

VALORACIÓN DE DAÑOS AMBIENTALES Y REHABILITACIÓN*

Marvin J. GARBIS

En los casos ambientales, los jueces deben determinar la amplitud de toda acción de remediación que repare los daños y el monto de la compensación por las afectaciones causadas.

No debemos olvidar que cuando nos referimos a contaminación y daños al ambiente estamos hablando de cambios para alcanzar lo que deseamos ver: un medio ambiente perfecto o, por lo menos, aceptable. Así es que el primer paso del juez será identificar su punto de partida. En otras palabras, ¿cuál es el medio ambiente que estamos tratando de restaurar? Permítanos a nosotros, los jueces, reconocer que el objetivo no siempre es restaurar el medio ambiente hasta alcanzar las condiciones naturales perfectas.

Por ejemplo, en el siglo XIX, una especie de trucha, la denominada “trucha marrón”, fue traída de Europa e introducida en los ríos de los estados centrales de Estados Unidos. Éste no fue un evento natural, y muchos podrían considerarlo una forma de contaminación. Sin embargo, la trucha se adaptó muy bien a los ríos, se convirtió en un pez popular para los pescadores y ahora se considera una parte maravillosa de ese medio ambiente. Pocas personas, en este caso, desearían que los ríos se restauren hasta su estado “natural” mediante la eliminación de la trucha marrón. Ahora, si alguien colocara un producto químico en un río que afectase a la trucha marrón, se pedirá a un juez una solución para restaurar las afectaciones a la trucha marrón, no para restaurar el río a su estado “natural” en el que no había trucha marrón.

* 2007.

Además de que siempre encontraremos cierto grado de contaminación, debemos tener en cuenta la proporcionalidad razonable de los costos y beneficios antes de decidir las medidas correctivas necesarias.

En la actualidad, prácticamente todas las personas en el mundo viven en un entorno en el que el aire y el agua contienen sustancias que no son naturales. Es decir, todos vivimos en un ambiente contaminado. Por supuesto, tenemos capacidad para tolerar ciertos niveles de “contaminación”, pues de lo contrario no podríamos vivir en el mundo de hoy; más aún, no podríamos tener los beneficios de la civilización sin alguna “contaminación”.

Un juez debe considerar el grado en que una sustancia contaminante es tolerable para poder así determinar las medidas correctivas que lleven a eliminar su contaminación. Desde luego, los niveles de tolerancia varían de persona a persona. Algunos pueden vivir expuestos a grandes cantidades de una sustancia sin problemas de salud, mientras que otros pueden ser altamente sensibles a esa misma sustancia. Puede ser tentador adoptar la posición de que quien contamina debe tomar las medidas correctivas que eliminen del medio ambiente todas las sustancias contaminantes. Sin embargo, puede haber un costo enorme en perseguir la perfección para llegar a un nivel cero de contaminación. Por otra parte, puede que no sea necesario pagar ese costo si se asegura que ninguna o casi ninguna persona se verá afectada por cantidades menores de una sustancia contaminante.

Si jueces o legisladores deciden que el agente contaminador debe eliminar una sustancia por completo, es necesario tener en cuenta el “nivel de detección”, es decir, la cantidad que se requiere de una sustancia para poder detectarla con los equipos disponibles. Supongamos que los dispositivos de medición actuales son capaces de determinar que el agua contiene una concentración de por lo menos una parte por millón de la sustancia X, pero no puede registrar los casos en los que existe menor concentración de dicha sustancia. Por lo tanto, una prueba de agua que tiene una parte por cada dos millones de la sustancia X ya no se registra. Si suponemos que el costo de reducir la concentración de la sustancia X a una parte por millón es razonable, resultaría entonces razonable para un contaminador solamente reducir los niveles detectables de la sustancia X. No obstante, los métodos y sistemas de detección mejoran con el tiempo y, a veces, en periodos muy cortos. Así, mejorar los sistemas hasta detectar una parte en 10 millones de la sustancia X podría cambiar drásticamente la situación. Una

orden judicial de remediación que pida la eliminación de toda sustancia X detectable se traduciría en que el nivel fuera una décima parte de aquél en que se basa la orden. Alcanzar ese nivel podría ser prácticamente imposible o resultaría costoso en exceso.

Además, hay ocasiones en las que la restauración es imposible. No se puede restaurar, por ejemplo, el suelo en una fábrica que durante décadas utilizó y desechó cromo. Pudiera considerarse la remoción total de los suelos contaminados, en cuyo caso también habría que tener en cuenta el costo del transporte y un lugar para depositarlos. Si la remoción no fuera posible, será necesario sellar la propiedad para evitar la contaminación de otros lugares.

Los jueces que buscan establecer medidas de remediación, deben tomar en cuenta el problema práctico de conseguir que se sea viable lo que se ordena.

En el famoso caso de la bahía de Boston, el juez pudo —con bastante apoyo de otras entidades gubernamentales— lograr un buen acuerdo. El agua de la bahía de Boston se había contaminado demasiado debido a una gran cantidad de descargas contaminantes, incluidas las de algunas dependencias de gobierno. La ciudad de Quincy, ubicada en la bahía cerca de Boston, demandó a una dependencia del estado de Massachusetts, responsable del puerto. El juez nombró un “maestro especial” (ayudante del juez), ex profesor de derecho en Harvard.

El maestro especial fue capaz de reunir a expertos, científicos y abogados que hicieron visitas sobre el terreno y tuvieron acceso a todas las pruebas; después presentó los estudios al juez, hizo visitas con las partes y se reunieron datos sobre las sustancias contaminantes, todo con el objetivo de lograr una conciliación.

El maestro especial presentó un informe con recomendaciones no sólo científicas, sino también políticas, ya que la resolución tendría que ser aceptable para los gobiernos federal, estatal y local a efecto de que apoyaran financieramente la construcción de un abastecimiento de agua y un sistema de alcantarillado.

En última instancia, el juez y otros actores elaboraron un plan de limpieza, determinaron las fuentes de contaminación, las medidas para lograr la limpieza, y se nombró un supervisor especial de cumplimiento del plan.

Por último, los jueces deben considerar la posibilidad de conceder una indemnización compensatoria por la contaminación y, de ser así, deben considerar a cuánto debe ascender. Esto puede requerir un pensamiento creativo y, a la vez, un enfoque realista. Puede observarse el caso de un río cuya contaminación mata a sus salmones y esto hace necesario considerar una indemnización compensatoria para diversas partes que reclaman esas afectaciones.

En este caso, el pescador comercial podría tener derecho a una indemnización por el importe que habría obtenido de una pesca que la contaminación malogró. Por supuesto que sería complejo determinar el monto a resarcir, ya que el juez tendría que considerar los gastos ahorrados por la no-pesca y las ganancias percibidas por actividades alternativas, etcétera.

Además, diversos proveedores de bienes y servicios para la pesca deportiva harían una reclamación por pérdida de sus ganancias; el gobierno local tendría derecho a reclamar la pérdida de ingresos por la venta de licencias de pesca, y los abogados de los demandantes, que son muy creativos, podrían reclamar por la pérdida de disfrute de la pesca, etcétera.

El punto de partida es que los jueces que deben decidir sobre restauración de daños y perjuicios compensatorios en casos de contaminación ambiental tienen una difícil —aunque a menudo muy interesante— misión. Una misión que requiere pensamiento creativo y coordinación con otras entidades gubernamentales.

ASSESSMENT OF DAMAGE TO THE ENVIRONMENT AND REMEDIATION*

Marvin J. GARBIS

Judges must, in environmental cases, determine the extent of any remedial action that must be undertaken to undo the environmental harm that has been done and the amount of any compensatory damages to award those injured.

We should not forget, when we are speaking of “pollution” and damage to the environment, that we are referring to some change from what we wish to consider as a perfect or, at least acceptable, environment. So the first thing to identify is the baseline for the judge’s analysis. In other words, what is the environment that we are trying to restore? Let us, as judges, recognize that it is not always the objective to restore the environment to what might be viewed as its perfectly natural condition.

For example, in the nineteenth century, a species of trout —the brown trout— was brought from Europe and introduced into rivers in the American Midwest. This was not a natural event, but could be considered by some to be a form of pollution —the introduction of an alien species. However, the trout flourished in the rivers, became a popular fish for fishermen and are, by now, considered to be a wonderful part of the environment. Few people, if any, would wish to have the rivers restored to their “natural” condition by eliminating the brown trout. And, if someone placed a chemical into a river that killed the brown trout, a judge would be asked to provide a remedy to restore the trout— not to restore the river to its “natural” condition in which there were no trout.

In addition, even though we find that there has been some pollution, we should take into account a reasonable proportionality of costs and benefits in deciding what remedial action would be required.

* 2007.

Virtually every person in today's world lives in an environment in which the air and water contain substances that are not natural. That is, we all live in a polluted environment. Of course we have the ability to tolerate some levels of "pollution". If we did not, we could not live in today's world. Moreover, we could not have the benefits of civilization without some pollution.

A judge considering remedial action to clean up pollution must consider the extent to which the polluting substance is tolerable. Of course, people vary in their levels of tolerance; some can be exposed to a great deal of a substance without health concerns, while others may be highly sensitive. It can be tempting to take the position that a polluter must take remedial measures that will eliminate all of a polluting substance from the environment. However, there can be an enormous cost in achieving perfection by getting a substance level down to zero. Moreover, it may not be necessary to do so if all, or virtually all, people will be unaffected by some small amount of a polluting substance.

If we judges, or legislators, decide that a polluter must eliminate all of a substance, it is necessary to bear in mind the "level of detection" phenomenon. In other words, how much of a substance must be present before it can be detected using currently available equipment. Assume, for example, that current measurement devices are capable of determining whether water contains at least 1 part per million of substance X, but cannot tell if there is less than that amount. Therefore, a test of water that has 1 part per 2 million of substance X will not reveal any detectable amount of substance X. If we assume that the cost of reducing the amount of substance X to 1 part per million is reasonable, it could be reasonable to direct a polluter to eliminate all detectable amounts of substance X. However, in time—and sometimes in a somewhat short period of time—detection methods improve. If, therefore, the detection methods improve so that a test can detect one part in 10 million of substance X, the situation could change drastically. A remedial order calling for the elimination of all detectable substance X would turn out to mean that the level had to be one-tenth of that on which the order was based. The achievement of that lower level could be impossible or prohibitively expensive.

Also, there are situations in which restoration is impossible. For example, the soil at a factory that, for decades, used and disposed of chromium may not be restorable. It may be necessary to consider removing the polluted soil as well as the cost of transportation and finding some location to

dispose of it. Absent removal of the polluted soil, it may be necessary to find a way to seal the property to avoid contamination of other locations.

Judges who wish to order remedial action must consider the practical problem of getting done that which is ordered to be done.

In the famous Boston Harbor case, the judge was able—with a lot of help from other governmental entities—to accomplish a great deal. The water of the Boston harbor had become very polluted because of a great deal of dumping of pollutants by many parties, including some government agencies. The city of Quincy, located on the harbor near Boston, sued a Massachusetts state agency responsible for the port. The judge appointed a Special Master (an assistant to the judge) who was a professor at the Harvard Law School.

The Special Master was able to bring together experts, both scientists and lawyers, who made on-site visits and were able to see all the evidence. The Special Master presented studies to the judge, brought the parties together, and gathered data on the polluting substances, with the aim of achieving reconciliation.

Then the Special Master presented a report, making recommendations regarding not only what should be done scientifically, but also politically, since the resolution would have to be acceptable to federal, state and local governments and those governments would financially support the creation of a good water and sewage system. Ultimately, the judge, together with others, created a clean-up plan, determined who the polluters were, what each polluter had to do to accomplish the clean-up, and established a Special Compliance Monitor to supervise the clean-up process.

Finally, judges must consider whether to award compensatory damages for pollution and, if so, how much. This can require creative thinking and a realistic approach. For example, assume that a river is polluted, salmon are killed, and it is necessary to consider compensatory damages for various claiming parties.

In this instance, commercial fisherman may be entitled to compensation for the amount they would have received for the fish they would have caught without the pollution. Of course, it would be complex to determine the amount since the judge would have to consider the expenses saved by not fishing, any amounts earned by alternative activities, etcetera.

Also, various providers of goods and services to sport fisherman would make a claim for their one lost profits. The local government would have a credible claim for lost revenue from the sale of fishing licenses. And, because plaintiffs' lawyers are very creative, there may be claims for loss of enjoyment of fishing, etcetera.

The bottom line is that judges who must decide upon compensatory damages and remedies in environmental pollution cases have a difficult, but often very interesting, assignment that can require creative thinking and coordination with other government entities.