

Revista

# APORTES

*para el Estado y la  
Administración Gubernamental*

---

## ALGUNAS PRECISIONES SOBRE EL PAPEL DE LA CIENCIA EN CASOS AMBIENTALES

Aníbal J. Falbo\*

Los casos ambientales son aquellos procesos o controversias jurídicas en los que el bien principal y autónomamente tutelado es el Ambiente o Ecosistema con sus directas proyecciones en la salud, vida y propiedad de la persona humana. 1

Cada vez que Derecho y Justicia se enfrenten con estos casos ambientales se colocarán normalmente ante ciertos niveles de incertidumbre. La incertidumbre –si bien de amplísimo rango– prácticamente, jamás desaparecerá por completo y para siempre pues ella es inherente a los problemas ambientales como lo expresara el Banco Mundial en su informe 1992 2.

Los grados, tipos y formas de la incertidumbre en cada caso ambiental serán de los más variados: ¿Cuáles son los efectos tóxicos de un compuesto a corto, mediano y largo plazo? ¿Cuáles los efectos acumulativos de un compuesto aun cuando se detecte en cantidades inferiores a las tóxicas? ¿Que una concentración de contaminante aparezca como tolerable garantiza que no produzca efectos dañosos en el futuro? ¿Cómo responden distintos ambientes u organismos a iguales contaminantes incluso en iguales concentraciones? ¿Cuál ha sido el foco emisor de una contaminación detectada? ¿Ha habido un solo foco emisor? ¿En qué medida ha contribuido cada distinto foco emisor a la contaminación? Así, cada vez que se plantee y decida un caso ambiental debe aceptarse -desde un principio- que los distintos grados de incertidumbre que aparezcan no serán una disfunción de la corroboración jurisdiccional sino, más bien, una característica omnipresente en cada caso ambiental; incluso una componente conformadora y casi definitoria de la cuestión ecológica.

### Primera Aproximación

En varias oportunidades, la Jurisprudencia de Estados Unidos de Norte América ha opinado así argumentando que las cuestiones que envuelven al ambiente están particularmente inclinadas por su natural tendencia a la incertidumbre. El hombre de la era tecnológica ha alterado su mundo en direcciones nunca antes experimentadas o anticipadas. Los efectos en la salud de tales alteraciones son generalmente desconocidos y algunas veces imposibles de conocer (Ethyl Corp. v. EPA)3.

El principio podría ser: si no existe algo de incertidumbre no estamos ante un verdadero caso ambiental. 4

El planteamiento, dirección y decisión -previamente asumida esta componente epistemológica- habrá de encauzarse dentro de una lógica jurídica desde una posición de pensamiento y una resultante de actitudes que poco habrán de tener en común con los casos no ambientales en tanto que los problemas que se plantean como consecuencia de los graves daños que produce a la naturaleza la desordenada actividad humana en el planeta, impone, a la ciencia jurídica la necesidad de revisar algunas instituciones fundamentales, que han sido consideradas aún en el presente principios jurídicos convenientes 5.

De allí que el abordaje epistemológico de las reglas de la causalidad, el juego de las presunciones, la carga

de la prueba, la atribución y distribución de responsabilidades y los alcances de los recursos deberán ser revisados y reordenados dentro de una nueva visión, no sólo del Proceso sino a la vez del rol del Derecho y de la Justicia ante estos típicos casos de alta complejidad o arduos. Este trabajo pretende ser una primera aproximación en ese sentido.

El desafío es grande y sobre él proponemos realizar las primeras reflexiones, regidos por la impronta de la urgente remediación y corrección de los daños ambientales y la obligación histórica de no permitir –ni tolerar– la destrucción del entorno bajo el peso de decadentes leyes mercantilistas y del disolvente reinado ideológico del consumismo 6.

## Precisiones

Desde el comienzo debe aceptarse que el Derecho Ambiental goza de una doble estructura: Preventiva y Reparadora<sup>7</sup>; y que su objeto no es académico sino, un compromiso social de justicia.

A ello se suma que a diario la ciencia efectúa nuevos descubrimientos y avances que detectan nuevos ecotóxicos, descubren desconocidas potencialidades dañosas y precisan métodos más sofisticados de medición y análisis.

La confluencia de la línea jurídica con la científica conforma los principios básicos del derecho ambiental mismo y es, de ese modo, el marco lógico-jurídico en el que se debe plantear, proseguir y decidir todo caso ambiental 8.

A ello debe unirse la doble naturaleza (Privada y Pública) del Derecho Ambiental dado que, sin desatender el daño o riesgo individual, se dirige a prevenir y remediar eventos de contornos que superan los de uno o varios individuos, aun cuando necesariamente los incluyan.

Las líneas demarcatorias que habrán de encauzar y proyectar el flujo de las (micro y macro) decisiones en problemas ambientales son las que comenzaron a dibujarse en lo ya dicho, destacándose el mandato preventor por sobre la incertidumbre científica y la función reparadora por sobre las formas jurídicas que podrían sistematizarse en los siguientes principios:

1. - No hay parámetros permisibles seguros. Como se ha visto no hay cálculos científicos que demuestren que la exposición a una sustancia contaminante en una concentración determinada sea segura<sup>9</sup>. Incluso, a través del tiempo, los márgenes que se creyeron seguros han ido siendo dejado de lado por otros más estrictos y rigurosos. En ese sentido, la jurisprudencia de Estados Unidos de Norte América recordó que el Congreso ha reconocido que comúnmente los márgenes de seguridad incorporados al standard de calidad ambiental se transforman y terminan por ser demasiado modestos e incluso inexistentes cada vez que nuevas informaciones revelan efectos en la salud adversos a los niveles de contaminación que al inicio se tenían como no generadores de daño ambiental (Lead Industries Association Inc. v. EPA)<sup>10</sup>

Este caso judicial versó – justamente - sobre los márgenes de seguridad que EPA (Environmental Protection Agency) impone por arriba de los parámetros considerados seguros por estudios y científicos a los fines de hacerlos más estrictos. En consecuencia, el planteo de las industrias se fundó en que EPA, al fijar esos márgenes de seguridad (que hacían más gravoso el cumplimiento de los parámetros por parte de ellas), no había considerado los costos que ello representaba para las empresas y agregaron que (en la medida que eran un margen por sobre lo aconsejado por la ciencia y estudios) la evidencia de daño al ambiente y la salud no estaba clara. La Corte fue estricta y sostuvo que factibilidades y costos eran irrelevantes como defensas y EPA había actuado correctamente imponiendo el margen de seguridad en orden a proteger y prevenir daños a la salud.

Otro caso, en alguna medida inverso, surgió cuando EPA incluyó un análisis de la factibilidad técnica de las industrias para determinar si cumplían con el parámetro permisible al fijar el amplio margen de seguridad que prescribe la Clear Air Act Secc. 112 para los contaminantes peligrosos. Al hacerlo, EPA tuvo en cuenta que las industrias se hallaran en condiciones técnicas de cumplir con el parámetro permisible de emisión de efluentes. La Justicia rechazó de plano este análisis de factibilidad técnica industrial argumentando que con él, el Administrador sustituía incorrectamente la salud de la población por la factibilidad técnica industrial, lo que fue considerado inadmisibles (NRDC v. United States EPA)<sup>11</sup>.

En ese precedente la Corte ordenó determinar lo que era seguro o a salvo en función de la salud de la

población sin tomar en cuenta la factibilidad técnica de las industrias para cumplir con ese límite, pero no ordenó una Emisión "0"<sup>12</sup>.

2. Los efectos tóxicos a mediano y largo plazo no son bien conocidos. Lo que en realidad plantea este tipo de incertidumbre es que el problema ambiental es peor de lo que se cree. Justamente, refiriéndose a los tóxicos ambientales el jurista italiano Amedeo Postiglione argumenta que los efectos dañosos no están suficientemente conocidos ni desde la óptica cuantitativa ni en lo que hace a su distribución geográfica y ni siquiera, y sobremanera, a sus precisas incidencias en orden a sus cualidades o al tiempo de aparición de efectos (efectos retardados)<sup>13</sup>.

Ni en los casos más estudiados se conocerá de manera definitiva:

- ¿Hasta cuántas generaciones futuras perjudicará (interna / genéticamente o externa/ ambientalmente)?
- ¿Hasta qué niveles puede estar perjudicando nuestro desarrollo (humano/ intelectual / cultural / productivo) o nuestra calidad de vida (afectiva/sicológica/orgánica) o nuestra expectativa de vida?
- ¿Cuáles son los efectos de un compuesto ecotóxico sumado (o mejor, potenciado) por la presencia (en el ambiente o en el organismo) de otros ecotóxicos?

Históricamente, la ciencia ha demostrado que, con el paso de los años, los estudios han ido descubriendo (sumando y no restando) efectos tóxicos a los compuestos como también la diferente y sumada gravedad y toxicidad a los contaminantes conocidos.

3. In dubio pro ambiente; In dubio pro salus.

En caso de cierta incertidumbre (o duda), debe preferirse la protección del ambiente y la salud antes que su no protección o prevención del daño ambiental. Ante la posibilidad de error habrá de preferir los riesgos de equivocarse a favor de la prevención y recuperación de los daños ambientales y jamás decidirse -ante la incertidumbre- por la no prevención o la no remediación pues esperar certidumbre normalmente nos habilitará solamente para reaccionar y no para una regulación preventiva, tal como declarara la Jurisprudencia Americana (Ethyl Corp. vs. EPA) <sup>14</sup>.

Dicho precedente extranjero estatuye que una certidumbre definitiva en cuestiones ambientales sólo podía lograrse después del hecho: recién allí pueden los científicos, con su lento y discutido escudriñar, arribar al completo conocimiento del mecanismo.

Ha sido la propia Corte Federal de Estados Unidos de Norteamérica la que ha reconocido (Industrial Union Department, AFL-CIO v. American Petroleum Institute) <sup>15</sup> lo limitado del conocimiento científico sobre el efecto a la exposición a distintos niveles de cancerígenos y ha hecho jugar la prevención al sentenciar que la Administración puede disminuir los parámetros de emisión que estadísticamente, a partir de investigaciones, se denominan seguros reconociendo a la Administración un amplio margen para hacer más estrictos dichos parámetros.<sup>16</sup>

1 Con mas razón todavía, luego de la reforma de la Constitución Nacional debemos concluir que el ambiente es un bien jurídico autónomo tutelado por el orden jurídico, más allá - y sin perjuicio - de la tutela de la persona humana en su salud, bienes y vida como integrante del ramillete de derechos involucrados ante el deterioro o daño ambiental. La Excelentísima Cámara de Apelaciones de La Plata, sentó esta postura en la causa "ALMADA C/COPETRO" cuando decreto lúcidamente que nadie puede dudar de entidad material de la naturaleza, del ambiente, la biosfera, del ecosistema o cualquiera fuera el término empleado para nominar el bien a tutelar.

No se nos escapa que el destinatario final de la tutela es, la persona humana y que el derecho al ambiente integra el elenco de los derechos personalísimos o derechos humanos para sentenciar en otro pasaje la contaminación afecta y damnifica a la persona humana. Sentencia del 9-FEB-95 de la Cámara I Sala III de La Plata.

2 Desarrollo y Medio Ambiente, informe de 1992, pag. 40.

3 541 F.2d 1 (D.C.Cir. 1976). Adviértase que la fuerza e importancia para nuestra Corte Federal de los precedentes jurisprudenciales de Estados Unidos de Norte America no es nueva ya que han sido, desde antaño, validos y de fuerza argumentativa fuerte, véase, solo como ejemplos Fallos 1:317; Fallos 2:36 y Fallos 2:43 de los años 1864 y 1865 o - más actualmente el dictamen del prestigioso Sebastián Soler como Procurador de la Corte en el "Caso Cine Callao".

Desde otro ángulo, Flaubert, luego de sus caminatas agotadoras a través de la indomable y ruda naturaleza, en carta a Madame Roger des Genettes en mayo de 1876 decía que la naturaleza no está hecha para el hombre. Hoy, 122 años después, aquella expresión parece haber trocado en su opuesto: El hombre – tecnológico/posmoderno - no está hecho para la naturaleza. Millones de años de evolución se han dilapidado -a ritmo frenético- en no más de un siglo. Y el ritmo no aparenta detenerse: todo lo contrario.

4 Además de existir siempre, en un ambiente, un conjunto de factores operando, dichos factores están a su vez modificados por el propio ambiente en el que actúan y sobre el que operan. A su vez cada factor está a su vez modificado y redirigido por las propias fuerzas y tensiones que él provoca o permite que se provoquen. Por otro lado, obsérvese el abanico de especialidades que pueden entender en una sola cuestión ambiental: química, física, geología, hidrogeología, medicina, urbanismo, geomorfología, ingeniería ambiental, epidemiología, meteorología, agropecuarias y forestales, bioquímica y biología, ciencias de la educación, economía, entre otras (incluso abogacía).

5 Tal como dice en la pag. 44 de la Publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Buenos Aires -1992- titulada "Ambiente, Energía y Derecho".

6 Existen ya innumerables autores que catalogan al consumismo como la ideología dominante después de la mitad del siglo. Esta ideología ha generado que, de los cinco mil millones de personas que habitan el planeta, solo 1/5 (mil millones) disfrute de ese nivel de consumo que propone, pero –como contrapartida- el nivel de vida de esa minoría impone una presión grosera y desproporcionada al ecosistema planetario y a las otras 4/5 partes restantes. Otro 1/5 (mil millones) tiene un nivel de consumo moderado, sin consumo superfluo, pero los 3/5 restantes (tres mil millones) no consiguen siquiera satisfacer sus necesidades vitales básicas y viven en la miseria. Para peor, generalmente es la parte más pobre y miserable la que sufre los daños ambientales más duramente (están en la primera línea de fuego por ejemplo viviendo en barrios industriales) y la aculturación las hace sus víctimas más desprotegidas e inocentes por cuanto a través de los medios masivos se les impone como objetivo el consumo predatorio de la minoría privilegiada.

7 Augusto Morello y Gabriel Stiglitz propugnan la función preventiva del derecho de daños como imperativo impostergable en situaciones (...)donde están en juego intereses colectivos de la sociedad..." en su trabajo titulado Función Preventiva del Derecho de daños publicado en Jurisprudencia Argentina 1988-III pag. 116. La Constitución Nacional prescribe que debe priorizarse la recomposición del daño ambiental, en su art. 41, primer párrafo in fine.

8 El mandato preventor no puede faltar en cualquier ley ambiental adecuada a sus fines; pongamos por ejemplo a la Ley de Agua Limpia (USA) que autoriza a los tribunales a gravar con hasta U\$S 25.000 por día por violaciones a la ley, lo que es más que suficiente para compensar la mayoría de los cumplimientos demorados. y agrega que para ser efectivas, las sanciones por incumplimiento deben costar más que el cumplimiento a tiempo. Ver :Jeffrey Miller, El control de la contaminación del agua en los Estados Unidos, publicado en el cuaderno N° 5 de Diálogos 1990 con líderes mundiales de la Política Ambiental, Fundación Banco de Boston, pág. 67 "

9 Highton, Helena, Reparación y Prevención del daño al Medio Ambiente. ¿Conviene Dañar? ¿Hay derecho a dañar? Publicado en Derecho de daños, Segunda parte, Ediciones La Rocca, Bs. As. 1993, pag. 807.

10 647 F.2d. 1130 (D.C. Cir. 1980 )

11 824 F.2d 1146 (D.C.Cir. 1987).

12 Los parámetros permisibles incluso habrán de ceder ante la acreditación de daño al ambiente (o a los seres humanos) aún cuando los parámetros administrativos permisibles se hubieren respetado. Si existió daño por contaminación, el haber cumplido con un parámetro administrativo no es ni justificativo ni excusa y pasa a segundo plano como lo entendió la Cámara de Apelaciones de la Justicia Federal de San Martín al

declarar que el art. 55 de la Ley 24.051 reprime a quien contaminare sin especificar cantidades ni calidades de tal proceder; causa Wentzel Jochen y ot. del 16-10-92 publicado en J.A. 1993-III pag. 10 y sgts. En igual sentido la Jurisprudencia Alemana ha sostenido que, en un caso de contaminación de aguas, no importaba si el contaminador (planta química) había cumplido o no con los estándares para descarga, siendo suficiente un deterioro en la calidad del agua. BGHZ 103, 129 (21-1-1988)

13 Manuale dell' Ambiente, Ed. La Nuova Italia SCientifica, Roma, 1986, pag. 22

14 541 F 2d. 1(D.C. Cir. 1976)

15 448 U.S. 607 (1980).

16 El Principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo (ECO-92) de las Naciones Unidas expresa que con el Fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación ambiental"

\*Abogado ambientalista. Docente de la Universidad Nacional de La Plata. Director del Instituto de Derecho Ambiental de la Universidad Notarial Argentina