probe
Waterkeeper Alliance
Sierra Club (EU y Canadá)

Representados por: Waterkeeper Alliance y Sierra Legal Defence Fund

Parte: Estados Unidos

Fecha de recibido: 20 de septiembre de 2004

**Fecha de esta
determinación:** 5 de diciembre de 2005

**Número de la
petición:** SEM-04-005 (Centrales carboeléctricas)

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 14 del Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte (ACAAN o el “Acuerdo”) creó un mecanismo en el que los particulares pueden presentar peticiones ciudadanas cuando consideren que una parte del ACAAN está incurriendo en omisiones en la aplicación efectiva de su legislación ambiental. El Secretariado de la Comisión para la Cooperación Ambiental (el “Secretariado”) considera inicialmente estas peticiones con base en los criterios dispuestos en el artículo 14(1) del ACAAN. Cuando el Secretariado determina que una petición cumple estos criterios, entonces determina, conforme a lo señalado en el artículo 14(2), si la petición amerita solicitar una respuesta a la Parte citada en la petición y, si a su juicio, el asunto amerita la elaboración de un expediente de hechos, el Secretariado lo informa al Consejo y expone sus razones, como lo marca el artículo 15(1). El Secretariado descarta la petición si considera que no se justifica la elaboración de un expediente de hechos.

El 20 de septiembre de 2004 los peticionarios arriba citados presentaron al Secretariado una petición relativa a la aplicación de la legislación conforme al artículo 14 del ACAAN. Los peticionarios aseveran que Estados Unidos está incurriendo en omisiones en la aplicación efectiva de las secciones 303 y 402 de la Ley de Agua Limpia, de alcance federal, en relación con las emisiones de mercurio al aire y el agua de las centrales carboeléctricas. Los peticionarios afirman que estas emisiones están degradando miles de ríos, lagos y otros

cuerpos de agua en todo Estados Unidos. En una determinación del 16 de diciembre de 2004 el Secretariado encontró que la petición como un todo no brindaba información suficiente para realizar una revisión adecuada y por tanto no cubría con lo establecido en el artículo 14(1)(c).¹ El Secretariado dio a los peticionarios 30 días para volver a presentar la petición; lo hicieron el 18 de enero de 2005, con un anexo adicional que explica la nueva información provista y con doce apartados. En una determinación del 24 de febrero de 2005 el Secretariado encontró que la petición revisada satisfacía el artículo 14(1) y, en consecuencia, solicitó una respuesta de Estados Unidos conforme lo dispuesto en el artículo 14(2).

Estados Unidos presentó una respuesta el 25 de abril de 2005 y una respuesta complementaria el 29 de septiembre de 2005 afirmando, respectivamente, que los hechos relevantes y la legislación no apoyaban la conclusión de que se está incurriendo en la omisión de la aplicación efectiva de la legislación ambiental y que un proceso judicial interno vigente impedía revisar el asunto.

Luego de considerar la petición a la luz de la respuesta de Estados Unidos, el Secretariado concluye que la respuesta deja abiertas cuestiones centrales planteadas en la petición sobre el incumplimiento de las obligaciones de la EPA en lo relativo a los apartados 303 y 402 de la Ley de Agua Limpia que podría beneficiarse de la elaboración de un expediente de hechos. En particular, y como se indica más adelante, tal expediente habrá de arrojar luz en las aseveraciones de los peticionarios en el sentido de que: 1) la EPA no está aplicando efectivamente la Ley de Agua Limpia al emitir o renovar permisos NPDES (o al permitir que los estados otorguen o renueven tales permisos) que permiten que las fuentes puntuales descarguen mercurio en cursos de agua afectados, y 2) no está tomando en cuenta con el suficiente cuidado el mercurio transmitido por aire al poner en práctica las disposiciones de la Ley de Agua Limpia que exigen la promulgación de la CTMD para las corrientes de agua dañadas con mercurio. La naturaleza de severidad, persistencia y propagación de la contaminación por este metal en las corrientes de agua en Estados Unidos, reconocida en la petición y en la respuesta, apuntala la recomendación del Secretariado de que se elabore un expediente de hechos.

II. RESUMEN DE LA PETICIÓN

Esta sección resume la petición original así como la información adicional suministrada el 18 de enero de 2005.

A. La petición original

Los peticionarios aseveran que en todo Estados Unidos la cantidad de advertencias sobre el consumo de pescado (ACP)² se multiplicaron de 899 a 2,347 desde 1993 y que, según la

¹ Artículo 14(1)(c), Directrices 5.2 y 5.3.

² Los peticionarios describen las ACP como “advertencias a la ciudadanía en general y a las poblaciones particularmente sensibles, como mujeres embarazadas, por ejemplo, de los peligros de consumir lo que de otra manera sería un alimento sano. Petición en 1.

Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos (EPA), 35 por ciento de las áreas lacustres y 24 por ciento de los ríos del país están actualmente con ACP.³ Aseguran que la EPA “está permitiendo descargas tanto no puntuales como fijas de mercurio de las carboeléctricas, lo que contribuye a la degradación constante de los cursos de agua de la nación, como lo demuestra el incremento de ACP y la práctica suspensión de usos previos (pesqueros) de muchos de esos cuerpos de agua”.⁴ Según los peticionarios estas descargas incluyen tanto descargas directas al agua como emisiones al aire de mercurio que vuelve a caer en la tierra en forma de precipitación o partículas secas.

Los peticionarios aseveran que las descargas de mercurio de las centrales carboeléctricas al agua y al aire contravienen lo dispuesto en la Ley de Agua Limpia formulada para evitar la degradación de las aguas nacionales, incluidas las disposiciones relativas al programa del Sistema Nacional de Eliminación de Descargas Contaminantes (NPDES, National Pollutant Discharge Elimination System) en su sección 402 y las de la Ley de Agua Limpia, sección 303. Según la petición, la Ley de Agua Limpia exige mediante dicho sistema “que el Administrador [de la EPA] establezca y haga obligatorias la tecnología y los límites de calidad del agua en las descargas de fuentes fijas en las corrientes hídricas”.⁵ La petición describe también el sistema para delegar a los estados la facultad de otorgar permisos de fuentes puntuales bajo la supervisión de las autoridades de la EPA.⁶

Los peticionarios presentaron entonces una explicación de las normas de calidad del agua (WQS, *Water Quality Standards*) estatales. Aseguran que los estados designan los usos, tanto existentes como propuestos, de todos los cuerpos de agua en sus fronteras y tienen que proteger y mantener el nivel de calidad del agua necesaria para proteger los “usos existentes”.⁷ Los peticionarios señalan que si una ruta de agua se estaba usando como fuente de consumo pesquero desde el 28 de noviembre de 1975, la Ley de Agua Limpia exige controles de los contaminantes tanto puntuales como no puntuales para permitir que continúe el uso vigente.⁸ La petición describe los requisitos para desarrollar criterios numéricos o descriptivos de la calidad del agua para alcanzar y proteger los usos existentes y designados de los cursos de agua conforme a un sistema de tres niveles para clasificar los cuerpos de agua, y también describe la disposición contra la degradación que los peticionarios describen como “el componente más crítico del modelo de las normas de calidad del agua en los estados”.⁹ De acuerdo con los peticionarios, “el objetivo de la política contra la degradación es asegurar que se mantengan y protejan los actuales usos del agua y el nivel de calidad del agua para esos usos”.¹⁰ Señalan que las disposiciones contra la degradación “exigen que las fuentes de contaminación tanto fijas cuanto móviles se mantengan para proteger los usos designados y existentes de las corrientes de agua de

³ Petición en 1.

⁴ *Id.* en 12.

⁵ *Id.* en 6.

⁶ *Id.*

⁷ *Id.* en 6-7.

⁸ *Id.* en 7.

⁹ *Id.*

¹⁰ *Id.*

Estados Unidos”.¹¹ Los peticionarios abogan por que la EPA retenga su autoridad de supervisión en relación con todos los aspectos de las normas de calidad del agua estatales, incluida la facultad de aprobar normas estatales o promulgar sus propias normas si un estado no realiza los cambios que la EPA considera necesarios para cumplir con los requisitos de las normas de calidad del agua.¹²

La petición también destaca el modelo de carga total máxima diaria, CTMD (Total Maximum Daily Load, TMDL) de la Ley de Agua Limpia, que los peticionarios consideran fundamental para poner en práctica las disposiciones contra la degradación. Los Peticionarios aseguran que “donde los cursos de agua se han contaminado más allá de los niveles establecidos en las normas de calidad del agua, el estado debe fijar la carga para que el cuerpo de agua vuelva a cumplir la legislación ... mediante el establecimiento del monto máximo de contaminación que se puede agregar al cuerpo de agua”.¹³ Los peticionarios aseveran que “la Ley de Agua Limpia exige que la carga total máxima diaria incorpore (1) una asignación de carga de residuos para las fuentes puntuales (aquellas con permiso del NPDES), (2) una asignación de carga para la contaminación natural de fondo, y (3) una asignación de carga para las fuentes no puntuales”.¹⁴ Los peticionarios señalan que “el modelo de CTMD se aplica a los cuerpos de agua que exceden sus normas de calidad incluso cuando no haya una fuente puntual de contaminación, es decir, cuando las únicas fuentes son no puntuales, como por ejemplo la deposición atmosférica”.¹⁵ Abogan por que la EPA retenga una supervisión considerable de los programas estatales de CTMD, incluida la autoridad para aprobar estas últimas (o los “procesos estatales continuos” de planeación que comprendan CTMD) o rechazarlas y dictar otras aceptables.¹⁶

Centrados en los años de 1993 a 2003, los peticionarios aseguran que la EPA no aplicó de manera permanente las disposiciones del NPDES conforme a la sección 402 de la Ley de Agua Limpia y lo estipulado en las normas de calidad del agua y en el modelo de CTMD conforme la sección 303 de la Ley de Agua Limpia. Tal omisión, aseguran, ocurrió de tres maneras. Primero, la EPA emite permisos del NPDES —o delega al estado la autoridad para emitir permisos estatales que cumplen con los requisitos federales— que autorizan las actuales descargas de fuentes puntuales de mercurio en las corrientes de agua sin considerar el efecto acumulativo de las descargas puntuales y no puntuales de mercurio en las aguas degradadas.¹⁷ Segundo, la EPA aprueba políticas estatales contra la degradación y procedimientos de ejecución inadecuados, por lo que no salvaguarda los cuerpos de agua. Tercero, la EPA no hace uso de su autoridad para exigir que los estados adopten un modelo de CTMD para el mercurio cuando no se cumplen las normas de calidad del agua ni impone

¹¹ *Id.* en 7-8.

¹² *Id.* en 8.

¹³ *Id.* en 9.

¹⁴ *Id.*

¹⁵ *Id.*

¹⁶ *Id.*

¹⁷ *Id.* en 10 (señalan que “un expediente de hechos establecería si la [EPA] permitía descargas directas de mercurio a los cursos de agua que actualmente están bajo advertencia sobre consumo de pescado (ACP) por contaminación de mercurio y por tanto ya no son adecuados para pescar”).

sus propias acciones en torno del modelo de CTMD cuando el estatal correspondiente es inadecuado.

B. La información adicional en el anexo 12

El 18 de enero de 2005 los peticionarios brindaron información adicional en un apéndice 12 de la petición original. La información adicional se expuso en respuesta a la determinación del Secretariado de que la petición original suministraba información suficiente sobre algunas, pero no todas las aseveraciones.¹⁸ En concreto, el Secretariado concluyó que la información provista en la petición original y sus anexos era suficiente para la consideración de los alegatos de los peticionarios en cuanto a la emisión de NPDES o permisos estatales, pero sólo con respecto a todas las del NPDES o centrales eléctricas con permiso estatal en Pensilvania, Kentucky, Illinois, Ohio (identificados mediante los datos del Inventario de Emisión de Tóxicos mencionados en la petición), y las tres plantas identificadas en Michigan. Sin embargo, el Secretariado encontró que la petición original no incluía información suficiente para la consideración de las afirmaciones sobre la aprobación de políticas estatales contra la degradación y procedimientos y aplicación de la legislación de los requisitos del modelo de CTMD.

El anexo 12 comprende una sección inicial con una respuesta a la determinación del Secretariado de fecha 16 de diciembre de 2004, más doce apartados con mayor información de apoyo. Los peticionarios también solicitaron que el periodo cubierto por la petición se extendiera de 1993 hasta el 31 de diciembre de 2004.¹⁹

Los peticionarios afirman que “la naturaleza misma de los alegatos —de que el gobierno de EU no aplica sus leyes ambientales en cuanto a las emisiones de mercurio de las centrales carboeléctricas en todas las cerca de 1,100 centrales del país y que afectan prácticamente todo curso de agua en ese país— hacen prácticamente imposible citar y brindar pruebas documentales de cada supuesta violación de la Ley de Agua Limpia con respecto a cada planta”.²⁰ Sin embargo, los peticionarios pretendían brindar “información detallada sobre las plantas carboeléctricas en diez estados específicos que presentaban como ejemplo del problema generalizado y sistemático que se señala”.²¹ Aseguran que estos estados —Alabama, Illinois, Indiana, Kentucky, Michigan, Carolina del Norte, Ohio, Pensilvania, Texas y Virginia Occidental— “representan casi 60 por ciento de las emisiones de mercurio de las centrales carboeléctricas”.²² Los peticionarios proporcionan datos que indican que las centrales carboeléctricas en estos estados emitieron 73,624 libras (33,395 kilogramos) de mercurio y sus compuestos al aire en 2001 y 72,145 libras (32,724 kilogramos) al aire en

¹⁸ Véase *id* en las notas 95-98.

¹⁹ Aunque la aseveración de los peticionarios sobre el NPDES y los permisos estatales de descarga parecían implicar hasta cierto punto el modelo de TDML, tales afirmaciones no incorporaban todo el alcance de las aseveraciones de los peticionarios al respecto.

²⁰ *Id.*, anexo 12 en 4.

²¹ *Id.*

²² *Id.*

2002.²³ Presentaron también datos sobre el monto del mercurio y sus compuestos que las centrales descargaron en el agua en esos dos años.²⁴

Para cada uno de los diez estados el anexo 12 presenta análisis de de los recursos privados disponibles para atender los asuntos planteados en la petición; información estadística de descargas directas al agua de centrales carboeléctricas; gráficas que correlacionan los usos designados de los cursos de agua estatales con advertencias de consumo de pescado (ACP) por contaminación de mercurio; una lista de las principales centrales eléctricas que emiten mercurio por estado; una lista completa de las ACP por mercurio por estado; una lista actualizada de las ACP estatales; una copia de las normas de calidad del agua por estado, incluidas sus políticas contra la degradación y, cuando fue posible, una lista de los usos designados de cada curso de agua en el estado y las designaciones del nivel de protección; una revisión detallada de las acciones de CTMD estatales, incluidas los cursos de agua contaminados por mercurio en apego a la Ley de Agua Limpia §303(d) y preparaciones de CTMD para las aguas con problemas de mercurio, e informes de prensa en que se critican las acciones de la EPA para atender las emisiones de mercurio conforme a la Ley de Aire Limpio.²⁵

Asimismo, los peticionarios anexan dos permisos conforme al título V de la Ley de Aire Limpio para centrales carboeléctricas que aseguran que son representativos de la falla sistemática para regular las emisiones de las citadas plantas en cuanto a que los permisos no imponen restricciones sobre las emisiones de mercurio ni mencionan las normas de calidad del agua ni las acciones contra la degradación. Los peticionarios aseguran que la omisión de los permisos para controlar las emisiones de mercurio es congruente con lo señalado en la página de la EPA en Internet en el sentido de que “la EPA está comprometida a regular y reducir las emisiones de mercurio de las centrales eléctricas por primera vez en la historia” y que “el 15 de diciembre de 2003 la EPA firmó su primera propuesta para disminuir de manera sustancial las emisiones de mercurio de las centrales carboeléctricas”.²⁶ Los peticionarios aseveran que la actitud de la EPA frente a la industria carboeléctrica, como lo demuestra su manejo de un proceso en marcha de legislación sobre el mercurio conforme a la Ley de Aire Limpio que si bien no es una pieza central de evidencia de la no aplicación de la Ley de Agua Limpia, bien se puede considerar como un hecho ilustrativo de los hechos relativos a los alegatos de que la EPA omite la aplicación efectiva de la Ley de Agua Limpia.²⁷

Los peticionarios también proporcionaron información sobre ACP en los diez estados en cuestión. Documentaron que desde julio de 2004 cuatro de las diez entidades (Ohio, Pensilvania, Illinois y Kentucky) tuvieron ACP por mercurio en todo el estado tanto para lagos cuanto para ríos, dos (Indiana y Michigan) ACP por mercurio para lagos o ríos, y cuatro (Texas, Alabama, Carolina del Norte y Virginia Occidental) no habían tenido ACP

²³ *Id.* en 5-6.

²⁴ *Id.* en 6-7.

²⁵ *Id.* en 7-8.

²⁶ *Id.* en 8.

²⁷ *Id.* en 10.

para todo el estado, pero sí al menos una y hasta 17 por mercurio en territorio estatal.²⁸ Los peticionarios señalan que Virginia Occidental ha declarado una advertencia para todo el estado por contaminación de mercurio en sus aguas desde la presentación de su petición original.²⁹ También aseveran que Texas, Alabama y Carolina del Norte tenían ACP por mercurio en todas las zonas costeras del estado.³⁰ El anexo 12B suministra información detallada sobre los cuerpos de agua específicos con ACP por mercurio en cada estado.

En relación con lo dicho sobre el NPDES, los peticionarios brindaron mayor información que identifica a todas las centrales eléctricas que descargan mercurio al agua en los diez estados en los que se centra el anexo 12.³¹ Señalan que en los estados sin ACP por mercurio en todo el territorio estatal no pudieron en cada caso determinar el nombre de los cuerpos de agua receptores en los que las plantas tienen permiso del NPDES para descargar mercurio.³²

Los peticionarios complementan sus alegatos sobre los requisitos contra la degradación de la Ley de Agua Limpia dando ejemplos de casos en que las normas de calidad del agua se han excedido en todos los niveles del agua en cada uno de los diez estados.³³ Según los peticionarios, “cada vez que un curso de agua ‘pesquero’ se convierte en sujeto de una ACP y deja de ser ‘pesquero’, por definición supera las normas de calidad del agua en cuanto a los contaminantes para el cual se emitió la alerta”.³⁴ Además, aseguran que “estos diez estados exceden sus criterios descriptivos de calidad del agua respecto a la adición de mercurio tóxico de las centrales eléctricas en cursos de agua locales, lo que representa una gran amenaza para la salud humana y la continua merma de la calidad del agua”.³⁵ Los peticionarios arguyen que la EPA aprueba de manera rutinaria los criterios sobre la calidad del agua de los estados, incluidas disposiciones contra la degradación y la aplicación de procedimientos que en violación de la ley no controlan la contaminación de fuentes de mercurio no puntuales de las centrales eléctricas.³⁶ En relación con los cursos de agua de nivel II, los peticionarios indican que al no haber encontrado información en contrario, concluyen que la EPA no ha aplicado medidas para poner en marcha las mejores prácticas de manejo del mercurio de las plantas para proteger los cuerpos de agua de segundo nivel.³⁷

Los peticionarios respaldan sus aseveraciones relativas al modelo de CTMD haciendo referencias recíprocas con el listado de aguas afectadas con los cuerpos de agua sujetos a ACP por mercurio en cada uno de los diez estados en cuestión, y revisan la aprobación de la EPA y determinan que medidas de CTMD se planearon o se prepararon, si acaso se hizo, para los cuerpos de agua con problemas de mercurio.³⁸ Aseveran que las listas de los estados

²⁸ *Id.* en 9.

²⁹ *Id.* en 13.

³⁰ *Id.* en 9.

³¹ *Id.* en 13, anexo 12D.

³² *Id.*, anexo 12 en 13.

³³ *Id.* en 14; anexos 12B; anexo 12E.

³⁴ *Id.*, anexo 12 a 14

³⁵ *Id.* en 15.

³⁶ *Id.*

³⁷ *Id.* en 16.

³⁸ *Id.* en 17.

sobre los cuerpos de agua preparados conforme a la Ley de Agua Limpia, sección 303(d), a menudo están incompletas y en buena medida enlistan los cuerpos de agua con alerta de mercurio, pero “poco o nada emprenden los estados o la EPA en términos de avanzar siquiera a la siguiente fase de enlistar esas aguas para prepararlas para el modelo de CTMD”.³⁹ Los peticionarios “no pudieron encontrar un ejemplo, entre los cientos de aguas afectadas por el mercurio, de un programa de control de fuentes de mercurio no puntuales, por lo que no hay evidencia de alguna acción contra las centrales carboeléctricas”.⁴⁰

Los peticionarios incluyen una descripción detallada de los avances hacia el CTMD que se ocupa de aguas afectadas por mercurio en los diez estados. Afirman que de estas entidades, sólo Carolina del Norte tuvo un CTMD para un cuerpo de agua con problemas de mercurio en que se reconocen las contribuciones de la carboeléctrica en las emisiones al aire, pero luego señalan que este modelo CTMD no incluye una asignación específica de carga de residuos para las centrales eléctricas.⁴¹ Según los peticionarios:

si bien... las razones para [no adoptar los modelos CTMD para atender las emisiones de mercurio de las centrales eléctricas] son diversas (en el caso de Pensilvania no se da explicación alguna y en el de Michigan la EPA ha ofrecido ayuda en la preparación de los planes para 2011), la naturaleza sistemática de la omisión de la aplicación efectiva de la legislación se observa por la práctica ausencia total de acciones en materia de CTMD y, lo que es más importante, la omisión concomitante de la EPA para tomar medidas en el asunto.⁴²

Los peticionarios indican que en Georgia, conforme a un acuerdo extrajudicial, un modelo CTMD se puso en marcha para hacer frente a la deposición de mercurio. El modelo de Georgia indica que 99 por ciento de la deposición de ese metal provino de fuentes transportadas por el aire, pero según los peticionarios no describe algún programa de control de fuente no puntual para las carboeléctricas.⁴³ Los peticionarios afirman que el modelo CTMD de Georgia es ilustrativo del predicamento a que se enfrenta la aplicación de modelos de CTMD cuando se pretende tratar con fuentes contaminantes fuera del estado como las centrales eléctricas; añaden que tal predicamento “presenta una explicación plausible de la omisión de la EPA en la aplicación efectiva de lo dispuesto en la Ley de Agua Limpia frente a los estados”.⁴⁴ Según los peticionarios, la ausencia de un programa nacional destaca la omisión de la EPA para actuar en relación con las fuentes no puntuales de mercurio de las centrales carboeléctricas.

En relación con los recursos privados disponibles, los peticionarios aseguran que una opción sería levantar cientos de actas contra el título V de la Ley de Aire Limpio para permitir a las autoridades poner en tela de juicio los permisos que no se ocupan de medidas contra la

³⁹ *Id.*

⁴⁰ *Id.* en 18.

⁴¹ *Id.* en 18, 27-31.

⁴² *Id.* en 39.

⁴³ *Id.* en 18.

⁴⁴ *Id.*

degradación de los cursos de agua.⁴⁵ Otra opción sería demandar a gobiernos estatales específicos por la omisión de poner en práctica las normas adecuadas de calidad del agua y las disposiciones contra la degradación.⁴⁶ Aseveran que las múltiples demandas requerirían un alto costo en tiempo y dinero.⁴⁷ Los peticionarios proporcionaron información sobre las demandas interpuestas por ciudadanos privados, con resultados mezclados, para intentar forzar a los estados y a la EPA a “controlar con eficacia y eficiencia las fuentes no puntuales de contaminación y deposición atmosférica de sustancias tóxicas y aplicar mejor los requerimientos actuales conforme a los procesos de las leyes de Aire Limpio y Agua Limpia”.⁴⁸ Los peticionarios aseveran que el litigio de los modelos de CTMD a los que se refieren “tiende a fortalecer [la] afirmación de que la EPA omite aplicar efectivamente las disposiciones pertinentes de la Ley de Agua Limpia”.⁴⁹ Concluyen que “todo intento de abordar las emisiones de mercurio mediante litigios de CTMD sería mismo una gran carga y no necesariamente abordaría el problema en toda su magnitud”.⁵⁰ También señalan que los litigios sobre los permisos del NPDES en lo individual serían en extremo incómodo. En resumen, señalando que la omisión de aplicar efectivamente la legislación medioambiental indicada en la petición queda demostrada por la totalidad de la evidencia sobre supuestas omisiones con base en los procesos del NPDES, contra la degradación, de las normas de calidad del agua o los de CTMD, los peticionarios mantienen que sería “una carga extraordinariamente grande intentar resolver el asunto mediante los recursos privados disponibles.”⁵¹

III. RESUMEN DE LA RESPUESTA DE ESTADOS UNIDOS

Estados Unidos interpreta la petición como un alegato de que “omite cumplir efectivamente el título V de la Ley de Aire Limpio ... y las secciones 303 y 402 de la Ley de Agua Limpia de EU... en relación con las emisiones de mercurio al aire y descargas directas al agua de las centrales carboeléctrica”.⁵² Estados Unidos reconoce que el mercurio es un contaminante muy persistente y tóxico que se acumula en la cadena alimenticia y que los seres humanos están expuestos a metilmercurio cuando comen pescado contaminado;⁵³ pero asevera que ha tomado medidas significativas para reducir esos riesgos de salud y cumplir sus labores de aplicación de la legislación interna. Estados Unidos mantiene también que el aumento de las alertas de consumo de pescado documentadas por los peticionarios obedece en buena medida a los pasos que ha tomado la EPA para abordar el problema de la contaminación por mercurio del agua y, por sí solas, no indican que el nivel de la contaminación por dicho

⁴⁵ *Id.* en 11.

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ *Id.* 12.

⁵¹ *Id.*

⁵² Respuesta en 1.

⁵³ *Id.* en 3.

metal esté subiendo ni demuestra omisión alguna en la aplicación efectiva de las leyes ambientales.⁵⁴

Con respecto a la Ley de Aire Limpio y el alegato de los peticionarios de que los permisos del título V no imponen restricciones a las emisiones de mercurio de las centrales carboeléctricas, con lo que se infringe así la Ley de Agua Limpia, la EPA refiere que “nada en la Ley de Aire Limpio ni sus regulaciones de aplicación de la legislación exige que los permisos del título V de la Ley de Aire Limpio incorporen requisitos conforme a la Ley de Agua Limpia, como normas de calidad del agua o requisitos contra la degradación.”⁵⁵ Más bien, asegura EU que la EPA ha “ejercido razonablemente su discrecionalidad al aplicar la Ley de Aire Limpio” y que pese a que las centrales carboeléctricas eran la mayor fuente antropogénica no regulada de mercurio conforme a la Ley de Aire Limpio, sus esfuerzos para controlar las emisiones de mercurio de todas las fuentes antropogénicas habían sido “sustanciales”.⁵⁶ En respaldo a lo dicho, EU plantea que “las emisiones de mercurio al aire en Estados Unidos se redujeron 45 por ciento de 1990 a 1999” y que las normas recién emitidas de urgencia de aire limpio y de aire limpio sin mercurio, cuando estén funcionando en forma plena, “reducirán las emisiones de las centrales eléctricas casi 70 por ciento frente a los niveles de 1999”.⁵⁷ Según Estados Unidos dichas medidas atenderán las preocupaciones fundamentales de los peticionarios.⁵⁸

En lo que se refiere a la Ley de Agua Limpia la aseveración general de EU es que “los peticionarios buscan la elaboración de un expediente de hechos para demostrar que el país omite la aplicación de la Ley de Agua Limpia con base en que EU no ha emprendido acciones que no son requeridas ni están autorizadas por esa ley”.⁵⁹ La respuesta procede entonces a abordar cada una de las tres aseveraciones de los peticionarios relacionadas con la citada Ley.

La primera de estas afirmaciones es que la EPA no ejerce adecuadamente sus responsabilidades derivadas del programa de CTMD al no requerir a las carboeléctricas que reduzcan las emisiones atmosféricas de mercurio. A ello la EPA⁶⁰ responde: “el artículo 303(d) exige a cada estado identificar y dar prioridad a las aguas en que los controles basados en la tecnología sean inadecuados para lograr las normas de calidad del agua ... La identificación de tales aguas ... es lo que constituye la lista del 303(d)”.⁶¹ Estados Unidos

⁵⁴ *Id.* en 29-30.

⁵⁵ *Id.* en 21.

⁵⁶ *Id.* en 23.

⁵⁷ *Id.* en 22; véase también *id.* en 17-20. La EPA publicó esas normas el 10 y el 15 de marzo de 2005, respectivamente.

⁵⁸ *Id.* en 20.

⁵⁹ *Id.* en 24.

⁶⁰ En el reglamento de la EPA de 1985 en lo relativo a la CTMD, ésta se define como “la suma de las ‘asignaciones de carga de residuos’ asignadas a las fuentes puntuales, las ‘asignaciones de carga’ correspondientes a las fuentes no puntuales... y un margen de seguridad”; es decir, “una CTMD identifica el monto máximo de un contaminante que puede estar presente en un cuerpo de agua sin exceder las normas de calidad del agua del estado (la ‘capacidad de carga’). Respuesta en 31.

⁶¹ *Id.*

asegura que las regulaciones de la EPA exigen a los estados establecer y presentar sus listas 303(d) a la EPA cada dos años y si la EPA desapruueba la lista de una entidad, entonces la EPA debe establecer por sí misma una lista 303(d) para el estado.⁶² Conforme a la Ley de Agua Limpia 303(d)(1)(C) los estados deben establecer un modelo de CTMD para todo cuerpo de agua identificado en sus respectivas listas del 303(d).⁶³ EU señala que la EPA tiene que establecer un modelo de CTMD en nombre del estado sólo cuando 1) desapruube el modelo de CTMD de un estado que haya sido presentada a la EPA, o 2) la omisión de un estado para presentar montos de CTMD para una “propuesta constructiva” lleve a la EPA a tomar cartas en el asunto.⁶⁴ Más aún, cuando un estado no ha presentado un modelo de CTMD, la respuesta señala que la EPA tiene autoridad discrecional para establecer un modelo de CTMD incluso cuando la omisión del estado de presentar un modelo de CTMD no sea una “propuesta constructiva” que lleve a la EPA a actuar.⁶⁵

Según la EPA, “el modelo de CTMD establecido en la sección 303(d)(1) de la Ley funciona en esencia como herramienta de planeación y no es autoejecutable ... Una CTMD por sí sola no prohíbe conductas ni requiere acciones. Más bien cada CTMD representa una meta que se puede instrumentar ajustando los requerimientos de descarga de contaminantes en permisos NPDES individuales o mediante controles de fuentes no puntuales establecidas por el estado”.⁶⁶ Así, Estados Unidos sostiene que las aseveraciones de los peticionarios en cuanto a las CTMD están esencialmente fuera de lugar porque el programa de CTMD no otorga a la EPA ningún mecanismo regulatorio para controlar la contaminación derivada de fuentes de contaminación no puntuales ni la autoridad para regular tal contaminación.⁶⁷ En lugar de ello, las reducciones de contaminantes las exige la Ley de Agua Limpia para las centrales carboeléctricas que contribuyen a la contaminación de fuentes no puntuales de los cursos de agua “sólo en la medida que el estado opte por hacer tales reducciones un requisito reglamentario conforme a la autoridad estatal”.⁶⁸ Pese a esta aseveración, la respuesta detalla la actual instrumentación que realiza la EPA del programa de CTMD que la Agencia señala que se conduce de acuerdo con lo estipulado por ley.

La respuesta aborda después la afirmación de los peticionarios de que la EPA está aprobando políticas contra la degradación ineficaces y procedimientos de instrumentación estatales inadecuados. Al igual que el programa de CTMD, Estados Unidos asegura que los peticionarios malinterpretan la operación y el alcance de las disposiciones contra la

⁶² *Id.*

⁶³ *Id.*

⁶⁴ *Id.* en 37.

⁶⁵ *Id.* en 38.

⁶⁶ *Id.* en 31.

⁶⁷ *Id.* en 24; véase también *id.* en 32 (“Si una fuente de contaminantes es no puntual ... esa fuente no está sujeta a las regulaciones conforme al programa NPDES [y] la existencia de una CTMD no provee autoridad regulatoria adicional”).

If a source of pollutants is a nonpoint source..., that source is not subject to regulation under the NPDES program, [and] the existence of a TMDL does not provide any additional regulatory authorities”).

⁶⁸ *Id.* en 33. Este es el caso, según la EPA, porque mientras la Ley de Agua Limpia establece que el programa de permisos del NPDES rija las asignaciones de carga residual para las fuentes puntuales, no se tiene un programa correspondiente para las asignaciones de carga de fuentes no puntuales.

degradación de la Ley de Agua Limpia. Estados Unidos brinda un panorama general del esquema para evitar la degradación explicando que se trata de uno de los tres elementos de las normas de calidad del agua.⁶⁹ Conforme a la Ley de Agua Limpia, la responsabilidad principal para el establecimiento de normas de calidad del agua —y por ende de políticas contra la degradación— está en manos de los estados, con la disposición de que dichas políticas estatales sean congruentes con las de la EPA y por lo menos igual de estrictas.⁷⁰ Junto con la adopción de las políticas contra la degradación los estados deben identificar los métodos para instrumentar tales políticas.⁷¹ Estados Unidos explica que, como en el caso de la CTMD, las normas de calidad del agua no están sujetas directamente a la aplicación de la ley, es decir, mientras la Ley de Agua Limpia exige permisos de descargas de fuentes puntuales (permisos del NPDES) para incluir limitaciones de efluentes necesarias para cumplir las normas de calidad del agua, “es el permiso resultante de las limitaciones de efluentes, no las normas en sí, lo que está sujeto a la aplicación de la legislación conforme la Ley de Agua Limpia.⁷² Más aún, EU señala que la EPA no tiene el poder para obligar a los estados a regular o controlar de alguna otra manera las fuentes no puntuales de contaminación mediante los requisitos contra la degradación:

El grado en que la política contra la degradación estatal se aplica a las fuentes no puntuales está en función del alcance en que la legislación del estado regule las fuentes no puntuales y el grado en que el estado aplique de manera voluntaria sus políticas contra la degradación para fuentes no puntuales no reguladas. El reglamento de la EPA no requiere que los estados establezcan controles de fuentes no puntuales como parte de sus políticas contra la degradación. Por tanto, no hay sustento para que [los] peticionarios aleguen que la EPA ha aprobado políticas estatales contra la degradación inadecuadas y procedimientos de implementación ineficaces ... ya que las políticas y los procedimientos no controlan la contaminación de fuentes no puntuales, incluidas las emisiones de las centrales carboeléctricas.⁷³

La respuesta pasa luego a la tercera afirmación de los peticionarios: que la EPA emite permisos del NPDES que permiten descargas de mercurio en aguas afectadas o autoriza a los estados a extenderlos. EU describe un permiso del NPDES como el “medio principal” para implementar normas de calidad del agua porque el permiso “transforma los requerimientos y normas generales comprendidas en las normas de calidad del agua en límites específicos aplicables a un descargador en lo particular”.⁷⁴ Explica que los permisos

⁶⁹ *Id.* en 44. Las normas de calidad del agua consisten en tres elementos: 1) un “uso” designado para el agua (pesca, recreación, abastecimiento público de agua); 2) “los criterios” que especifican los montos de varios contaminantes que pueden estar presentes en el agua sin afectar los usos designados, y 3) una política contra la degradación para proteger los usos existentes y una calidad elevada de las aguas. *Id.*

⁷⁰ *Id.* en 45. La política federal contra la degradación está codificada en 40 C.F.R. Part 131.12. La EPA es responsable de revisar el estado de dichas normas para garantizar que cumplen el estándar federal.

⁷¹ *Id.* en 45 (observando que los métodos están referidos con frecuencia como “procedimientos de implementación”).

⁷² *Id.* en 47 (citando a *American Wildlands v. Browner*, 94 F. Supp.2d 1150, 1161 (D. Colo. 2000)).

⁷³ *Id.* en 49; véase también *id.* en 28 (señala que “mientras las fuentes no puntuales contribuyen en gran medida a la contaminación del agua, el Congreso ha elegido en la Ley de Agua Limpia no dar a la EPA el poder para regular las fuentes no puntuales” y que “los controles de las fuentes puntuales, si acaso se aplican, sólo se hace conforme a la legislación estatal”).

⁷⁴ *Id.* en 52.

NPDES tienen dos componentes: (1) controles basados en la tecnología que reflejan reducción de la contaminación que se puede lograr mediante determinado equipo, y (2) donde sea necesario, limitaciones más estrictas que representan el nivel de control necesario para asegurar que las aguas receptoras cumplan con las normas de calidad del agua aplicables.⁷⁵ Estados Unidos afirma que “nadie puede descargar contaminantes, incluido el mercurio, de una fuente puntual en las aguas de Estados Unidos a menos que la persona cuente con un permiso del NPDES o algún otro de la Ley de Agua Limpia.⁷⁶ Sin embargo, EU mantiene que los peticionarios no comprenden las regulaciones del NPDES en cuanto a que ellas no establecen una “prohibición absoluta” de nuevos permisos para que fuentes puntuales descarguen en aguas afectadas; más bien, los permisos se pueden conceder a nuevos descargadores “si la descarga no causará o contribuirá a la superación de las normas de calidad del agua” y para los descargadores existentes mientras el “nivel de la calidad del agua que se ha de lograr se derive de y cumpla con todas las normas de calidad del agua aplicables”.⁷⁷ La respuesta brinda un número de ejemplos sobre cómo un permiso NPDES puede formularse de tal forma que una descarga particular cumpla con los requerimientos citados.⁷⁸ En suma, EU asevera que porque “es posible permitir descargas de [una fuente puntual] ... conforme al programa del NPDES en congruencia con la [Ley de Agua Limpia],” la aseveración de los peticionarios de que cualquier descarga de fuente puntual en aguas afectadas es *per sé* una prueba de una omisión en la aplicación efectiva de la Ley de Agua Limpia”⁷⁹ carece de fundamentos.

La respuesta describe también los esfuerzos de la EPA para mejorar la supervisión y los permisos de descargas de mercurio al agua. EU señala que los datos del TRI incluidos en la información complementaria de los peticionarios deben ser considerados por quienes elaboran y revisan los permisos NPDES. También indica que en 1999 se adoptó un procedimiento analítico para mejorar considerablemente la detección de mercurio disuelto en agua y muestras de peces, mismo que no se usaba de manera sistemática, incluidos los diez estados de especial preocupación para los peticionarios, hasta que se aprobó una versión revisada del procedimiento en 2002. EU asevera que a la luz del nuevo método analítico y otras acciones que se tienen planeadas, la situación actual en relación con las emisiones de mercurio de las carboeléctricas es jurídicamente compleja, pero “es dinámica y está mejorando”.⁸⁰ También afirma estar comprometido con una revisión atenta de la renovación de los cerca de 40 permisos identificados por los peticionarios para las carboeléctricas que han registrado descargas significativas de mercurio al agua.⁸¹

La respuesta describe también las actividades de Estados Unidos en los foros internacionales para atender los usos, emisiones y exposición de mercurio.⁸² Ello incluye acciones

⁷⁵ *Id.* en 52-53.

⁷⁶ *Id.* en 54.

⁷⁷ *Id.* en 56.

⁷⁸ Véase *id.* en 56-58.

⁷⁹ *Id.* en 24.

⁸⁰ *Id.* en 5-6.

⁸¹ *Id.* en 9, 56, 67.

⁸² *Id.* en 63-65.

bilaterales con Canadá un plan de acción regional de América del Norte sobre el mercurio instrumentado mediante el programa de trabajo de la CCA y actividades mundiales que se ocupan del problema del mercurio.

Por último, Estados Unidos plantea diversas inquietudes de procedimiento. Primero, sostiene que las aseveraciones de los peticionarios están sujetas a procesos judiciales y administrativos relativos tanto a la Ley de Aire Limpio como a la de Agua Limpia.⁸³ Por tanto, la respuesta propone que de acuerdo con el artículo 14(3)(a) el Secretariado debe abstenerse de proseguir con la petición.⁸⁴ También arguye que las leyes internas ofrecen múltiples recursos para abordar los aspectos planteados por los peticionarios, pero que éstos no han acudido a ellos.⁸⁵ Para respaldar estas aseveraciones, EU presentó al Secretariado una respuesta complementaria el 29 de septiembre de 2005. Dicha respuesta asevera que recientemente se presentó ante los tribunales del país la petición de revisión de las normas de urgencia de aire limpio y de aire limpio sin mercurio, dos reglamentos sobre las centrales eléctricas recientemente promulgados conforme a la Ley de Aire Limpio, y que dichos procesos impiden que el Secretariado prosiga considerando la petición.⁸⁶ Por último, Estados Unidos sostiene que “la pretendida notificación de los peticionarios no debe considerarse adecuada para el complejo conjunto de alegatos y los voluminosos materiales de apoyo que se reflejan en la petición.”⁸⁷

IV ANÁLISIS

Después de revisar la petición a la luz de la respuesta provista por Estados Unidos, el Secretariado considera que la petición amerita la elaboración de un expediente de hechos como se recomienda en la esta notificación. Las razones de la citada recomendación se describen en seguida.

A. Consideraciones procesales

Estados Unidos plantea tres aspectos de umbrales de procedimiento. Primero, asevera que el Secretariado está impedido de hacer revisiones adicionales porque los asuntos planteados en la petición están sujetos en la actualidad a procedimientos judiciales o administrativos. Segundo, señala que las preocupaciones prudenciales se contraponen a la elaboración de un expediente de hechos porque se dispone de recursos privados en relación con los aspectos expuestos en la petición a los que aún no se ha recurrido. Tercero, afirma que los peticionarios no entregaron a Estados Unidos el aviso adecuado sobre sus preocupaciones antes de presentar la petición.

⁸³ Véase *id.* en 69-73.

⁸⁴ *Id.* en 69.

⁸⁵ *Id.* en 73-75.

⁸⁶ Respuesta complementaria en 2.

⁸⁷ Respuesta en 73.

1. Procesos judiciales y administrativos pendientes

El artículo 14(3)(a) estipula que la parte que responde a una petición ha de notificar al Secretariado “si el asunto es materia de un procedimiento judicial o administrativo pendiente de resolución, en cuyo caso el Secretariado no continuará con el trámite”. De acuerdo con esta disposición, Estados Unidos señala que el Secretariado está impedido de proseguir la consideración de la petición.⁸⁸ O bien, señala Estados Unidos que incluso si el citado artículo no se aplica, el Secretariado debería suspender el procedimiento para evitar la duplicación de otros procesos o la interferencia con ellos.

Un “procedimiento judicial o administrativo” se define en el artículo 45(3) de la siguiente manera:

- (a) una actuación judicial, cuasi judicial o administrativa realizada por una Parte de manera oportuna y conforme a su legislación. Dichas actuaciones comprenden: la mediación; el arbitraje; la expedición de una licencia, permiso, o autorización; la obtención de una promesa de cumplimiento voluntario o un acuerdo de cumplimiento; la solicitud de sanciones o de medidas de reparación en un foro administrativo o judicial; la expedición de una resolución administrativa; y
- (b) un procedimiento de solución de controversias internacional del que la Parte sea parte.

El Secretariado ha señalado previamente que el umbral de consideración de si está en trámite un procedimiento administrativo o judicial se debe interpretar de manera estrecha para dar pleno efecto al objetivo y el propósito del ACAAN, en concreto el artículo 14(3). Sólo aquellos procedimientos descritos específicamente en el artículo 45(3)(a), conforme a una parte⁸⁹ de manera oportuna, de acuerdo con la legislación de la parte, y relacionada con el mismo asunto que se expone en la petición, debe impedir al Secretariado de proseguir conforme al artículo 14(3).⁹⁰ El Secretariado ha señalado que los argumentos para excluir asuntos que caen en el ámbito del artículo 45(3)(a) es evitar la duplicación de los esfuerzos y abstenerse de interferir con un litigio pendiente.⁹¹ El Secretariado ha señalado también que estas consideraciones pueden ser relevantes incluso cuando las demandas pendientes relativas al mismo asunto planteado en la petición caigan fuera del artículo 45(3)(a), de manera que no se aplica el artículo 14(3)(a).⁹²

⁸⁸ Véase *id.* en 69-73.

⁸⁹ Estados Unidos señala que el Secretariado no ha aplicado el artículo 14(3)(a) a los procedimientos judiciales o administrativos interpuestos contra una parte, al contrario de los perseguidos por una parte. *Id.* en 67-68.

⁹⁰ SEM 00-004 (Tala en BC), artículo 15(1) notificación (27 de julio de 2001); SEM-98-004 (Minería en BC), artículo 15(1) notificación (11 de mayo de 2001); SEM-97-001 (BC Hydro), artículo 15(1) notificación (28 de abril de 1998).

⁹¹ SEM-97-001 (BC Hydro), artículo 15(1) notificación (28 de abril de 1998).

⁹² *Id.*

La primera actuación a que Estados Unidos se refiere cae en el ámbito de las instrucciones esenciales de la Ley de Aire Limpio. Según EU, varios estados, organizaciones ambientales y grupos industriales han presentado peticiones para revisión de tres normas para centrales eléctricas de la Ley de Aire Limpio que se han publicado en el *Federal Register*, sobre todo las de urgencia de aire limpio y la de aire limpio sin mercurio (CAIR y CAMR).⁹³ Hasta el punto en que los peticionarios aseveran que EU no está controlando o regulando directamente las emisiones no puntuales al aire de mercurio provenientes de las centrales carboeléctricas como un medio de cumplir los requerimientos de la Ley de Agua Limpia, estas actuaciones relativas a la Ley de Aire Limpio son relevantes. Esta última, no la de Agua Limpia, dispone los medios más claros para regular las emisiones de las centrales eléctricas; como se señala en la respuesta de EU, la autoridad de la EPA en este sentido es mucho menos clara conforme a la Ley de Agua Limpia. Aunque estas actuaciones judiciales no las realizó EU, y por ende el artículo 14(3)(a) no se aplica, el Secretariado concluye que la elaboración de un expediente de hechos relativo a las aseveraciones de los peticionarios de que EU no está controlando y limitando directamente las emisiones al aire de las centrales eléctricas mediante la Ley de Agua Limpia entrañaría el riesgo de duplicar o interferir con los actos pendientes. En consecuencia, el Secretariado declina seguir adelante con ese aspecto de la petición.

Esta determinación no afecta las demás aseveraciones de que Estados Unidos está incurriendo en cumplimiento para 1) asegurar que los permisos NPDES de las centrales eléctricas sean congruentes con los criterios de la calidad del agua en lo referente al mercurio en las aguas receptoras, y 2) tomar en cuenta de manera adecuada (en contraposición a controlar o regular) las emisiones al aire de las centrales carboeléctricas, tanto mediante la adopción de CTMD y con la consideración de fuentes no puntuales de contaminación al emitir o revisar los permisos NPDES.⁹⁴ Estados Unidos no ha identificado actuaciones pendientes que impidan continuar con la consideración de la primera de estas aseveraciones, pero sostiene que las acciones pendientes y anticipadas sobre la Ley de Agua Limpia impiden una revisión adicional de la segunda. En concreto, EU asegura que “los ciudadanos han iniciado acciones judiciales conforme a la Ley de Agua Limpia... en busca de que la EPA establezca CTMD en 39 estados para una fecha determinada. Como resultado, la EPA tiene en la actualidad obligaciones por órdenes judiciales o decretos judiciales previo acuerdo de las partes... de establecer CTMD en 22 estados”.⁹⁵ Cuatro de los diez estados (Alabama, Ohio, Pensilvania y Virginia Occidental) destacados en la petición son objeto de tales decretos. Sin embargo, EU no indica si estas acciones civiles o

⁹³ Respuesta en 70; véase también la respuesta complementaria en 2.

⁹⁴ A juicio del Secretariado, estas distinciones explican por que los peticionarios adjuntaron a su petición los dos permisos de la Ley de Aire Limpio, título V. Los permisos, que no incluyen controles de las emisiones de mercurio transmitidas por el aire, se anexan en apoyo de la posición de los peticionarios de que la EPA está incurriendo en la aplicación efectiva de lo dispuesto en la Ley de Agua Limpia que exige tomar en consideración la contaminación por fuentes no puntuales (es decir, para demostrar que la EPA no cumple con la Ley de Agua Limpia, a diferencia de la de Aire Limpio). Véase también la petición en 17 (que señala que hay “una acción permanente de la EPA en cuanto a los reglamentos propuestos para el mercurio, pero estas regulaciones son mediciones enfocadas a actores privados... como parte de la Ley de Aire Limpio y no son directamente el objeto de esta petición”).

⁹⁵ Respuesta en 67.

decretos judiciales se relacionan con el establecimiento de CTMD de mercurio en los cuerpos de agua que preocupan a los peticionarios. Por ejemplo, el decreto de Virginia Occidental citado por EU se inscribió en julio de 1997 y al parecer pertenece sólo a segmentos limitados de calidad del agua que se identificaron en ese momento; el Secretariado no tiene información que apunte que en el litigio o el decreto se incluyeran segmentos limitados en cuanto al mercurio.⁹⁶

El Secretariado no puede determinar categóricamente que un expediente de hechos pudiera ser una duplicación o interferencia con las acciones pendientes en esos cuatro estados; en los otros seis estados no hay acciones en curso. El Secretariado concluye que las actuaciones pendientes no impiden la consideración adicional de las aseveraciones sobre CTMD de los peticionarios en relación con: 1) los estados en los que hay acción judicial sobre CTMD no aborda un supuesto incumplimiento de esas CTMD para dar cuenta de las emisiones de mercurio al aire de fuentes no puntuales provenientes de las carboeléctricas, y 2) los estados para los que no hay actuaciones administrativas o judiciales pendientes en torno de lo adecuado de las CTMD promulgadas en el estado o que supuestamente EU no adopta CTMD para el estado.⁹⁷

2. Disponibilidad de recursos privados

Conforme al artículo 14(3)(b), una parte podrá notificar al Secretariado sobre los recursos privados disponibles para los peticionarios y si tales recursos se procuraron. La respuesta señala que el Secretariado no debería recomendar la elaboración de un expediente de hechos porque no se recurrió a hay diversos recursos disponibles, tanto de la Ley de Aire Limpio como de la de Agua Limpia.

A la luz de la determinación del Secretariado que las actuaciones pendientes relacionadas con el control y regulación de las emisiones de mercurio a través de la Ley de Aire Limpio para mayor consideración de ciertos aspectos de la petición, no es necesario mayor discusión de remedios privados disponibles bajo la Ley de Aire Limpio.

En relación con la Ley de Agua Limpia, Estados Unidos asegura que hay múltiples recursos privados a los que pueden acudir los peticionarios.⁹⁸ Entre ellos figuran varias acciones para una revisión administrativa o judicial de la acción administrativa, así como disposiciones para demandas ciudadanas, sección 505(a)(2) de la Ley de Agua Limpia. Mientras que estos recursos administrativos y judiciales son una opción para los peticionarios, éstos aseveran que es “impráctico y poco realista que los individuos y las entidades no gubernamentales con medios limitados para buscar reparación con recursos privados frente a un problema

⁹⁶ Véase EPA de EU, The Mid-Atlantic States: Total Maximum Daily Loads, Demandas, en <http://www.epa.gov/reg3wapd/tmdl/law.htm>.

⁹⁷ La respuesta de EU no indica que las acciones judiciales o administrativas estén en curso en relación con CTMD en Illinois, Indiana, Kentucky, Michigan, Carolina del Norte o Texas.

⁹⁸ Respuesta en 70. Estados Unidos cita seis ejemplos.

transnacional de tal magnitud y complejidad”.⁹⁹ Más aún, los peticionarios intentan abordar el problema de la aplicación de la legislación ambiental en lo que se refiere a los efectos acumulativos y generalizados de la contaminación generada por las centrales carboeléctricas en el medio ambiente y la salud humana con sus aseveraciones particularmente bien adecuadas con el proceso de peticiones ciudadanas.¹⁰⁰ En consecuencia, el Secretariado concluye que la disponibilidad de recursos privados no impide proseguir con la consideración de la petición o la recomendación de un expediente de hechos.

3. Notificación adecuada a Estados Unidos

EU sostiene que “la pretendida notificación de los peticionarios no se debe considerar un aviso adecuado del complicado conjunto de alegatos y el voluminoso material de apoyo que en última instancia se reflejan en la petición”.¹⁰¹ Aunque las comunicaciones citadas en la petición fueron de amplio alcance,¹⁰² se ocupan de todo lo aseverado en la petición. Más aún, los peticionarios señalaron, y Estados Unidos no refutó, que no se había dado respuesta a estas comunicaciones antes de que se presentara la petición. El Secretariado indica también que los peticionarios no “se limitaron a apuntar una omisión con base en los procesos NPDES, contra la degradación, las normas de calidad del agua o CTMD”, sino “una omisión generalizada y sistemática que se demuestra por la suma de las pruebas de omisiones en estos campos”.¹⁰³ Los numerosos ejemplos del litigio citados tanto en la petición como en la respuesta demuestran el grado en que el complejo problema planteado en la petición ha recibido atención en foros públicos.¹⁰⁴ A la luz de estas consideraciones, el Secretariado está satisfecho en torno a que la notificación a Estados Unidos no constituye una razón para no recomendar la elaboración de un expediente de hechos.

B. Se justifica la elaboración de un expediente de hechos

Después de considerar la petición a la luz de la respuesta de Estados Unidos el Secretariado concluye que la respuesta deja abiertos aspectos centrales planteados en la petición en lo relativo al cumplimiento de la EPA de sus obligaciones conforme a las secciones 303 y 402 de la Ley de Agua Limpia que se beneficiaría de la elaboración de un expediente de hechos. En particular, y como se señala adelante, tal expediente arrojaría luz en las aseveraciones de los peticionarios en el sentido de que: 1) la EPA está incurriendo en la omisión la aplicación efectiva de la Ley de Agua Limpia al emitir o renovar permisos NPDES (o dando la venia para que los estados a emitir y renovar esos documentos) que permiten que una fuente

⁹⁹ Petición en 16-17.

¹⁰⁰ Véase la SEM-99-002 (Aves migratorias), artículo 15(1) notificación (15 de diciembre de 2000). (“Cuanto mayor sea la escala de la omisión expuesta, más probabilidades de que amerite la elaboración de un expediente de hechos, siendo todo lo demás igual.”)

¹⁰¹ Respuesta en 73. El Secretariado señala que el artículo 14(1)(e) está en voz pasiva y no especifica que la comunicación escrita a las autoridades pertinentes deban haber sido de un peticionario.

¹⁰² Véase la petición en 13 y los anexos 6 y 7.

¹⁰³ Véase el anexo 12 de la petición en 12.

¹⁰⁴ Véase, el ejemplo, la petición, el anexo 12A.

puntual descargue mercurio en aguas afectadas, y 2) no tomando en cuenta de manera adecuada el mercurio transmitido por aire al aplicar lo dispuesto en la Ley de Agua Limpia que requiere la promulgación de CTMD para aguas afectadas por contaminación de mercurio. Por tratarse de un aspecto central, esta recomendación toma en cuenta la amplia información comprendida en la petición y la respuesta sobre la gravedad y la escala de la contaminación por mercurio en los cursos de agua de Estados Unidos y sobre los también graves riesgos para la salud humana que representa tal contaminación. El razonamiento del Secretariado se presenta en seguida.

1. Se justifica un expediente de hechos por lo aseverado en torno de los permisos NPDES

Los peticionarios aseveran que la EPA está incurriendo en la omisión de aplicar efectivamente la Ley de Agua Limpia al emitir o renovar permisos NPDES, o al dar su venia para que los estados hagan lo correspondiente, que permiten descargas de fuentes puntuales de mercurio por parte de las centrales carboeléctricas en cursos de agua que no cumplen las normas de calidad del agua en cuanto al mercurio (aguas afectadas por contaminación de este metal). Los alegatos de los peticionarios se centran en 36 plantas de ese tipo en diez estados preocupantes que descargan mercurio directamente al agua.¹⁰⁵ Suministran datos del Inventario de Emisiones Tóxicas (TRI, Toxics Release Inventory, de EU) sobre el total de descargas de mercurio de fuentes puntuales de centrales carboeléctricas en 2001 y 2002 en los diez estados, así como datos por planta de 2002.¹⁰⁶ También brindaron información que apunta a que ocho de esos 10 estados tienen advertencias sobre el consumo de pescado (ACP) por contaminación de mercurio en escala estatal para lagos o ríos, o para todas las aguas, y que los otros dos tienen ACP en aguas específicas.¹⁰⁷ Por tanto, los peticionarios brindan información indicando que la mayoría (sino todas) de las centrales eléctricas por ellos identificadas hacen descargas a cursos de agua sometidos a una ACP por mercurio. Aunque no identificaron específicamente los cuerpos de agua receptores de todas las centrales,¹⁰⁸ los peticionarios identificaron específicamente los cuerpos de agua de Michigan con ACP por mercurio a los que las centrales eléctricas descargaron mercurio en 2002. Los peticionarios aseguran que los cursos de agua con ACP por contaminación de mercurio exceden las normas de calidad del agua relativas al mercurio y presentaron pruebas de una fuerte correlación entre las ACP y el no cumplimiento de dichas normas en materia de mercurio.

¹⁰⁵ Petición, anexo 12D (de estas 36, 23 descargaron menos de un kilogramo, 11 entre 1 y 5 kg, y dos descargaron más de 25 kilogramos).

¹⁰⁶ Petición, anexo 12, en 3-4, y 12D. Esta información indica que las centrales eléctricas descargaron un total de 234 libras de mercurio al agua en esos estados en 2002 y 203 en 2002.

¹⁰⁷ Según los peticionarios, Ohio, Pensilvania, Illinois y Kentucky han emitido ACP para lagos, Indiana ha hecho ACP estatales por contaminación de mercurio en los ríos, y Virginia Occidental ha declarado una advertencia estatal por mercurio en todas sus aguas. El resto de los estados en cuestión ha emitido ACP para cuerpos de agua específicos. Véase petición, anexo 12, cuadro 3.

¹⁰⁸ Los peticionarios señalaron no haber tenido acceso a los permisos NPDES para las centrales eléctricas que identificaron, Petición, anexo 12 en 10.

Esta información plantea aspectos centrales sobre si EU se está asegurando plenamente de que los permisos para las centrales eléctricas no estén contribuyendo a la afectación por mercurio de los cursos de agua receptores, tomando en cuenta otras fuentes de mercurio en dichos cursos. Como se explica a continuación, la respuesta de Estados Unidos deja abierto este punto central.

En *Arkansas v. Oklahoma*,¹⁰⁹ la suprema corte de Estados Unidos resumió el programa de permisos NPDES de la siguiente manera:

La Ley [de Agua Limpia] ofrece dos grupos de medición de la calidad del agua. Las “limitaciones de efluentes” las promulga la EPA y restringe los montos, la frecuencia y las concentraciones de sustancias específicas que descargadas por fuentes puntuales. “Las normas de calidad en agua las suelen promulgar los estados y establecen la condición deseada de un curso de agua. Estas normas complementan las limitaciones de efluentes de manera que las numerosas fuentes puntuales, pese al cumplimiento individual de las limitaciones, se pueden regular para prevenir que la calidad del agua caiga por debajo de niveles aceptables.

Los principales medios para hacer cumplir estas limitaciones y normas es el NPDES... sección 301(a) de la [Ley de Agua Limpia]... que por lo general prohíbe la descarga de cualquier efluente en cuerpos de agua navegables a menos que la fuente puntual haya obtenido un permiso NPDES. La sección 402 establece el régimen de permisos del NPDES y describe dos clases de sistemas: programas estatales de permisos que deben cumplir con los requisitos federales y recibir la aprobación de la EPA, y un programa federal administrado por la EPA.¹¹⁰

Las leyes y reglamentos del NPDES de la EPA estipulan que las limitaciones¹¹¹ de efluentes con base en la calidad del agua se deben establecer para “todo contaminante que se descargue o se pueda descargar en niveles que ‘causarán, tienen potencial para hacerlo o contribuirán’ a rebasar cualquiera de las normas estatales aplicables sobre la calidad del agua”.¹¹² Según Estados Unidos, “al determinar la necesidad de un límite de efluente de mercurio de determinada fuente puntual, el redactor del permiso debe considerar los controles existentes en otras fuentes puntuales y no puntuales que contribuyan con mercurio al cuerpo de agua en cuestión.¹¹³ Cuando una corriente excede, o tiene posibilidades de hacerlo, los criterios de calidad del agua en materia de mercurio, los permisos aplicables del NPDES se deben revisar y si es necesario reformar.¹¹⁴

¹⁰⁹ 503 U.S. 91 (1992).

¹¹⁰ *Id.* En 101-02 (se omiten las citas y las menciones internas).

¹¹¹ A juicio de Estados Unidos, en la actualidad no se cuenta con limitaciones de efluentes con bases tecnológicas para el mercurio. Véase la respuesta en 55 (que señala que la EPA consideró establecer tales limitaciones en 1982 cuando emitió sus lineamientos sobre limitaciones de efluentes para la categoría de fuentes puntuales de generadores eléctricos con vapor, pero decidió no hacerlo).

¹¹² Respuesta en 59 (se cita 40 C.F.R. § 122.44(d)(1)(i)).

¹¹³ Respuesta en 59. Véase también 40 C.F.R. § 122.44(d)(1)(ii) (“Al determinar si una descarga causa, tiene posibilidades razonables de causar o contribuye a una fluvial por arriba... de los criterios de la normas de calidad del agua del estado, la autoridad otorgante del permiso habrá de aplicar los procedimientos que toman en cuenta los controles existentes de las fuentes puntuales y no puntuales de contaminación”).

¹¹⁴ Véase en general 40 C.F.R. § 122.44(d)(1). Las modificaciones de los términos del permiso NPDES se rigen por 40 C.F.R. § 124.5 and 40 C.F.R. § 122.62; en ambos casos se estipula que los términos del permiso

Estados Unidos señala que una ACP por mercurio no necesariamente indica que una corriente de agua no cumpla las normas de calidad del agua, pero reconoce que “caso por caso las aguas sujetas a ACP por mercurio también pueden no estar logrando su uso designado aplicable”.¹¹⁵ Así, como indica EU, los estados y la EPA han identificado múltiples aguas con ACP por mercurio que no cumplen las normas de calidad del agua aplicables.¹¹⁶ De hecho, los alegatos de los peticionarios sobre las CTMD para los diez estados en que se concentran indican una gran posibilidad de que un cuerpo de agua con una ACP por mercurio también esté considerado de calidad limitada en lo que a mercurio se refiere.¹¹⁷ Por ejemplo, según los peticionarios todos los cuerpos de agua de Illinois bajo una advertencia especial por mercurio también están incluidos en agua de calidad afectada por mercurio. Lo mismo sucede en Indiana y Michigan.¹¹⁸ Los peticionarios indican también que las CTMD para las que la meta extrema se relaciona con la eliminación de una ACP por mercurio o concentraciones de mercurio en el tejido de los peces.¹¹⁹ En consecuencia, aunque una ACP por mercurio no necesariamente implica el incumplimiento de las normas de calidad del agua por mercurio, tomadas en conjunto, la petición y la respuesta indican que hay una marcada correlación. A juicio del Secretariado esta correlación es suficiente para plantear el aspecto central sobre si las centrales eléctricas preocupantes que hacen sus descargas bajo ACP por mercurio también descargan en aguas afectadas por mercurio.

En respuesta a los puntos centrales que entraña esta correlación, Estados Unidos no da información que señale que alguno de los cuerpos de agua con las que se identificaron las 36 centrales eléctricas en la descarga de la petición —la mayoría, si no todas, de las cuales parece estar en ACP— no están afectadas por el mercurio. Sin embargo, Estados Unidos asegura que incluso si esos cursos de agua estuvieran afectadas los peticionarios no tienen razón para suponer que las descargas de mercurio a los cursos afectados por este metal no deberían permitirse conforme la Ley de Agua Limpia. De hecho, los tribunales han sostenido que aunque la Ley de Agua Limpia prohíbe las descargas de fuentes puntuales en las aguas de Estados Unidos salvo en cumplimiento con al amparo de un permiso NPDES,¹²⁰

se pueden corregir conforme una determinación que de que existe una “causa” para la modificación. Entre las “causas” sujetas a la decisión de un tribunal conforme 40 C.F.R. § 122.62 es “Información”; 40 C.F.R. § 122.62(a)(2) señala:

Los permisos se pueden modificar durante su vigencia por esta causa sólo si la información no estaba disponible al momento de la emisión del permiso (aparte de los reglamentos revisados, directrices o métodos de prueba) y se hubiese justificado la aplicación de condiciones del permiso distintas al momento de ser emitido éste. Para los permisos generales del NPDES... esta causa incluye alguna información significativa derivada de alguna información una prueba del efluente requerida conforme a § 122.21(k)(5)(vi) o § 122.21(h)(4)(iii) después de otorgado el permiso.

¹¹⁵ Respuesta en 50.

¹¹⁶ *Id.*

¹¹⁷ Petición, anexo 12, en 13-35.

¹¹⁸ *Id.* en 18-19, 22.

¹¹⁹ *Id.* en 25-26, 30-32.

¹²⁰ *Oregon Natural Desert Ass'n v. Dombeck*, 172 F.3d 1092, 1096 (9th Cir. 1998).

no establece una disposición categórica sobre descargas a aguas afectadas.¹²¹ La EPA ha promulgado regulaciones que disponen que las autoridades que atorgan los permisos del NPDES pueden emitir permisos a nuevas fuentes para descargas e aguas afectadas a menos que la descarga “cause o contribuya a la violación de las normas de calidad del agua”,¹²² y pueden renovar los permisos para las fuentes existentes mientras las condiciones del permiso “se apeguen a las normas de calidad del agua y den cumplimiento a las mismas”¹²³ A juicio de Estados Unidos,

determinar si una nueva descarga causará o contribuirá a exceder las normas de calidad del agua (o establecer un límite para una descarga existente que se derive de las citadas normas y cumpla con ellas) se ... hace caso por caso. A la fecha la EPA no ha interpretado de manera formal sus reglamentos con respecto a qué condiciones, si están presentes, permitirían emitir un permiso a nuevas fuentes, nuevas descargas o descargas existentes que pretenden descargar sus efluentes en aguas afectadas. Con todo, en la práctica los permisos se han realizado en congruencia con la legislación vigente”.¹²⁴

Estados Unidos sostiene que los permisos “para descargadores con limitaciones de efluentes en o por debajo del criterio numérico de la calidad del agua o una cuantificación de lo descrito por un criterio de calidad del agua”¹²⁵ son congruentes con los objetivos medioambientales subyacentes de la Ley de Agua Limpia”.¹²⁶ Por ejemplo, conforme a este enfoque, si alguien con permiso hace descargas en una corriente de aguas afectadas con un criterio de calidad del agua para un contaminante de 10 ppm, esa persona no “causa ni contribuye a” la violación de las normas de calidad del agua del contaminante mientras los efluentes contengan menos de 10 ppm del contaminante.¹²⁷ Conforme a la interpretación de la EPA, a pesar de cualquier ACP por mercurio, es posible que la agencia permita descargas de mercurio provenientes de fuentes puntuales nuevas o existentes a las corrientes de agua que exceden sus normas de calidad del agua sin contravenir la Ley de Agua Limpia.

Sin embargo, incluso suponiendo que esta interpretación sea correcta, la respuesta de Estados Unidos ofrece sólo información limitada sobre cómo los permisos de las centrales

¹²¹ *Arkansas*, 503 U.S. en 108 (“Aunque la Ley comprende diversas disposiciones orientadas al cumplimiento de las normas de calidad del agua, las partes no han señalado algo que obligue a eliminar por completo las descargas en los cursos de agua que violen esas normas”).

¹²² Respuesta en 56.

¹²³ *Id.*

¹²⁴ *Id.* en 57.

¹²⁵ *Id.*

¹²⁶ *Id.* en 58. La EPA da otros tres ejemplos de cómo permite dirigir descargas de efluentes a cuerpos de agua afectados de tal manera que tales descargas no “causen ni contribuyan a la violación de las normas de calidad del agua”. *Id.*

¹²⁷ Véase *Id.* (“Donde el nivel de fondo del contaminante en las aguas receptoras sea mayor que los criterios, la corriente de agua no está logrando [las normas de calidad del agua], y el medio acuático o la salud humana reconocidamente están siendo afectados. Sin embargo, una fuente puntual que descarga un contaminante de criterio al final de la tubería en tales situaciones descargará efluentes que contengan una concentración menor del contaminante que la del cuerpo de agua, y por tanto no aumentará la concentración del contaminante en la corriente de agua. Tal descarga puede, de hecho, causar la concentración última del contaminante en el cuerpo de agua receptor para disminuir como resultado de un aumento en el flujo”).

eléctricas específicas que los peticionarios identifican dan cuenta de las normas de calidad del agua en los cuerpos receptores y de otras fuentes de mercurio en tales aguas. En cuanto a que los peticionarios se apoyan en datos del TRI en relación con sus aseveraciones relacionadas con el NPDES, la respuesta señala:

Una revisión de los permisos de las centrales carboeléctricas identificados por los peticionarios en los diez estados señalados indica que... el umbral de registro de las emisiones de mercurio de las centrales eléctricas para fines del TRI sólo recientemente se ha disminuido de manera sustancial. Por ello, los otorgantes del permiso NPDES por tradición no consideran los datos del TRI como una fuente de información relevante sobre posibles descargas de petróleo. La EPA impulsará a quienes redactan los permisos estatales que consideren los datos del TRI correspondientes a las carboeléctricas como adecuados para esos diez estados señalados y espera que las plantas expliquen cualesquiera discrepancias en los datos registrados.¹²⁸

La respuesta señala que la EPA “revisará muy de cerca” y “pondrá atención a” los permisos NPDES identificados por los peticionarios en el anexo 12 y que los datos del TRI mencionados por los peticionarios “habrán de considerarse por quienes redacten los permisos estatales y por los revisores de permisos de la EPA al momento de que estas plantas presenten sus permisos para renovación”.¹²⁹ Sin embargo, el reconocimiento de Estados Unidos de que los redactores de los permisos no suelen considerar los datos del TRI (que recopila la EPA) presenta interrogantes de cual es la información que consideran. La respuesta también hace surgir la pregunta sobre los permisos para las centrales eléctricas identificadas al señalar que entre 1999 y 2002 muchos redactores de tales documentos no aplicaban la metodología más moderna para el análisis de los efluentes en cuanto a la presencia de mercurio, lo que los llevó a hacer determinaciones de que “no hay un potencial razonable de exceder las normas de calidad del agua”.¹³⁰ Asimismo, el Secretariado observa que la CTMD preliminar para el Cashie River en Carolina del Norte¹³¹ incluye una designación de 8 g/año de mercurio para todas las fuentes puntuales, y que los datos del TRI que los peticionarios citaron indica descargas anuales de 400 a 26,000 g/año de mercurio de las 36 centrales de preocupación. Al margen de si la CTMD en el Cashie River es representativa, esta disparidad subraya las cuestiones centrales expuestas en la petición.

Con base en lo anterior, la respuesta deja abiertas cuestiones centrales sobre si los permisos NDPEs para las centrales eléctricas que los peticionarios identifican son congruentes con las normas de calidad del agua aplicables a las aguas receptoras y dan cuenta de otras fuentes de mercurio en esas aguas. Un expediente de hechos ha de arrojar luz sobre que información se consideró e incorporó por la EPA y los estados cuando emitieron, aprobaron, revisaron o ajustaron los permisos mencionados. Al elaborar un expediente de hechos el Secretariado habrá de recopilar los hechos que confirmen si las aguas receptoras exceden sus normas de calidad en cuanto al mercurio y de ser así como se determinó que las descargas no “causarían ni contribuirían” a la violación de dichas normas o que las condiciones del

¹²⁸ Respuesta en 60-61.

¹²⁹ *Id.* en 63.

¹³⁰ *Id.* en 60.

¹³¹ Petición, anexo 12 en 27. La CTMD establece las cargas totales de fuentes diversas que no pueden excederse si se han de cumplir las normas de calidad del agua en el río.

permiso “se derivan de y cumplen con” las citadas normas. Ello incluiría información sobre la correlación entre las ACP por mercurio y las normas de calidad del agua en el caso de las aguas receptoras.¹³² El expediente de hechos también presentaría los hechos en la relación entre los permisos NPDES y los datos del TRI, incluida información sobre los datos con los que se apoyan al preparar y revisar los permisos NPDES (o sus equivalentes) para las centrales carboeléctricas en los diez estados preocupantes. Por último, como se señala más adelante, como la Ley de Agua Limpia exige que se establezcan CTMD para cursos de agua afectados, este programa de cuotas puede animar a los estados o a la EPA a ajustar los términos de los permisos NPDES para las carboeléctricas que descargan mercurio en cursos de agua afectados. En consecuencia, el expediente de hechos incluiría información relativa al grado en que las revisiones de la EPA de los permisos NPDES de las centrales eléctricas identificadas han dado cuenta de las CTMD para las aguas en las que dichas centrales eléctricas descargan mercurio.¹³³

Por las razones mencionadas, el Secretariado concluye que quedan abiertas cuestiones centrales sobre las aseveraciones de los peticionarios relativas al NPDES y que un expediente de hechos que se ocupe de estos aspectos serviría bien para cumplir las metas del ACAAN.

2. Se justifica la elaboración de un expediente de hechos relativa a las aseveraciones de los estados sin procesos vigentes sobre CTMD

Los peticionarios afirman que Estados Unidos está incurriendo en la omisión de la aplicación efectiva de sus obligaciones para asegurar que sean los estados sea la EPA adopten CTMD para el mercurio en cuerpos de agua que no cumplen las normas de calidad del agua en cuanto al mercurio. La sección 303(d) de la Ley de Agua Limpia exige a los estados a identificar todas las aguas dentro de su territorio para las que los controles tecnológicos¹³⁴ son insuficientes para permitir que las aguas cumplan con las respectivas normas.¹³⁵ Se sabe que las aguas identificadas conocidas como segmentos de agua de

¹³² Véase la Respuesta en 62 (que examina las recomendaciones de la EPA para la Ley de Agua Limpia § 304(a)). La EPA ha vinculado las ACP con las normas de calidad del agua en el marco del desarrollo de las CTMD. Véase, por ejemplo, EPA, *Guidance Document, “Use of Fish and Shellfish Advisories and Classifications in 303(d) and 305(b) Listing Decisions,”* 24 de octubre de 2000, disponible en <http://www.epa.gov/waterscience/library/wqstandards/shellfish.pdf>. La determinación de la CTMD en la cuenca de agua del Ochlocknee River, 28 de febrero de 2002, disponible en http://www.epa.gov/Region4/water/tmdl/georgia/ochlockonee/final_tmdls/OchlockoneeHgFinalTMDL.pdf. La Agencia de protección Ambiental del estado de Ohio, 2004 Integrated Water Quality Monitoring and Assessment Report (al examinar el uso y la consideración de las ACP para determinar el no logro de las normas de calidad del agua y compilar la lista de aguas afectadas en apego a la Ley de Agua Limpia de Ohio, párrafo 303(d), disponible en <http://www.epa.state.oh.us/dsw/tmdl/2004IntReport/2004OhioIntegratedReport.html>.

¹³³ Véase *infra*, párrafo IV(B)(iii).

¹³⁴ Según Estados Unidos no existen hoy por hoy limitaciones tecnológicas para efluentes de mercurio. Véase la Respuesta en 55 (que señala que la EPA consideró establecer tales limitaciones en 1982 cuando publicó sus directrices de limitaciones de efluentes para la categoría de fuente puntual de generadores eléctricos a vapor, pero optó por no hacerlo; parece que estos lineamientos nunca se han revisado).

¹³⁵ *Pronsolino*, 291 F.3d en 1127.

calidad limitada y, tomadas juntos, comprenden las “listas 303(d)”¹³⁶ de los estados. Éstos deben dar prioridad a todas las aguas de dichas listas con base en la gravedad de la contaminación y los usos del líquido y, de acuerdo con tales prioridades, establecer CTMD que fijen la carga total del contaminante, asignada entre fuentes naturales, puntuales y no puntuales que permitan lograr las normas de calidad del agua.¹³⁷ Las listas 303(d) y las CTMD se someten a la EPA para revisión.¹³⁸ Cuando ésta las aprueba, “las aguas identificadas y las CTMD se incorporan por el estado en un proceso de planeación continua conforme el párrafo 303e(3),¹³⁹ y convertirse en parte de la ley federal de control de la contaminación del agua.¹⁴⁰ Si la EPA desaprueba la solicitud, tiene 30 días para “hacer sus propias identificaciones de las aguas y establecer las CTMD necesarias para poner en marcha las normas aplicables de calidad del agua”.¹⁴¹

Los peticionarios aseguran que para que la EPA ejerza adecuadamente sus obligaciones conforme al programa de CTMD la Agencia debe tomar en cuenta, e imponer límites a, los contaminantes de fuentes no puntuales, incluidas las emisiones de las centrales eléctricas de mercurio al aire que a fin de cuentas se depositan en el agua.¹⁴² La petición ofrece información detallada sobre el estado de la evolución de las CTMD en los 10 estados en cuestión.¹⁴³ Los peticionarios concluyen lo siguiente:

Por lo general encontramos que las listas 303(d), aunque con frecuencia incompletas, enlistan en buena medida los cuerpos de agua afectados por ACP, pero hay poco o ningún seguimiento por el Estado o la EPA, ni siquiera en términos de la fase de elaboración del listado de tales aguas para la preparación de las CTMD... Salvo Carolina del Norte, encontramos pruebas de CTMD que se habían preparado para cuerpos de agua que habían sido afectados por contaminación atmosférica de mercurio. En los casos en que se encontraron CTMD para aguas afectadas por mercurio mediante indagaciones posteriores se confirmó por lo general que la fuente de contaminación de mercurio era una local a diferencia del problema extendido de deposición de mercurio por el aire... En un caso fuera del campo de investigación encontramos un ejemplo de una CTMD que ... identificaba deposición aérea de mercurio como la principalísima fuente de contaminación del agua.¹⁴⁴

¹³⁶ *Idaho Sportsmen’s Coalition v. Browner*, 951 F. Supp. 962, 965 (W.D. Wash. 1996).

¹³⁷ *Sierra Club v. Hankinson*, 939 F. Supp. 865, 867 (N.D. Ga. 1996).

¹³⁸ *Idaho Sportsmen’s Coalition*, 951 F. Supp. at 965 (observando que la Ley de Agua Limpia establece que tal revisión debe hacerse en 30 días)

¹³⁹ *Id.*

¹⁴⁰ *Arkansas*, 503 U.S. en 110 n.13 (señala que 40 C.F.R. s. 122.4(d), que se aplica si el permiso emitido por un programa estatal aprobado o por la misma EPA “incorpora adecuadamente a la legislación federal aquellas normas estatales que la Agencia ha determinado como ‘aplicables’. En tales condiciones, las normas de calidad del agua del estado... son parte de la ley federal del control de la contaminación del agua”).

¹⁴¹ *Idaho Sportsmen’s Coalition*, 951 F. Supp. En 965-66. Mientras que la Ley del Agua Limpia es silenciosa en cuanto a la naturaleza exacta de las obligaciones de la EPA si un estado no puede hacer ninguna sumisión inicial del todo, las cortes han sostenido que el “Congreso pensó que los deberes afirmativos de la EPA estén accionados sobre la omisión de un estado de presentar una lista, o cualquier CTMD del todo.” *Centro de Alaska para el medioambiente v. Browner*, 20 F.3d en 981, 983 (9^o Cir. 1994).

¹⁴² La petición y la respuesta coinciden en que la disposición de las emisiones de mercurio de las centrales eléctricas al aire es una fuente no puntual de contaminación del agua.

¹⁴³ Petición, anexo 12, en 13-36.

¹⁴⁴ *Id.* en 14-15.

La petición reconoce las dificultades a que se enfrentan los estados en el establecimiento de CTMD que dan cuenta de la gran cantidad de mercurio transmitido por aire que con frecuencia es interestatal.¹⁴⁵ A juicio del Secretariado la información comprendida en la petición hace que afloren aspectos centrales en cuanto al cumplimiento de la EPA en lo relativo a sus obligaciones de asegurar que se promulguen CTMD para las aguas afectadas por mercurio en los diez estados mencionados.

Estados Unidos asegura que la Ley de Agua Limpia no da a la EPA facultades para exigir a los estados a controlar la contaminación de fuentes no puntuales mediante CTMD.¹⁴⁶ En concreto, al tiempo que se coincide en que los estados están obligados a formular CTMD para las aguas que excedan las normas de calidad del agua de acuerdo con las prioridades, EU asegura que la Ley de Agua Limpia no confiere a la EPA autoridad para exigir que los estados controlen la contaminación de fuentes no puntuales mediante las CTMD.¹⁴⁷ Por tanto, según EU, “el hecho de que la EPA no haya requerido que los diez estados señalados estableciesen CTMD del mercurio... no comprueba que el país esté incurriendo en el incumplimiento de la Ley de Agua Limpia”.¹⁴⁸

Estados Unidos reconoce que incluso si las CTMD no son un mecanismo para imponer controles en las fuentes puntuales, esas cuotas deben dar cuenta de y asignar cargas de contaminantes atribuibles a fuentes no puntuales. Según Estados Unidos las CTMD son “herramientas de información básica”¹⁴⁹ que representa una meta de nivel de contaminación que se ha de alcanzar mediante el ajuste de los requerimientos de descargas de contaminantes en los permisos NPDES individuales o por estado eligiendo establecer controles de las fuentes no puntuales.¹⁵⁰ Estados Unidos ha demostrado que “pese a que la CTMD en sí misma no impone requerimientos de aplicación [en entidades reguladas], sí puede servir como una herramienta de evaluación y planeación que las autoridades locales, estatales y federales pueden usar para imponer controles u objetivos de reducción de la contaminación con el objetivo de alcanzar las normas de calidad del agua aplicables”.¹⁵¹

Los Estados Unidos proporciona la siguiente definición de una CTMD:

[Una CTMD] es la suma de las asignaciones de residuos para las fuentes puntuales o las asignaciones de carga de las fuentes no puntuales y el fondo natural. Si un cuerpo de agua receptor tiene sólo un descargador de fuente puntual, la CTMD es la suma de las fuentes

¹⁴⁵ *Id.* en 15.

¹⁴⁶ Respuesta en 33 (que señala que “las disposiciones de CTMD de la sección 303(d) no agregan una nueva autoridad de aplicación federal y la EPA no puede imponer controles obligatorios a las fuentes no puntuales”).

¹⁴⁷ *Id.* en 37 (señala que la Ley de Agua Limpia sólo requiere que la EPA actúe si *desaprueba* una solicitud 303(d) estatal; es decir, Agencia apruebe la petición del estado, pero no tiene actividades afirmativas).

¹⁴⁸ *Id.*

¹⁴⁹ *Id.*

¹⁵⁰ *Id.* en 32; véase también *Sierra Club v. Meiburg*, 296 F.3d 1021, 1025 (11th Cir. 2002) (declara que las CTMD sirven como la meta del nivel de un contaminante en un cuerpo de agua a la cual se aplica la CTMD).

¹⁵¹ SEM-98-003 (Great Lakes), Respuesta de EU a la petición (3 de diciembre de 1999). Véase también la petición, anexo 7 en la nota 26 y el texto adjunto.

puntuales de asignaciones de residuos más las asignaciones de carga de las fuentes no puntuales de contaminación y las fuentes naturales de fondo, tributarias y segmentos adyacentes... Así, el proceso de las CTMD suministra compensaciones del control de la fuente puntual.¹⁵²

Estados Unidos señala que a pesar de que la Ley de Agua Limpia no obliga a los estados a adoptar controles de fuentes no puntuales, los estados sin tales controles (incluidos, según la petición, los diez estados en cuestión) pueden alcanzar las metas del nivel de contaminantes sólo mediante la Ley de Agua Limpia, si acaso, mediante las limitaciones de efluentes en los permisos NPDES, la parte de la citada Ley de la fórmula de CTMD.¹⁵³ Estados Unidos deja claro que esto es cierto al margen de la existencia de una CTMD; en donde se ha promulgado una cuota, la parte de las asignaciones de carga de residuos de la CTMD se deben asignar entre las fuentes puntuales mediante el sistema de permisos.¹⁵⁴ Sin embargo, al preparar una CTMD, la asignación de carga de residuos sólo se puede calcular en conjunción con las asignaciones de fuentes no puntuales y fuentes naturales.

Los tribunales de Estados Unidos han señalado que las CTMD deben tomar en cuenta la contaminación de una fuente no puntual, incluso si no imponen límites reglamentarios a esas

¹⁵² 40 C.F.R. 130.2(i); véase también *Friends of the Earth v. U.S. E.P.A.*, 346 F. Supp.2d 182, 185 (D.D.C. 2004) (se señala que las CTMD se calculan “en un nivel necesario para poner en marcha las normas de calidad del agua con... un margen de seguridad que considera cualquier falta de conocimiento sobre la relación entre las limitaciones del efluente y la calidad del agua”); *San Francisco BayKeeper v. Browner*, 147 F. Supp.2d 991, 995 (N.D. Cal. 2001) (“la CTMD incluye el establecimiento de asignaciones de residuos y... cargas de residuos para las fuentes de los contaminantes para asegurar que la suma de todos éstos no excedan la CTMD. En otras palabras, la Ley de Agua Limpia exige a cada estado identificar el monto máximo de cada clase de contaminante que un cuerpo de agua puede manejar sin violar las normas de calidad del agua”).

¹⁵³ La Suprema Corte ha señalado que las normas de calidad del agua “complementan las limitaciones de efluentes de manera que las numerosas fuentes puntuales, pese al cumplimiento individual de las limitaciones de efluentes, se pueden regular más con objeto de impedir que la calidad del agua caiga por debajo de los niveles aceptables”. *Arkansas*, 503 U.S. en 101. En esta afirmación está implícito que la mayor regulación de las descargas de fuentes puntuales —que se pueden reglamentar directamente conforme a la Ley de Agua Limpia mediante los permisos NPDES— se realiza de manera adecuada al dar cuenta del monto de la contaminación de fuentes no puntuales —que no se pueden regular— en el agua afectada y ajustando las limitaciones de efluentes en consecuencia.

¹⁵⁴ Véase la respuesta en 59:

Los reglamentos del NPDES... requieren el establecimiento de un límite de efluente para cualquier contaminante que se descarga o se puede descargar en un nivel que “causará o hay posibilidades razonables de que lo haga, o contribuya a la circulación superior a la norma aplicable de calidad del agua del estado. Al determinar la necesidad de un límite de efluente para el mercurio de una fuente puntual determinada, el redactor del permiso debe considerar los controles existentes sobre otras fuentes puntuales y no puntuales que contribuyen con mercurio en el cuerpo de agua de que se trate.

Véase también 40 C.F.R. § 122.44(d)(1)(ii) (“Al determinar si una descarga causa, tiene posibilidades de hacerlo o contribuye a una circulación fluvial por encima de un... criterio de la norma de calidad del agua de un estado, la autoridad emisora del permiso habrá de usar procedimientos que tomen en cuenta los controles existentes sobre las fuentes puntuales y no puntuales de contaminación”).

fuentes.¹⁵⁵ Un tribunal indicó que las CTMD no establecen un patrón reglamentario tradicional pero, en cambio, “fungen como un eslabón en una cadena de implementación que incluye los controles a fuentes puntuales reguladas por la federación, los planes estatales o locales para la reducción de la contaminación de fuentes puntuales y no puntuales, y la evaluación del efecto de tales medidas en la calidad del agua, todo con el fin de obtener las metas de calidad del agua del país”.¹⁵⁶ Si bien la EPA puede supervisar el programa de CTMD en la manera que exigen los estatutos sin ordenar o imponer controles a los contaminantes de fuentes no puntuales, no puede hacerlo así sin considerar las fuentes no puntuales. Por ello en *Pronsolino v. Nastri*, el Noveno Circuito sostuvo que las listas de la sección § 303(d) y los requerimientos de las CTMD se aplican exclusivamente a las aguas contaminadas por fuentes no puntuales.¹⁵⁷ El tribunal lo explicó de la siguiente manera:

La lista que exige la § 303(d)(1)(A) estipula que las aguas se enlistarán si están afectadas por una combinación de fuentes puntuales y no puntuales; el lenguaje no acepta otra lectura. La sección 303(d)(1)(C), por su parte, estipula que las CTMD “habrán de establecerse en el nivel necesario para instrumentar los estándares aplicables de calidad del agua...” Así, al menos en las aguas combinadas, las CTMD deben calcularse en relación con las fuentes no puntuales de contaminación; de otra manera sería imposible ‘implementar las normas aplicables de calidad del agua’, que no distinguen entre fuentes de contaminación.¹⁵⁸

De aquí se sigue que la ausencia de una obligación de controlar los contaminantes de fuentes no puntuales no exime a la EPA de tomarlos en cuenta cuando revisa o establece las CTMD.¹⁵⁹

Incluso si la investigación se concentra sólo en la obligación de la EPA de asegurar que las CTMD tomen en cuenta (en oposición a limitar) las fuentes no puntuales de contaminación por mercurio, Estados Unidos asevera que aquella está cumpliendo eficazmente sus obligaciones. Respecto a la afirmación de los peticionarios de que la EPA debería intervenir y emitir sus propias CTMD cuando la supervisión estatal es inadecuada, Estados Unidos sostiene que dicho organismo “no tiene la autoridad para exigir que los estados establezcan CTMD para el mercurio”.¹⁶⁰ En cambio, Estados Unidos afirma que, no obstante que la EPA tiene la autoridad discrecional para adoptar una CTMD para un estado,¹⁶¹ tiene sólo un deber

¹⁵⁵ Véase, por ejemplo, *Idaho Sportsmen’s Coalition*, 951 F. Supp. en 965 (“Los cálculos conforme las CTMD ayudan a asegurar que los efectos acumulados de las descargas de diversas fuentes puntuales se toman en cuenta y se evalúan junto con la contaminación de otras fuentes no puntuales”).

¹⁵⁶ *Pronsolino v. Nastri*, 291 F.3d 1123, 1129 (9th Cir. 2002).

¹⁵⁷ *Id.* en 1132-33; véase también *id.* en 1131 (reconociendo que las “regulaciones de la EPA relativas a las listas de § 303(d)(1) y las CTMD se enfocan a alcanzar los estándares de calidad del agua, sin importar la fuente de contaminación”); 40 C.F.R. § 130.7(c)(1)(ii) (Las CTMD deben establecerse para *todos* los contaminantes que impiden el logro de los estándares de calidad del agua).

¹⁵⁸ *Pronsolino*, 291 F.3d en 1139; véase también *v. Whitman*, 297 F.3d 877, 880 (9th Cir. 2002) (“Los cálculos de las CTMD están para asegurar que se tomen en cuenta los efectos acumulados de la contaminación de descargas de diversas fuentes puntuales y no puntuales”).

¹⁵⁹ Para otras decisiones pertinentes, véanse *Friends of Wild Swan v. U.S. E.P.A.*, 130 F. Supp.2d 1184, 1188 (D. Mont. 1999), *San Francisco BayKeeper*, 147 F. Supp.2d 991, y *Idaho Sportsmen’s Coalition*, 951 F. Supp. 962.

¹⁶⁰ Respuesta en 37.

¹⁶¹ *Id.* en 38.

no discrecional para hacerlo así donde: 1) desaprueba la CMTD estatal, o 2) un estado ha realizado una “subordinación constructiva” que equivale a una decisión de no adoptar una CTMD.¹⁶² La doctrina constructiva de la petición se aplica sólo cuando un estado fracasa completamente en presentar una CTMD para cualquier contaminante y no tiene planes de presentar ninguna,¹⁶³ situación en la que al parecer no está ninguno de los diez estados en cuestión.¹⁶⁴ Estados Unidos también señala que los estados pudieran considerar la complejidad de una CTMD cuando programan las CTMD por desarrollar, y que “el desarrollo de una CTMD para el mercurio, en particular el mercurio de fuentes no puntuales, como la deposición de fuentes aéreas, es especialmente complejo”.¹⁶⁵ Aunque Estados Unidos no arguye que la obligación de asegurar que se preparen CTMD para aguas dañadas por el mercurio se dispensa cuando la preparación de una CTMD es compleja, asevera que esta complejidad proporciona una base razonable para que un estado opte por desarrollar una CTMD del mercurio más tarde en su programa de desarrollo de CTMD. No obstante, Estados Unidos reconoce que la EPA ha aprobado o establecido CTMD de mercurio para 221 cuerpos de agua en 16 estados y el Distrito de Columbia que incluyen cuotas para fuentes aéreas de mercurio.¹⁶⁶

Debido a que las CTMD que consideran las fuentes aéreas de mercurio se han elaborado para numerosas vías fluviales en varios estados a pesar de la complejidad que entraña hacerlo,¹⁶⁷ y debido a que la EPA no ha ejercido su autoridad estatutaria para establecer CTMD para mercurio en cualquiera de los diez estados en cuestión,¹⁶⁸ el Secretariado concluye que la respuesta deja abiertas preguntas cruciales que la petición plantea respecto al desarrollo de CTMD de mercurio en los estados en los cuales no hay pendientes procesos judiciales relativos al desarrollo de CTMD de mercurio. Por lo menos, esto incluye a los seis estados para los cuales no hay pendientes procesos relativos a una CTMD: Illinois, Indiana, Kentucky, Michigan, Carolina del Norte y Texas. También comprende los estados amparados por las declaraciones de conformidad donde dichas declaraciones no se ocupan del desarrollo de CTMD para aguas contaminadas por mercurio.

¹⁶² *Id.* en 37-38.

¹⁶³ *San Francisco Baykeeper*, 297 F.3d en 882-83. En vista del escaso alcance de la doctrina, los peticionarios aseveran que “[U]na de las preocupaciones más importantes para cualquier corrección privada de las CTMD de la sección 303(d) se relaciona con la doctrina de la “subordinación constructiva”. Petición, Apéndice 12, en 8.

¹⁶⁴ Véase Petición, Apéndice 12, en 13-36.

¹⁶⁵ *Id.* en 36.

¹⁶⁶ *Id.*

¹⁶⁷ El hecho de que las CTMD para mercurio que consideran la deposición aérea se han establecido para varias vías fluviales distinguen esta subordinación de las de la Ontario Power Generation y la de Grandes Lagos, para las cuales el Secretariado determinó que no estaban justificados los registros factuales. Asimismo, una CTMD puede incluir un margen de seguridad que considere las incertidumbres. Véase *Idaho Sportsmen’s Coalition*, 951 F. Supp. en 966 (“El Congreso estipuló que las CTMD deben incorporar ‘un margen de seguridad que tome en cuenta cualquier carencia de conocimiento’ exponiendo que esa falta de información exacta no debe ser pretexto para demoras”) (citando 40 C.F.R. 130.7(c)(1)).

¹⁶⁸ Respuesta en 38.

Si bien no hay un límite preciso de tiempo para elaborar las CTMD,¹⁶⁹ teniendo en cuenta que la autoridad de la EPA para rechazar una lista estatal de la sección 303(d) podría estar incurriendo en una omisión al no incluir las aguas afectadas por mercurio y ejercer su criterio para elaborar CTMD cuando un estado no lo está haciendo, el Secretariado no considera necesario que el deber de la EPA de promulgar CTMD para esos estados sea no discrecional con objeto de recomendar un expediente de hechos. La revisión del cumplimiento del gobierno de obligaciones específicas según los artículos 14 y 15 del ACAAN no se ha limitado a las obligaciones en la forma de un deber no discrecional de proceder. Efectivamente, los tribunales de Estados Unidos por lo general han considerado que las decisiones de aplicación del gobierno deben ser totalmente delegadas al criterio de la agencia y por consiguiente no suelen estar sujetas a revisión judicial, y hasta ahora tales decisiones de aplicación son el objeto de los artículos 14 y 15.¹⁷⁰ Por lo tanto, el Consejo ha instruido al Secretariado para elaborar expedientes de hechos que han presentado situaciones relativas a la manera en que el gobierno ejerce su criterio, de modo que permita a las personas interesadas sacar sus propias conclusiones de si el ejercicio del criterio por parte del gobierno constituye una omisión en el cumplimiento efectivo de su legislación.¹⁷¹ Aquí el objetivo de la petición está en la obligación suprema de la EPA de asegurar que el programa de CTMD se aplique de manera sistemática tomando en cuenta el mercurio de fuentes no puntuales, en particular las emisiones aéreas de centrales de energía, obligación que los peticionarios arguyen que requiere especial atención de la EPA porque las aguas de un estado en lo individual pudieran recibir contaminantes de mercurio por emisiones aéreas de plantas de energía ubicadas en otros estados.¹⁷²

Por las razones expuestas, el Secretariado concluye que se justifica la elaboración de un expediente de hechos que examine asuntos cruciales que la respuesta deja en la mesa

¹⁶⁹ *Compare Idaho Sportsmen's Coalition*, 951 F. Supp. en 967 (citas interiores omitidas), donde el tribunal estipuló que el programa propuesto por la EPA que permitía a Idaho elaborar “todas las CTMD necesarias” para el año calendario violó la Ley de Agua Limpia debido a “excesiva lentitud”, estableciendo que:

El papel de las CTMD en la estrategia de la Ley de Agua Limpia para mejorar la calidad del agua confirma que deben elaborarse con rapidez... Para responder a su propósito, deben estar disponibles del principio en la elaboración de un programa estatal... [Por lo tanto, mientras] un programa puede proporcionar plazos más específicos para el establecimiento de unas cuantas CTMD para segmentos limitados de calidad del agua bien estudiados en el corto plazo, y establecer sólo metas generales de planeación para el desarrollo en el largo plazo de CTMD para segmentos limitados de calidad del agua sobre los cuales se conoce poco [,]... ‘Corto plazo’ y ‘largo plazo’ en la mayoría de los casos pueden significar meses y unos cuantos años.

con San Francisco Baykeeper, 297 F.3d en 880 (un caso más reciente llevado por el Noveno Circuito sobre los lineamientos de la EPA para 1997 que plantea que los estados dejan pasar entre 8 y 13 años desde el momento en que las aguas se incluyen en las listas de la sección 303(d) hasta que se elaboran las CTMD).

¹⁷⁰ Véase *Heckler v. Chaney*, 470 U.S. 821 (1985).

¹⁷¹ En tanto que esto es cierto para todos los registros factuales que a la fecha ha autorizado el Consejo, los registros factuales de Cozumel, Río Oldman II y Tarahumara son dignos de mención.

¹⁷² Véase Petición en 36 (“En tanto que es cierto que las razones de estas fallas [adoptar CTMD en los diez estados en cuestión] son varias... , la naturaleza sistémica de la falla de una aplicación eficaz se manifiesta en la casi total carencia de acción y, más importante, la falla concomitante de la EPA para emprender acción.”)

respecto a las responsabilidades de la EPA en la aprobación o adopción de CTMD para mercurio en los diez estados en cuestión, excepto donde hay procesos pendientes o declaraciones de conformidad relativos a las CTMD de mercurio. El expediente de hechos presentaría información respecto a los esfuerzos, si los hay, que los estados y la EPA están realizando con el fin de tomar en cuenta los contaminantes de fuentes no puntuales en el desarrollo de las CTMD para el mercurio, incluyendo el modo en el cual se calculan las cuotas de carga para fuentes no puntuales y las herramientas de modelación utilizadas por la EPA para calcular las contribuciones de contaminantes a las vías fluviales por parte de fuentes aéreas específicas.¹⁷³ También examinaría el grado hasta el cual las vías fluviales dañadas por el mercurio están incluidas en las listas de la 303(d) para estos estados y cualquiera de las respuestas de la EPA a las fallas del listado estatal.

3. No se justifica un expediente de hechos en relación con las aseveraciones sobre la degradación

La otra aseveración de los peticionarios es que la EPA no está cumpliendo efectivamente la Ley de Agua Limpia mediante su aprobación de las políticas estatales contra la degradación y los procedimientos de aplicación que no salvaguardan adecuadamente los cuerpos de agua contra la deposición del mercurio que viaja en el aire.¹⁷⁴ Ellos arguyen que la EPA ha fallado en cumplir su responsabilidad de prevenir la degradación de los cuerpos de agua, tanto sustantivamente, por fallar en prevenir la degradación del agua que ocasionan las emisiones de mercurio desde plantas carboeléctricas, como en procedimiento, mediante por ejemplo fallas en ordenar la adopción de mejores prácticas de administración (MPA). Como se indicó, los peticionarios también afirman que a cada momento una vía fluvial con peces se convierte en sujeto de una ACP por mercurio y ya no es posible pescar en ella, esto es por definición un abuso de los estándares de calidad de agua para el mercurio y viola las disposiciones contra la degradación de la Ley de Agua Limpia.¹⁷⁵

Los elementos fundamentales del modelo contra la degradación de la Ley de Agua Limpia se establecen en *American Wildlands v. Browner*:¹⁷⁶

Las políticas contra la degradación adoptadas por los estados como parte de sus estándares de calidad del agua deben ser congruentes con la política federal respectiva. Las regulaciones de la EPA establecen tres niveles de protección de la calidad del agua: el Nivel I, el Nivel II, y el Nivel III. La protección del Nivel I establece los estándares mínimos de calidad del agua para todas las aguas y requiere que ‘los usos del agua afluente y el nivel de calidad del agua necesario para proteger los usos existentes debe mantenerse y protegerse’. La protección del Nivel II estipula que, donde la calidad del agua de un cuerpo de agua rebasa el necesario para mantener la vida acuática y la recreación, ese nivel de calidad del agua debe mantenerse a menos que el estado decida que ‘permitir una calidad menor del agua es necesario para alojar desarrollo social o económico importante en el área donde se ubican las aguas’. La protección

¹⁷³ Véase Respuesta en 39-40 (afirmando que las cuotas de carga pudieran variar de un cálculo razonablemente exacto a asignaciones gruesas, y pudieran elaborarse para categorías o subcategorías de fuentes).

¹⁷⁴ Petición en 10, 11.

¹⁷⁵ Petición, Apéndice 12, en 14; véase también Petición en 12-13.

¹⁷⁶ 260 F.3d 1192 (10th Cir. 2001).

del Nivel III dispone que, donde el cuerpo de agua ‘constituye un recurso nacional extraordinario, como las aguas de los parques nacionales y estatales y los refugios de vida salvaje y las aguas de importancia ecológica y recreativa excepcional, la calidad del agua deberá conservarse y protegerse’.¹⁷⁷

Las entidades federativas están obligadas a entregar sus políticas y procedimientos contra la degradación a la EPA y, si están acordes con los estándares federales, la EPA debe aprobarlos en los siguientes sesenta días.¹⁷⁸ Si no están acordes, la EPA debe, en los siguientes noventa días, notificar al estado e informar de los cambios necesarios para que las políticas y los procedimientos sean aceptables; si el estado no efectúa estos cambios en los noventa días posteriores a la notificación, la EPA está obligada a promulgar las políticas y los procedimientos para el estado.¹⁷⁹ La petición y la respuesta dejan claro que este modelo ha sido objeto de amplio litigio en Estados Unidos, de modo que su operación en general está relativamente bien consolidada.

Como se indicó, los peticionarios afirman que “la política federal contra la degradación exige el control tanto de las fuentes puntuales como de las no puntuales de contaminación en... la elaboración de la política contra la degradación y en su implementación”.¹⁸⁰ El enfoque de las afirmaciones de los peticionarios sobre la degradación reside en la contaminación de fuentes no puntuales de las emisiones aéreas de las plantas carboeléctricas. Teniendo en cuenta la decisión del Secretariado de no proceder más lejos respecto a los aspectos de la petición que aseguran que la EPA está fallando en controlar tales emisiones mediante la Ley de Agua Limpia, no son necesarias argumentaciones adicionales sobre las afirmaciones respecto a la degradación. Los procedimientos de la Ley de Aire Limpio expuestos en la sección IV.A.1 son los preceptos con los cuales en la actualidad se tratan los asuntos relativos al control de las emisiones aéreas de mercurio.

Las afirmaciones de los peticionarios respecto a la correlación de las ACP con el deterioro de las vías fluviales serían tratadas en el expediente de hechos recomendado vinculadas con sus aseveraciones relacionadas con el Sistema Nacional de Eliminación de Descargas Contaminantes. Además de estos asuntos, un expediente de hechos no se justifica en relación con las aseveraciones de que la EPA está aprobando modelos estatales inadecuados contra la degradación o fallando en la promulgación de sus propios modelos contra la degradación cuando los estados se rehúsan a adoptar los cambios enunciados por la EPA necesarios para que sus políticas y procedimientos contra la degradación estén acordes con la Ley de Agua Limpia.

V. RECOMENDACION

Por las razones anteriores, el Secretariado considera que la petición, a la luz de la respuesta de Estados Unidos, justifica la preparación de un expediente de hechos, y por la presente

¹⁷⁷ *Id.* en 1194-95 (citando 40 C.F.R. § 131.12(a)).

¹⁷⁸ *Ohio Valley Environmental Coalition v. Horinko*, 279 F. Supp.2d 732, 738-39 (S.D.W.Va., 2003).

¹⁷⁹ *Id.* en 739.

¹⁸⁰ Petición, Apéndice 12, en 15.

notifica al Consejo sobre su determinación. Como se expuso con detenimiento, un expediente de hechos se justifica para desarrollar y presentar información respecto a las aseveraciones de los peticionarios de que la EPA está fallando en aplicar de manera eficaz las secciones 303 y 402 de la Ley de Agua Limpia en los diez estados señalados por emitir o renovar permisos del Sistema Nacional de Eliminación de Descargas Contaminantes (o permitir que los estados emitan o renueven tales permisos) que autorizan descargas de mercurio de fuentes puntuales que no cumplen, o que causan o contribuyen a que no se alcance, el criterio de calidad del agua por mercurio en los cuerpos de agua receptores. El Secretariado también recomienda que se elabore un expediente de hechos para examinar las acciones de la EPA respecto del desarrollo de las CTMD de mercurio para las vías fluviales contaminadas por el mercurio en los diez estados en cuestión, excepto donde un litigio pendiente o una declaración de conformidad esté tratando las CTMD de mercurio.

Elaborar un expediente de hechos sobre los asuntos mencionados contribuirá a las metas del ACAAN mediante, entre otras cosas, aclarar los esfuerzos emprendidos para promover las políticas y prácticas de prevención de la contaminación, fortaleciendo la protección y la mejora del ambiente para el bienestar de las generaciones presente y futuras, e incrementar el cumplimiento de las regulaciones y leyes ambientales.¹⁸¹ Estos objetivos son de particular importancia considerando los graves efectos perniciosos del mercurio en el ambiente y la salud humana, en particular de niños y mujeres embarazadas, los cuales reconocen tanto la petición como la respuesta. Por consiguiente, de acuerdo con el artículo 15(1), y por las razones aducidas en este documento, el Secretariado informa al Consejo su determinación de que los propósitos del ACAAN serían bien atendidos mediante la elaboración de un expediente de hechos respecto de la petición.

Respetuosamente presentado el 5 de diciembre de 2005.

Secretariado de la Comisión para la Cooperación Ambiental

(firma en el original)
de: William V. Kennedy
Director Ejecutivo

¹⁸¹ Véase el artículo 1 del ACAAN.