

Mario Peña Chacón
Editor

Derecho Ambiental del siglo XXI



DERECHO AMBIENTAL DEL SIGLO XXI

DERECHO AMBIENTAL DEL SIGLO XXI

EDITOR

MARIO PEÑA CHACÓN

© de esta edición:

© ISOLMA, 2019

Compilador Mario Peña Chacón

© Editorial ISOLMA

San José - Costa Rica

Diseño e impresión: ISOLMA (jowasoma@gmail.com)

ISBN 978-9968-591-91-1

Impreso en Costa Rica - Printed in Costa Rica

Primera edición en Costa Rica, 2019

CONSEJO EDITORIAL

Lic. Frank Álvarez Hernández

Lic. Hernán Esquivel Salas

Dr. Cesar Hines Céspedes

Dr. Minor E. Salas

Dr. Román Solís Zelaya

Derechos reservados conforme a la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida, conservada en un sistema reproductor o transmitida en cualquier medio electrónico, mecánico, fotocopia, grabación o cualquier otro sin previa autorización del autor. Todos los derechos reservados. Hecho el depósito de ley.

Para esta edición Derecho Ambiental del siglo XXI se utilizó papel de 75 gramos en el interior, fabricados con pulpa de eucaliptos. Este papel se produce bajo un Sistema de Gestión Medioambiental (ISO o EMAS). La producción de celulosa blanqueada es ECF (libre de cloro elemental) o TCF (total mente libre de cloro).

Contenido

PRÓLOGO	
RAMÓN OJEDA MESTRE	7
PRESENTACIÓN	
DR. ENRIQUE ULATE CHACÓN	11
EL DERECHO AMBIENTAL DEL SIGLO XXI: REFLEXIONES PARA REFORMAS NECESARIAS	
DR. RAFAEL GONZÁLEZ BALLAR	17
JUSTICIA ECOLÓGICA DEL SIGLO XXI	
MSc. MARIO PEÑA CHACÓN	51
DERECHOS DE LA NATURALEZA: FUNDAMENTOS Y PROTECCIÓN POR EL ESTADO ECOLÓGICO DE DERECHO EN AMERICA LATINA	
DR. JOSÉ RUBENS MORATO LEITE / MSc. FLÁVIA FRANÇA DINNEBIER	93
EL DILEMA JURÍDICO RESPECTO A LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA	
MSc. RICARDO CRESPO PLAZA	133
LOS DERECHOS DE LOS ECOSISTEMAS	
MSc. ÁLVARO SAGOT RODRÍGUEZ	173
AVANCES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL COLOMBIANO: UNA MIRADA DESDE LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL	
DRA. GLORIA AMPARO RODRÍGUEZ / DR. IVÁN VARGAS-CHAVES	213

CONTENIDO

EL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD, EL ESTADO AMBIENTAL DE DERECHO Y SUS EXPRESIONES INTERNAS MAS TRASCENDENTES: LA INTEGRACIÓN Y LA SUPLETORIEDAD MSc. JOSÉ ALBERTO ESAIN	245
PARTICIPACIÓN CIUDADANA AMBIENTAL EN LATINOAMÉRICA: UNA ESTRUCTURA EN CONSTRUCCIÓN DR. EZIO COSTA CORDELLA	345
APUNTES SOBRE EL RÉGIMEN LEGAL DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA AMBIENTAL Y EL CAMBIO CLIMÁTICO MSc. JORGE CABRERA MEDAGLIA	375
INSTITUCIONES DE CAMBIO CLIMÁTICO EN MÉXICO PLANEACIÓN, IMPLEMENTACIÓN Y PROSPECTIVA DR. BENJAMÍN REVUELTA VAQUERO / DR. CLAUDIA ALEJANDRA VERDUZCO MORENO	441
COMPETENCIA CONCURRENTE DE LA SALA CONSTITUCIONAL Y DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA, CUANDO SE TRATA DE LA DEFENSA DEL DERECHO PROTEGIDO EN EL ARTÍCULO 41 CONSTITUCIONAL, EN CASOS DE DENUNCIAS O PROCEDIMIENTOS AMBIENTALES. DR. VÍCTOR OROZCO SOLANO	485
GOVERNANÇA DA ÁGUA: UM DEBATE CONSTRUTIVO A PARTIR DE DIFERENTES MODELOS DE PARTICIPAÇÃO DR. NATÁLIA JODAS	511

PRÓLOGO

CUANDO EL DERECHO GRITA

Ramón Ojeda Mestre

Prologar un libro es tarea asaz compleja. Debe el temerario tecleante bordar sobre los que escriben en la obra y destacar sus filos y sus sombras, luego de poner la lupa sobre los autores, intentar tomar una fotografía del conjunto y sus proyecciones temporales, con algo de audacia, procurar contextualizar la obra en el momento y circunstancias en que aparece, valorar la editorial que publica el texto y sus particularidades, pero sobre todo intentar poner de relevancia qué es lo que aporta este libro a la cultura jurídica universal, en este caso a los horizontes del jusambientalismo moderno.

Y es que cada obra, es en sí una estafeta cultural para otros muchos “*sapiens sapientes*” que habrán de integrar su propio talento para que la humanidad avance a su deseable porvenir, como en este caso de una brillante producción colectiva, en que una pléyade de connotados y muy reconocidos autores entregan señales de sus talentos y ciencia para que la cadena continúe iluminando la historia.

Permítame contar una anécdota como ejemplo: Ernst Haeckel el gran filósofo, médico y zoólogo alemán de mediados del siglo XIX y a quien debemos el término “ecología” inscrito por primera vez en su libro *Morphologie der Organismen* (Morfología general de los organismos) en 1866 (cuyo segundo volumen dedicó nada menos que a Charles Darwin, Wolfgang Goethe y Jean-Baptiste Lamarck), no imaginó que su obra llegaría a la biblioteca del señor Franz Mayer en la ciudad de México y que allí

PRÓLOGO

la consultaría don Andrés Molina Enríquez.

Molina Enríquez, que menciona 4 veces a Haeckel en su libro *Los Grandes Problemas Nacionales*, fue un participante influyentísimo en el proceso de juridificación constitucional de México de 1917 y en particular en el más importante artículo de esa primera Constitución social del siglo XX, el artículo 27 que se refiere a los recursos naturales.

Esto es: Haeckel escribe una obra en Alemania que habla por primera vez de la *Ecología*, la lee en México Molina Enríquez quien asiste al Congreso Constituyente del 17 como asesor estrella del diputado Pastor Rouaix y es así como las ideas de la “ecología” llegan tempranamente al derecho latinoamericano.

Ahora bien, este gran libro “*Derecho Ambiental del Siglo XXI*”, convoca y conjunta a una docena de los más lúcidos tratadistas de nuestro continente. Cada artículo de este libro es una provocación, una propuesta, un desafío intelectual y una señal cognitiva para otras de las muchas inteligencias hispano, luso, anglo y franco parlantes y autóctonas de nuestro hemisferio.

Otra ventaja de este libro donde también destacan las mujeres académicas magistrales, es que se puede leer desde cualquier artículo de interés nuestro, pues no lleva una relación angustiante de continuidad. “Otro si digo”, como estilamos pomposamente los tinterillos de por acá, esta gran obra del jusambientalismo posmoderlista no trae sesgos ideológicos o tufillos panfletarios y eso ya es también algo que se agradece a los autores tan bien seleccionados y a su coordinador.

Imposible omitir, -so pena de excomunión epistemológica-, el ubérrimo marco que proporciona el Posgrado en Derecho de la Universidad de Costa Rica y sus maes-

PRÓLOGO

trías en derecho público, derecho ambiental y justicia constitucional. Siempre se requiere un cierto clima especial para que la neurona *fosforee* y el cálamo deje su impronta, por eso es que un Pau Casals toma su Cello y sale de una España convulsa o un Einstein se encuentra con su amigo el estudiante de derecho Franz Kafka en Praga y miles de ejemplos más.

Dejo pues, a la inteligencia y al espíritu innovador, hermenéutico o exegético de los lectores muchos que esta gran obra habrá, el silencioso, el verbal o escrito veredito que siempre tienen la lectora o el leyente sobre la obra a la que le hincan el diente de la elevación neuronal.

La Ribera, Baja California Sur, México, verano del 2019.

rojedamestre@yahoo.com

PRESENTACIÓN

EL DERECHO AMBIENTAL DEL SIGLO XXI

Dr. Enrique Ulate Chacón¹

Esta obra colectiva, editada por el ilustre jurista costarricense Mario Peña Chacón, conjuga la madurez científica de doce insignes juristas de siete países de América Latina que han apostado, su quehacer y crecimiento intelectual, a reflexionar sobre el Derecho Ambiental del siglo XX, para proyectarlo y encararlo, con una visión y misión renovada, en este siglo XXI.

La misión del D.A., en palabras de Rafael González Ballar (Costa Rica), es consolidar espacios seguros para que la humanidad conviva con la Naturaleza (y no a la inversa), para lo cual la disciplina debe ser más adaptable y flexible, a los cambios, midiendo en forma real su eficiencia y eficacia. Apuesta por una *justicia ecológica “preventiva”* (no patológica), donde el vínculo entre el Derecho Ambiental, la gobernanza y la gestión protejan realmente los derechos de la naturaleza, los animales y las nuevas generaciones. Convertir al Derecho Ambiental en una tecnología social de cambio realista.

El Estado “ecológico” de derecho es, a juicio de Mario Peña Chacón (Costa Rica), el medio idóneo para alcanzar una *justicia ecológica efectiva* para el planeta. Eso sí la misma debe proyectarse a nivel local, regional, nacional, transfronteriza y planetaria (intra e intergeneracional, intra e inter especies), generando así un espacio operacional “seguro” para la humanidad y demás formas de vida.

¹ Coordinador del Doctorado en Derecho de la Universidad de Costa Rica.

PRESENTACIÓN

El Estado “*ecológico*” de derecho en América Latina, aseguran José Rubens Morato y Flavia Franca Dinnebier (Brasil), supera la visión antropocéntrica – generadora de severas crisis ambientales por la explotación y la degradación de los recursos naturales- para apostar por la protección de los derechos de la naturaleza, en forma efectiva y mediante la configuración de nuevos valores intrínsecos en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Por otra parte, subraya Ricardo Crespo Plaza (Ecuador), que el Derecho Ambiental se ha “ecologizado”, como consecuencia del enfoque –o teoría- *biocéntrica* de los derechos de la naturaleza, y que su pretensión de fondo es superar las *causas que impiden la efectiva aplicación* del Derecho Ambiental y los derechos de la naturaleza. Se busca lograr la convivencia armónica de ambos enfoques.

Álvaro Sagot (Costa Rica) orienta su ensayo también desde una óptica crítica por la falta de *efectividad “deseada”* y no generada con la normativa ambiental moderna, lo que a su criterio obedece al paradigma entre lo antropocéntrico y lo ecocéntrico, donde el sistema prevaleciente perpetúa situaciones irracionales. Apuesta también por el reconocimiento de los *derechos de los ecosistemas*, es decir por una “*ecologización*” del derecho ambiental.

La constitucionalización del derecho ambiental colombiano, se pone en evidencia en el aporte de Gloria Amparo Rodríguez e Iván Vargas Chaves (Colombia), quienes profundizan sobre la importancia de una interpretación constitucional favorable al reconocimiento de los principios de la disciplina tales como el precautorio y la *función “ecológica”* de la propiedad.

Del Estado “ambiental” de derecho, aporta José Alberto Esaín (Argentina), surge el principio de *sostenibilidad*, como un modelo de desarrollo, supuestamente consolidado, pero en realidad poco explorado, como principio.

PRESENTACIÓN

Por lo que propone, para lograr su efectividad, una integración de las fuentes ambientales, incluyendo las de rango constitucional, las normas convencionales, y la ley general, es decir, una suerte de ordenación sistemática de las mismas para su aplicación supletoria.

Ezio Costa Cordella (Chile) desarrolla el derecho de la participación ciudadana como mecanismo de *legitimidad democrática* en la toma de decisiones, en diferentes ámbitos e instituciones, en materia ambiental. Con lo cual se busca identificar y revisar si realmente existen las estructuras necesarias para hacerla efectiva. Lo anterior, considerando que en prácticamente todas las legislaciones se contempla, pero en la mayoría de los casos no se hace efectiva.

El régimen de acceso a la *información pública ambiental*, frente al cambio climático, recobra cada vez mayor importancia, subraya Jorge Cabrera Medaglia (Costa Rica), tanto desde la óptica constitucional, como jurisprudencial. De ahí la importancia de valorar la aplicación de los instrumentos internacionales, las leyes, decretos y reglamentos administrativos que regulen el acceso a dicha información, los datos, el concepto de gobierno abierto, así como los límites (intimidad, datos personales).

Como en otros países, Benjamín Revuelta Vaquero y Claudia Verduzco Moreno (México), ponen en evidencia la existencia de un marco internacional sólido frente al cambio climático, así como el Programa Especial para el Cambio Climático, pero critican las limitaciones Institucionales existentes para lograr realmente su efectividad, por lo que se requiere una reconstrucción y ajuste de las políticas nacionales, a fin de controlar mejor ese fenómeno planetario.

PRESENTACIÓN

Luego, en el trabajo de Víctor Orozco Solano (Costa Rica), se aborda la competencia concurrente entre la jurisdicción contenciosa administrativa y la Sala Constitucional, mecanismos para atender reclamos u omisiones relacionadas con la atención de las denuncias ambientales.

En fin, se analizará, por parte de Natalia Jodas (Brasil), el problema de la Gobernanza del Agua, para lo cual apuesta por la aplicación de un principio participativo y plural. Es decir, una política nacional de uso del recurso hídrico que garantice un proceso más equitativo y socialmente justo, siguiendo otros modelos existentes, valorando la potencialidad de la gobernanza, y el equilibrio de ciertos contextos y comunidades locales.

Como puede observarse de todo lo anterior, esta obra jurídica denominada “El Derecho ambiental del Siglo XXI”, en realidad provoca un cambio de paradigma favorable a la ecologización del Derecho en varias dimensiones:

1.- La primera y más fuertemente acentuada es que el reconocimiento “constitucional” del Derecho Ambiental en América Latina va más allá del simple reconocimiento del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado (visión antropocéntrica), sino también al reconocimiento de los derechos de la *naturaleza*, bajo una concepción biocéntrica o ecocéntrica. Por lo que adquiere fuerza el concepto de Estado “*ecológico*” de Derecho.

2.- La segunda orientación o reto se plantea desde el punto de vista de la *efectividad* del Derecho Ambiental, se presentan dos rutas o alternativas sumamente interesantes: La primera, es apostar por una justicia *ambiental ecológica*, en su dimensión local regional, nacional, internacional y planetaria (inter e intrageneracional); la segunda, impulsar mecanismos de *verificación*

PRESENTACIÓN

de la efectividad y eficacia de la normativa ambiental, mediante la fijación de indicadores en cuanto al derecho ambiental.-

3.- La tercera dimensión, no alejada de la anterior, se ubica en determinar si la *Institucionalidad* del Estado para el abordaje de los problemas ambientales, es suficiente y efectiva, y fácilmente se logra determinar que, en muchos casos, por ejemplo, en el abordaje al cambio climático, la gobernanza del recurso hídrico, y las garantías de participación ciudadana, dicha Institucionalidad requiere ser ajustada y remozada.

4.- La cuarta dimensión, se observan avances importantes relacionados con el desarrollo y aplicación de *principios* ambientales, sobre los cuales existen recientes instrumentos nacionales e internacionales, como pueden ser: la participación ciudadana, el acceso a la justicia ambiental y el derecho a la información ambiental, sobre todo vinculada con el cambio climático.

5.- Por último, se puede subrayar, como quinta dimensión el abordaje que se hace en relación a las *fuentes del derecho ambiental y los derechos de la naturaleza*, y su aplicación integral por parte del operador jurídico, sobre todo de la jurisprudencia, en distintos niveles, que permitan garantizar la efectividad del principio de sostenibilidad y el desarrollo del Estado ecológico de derecho. Eso permitiría ir conciliando la visión antropocéntrica de corte occidental, con la perspectiva ecocéntrica o biocéntrica desde la cosmovisión originaria indígena.

Desde el Doctorado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, y del Colegio de Abogados y Abogadas, que hoy alberga esta presentación, auguramos que esta obra permitirá generar un gran debate para remozar el Derecho Ambiental del futuro en beneficio del planeta y, sobre todo, de los derechos de la Naturaleza que nos ha al-

PRESENTACIÓN

bergado. Sin el reconocimiento y la defensa de esta “casa común”, arriesgamos nuestra propia sobrevivencia.

San José, Costa Rica, setiembre 2019.

EL DERECHO AMBIENTAL DEL SIGLO XXI: REFLEXIONES PARA REFORMAS NECESARIAS

Dr. Rafael González Ballar¹

RESUMEN: El Derecho Ambiental del siglo XXI debe priorizar cambios profundos que le permitan responder a los límites planetarios y a plantear como lograr consolidar espacios seguros para que la humanidad conviva en armonía con la Naturaleza. Para ello debe replantearse como llegar a estructurar un Derecho Ambiental más adaptable y flexible a los cambios de la época pero midiendo en forma realista sus verdadera eficiencia y eficacia. El mejor camino hacia un Estado Ecológico de Derecho es la vía de un proceso de realimentación constante del trinomio gobernanza, derecho y gestión. Un acercamiento a nuevas teorías económicas que permita humanizar más el mercado. Priorizar una Justicia Ecológica más preventiva que patológica. Profundizar más todos estos nuevos conceptos de derechos de las generaciones futuras, otorgar derecho a los animales y ríos para que tengan un significado más adecuado y realista conforme a las necesidades del procedimiento ambiental y a que el Derecho Ambiental sea una verdadera tecno-

¹ Ha sido juez contencioso y miembro del Tribunal Superior Contencioso como juez suplente. Nombrado Magistrado a.i. en el Tribunal Supremo Elecciones (2004). Ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica (2001 -2004 y 2005-2009), miembro del Consejo Universitario (2009- 2013) hoy día se desempeña como director del Posgrado de Derecho desde (2014- a la fecha). Abogado con énfasis en derecho ambiental y administrativo, es autor de libros y monografías en revistas nacionales e internacionales sobre temas ambientales y es un investigador internacional, consultor y conferenciante. Se graduó de la Universidad de Costa Rica como Lic. En derecho y notario (1977), y de la Universidad de Burdeos, Francia con Maestría en economía y derecho ambiental. Doctorado en Derecho Ambiental (1978-1981)

logía social de cambio.

PALABRAS CLAVES: Estado Ecológico de Derecho, Justicia Ecológica, Justicia Climática.

ABSTRACT: The Environmental Law of the 21st century must prioritize profound changes that allow it to respond to planetary limits and to consider how to consolidate safe spaces for humanity to live in harmony with Nature. To do so, it must rethink how to arrive at structuring an Environmental Law that is more adaptable and flexible to the changes of the era but realistically measuring its true efficiency and effectiveness. The best path towards an Ecological State of Law is the path of a constant feedback process of the trinomial governance, law and management. An approach to new economic theories that allows to humanize the market more. Prioritize an Ecological Justice more preventive than pathological. Deepen further all these new concepts of rights of future generations, grant rights to animals and rivers so that they have a more adequate and realistic meaning according to the needs of the environmental procedure and that Environmental Law will be a real social technology of change.

KEYWORDS: Ecological Rule of Law, Ecological Justice, Climate Justice.

INTRODUCCIÓN.

Desde su aparición el Derecho Ambiental (DA) arrastra un problema genético. Es una rama del derecho que nace en el seno de la sociedad capitalista neoliberal, como un posible paliativo a los abusos en la utilización de los recursos naturales y en la contaminación ambiental, y su misión la tiene que cumplir al lado del dios mercado. El defecto genético es su problema de falta de efectividad debido a la neutralización o priorización que

se le da al factor económico por encima de la protección del ambiente. Debe quedar claro que no es el DA el que va a solucionar todos los problemas del planeta. Es una labor de muchas, por no decir de todas, las ramas del derecho y disciplinas conexas, para lograr un balance positivo en lo social, económico y ambiental. Podríamos aportar muchos ejemplos, pero basta recordar lo que ha pasado con el cambio climático. Notemos que el término de desarrollo sostenible o sustentable tiene una connotación económica.

En el siglo XXI, el (DA) se encuentra inmerso en una serie de cambios planetarios,² que nos permiten analizar algunas ideas sobre el replanteamiento de su misión y de su eficiencia y eficacia.³ Es posible constatar que entrado el siglo ya suficientes avances, jurídicos, sociales y económicos nos permitirán sugerir cambios. Nuestro análisis es jurídico, *zapatero a tus zapatos*, sin embargo, el concepto de desarrollo sostenible, nos permite asomarnos en aspectos socioeconómicos por lo menos para ejemplificar mejor las ideas.

Nuestro marco teórico de referencia serán algunas de los fundamentos de la teoría realista del derecho. Sus desarrollos de la necesidad de que el derecho pueda ser una verdadera *tecnología social*, de que no busquemos verdades absolutas si no mayores grados de certidumbre para explicar la solución de los problemas jurídicos, nos parece una buena guía para nuestro análisis. “*Las normas del derecho —así como también otras*

² Están aceptados 9 procesos biofísicos (o subsistemas) de la Tierra, afectados que no permiten autorregularse al planeta (cambio climático, el agotamiento de la capa de ozono estratosférico, el cambio de uso de la tierra, el uso de agua dulce, la pérdida de biodiversidad, acidificación de los océanos, interrupción de los ciclos bioquímicos de nitrógeno y fósforo en la biosfera y los océanos, concentración de aerosoles en la atmósfera y contaminación química.

³ Les indicateurs juridiques, Outils d'évaluation de l'effectivité du droit de l'environnement, www.ifdd.francophonie.org.

*normas de la vida social— deben considerarse desde el punto de vista de su conveniencia o utilidad reales. Ellas no constituyen de ninguna manera metas en sí mismas, sino que están llamadas a colaborar en la regulación del comercio humano; por ende, deben ser valoradas según los efectos que tengan en la sociedad. La ciencia jurídica puede cumplir cabalmente la tarea antedicha, siempre y cuando se la conciba, no como una disciplina normativa, sino más bien como una tecnología social”.*⁴ Nuestro artículo es exploratorio, evidenciando desarrollos teóricos recientes que permiten, en la práctica, analizar el DA desde otras perspectivas. El esfuerzo está centrado desde el punto de vista metodológico en acercarnos a que “*El realista no se conforma con optar en función de razones esencialmente celestiales, sino que trae a la palestra también unas consideraciones severamente empíricas: se decide por una interpretación (posible) que tenga mayores probabilidades, científicamente sostenibles, de ser medio eficaz para conseguir realizar en la práctica determinado fin social bien delimitado*”.⁵

En la necesidad de hacer evidente un acercamiento más realista a los cambios del DA del siglo XXI, es necesario analizar algunos aspectos dentro de los cuales dicha rama del derecho se encuentra obligada a repensar su misión. Vamos a priorizar solo algunos aspectos. Su evolución debe permitirle adaptarse a las transiciones ecológicas que imponen nuevas realidades, conceptos a tener en cuenta (2). La necesidad de indicadores que puedan, de una forma más realista, medir su grado

⁴ Utilizaremos las obras de Haba Pedro, *Metodología realista del derecho, claves para el razonamiento jurídico de visión social práctica*, 3 tomos del 2012, Editorial de la Universidad de Costa Rica y *La ciencia de los juristas ¿Qué ciencia?*. 2015, Editorial Jurídica Continental. Ver también [tps://palestraeditores.com/producto/invitacion-al-razonamiento-juridico-realista-haba/](https://palestraeditores.com/producto/invitacion-al-razonamiento-juridico-realista-haba/)

⁵ Haba Pedro, *La ciencia de los juristas ¿Qué ciencia?*, Editorial Jurídica Continental, 2015, p.422 1era Edic.

de eficiencia y eficacia en virtud de que lo anterior se le ha señalado como uno de sus principales problemas (3). Como lograr un derecho más adaptativo o adaptable y lograr a la vez, una sincronía con cambios en la relación de la norma jurídica ambiental y de la economía (4).

1. El DA debe liderar los cambios necesarios para el logro de las transiciones ecológicas.

La transición ecológica, o las transiciones ecológicas, es un concepto de aparición reciente, principios del siglo XXI, se propone como un proceso forzoso e irreversible, se originó en la confluencia de varias observaciones hechas en la década de 1970 y abarca varias disciplinas técnicas y científicas y se concibe en el rompimiento radical con el sistema actual, la búsqueda de los objetivos, las etapas y los medios para un proceso de cambio. Solo por mencionarlos tenemos la transición alimentaria y nutricional y la socio-técnica.⁶

El sistema económico capitalista, extremadamente voraz en términos de energía y recursos naturales provoca desigualdades sociales; el aumento de la población mundial, que ha superado los 7 mil millones de habitantes, genera una presión humana sin precedentes en el sistema terrestre. La presión sobre qué tan eficiente y eficaz es el DA, ante situaciones que no cesan de evidenciar que sus regulaciones no han sido suficientes, obliga a reorientar las preocupaciones y el mismo obje-

⁶ Chabot P., *L'âge des transitions*, PUF, 2015, 192 p. y Bourg, D., « Transition écologique plutôt que développement durable », entretien, *Vraiment durable*, 2012/1, n^o 1, y para la Transición Alimentaria y nutriciona Alexandratos, N., N., Bruinsma, J., 2012. *World agriculture towards 2030/2050 : 2012 revision*. Roma : FAO, ESA Working paper. Farla J., Markard, J., Raven R., Coenen L., Sustainability transitions in the making : A closer look at actors, strategies and resources », *Technological forecasting and social change*, vol. 79, n^o 6, 2012,6 Frémeaux, Kalinowski, W. et Lalucq, A., *Transition écologique*, Éd. Les Petits matins, 2014

to de dicha rama del derecho. Por ejemplo 29 científicos liderados por Johan Rockström, (publican 2009 “Planetary Limits) y hablan de un concepto nuevo importante, espacio operativo seguro para la humanidad.

Las actividades humanas deben desarrollarse en dicho espacio seguro para la humanidad sin correr el riesgo-amenaza de superar los umbrales ecológicos del sistema terrestre; evidencian 9 procesos biofísicos (o subsistemas) de la Tierra han empeorado y no permiten al planeta autorregularse (cambio climático, el agotamiento de la capa de ozono estratosférico, el cambio de uso de la tierra, el uso de agua dulce, la pérdida de biodiversidad, acidificación de los océanos, interrupción de los ciclos bioquímicos de nitrógeno y fósforo en la biosfera y los océanos, concentración de aerosoles en la atmósfera y contaminación química).⁷ La búsqueda de ese espacio operativo seguro, la posibilidad de equilibrar esos 9 procesos biofísicos debe liderarlos el DA.

Algunos cambios al DA ya se han sugerido en informes de la Naciones Unidas en donde se tiene claro que uno de los retos para los próximos años será medir el cumplimiento de las acciones y los aspectos sobre la realimentación para el logro de las metas para el Desarrollo Sostenible, señalado por el *Environmental Rule of Law, first global report*;⁸ en igual sentido para el Derecho Internacional en el informe *Lagunas en el derecho internacional del medio ambiente y los instrumentos relacionados con el medio ambiente*.⁹ En doctrina, Caffee-

⁷ Frémeaux, PH., Kalinowski, W. et Kalucq, A., Transition écologique, Éd. Les Petits matins, 2014.

⁸ United Nations Environment Programme, *Environmental Rule of Law, first global report*, 2019, p. 228.

⁹ Naciones Unidas A/73/419* **Asamblea General**, *Lagunas en el derecho internacional del medio ambiente y los instrumentos relacionados con el medio ambiente: hacia un pacto mundial por el medio ambiente Informe del Secretario General*, 30 de noviembre de 2018. P.

ratta y Peña Chacón,¹⁰ y Fulton y Benjamin se encargan de clarificar otros retos.¹¹

Las últimas dos décadas han hecho evidente que el riesgo y la resiliencia se imponen como nuevos conceptos necesarios para sus regulaciones,¹² y por último las adaptaciones necesarias para hacer realidad un Estado Ecológico de Derecho.¹³

Es necesario, para que el DA pueda cumplir mejor su actual misión, una evolución hacia un Estado Ecológico de Derecho. Lo podemos concebir como un rompimiento con la noción tradicional de Estado. Implica un cambio ideológico pues desde el punto de vista ético el ambiente pasa a ser prioritario en las políticas públicas y en el actuar general del Estado.

¿Podrá el DA contribuir a ordenar el mercado con todas las implicaciones económicas? Sería posible si las políticas y sus regulaciones logran una producción de bienes y servicios realizada de una forma ambientalmente amigable; integridad ecológica en la protección de los ecosistemas; una visión intra e intergeneracional en que progresivamente se mejoren las condiciones de vida y los derechos humanos ambientales. Debe plantear una planificación que nos obligue a vivir dentro de los límites del planeta en cuanto a recursos naturales y elementos del ambiente. Son necesarios indicadores que nos vayan

¹⁰ Cafferatta, Néstor, De la efectividad del derecho ambiental, *La Ley*, ejemplar del 2 de octubre de 2007. Peña Chacón, Mario, El camino hacia la efectividad del derecho ambiental, *Revista Iberoamericana derecho ambiental y recursos naturales*, número 19, marzo 2016, Buenos Aires, 2016

¹¹ Scott Fulton y Antonio Benjamin, *Foundations of Sustainability*, The Environmental Forum, vol. 28, n° 6, Nov/Dec 2011.

¹² Bridget M. Hunter, *Risk, resilience, inequality and Environmental Law: prospects and obstacles*, in *Risk, Resilience, Inequality and Environmental Law*, Edward Elgar, 2017, p. 207-227.

¹³ Estado de Direito Ecológico: Conceito, Conteúdo e Novas Dimensões para a Proteção da Natureza./ Flávia França Dinnebier (Org.); José Rubens Morato (Org.); - São Paulo : Inst. O direito por um Planeta Verde, 2017.

guiando en los ajustes fundamentales para que el Estado constantemente se adapte de la mejor manera posible y evitar los riesgos propios de nuestra época, evitando al máximo el impacto antrópico al ambiente para lograr la resiliencia restrictiva del planeta.

Para poder estar más centrados en una forma más realista de hacer las cosas se impone el principio de progresividad. La idea de progresividad se encuentra en la Declaración Universal de Derechos del hombre y el ciudadano de 1948 al expresar que *...el respeto de estos derechos y libertades es asegurado con medidas **progresivas** de orden nacional e internacional y su reconocimiento y aplicación universales...*

El Pacto Internacional de los Derechos económicos, sociales y culturales de 1966 en su artículo 2 los países deben *...de asegurar **progresivamente** el pleno ejercicio de los Derechos reconocidos por el pacto...* dentro de los cuáles está el ambiente en su artículo 24.

La Convención Americana de derechos del hombre en su artículo 26 referido a los Derechos, económicos, sociales y culturales; la de los Derechos del niño de 1989 en su artículo 24; la de los Derechos de las personas con discapacidad del 2006 en su artículo 4. Deben interpretarse esos derechos de una manera evolutiva y humanitaria que permita por interpretación del juez o de la Administración, aclarar los aspectos oscuros y de mejorar progresivamente su aplicación. Debemos poner atención a la idea reciente de la ecologización de los derechos humanos.¹⁴ La recomendación es un paso progresivo para

¹⁴ Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, Sr. John H. Knox, presentado de conformidad con la resolución 37/8 del Consejo de Derechos Humanos de ONU, A/73/188, 19 de julio 2018. Los divide en derechos procedimentales o de acceso información ambiental, participación y justicia ambiental. Y los sustanciales como la vida, integridad personal, salud, agua potable, saneamiento, alimentación, vivienda y pueblos indígenas.

lograr una más amplia interpretación de dichos derechos y darle al DA del siglo XXI una cara más humana.

2. Indicadores para la eficiencia y eficacia del DA

Le debemos a Hans Kelsen el advertir que las normas jurídicas pueden valorarse, de manera general, y yo agregaría para facilitar su interpretación, con una fase estática y otra dinámica. Para él, pareciera que lo más importante era la fase dinámica permitiendo que la norma tenga una validez por pertenecer a un sistema normativo y que interesa sobre todo su producción y aplicación y que siempre pueda estar en relación con una norma superior hasta llegar a la norma hipotética fundamental.¹⁵

Tiene importancia para nosotros, en el presente artículo, rescatar el criterio de la fase dinámica. Es en ella que podremos analizar mejor los aspectos de eficiencia y eficacia, como más adelante veremos, y como se plantean en la obra que tomaremos como base para nuestros comentarios, donde se indica como algo novedoso, la necesidad de los indicadores y de qué tipo, *“Los indicadores legales que deben conservarse deben abordar los siguientes temas:*

- indicadores existenciales de la existencia de la ley, su ausencia, sus deficiencias;
- los indicadores institucionales, siendo la administración del medio ambiente un instrumento indispensable;

¹⁵ Bianchi Patricia, *Eficacia das normas ambientais*, Sao Paulo, Saravia, 2010, p. 257-258. En la fase estática se concibe el derecho como un conjunto de normas que se pueden confrontar entre ellas mismas de una forma que nos permite buscar su coherencia y sistematicidad. En la dinámica interesa sobre todo su producción y aplicación.

- indicadores sustanciales del contenido del derecho;
- Indicadores procesales que permitan el ejercicio de los derechos;
- Indicadores de control ciudadano y jurisdiccional;

En cualquier caso, es importante realizar una evaluación de la efectividad que se basa tanto en el texto legal (evaluación formal) como en la aplicación concreta o evaluación material del proceso de solicitud. La evaluación de los resultados (evaluación de resultados), es decir, el control del vínculo causal entre el texto de la ley y el nivel de contaminación encontrado, se deja de lado. Requeriría trabajo multidisciplinario diferente.¹⁶

Nos parece relevante aclarar los aportes que derivamos de la obra en comentario. Una norma jurídica será eficiente cuando señala los medios y procesos más adecuados para que esta cumpla con los objetivos que propone. La norma será eficaz si cumple los objetivos que propone y es socialmente útil -para resolver los problemas-. En este sentido la eficacia es una condición necesaria pero no suficiente para la eficiencia. Lo cierto es que lograremos un mayor grado de certidumbre en la redacción e interpretación del DA y un acercamiento para considerarlo como una tecnología social de cambio como lo plantea la teoría realista.

¹⁶ La obra *Les indicateurs juridiques, Outils d'évaluation de l'effectivité du droit de l'environnement*, consultable en www.ifdd.francophonie.org, cuyo autor es el profesor Michel Prieur, será nuestra guía en el análisis de esta parte del artículo. Es un esfuerzo realmente importante y que aporta no solo un desarrollo conceptual sino práctico del tema, pero más importante aún, el desarrollo de indicadores que serían los que permitirían de manera más objetiva orientar los cambios del derecho ambiental. Para ellos la utilidad de la ley consiste en responder a la pregunta "¿cuál es el propósito de la ley? Esto implica que uno evalúa la efectividad (eficacia para nosotros) de la ley, en relación con sus objetivos, y lo que nosotros vamos a llamar su eficiencia, en relación con las etapas de su implementación.

El segundo aporte es que podemos generar criterios para señalar el por qué una política, ley o reglamento no cumplen sus objetivos. Un primer criterio lo podemos denominar **existencial** -ausencia o lagunas en los textos- que luego valoramos su nivel de importancia. **Institucionales** -organización administrativa insuficiente o sin competencias claras- para aplicar las diversas regulaciones. **Sustanciales** -contenido esencial del texto- que se valora según el mismo señala con claridad como se cumplen los objetivos señalados. **Procedimentales** -se permite con mediana facilidad el ejercicio de los derechos consagrados- por medio de los instrumentos legales más accesibles. **Control** – se plantean formas de control administrativo, jurisdiccional o ciudadano- como parte de una necesidad propia de lograr la eficacia.

Lo importante es que se aporta una metodología que será una ayuda para el papel que jugará el DA en elaborar los indicadores que permitan evaluar las políticas públicas en la materia y la eficacia real y objetiva del mismo. Es evidente que de una manera más contundente el DA podrá lograr en el siglo XXI jugar un papel importante y no como ha sucedido hasta ahora que no contamos en ninguno de los informes nacionales, regionales o internacionales de indicadores jurídicos específicos.¹⁷

Los posibles logros propuestos serían:

“Hacer que el lugar y el papel de la ley en las políticas ambientales sean legibles y visibles para todos.

- Demostrar la utilidad del derecho ambiental en el momento de su impugnación con el pretexto de simplificación.
- Llamar la atención de los funcionarios electos y el público a las brechas y regresiones del derecho ambiental.

¹⁷ Ibid. Resumé p.XIV.

- *Permitir que el público y las autoridades estén mejor informados sobre el uso de la ley ambiental como un factor en el éxito o fracaso de las políticas ambientales.*
- *Dar al público una visión concreta de la aplicación efectiva de la legislación ambiental existente.*
- *Proporcionar a los responsables políticos, parlamentos y gobiernos evidencia sobre la implementación efectiva de las convenciones y leyes ambientales nacionales para la preparación de reformas.*
- *Permitir que los resultados de los indicadores legales se agreguen con los indicadores científicos en una fecha posterior para poder evaluar la efectividad de las políticas ambientales, es decir, la correspondencia entre los objetivos perseguidos y los resultados alcanzados”¹⁸*

Es preciso hacer notar que la obra plantea diferentes niveles de elaboración de los indicadores. En el primer nivel un grupo de encuestadores elabora, con base en el área del DA escogida, un primer nivel de los mismos teniendo como base las siguientes preguntas muy generales, ¿Es este derecho aplicable? ¿Cuál es su contenido orgánico y marco institucional? ¿Cuál es su contenido sustancial? ¿Es este derecho efectivamente aplicado por el juez? ¿Qué factores no legales pueden explicar su no aplicación o aplicación deficiente?

Podemos ver un ejemplo de la aplicación de este tipo de preguntas, en los indicadores que plantea el profesor Julien Betaille en su tesis, que es una de las obras de base que utiliza el profesor Prieur, y que estamos comentando como importante para ilustrar los distintas etapas de estructuración que se van presentando en los

¹⁸ Idem. Traducción libre del autor de este artículo.

cuatro niveles utilizados.¹⁹ Para finalizar con estos comentarios generales de la obra, ellos recomiendan que se debe conformar posteriormente una comisión de seguimiento para la metodología de medida de los indicadores. Tiene tres fases: la concepción, la experimentación y la aplicación.

Es indiscutible que el planteamiento de los indicadores es una solución, pero no la única, para lograr la eficiencia y eficacia, y al menos estamos claros que nos permite generar instrumentos de medición para priorizar formas más objetivas de valoración de las políticas, las regulaciones nacionales e internacionales y con rigor plantear cambios.

Al analizar la Política Nacional de Saneamiento en Aguas Residuales de Costa Rica, y tener un ejemplo de cómo se pueden mejorar los sistemas de evaluación y seguimiento;²⁰ si bien es cierto plantea una estructura que permitiría al final analizar resultados, para lograr una mayor objetividad y posibilidades de medir estadís-

¹⁹ Bétaille, J. « *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement* », thèse de droit, Université de Limoges 2012. Los 11 criterios para la efectividad de la ley nacional, tomados de su tesis son: Indicadores relacionados con la coherencia interna entre los ordenamientos jurídicos. Indicadores relacionados con la coherencia del ordenamiento jurídico interno. Indicadores relacionados con la sanción de la norma nacional. Los indicadores vinculados a la revisión judicial de la legalidad de la norma. Indicadores relacionados con el cuestionamiento de la responsabilidad de la administración por violación de las normas de derecho ambiental. Indicadores relacionados con el conocimiento de la norma. Indicadores relacionados con la calidad de la norma. Indicadores relacionados con la legitimidad de la norma. Indicadores para la implementación del estándar Indicadores de recepción de la norma por sus destinatarios. Los indicadores de la recepción de la norma por parte del juez.

²⁰ Política Nacional de Saneamiento en Aguas Residuales, AyA, Minae, Ministerio de Salud, 2016, La estructura es completa en cuando Plantea Enfoques, Componentes, Objetivos, Ejes Centrales, Resultado Buscado y por último los Instrumentos de Evaluación y Seguimiento.

ticamente si el planteamiento de los ejes y objetivos fue tan acertado, al confrontarlo con los instrumentos de evaluación y seguimiento que la misma política plantea, creemos que falla pues los instrumentos se refieren a informes de instituciones, informes contables, presencia de normas jurídicas, estados financieros de las inversiones canalizadas por el Ministerio de Hacienda, lo anterior sin duda es importante pero no suficiente.²¹ El aporte de la obra analizada ayuda pues estos instrumentos se plantean con parámetros e indicadores que estadísticamente o matemáticamente medirían los resultados.

El DA del siglo XXI necesita estructurar formas más ágiles para los cambios que le impone nuestra época y aparejado a lo anterior, necesitamos un DA más estructurado hacia lograr los mismos -en las políticas, legislación en general- pero de manera más rápida y adaptable.

3. Un DA más adaptable y ágil

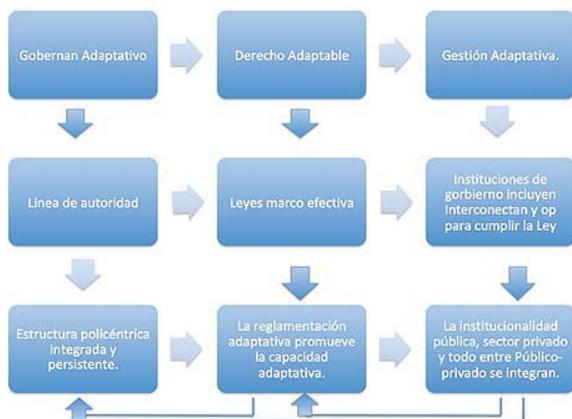
Es necesario advertir que la eficiencia y la eficacia necesitan de otros aspectos que van a permitir el proceso. En la introducción mencionamos el Estado Ecológico de Derecho, tanto el derecho como la jurisprudencia deben contribuir a su construcción y fortalecimiento. Para que el DA fortalezca dicho proceso se hace necesario buscar formas de lograr que el mismo sea más adaptable a cambios rápidos en sus regulaciones o en el logro de una gobernabilidad igualmente adaptativa, y a su vez, de una gestión con las mismas características como veremos a continuación.

El concepto, del idioma inglés *Adaptative Law*,²²

²¹ Op, cit, p.92 a 94.

²² Doctrina recomendada para el tema en *Dictionnaire juridique des transitions ecologiques*, Institut Universitaire Varenne, Collection Transition and justice, 2018. Cosens, B. A., Craig, R.K., Hirsch, S. L., Arnold, C. A., Benson,

parte de una concepción teórica y práctica, como una respuesta a la insuficiencia de las regulaciones, en nuestro caso las esencialmente ambientales, para adaptarse rápidamente a los cambios necesarios que a su vez permitan una buena gobernanza (adaptativa) y que facilite una gestión en igual sentido.²³ Se plantea una concepción de sistemas jurídicos, instituciones y de instrumentos destinados a facilitar la flexibilidad, la resiliencia y un dinamismo de la gestión en los sistemas socio-ecológicos complejos.²⁴



M.H., Decaro, D. A., Garmestani, A. S., Gosnell, H., Ruhl, J. B. et Schlager, E., « The role of law in adaptive governance », *Ecology and Society*, 22(1), 2017, article nº 30. Craig, R. K., Garmestani, A. S., Allen, C. R., Arnold, C. A., Birgé, H. E., Decaro, D. A., Fremier, A. K., Gosnell, H. et Schlager E., « Balancing stability and flexibility in adaptive governance: an analysis of tools available in U.S. environmental law », *Ecology and Society*, 22(2), 2017, article nº 3. Craig, R. K. et Ruhl, J. B., « Designing Administrative Law for Adaptive Management », *Vanderbilt Law Review*, 67(1), 2014, p. 1-88 . Las revistas pueden ser consultadas en línea.

²³ J:B: RUHL, Bárbara COSENS, Miguel F. FROHLICH, in *Adaptive Law. in Dictionnaire juridique des transitions écologiques*, Institut Universitaire Varenne, Collection Transition and justice, 2018, p.59-64.

²⁴ *Ibid.* p.59.

En el anterior esquema, se ilustra mejor la idea fundamental de que se trata de un proceso. Interpretando lo que la doctrina en comentario expone. Es claro que es un esfuerzo interdisciplinario, ciencias de la administración, sociología, derecho etc. Notemos que una gobernabilidad adaptativa²⁵ va a necesitar una línea de autoridad, pero donde existe una estructura administrativa policéntrica bien integrada y persistente. Lo anterior como veremos pues la idea es promover una participación pública y privada de amplio nivel. Es necesario para el proceso una garantía de un derecho adaptable.²⁶ Por último una gestión adaptativa.²⁷

Es claro que para estos autores “*La gobernanza adaptativa integra el derecho adaptativo y el derecho adaptativo integra la gestión adaptativa*”.²⁸ Para el DA se hace necesario el cambio en virtud de que “... *a principios de la década de 2000, se hizo cada vez más claro que el propio sistema legal, después de décadas de implementación del sistema de comando y control, estaba profundamente arraigado en las rígidas disposiciones de la ley convencional. Fue una barrera importante tanto para la implementación de la gestión adaptativa como para la adopción de la gobernanza adaptativa.*”²⁹

²⁵ “Una gobernanza que permite el surgimiento de una acción colectiva capaz de facilitar la adaptación al cambio y lo imprevisto, así como la capacidad misma de evolucionar”. Doctrina recomendada en *Dictionnaire juridique des transitions ecologiques*, Institut Universitaire Varenne, Collection Transition and justice, 2018, op.cit.p.60.

²⁶ Op.cit. p 61. El derecho, tanto público como privado, debe garantizar en todos los niveles de toma de decisiones los arreglos institucionales como los instrumentos jurídicos que optimicen la capacidad de adopción de las decisiones de una manera lo más ágil posible.

²⁷ Op.cit. p.62.

²⁸ Op.cit. p..60

²⁹ Op.cit.62-63.

No cabe duda de qué dentro de la estructuración de un Estado Ecológico de Derecho, tal y como lo caracterizamos líneas atrás, se pueden facilitar estos procesos. Sin embargo, deben tomarse en cuenta las diferencias de cada país y de los sistemas jurídicos. La transición es progresiva y los aspectos culturales en cada región son a tener en cuenta prioritariamente. Por eso, en el esquema insistimos en que el proceso necesita de una constante realimentación desde la gestión hacia el derecho y la gobernanza, con una planificación que facilite tener parámetros e indicadores para estar forzando los cambios de los instrumentos jurídicos y los distintos niveles de la gobernanza con la posible medición estadística y matemática, si fuera del caso, que pueda convencer de una manera más clara sobre las prioridades para la reforma indicada.

Los mismos teóricos plantean cuestionamientos a tener en cuenta “... *el desarrollo de un compromiso óptimo entre estabilidad y flexibilidad que no produzca demasiada rigidez ni deje demasiado espacio para la toma de decisiones arbitrarias, es quizás la más frustrante de concebir e implementar para los teóricos de la ley y los profesionales*”.³⁰

En Costa Rica, los cuestionamientos planteados, tomando como ejemplo el sector de recursos hídricos, encontramos buenas intenciones en los documentos, pero nos parece en la realidad no han correspondido a una gobernanza y gestión adaptativa³¹. Los planteamientos del PINGRH tienen claro el que, “*Los mayores retos que enfrenta Costa Rica se refieren entonces no tanto a la*

³⁰ Ibid.

³¹ Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica, Plan Nacional de Desarrollo 2015-2018 “Alberto Cañas Escalante”, San José, CR : MIDEPLAN, 2014. Decreto de Constitución del Mecanismo Nacional de Gobernanza del Agua N°41058 12 de abril 2018. Plan Nacional de Gestión Integral de los recursos hídricos (PNGIRH), 2008.

carencia de instrumentos de gestión, sino a su correcta aplicación en la práctica y a la construcción de los consensos necesarios sobre sus beneficios. La dispersión institucional es uno de los orígenes de las fallas en la aplicación del marco instrumental vigente, pero no la única. En efecto, el reto más importante se asocia a la necesidad de fortalecer las capacidades institucionales para modernizar y adecuar la gestión del recurso hídrico, con recursos financieros suficientes y bajo la concepción de una autoridad única del agua, que administre y opere unitariamente el marco instrumental para la gestión del recurso hídrico, en cantidad y calidad.”³²

Incluso es importante, tomando en cuenta el esquema que hemos utilizado líneas arriba, la forma como concebir la gobernanza, pues los documentos parecen tenerlo claro, “*La gobernanza no corresponde al fin, y si a un proceso.*”³³ El Plan Nacional de Desarrollo tiene claro que “*se demanda un sector público eficiente y eficaz, probo, transparente, responsable, capaz de irradiar una acción articulada y oportuna a través de bienes y servicios públicos de calidad. Este propósito nacional es el sentido central de la política pública*”.³⁴

Es necesario que se puedan generar, de la aplicación de las políticas y planes mencionados, los insumos para realimentar constantemente un proceso de cambio, los actores institucionales que están en el nivel de la gestión no cumplen su misión de realimentar los procesos hacia los cambios en la gobernanza y el derecho. En pocas palabras, no estamos en concordancia con los esquemas legales e institucionales más adaptables y céleres hoy recomendados para generarlo.

³² Op.cit. PINGRH, p.48.

³³ Op.cit. Decreto 41058, 12 de abril 2018, p4.

³⁴ Op.cit. Plan Nacional de Desarrollo 2015-2018, p.30.

Por último, el DA debe liderar cambios en su relación con otras ramas del derecho, pero uno de los procesos donde el derecho necesita más flexibilidad y adaptabilidad, es en el manejo de su relación con la economía y las nuevas formas que esta está planteando. Es evidente que para el crecimiento económico “verde”, el Estado debe asumir un rol diferente y más dinámico en el mercado, interiorizando los costes ambientales externos, necesita modificar el sistema de precios para aplicar el principio de “*quien contamina paga*”.

“Para evitar la supuesta arbitrariedad de estas estimaciones, algunos partidarios del crecimiento verde se proponen crear mercados que permitirían emerger un precio “objetivo”, por la confrontación de la oferta y la demanda de derechos de contaminación. El principio básico es distribuir las cuotas al comienzo del período a las compañías calculadas de modo que las emisiones globales disminuyan cada período en una cantidad determinada políticamente.”³⁵

Enfatizamos, como lo señalamos antes, que el DA no va a resolver todos los problemas ambientales. Deberá relacionarse con el Derecho del Consumidor, el Derecho Público de la Economía, el Derecho Tributario, el Derecho de la Planificación Territorial, por mencionar solo algunos. En el Estado Ecológico de Derecho, el DA tiene una misión importante sumando esfuerzos con las otras ramas mencionadas para paliar el defecto genético mencionado antes. Nos acercamos a tratar de equilibrar el dios mercado. Vamos a señalar varias propuestas de modelos económicos alternativos: la economía circular y la colaborativa, economía funcional y la economía social y solidaria y con ejemplos de leyes y acciones ambientales que empiezan a orientar sus regulaciones.

³⁵ Op.cit. Laure Després, *Dictionnaire juridique des transitions ecologiques*, p.277-280.

La economía circular es una alternativa como modelo de ajuste de recursos y necesidades. Pretende cambiar el paradigma de extraer para producir luego consumir y terminar descartando. Lo esencial está en la reducción, la reutilización y el reciclaje “*este modelo económico debe permitir responder a los desafíos ambientales, económicos, sociales y climáticos, al agotamiento de los recursos naturales mediante el uso de flujos de materia y materiales y energía*”³⁶

Tenemos un ejemplo de una regulación donde se integran los principios de la economía mencionada en la Ley sobre Economía Circular de la Comunidad de Navarra en España.³⁷ Lo mismo sucede, con diferencias, en Castilla La Mancha. Son leyes que se enmarcan en el Plan de Acción de la Economía Circular de la Unión Europea. La ley integra una serie de principios importantes tanto preventivos como persuasivos; las fianzas para las empresas; multas que se convierten en fondos verdes para utilizar en políticas y desarrollo normativo;

³⁶ Op.cit.. Agathe Van Lang, en el *Dictionnaire juridique des transitions ecologiques* mencionado, p.300-308, en resumen sus propósitos. *La transición requiere cambiar el comportamiento de todos los actores y agentes económicos, privados y públicos en las áreas de: - Ecodiseño para integrar las cuestiones ambientales desde el diseño de un producto o servicio.- abastecimiento sostenible para tener en cuenta los impactos ambientales y sociales de la extracción y uso de recursos;- ecología industrial y territorial para crear sinergias, cooperación y / o estrategias de cooperación entre operadores en un territorio y unir necesidades y recursos;- la economía de funcionalidad para favorecer su uso; - Consumo responsable para liderar al comprador público o privado, profesional o consumidor simple, para tomar decisiones teniendo en cuenta los impactos ambientales y sociales del producto en todas las etapas del ciclo de vida;- la extensión de la duración del uso de los productos para evitar el desperdicio y residuos mediante la promoción de la reparación, donación o reemplazo- Prevención, gestión y reciclaje de residuos.*

³⁷ Ángel Ruiz de Apodaca Espinosa, *Hacia la economía circular. Aspectos destacados de la Ley Foral 14/2018, de residuos y su fiscalidad*, www.Actualidad Jurídica Ambiental, España, febrero 2019. En línea consulta marzo, 2019.

colaboración con la empresa privada para la elaboración de protocolos que permitan hacer más efectivo el proceso de implementación de la ley; reciclaje, reutilización de envases etc..³⁸

La economía colaborativa, comparte características con la circular, propone el intercambio entre personas, de bienes y servicios, la mayoría de las veces captando un exceso de demanda o necesidades nuevas no atendidas por el mercado. Por medio de las plataformas virtuales o en la creación de nuevos mercados, en el caso de lo ambiental, los mercados verdes. El caso específico de un nuevo mercado es el de los bonos verdes y donde el DA puede constituirse en una fuente de regulación.³⁹

Lo innovador es que las personas pueden intercambiar no solo bienes o servicios si no también ideas y conocimientos a través de un mercado o plataforma virtual. Los ejemplos de diferentes tipos de Uber, nos permiten entender la forma diferente de prestar el servicio. Gracias a las plataformas, la conexión entre el número máximo de usuarios es posible y la mayor difusión posible de los valores sociales.

Para decirlo de otra manera, utilizada para este propósito de auténtica colaboración, la tecnología digital se convierte en la herramienta misma del progreso

³⁸ Avilés Pozo Alicia, Castilla-La Mancha prevé recaudar 15 millones de euros por tasas a empresas contaminantes, El diario.es, edición digital, 15 setiembre 2017.

³⁹ Carranza García Emilio y Rodríguez Hernández Andrés, *La utilización de bonos verdes y propuesta de regulación en Costa Rica, Tesis de licenciatura, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2018* y Op.cit. Brice Hugou, *Dictionnaire juridique des transitions ecologiques, Green bonds*, p.448-449, Veronique Martineau-Bourgninaud, *Greenwashing* p.448, 449. Se señala que existen problemas de definición de ¿Qué podemos considerar un proyecto que realmente impacte el ambiente?, ¿Se necesita un estudio de impacto ambiental para identificarlo?, ¿Cuáles son las obligaciones más importantes para reclamar incumplimientos? Como evitar el *greenwashing* de empresas que encubren muchos proyectos que no lo son?

social.⁴⁰

En un informe de Orio Garini y Walter Stahel como parte del Club de Roma, relacionado con la riqueza y el bienestar, aparece en 1980 la idea de economía de la funcionalidad en relación estrecha con el concepto de desarrollo sostenible.⁴¹

En este esquema económico, una compañía que produce seguirá siendo el propietario del bien lo cual la hace responsable a lo largo de la existencia del mismo. “*Como propietario, la empresa estará más atenta a la calidad de la producción, el uso moderado de los recursos, el reciclaje de los materiales utilizados, el grado de seguridad del producto y, sobre todo, ya no apuntará a la obsolescencia planificada de Productos a vender*”.⁴²

Por último, el esquema de la Economía Social y Solidaria, reúne un conjunto de estructuras que buscan conciliar la utilidad social, el desempeño económico y la gobernabilidad democrática, con el objetivo de crear empleos y desarrollar una mayor cohesión. Lo importante es que navegando en las aguas del dios mercado “...*coloca a las personas en el centro de los modelos organizativos, es el resultado de una larga tradición militante de emprendimiento humanista e innovador*”.⁴³

Siempre dentro de los cambios que las leyes pueden lograr tenemos que el Consejo de Ministros en Es-

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Op.cit. Eva Mouial Bassilana, *Dictionnaire juridique des transitions ecologique*, p.353-355.

⁴² Op.cit. Catherine del Cont, *Dictionnaire juridique des transitions ecologique*, 346-349.

⁴³ Op.cit. Marina Teller, *Dictionnaire juridique des transitions ecologique*, Economie Sociale et Solidaire, p.355- 358. *Tienen sus raíces en las múltiples corrientes de pensamiento del reformismo social de la época: el positivismo político de Saint-Simon (1817), el socialismo utópico de Robert Owen (1813) y Charles Fourier (1832), la asociación de trabajadores cooperativos de Louis Blanc. (1839), anarquismo mutuo de Joseph Proudhon (1865) y república cooperativa de Charles Gide (1889) (Tovar, 2016).*

paña, aprobó el Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado (2018-2025), como un instrumento de impulso y facilitación del crecimiento económico, desde el planteamiento de una economía circular, baja en carbono, eficiente en recursos, sin residuos, no contaminante y eco-innovadora.⁴⁴

En la evolución hacia un Estado Ecológico de Derecho, las propuestas económicas mencionadas, se presentan como una alternativa al manejo de los principios clásicos de la economía liberal. Lo analizado quiere evidenciar algunas de las características más importantes de estos modelos alternativos para contrarrestar los mercados tradicionales y donde el DA puede contribuir con regulaciones que permitan: el colocar al ser humano y los ecosistemas en el centro de sus preocupaciones; nuevos mercados verdes; empresas más preocupadas por la vida de sus productos por medio la responsabilidad social corporativa; leyes que incorporan en su estructura los principios más importantes de un esquema de la economía circular.

Al analizar algunas de nuestras políticas y estrategias nacionales,⁴⁵ nos encontramos con recomendaciones para la puesta en práctica de las “3 R”, reducción, reutilización y reciclaje. Sin embargo, no se proponen ni se incentiva, como lo señalamos ya para la UE un tipo de economía alternativa o fórmula económica clara que luego los textos del DA pueden desarrollar como una evolución para lograr cambios de los modelos hasta ahora depredadores con nuestros recursos naturales y el ambiente en general.

⁴⁴ Orden Ministerial PCI/86/2019, [www.Actualidad Jurídica Ambiental](http://www.ActualidadJuridicaAmbiental.es), España, Recopilatorio de febrero 2019, consulta en línea marzo, 2019.

⁴⁵ Secretaría Técnica de los ODS. (2016). *Inventario de Políticas Públicas según los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)* [Recurso Electrónico]. San José, Costa Rica: 1ª. ed. Secretaría Técnica ODS-MIDEPLAN.

4. La Justicia Ecológica (JE) y en ella la Justicia Climática del siglo XXI en manos de los jueces.

Desde la aparición de los tres casos internacionales emblemáticos, nos referimos a tres casos, todos del 2015: Urgenda de Holanda; Leghari de Pakistán, y Foster contra el Departamento de Ecología en Washington, Estados Unidos de Norteamérica; estamos ante la consolidación de un fenómeno importante para la JE del siglo XXI. Los tres casos mencionados tienen en común que son batallas jurídicas planteadas ante cortes nacionales. Importante rescatar que los fallos van en la dirección de obligar a los Estados a tomar medidas en relación con las emisiones de carbono, o a tomar cualquier otra medida para prevenir los impactos del cambio climático en los derechos humanos o en los derechos civiles de las personas reclamantes.⁴⁶ Puede verse también un análisis más específico del caso Leghari⁴⁷ para aspectos relacionados con la agricultura y el cambio climático.

El DA del siglo XXI debe contribuir al fortalecimiento de una JE con varios desafíos importantes. Incluso ya desde el siglo pasado se vienen consolidando algunos, nos referimos a la creación de tribunales o jurisdicciones ambientales; incluyendo las que sin ser ambientales utilizan procedimientos específicos para solucionar dichos conflictos.⁴⁸ Incluimos el esfuerzo que debe existir a nivel internacional para reabrir, dentro de la Corte Internacional, la sección específica para los problemas ambientales.⁴⁹ El segundo desafío es la necesi-

⁴⁶ González Ballar Rafael, *La justicia o injusticia climática. muy poco, muy lento, muy tarde. ¿existe todavía esperanza?*, en *El Derecho ambiental en la constitución política : alcances y límites* / Mario Peña Chacón, editor -- 1ª. ed. -- San José, .R. : ISOLMA, 2016.p.318-325.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid.

dad de consolidar nuevos procedimientos ambientales⁵⁰ que tengan en cuenta las especiales características de los mismos.⁵¹ Por último, está aumentando la jurisprudencia de diferentes tribunales nacionales resolviendo conflictos ambientales con ideas progresistas.

Los nuevos tribunales ambientales han aumentado en los últimos 10 años.⁵² Es una señal de la necesidad que los países han experimentado para una más efectiva solución de los conflictos en la materia.⁵³

La Corte Internacional de Justicia tuvo una sección para temas ambientales de 1993 al 2008 y se cerró por falta de casos para conocer por la CIJ. Respecto a la constitución de una sala de conformidad con el artículo 26.1 del Estatuto, hay que observar que, en 1993, la Corte creó la Sala de Asuntos Relacionados con el Medio Ambiente, que se reconstituyó periódicamente hasta 2006. En los trece años de existencia de la Sala, ningún Estado solicitó que esta tratara un asunto. Por consiguiente, en 2006 la Corte decide eliminarla. En estos momentos, pensando en los conflictos que ya experimentamos por el cambio climático, es una necesidad imperiosa contar con

⁵⁰ González Ballar, Rafael, Peña Chacón, Mario, *El Proceso Ambiental en Costa Rica*, 1 era ed. 2015, San José, Costa Rica, Isolma.

⁵¹ PRING, George - PRING Catherine, “*Greening Justice, the access initiative. Creating and improving environmental courts and tribunals*” (2009). <http://www.eufje.org/images/DocDivers/Rapport%20Pring.pdf>. Consultado el 13 de marzo del 2019.

⁵² Op.cit. p. Hace 11 años se calcularon 350 tribunales, de primera o segunda instancia y hasta administrativos, en 41 países, estamos seguros que esta cifra ya aumentó considerablemente. Executive summary. P.xiii

⁵³ Informe del Secretario General, Septuagésimo tercer período de sesiones, A/73/419, Tema 14 del programa, *Aplicación y seguimiento integrados y coordinados de los resultados de las grandes conferencias y cumbres de las Naciones Unidas en las esferas económica y social y esferas conexas. Lagunas en el derecho internacional del medio ambiente y los instrumentos relacionados con el medio ambiente: hacia un pacto mundial por el medio ambiente*. 2018.

jueces y procedimientos en estos niveles que resuelvan bajo los principios de la sostenibilidad.⁵⁴

En Costa Rica, además de la Sala Constitucional, para amparos e inconstitucionalidades, la Penal en delitos y contravenciones, desde la década de los noventas, dos leyes se encargaron, a nivel jurisdiccional, de delimitar las dos jurisdicciones que conocen la solución de conflictos ambientales, nos referimos a la Ley de Diversidad Biológica y la Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos⁵⁵ El nuevo Código Procesal Agrario,⁵⁶ regula un procedimiento especial ambiental con intención de cubrir aquellas actividades que ligadas a la agricultura, o a problemas ambientales pero no relacionados a actos administrativos o de dominio público, y que los pueda resolver de una forma más célere el juez agrario. Es posible argumentar algunas razones que facilitarían la solución de los conflictos. La Jurisdicción Agraria, como jurisdicción social, defiende grupos vulnerables, campesino, grupos indígenas y por lo tanto protege más directamente derechos humanos y más cercana a una ecologización de dichos derechos.⁵⁷

En el desafío de consolidar nuevos procedimientos ambientales ya se han presentado recomendaciones.⁵⁸

⁵⁴ Op.cit. González Ballar Rafael, La justicia o injusticia climática. muy poco, muy lento, muy tarde. ¿existe todavía esperanza?, p.320-321.

⁵⁵ Ley de Diversidad Biológica 7788, 30 abril 1998, art. 108, Ley de Uso y Conservación de Suelos 7799, art.54,55 y 56.

⁵⁶ Alcance N° 45 gaceta del 27 de Febrero del 2019, arts. 282-290.

⁵⁷ John H. Knox, Informe en A/73/188, y Opinión consultiva, CIDH-OC 23- En el sitio web <http://www.cepal.org/acuerdodeescazu> se podrá consultar información actualizada sobre el Acuerdo Regional y actividades relacionadas al Acuerdo de Escazú.,

⁵⁸ González Ballar, Rafael, Peña Chacón, Mario, *El Proceso Ambiental en Costa Rica*, 1 era ed. Isolma. 2015, San José, Costa Rica, A lo largo de la obra planteamos que los órganos jurisdiccionales con competencias ambientales deben conocer todas aquellas controversias originadas en las actividades y conductas humanas, activas u omisivas, de las autoridades públicas o de

Nuestra propuesta es un proceso que se desarrolle en dos audiencias, una preliminar y otra complementaria. La audiencia complementaria deberá ser oral y pública, y en la medida de lo posible, celebrarse en el sitio de afectación o donde acontecieron los hechos objeto de la controversia ambiental (*in situ*).

Los procesos ambientales deben ser céleres, expeditos, informales, de tramitación preferente y tutela expedita.

Deben regirse por los principios generales del proceso (oralidad, especial relevancia la inmediatez, concentración, publicidad, y gratuidad) en estricta armonía con las reglas constitucionales del debido proceso y el derecho de defensa. El objeto es la solución de las controversias y la prevención de daños, la cesación de perjuicios actuales, la reposición de las cosas al estado anterior al menoscabo y el resarcimiento económico del daño producido. La condición de derecho humano fundamental La consolidación de sus principios generales, en especial los de progresividad, no regresión y precautorio, obligan un nuevo enfoque hermenéutico para el derecho ambiental sustantivo y procesal y sobre todo a la efectividad en la solución de las controversias ambientales. Los jueces, deben tener una posición proactiva, dinámicos, directores del proceso y jefes de la prueba todo con el fin de asegurar y garantizar el interés público ambiental. Los procesos ambientales deben gozar de un privilegio de prioridad con relación a otros tipos de procesos.

Por último, existen ejemplos de tribunales de varios países, que han evidenciado nuevas categorías jurídico procesales que necesitan un mayor desarrollo.⁵⁹

los particulares, cuyo efecto impacte negativamente la vida, la salud y el ambiente, los recursos naturales, la integridad de los ecosistemas, la biodiversidad, la belleza escénica y el Patrimonio Natural del Estado.

⁵⁹ M. Valeria, Berros, Colombo, Rafael, *Medidas emergentes sobre el estatuto jurídico de los ríos, cuencas y glaciares*, Rivista Quadrimestrali di Diritto

Consideramos que con unos ejemplos puede bastar para entender el aporte del DA a precisar los alcances y límites de los mismos; “*las generaciones futuras*”⁶⁰ necesita desde los aspectos de legitimación procesal hasta los de su contenido sustancial. Otra categoría es “*el estatuto jurídico de no humano*”⁶¹. El respeto al cauce de un río, el Vilcabamba, y su relación con la regulación constitucional Ecuatoriana del Pachamama. El Atrato en Colombia y el desarrollo de los derechos bioculturales; el Ganges y el Yamuna son personas jurídicas con derechos y obligaciones; el volcán Lanin se pide su protección especial por ser lugar sagrado de la Comunidad Mapuche.⁶²

Incluso compartimos una crítica sana de Juan Martín Siano, de si con todos estos cambios y otorgamientos de derechos de todo tipo a elementos de la naturaleza estamos logrando, jurídicamente, algún beneficio real a lo que se pretende proteger.⁶³ En realidad estamos ante la aparición de nuevos valores, aspectos axiológicos propios de discusión en filosofía del derecho, y para una interpretación más rica de normas del DA, pero el aporte real estará por verse.

CONCLUSIONES:

El DA del siglo XXI debe fortalecer mecanismos más preventivos por encima de la tradicional patológica

Dell’Ambiente, Saggi-Anno 2017, número 1. Martín Siano, Juan, *Derecho ambiental: hacia un panteísmo innecesario e inconveniente*, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica, número 54 Abril / Junio 2018. p.7.

⁶⁰ M. Valeria, Berros, Colombo, Rafael, p.34.

⁶¹ Op.cit. M. Valeria, Berros, Colombo, Rafael, p.32.

⁶² Op.cit. Martín Siano, Juan, *Derecho ambiental: hacia un panteísmo innecesario e inconveniente*, p.2.

⁶³ Op.cit. Martín Siano, Juan, *Derecho ambiental: hacia un panteísmo innecesario e inconveniente*, p.8.

cuando ya los daños están consumados y ponemos en peligro el espacio seguro para la vida.

El DA enfrenta retos importantes para desarrollar políticas y regulaciones que garanticen el respeto de los límites ecológicos planetarios y priorizar la justicia ecológica preventiva.

Es necesario entender que la JE preventiva sería una prioridad en un Estado Ecológico de Derecho y éste será la base necesaria para su desarrollo.

Un DA bien articulado que garantice la realización en la práctica (como tecnología social) de cambios con probabilidades científicas claras, es uno de los pilares de la JE.

Para perfeccionar y priorizar un DA más preventivo es necesario un derecho adaptativo y flexible, (*Adaptive Law*), entendido como un proceso donde la Gobernanza, el Derecho aplicable y la Gestión convergen para un proceso más eficiente y eficaz.

La mejor forma de evolucionar el DA, es desarrollando indicadores que permitan de una manera más objetiva y medible, entender donde están las fallas en la ejecución de las sentencias, de las políticas, las regulaciones y de los procesos institucionales.

En virtud de las fallas que demuestra el poco fortalecimiento que ha tenido JE preventiva, se buscan soluciones en la justicia patológica. Lo demuestran la creación de nuevos tribunales ambientales, la búsqueda de nuevos procedimientos, y la reciente jurisprudencia de tribunales nacionales e internacionales que, ante la incapacidad de las políticas y los políticos, crean nuevos conceptos jurídicos y derechos y obligaciones para nacientes sujetos de derecho.

Es importante que la JE permita precisar los alcances y límites, procesales y sustanciales, de nuevas categorías jurídicas que han aparecido en los tribunales nacionales: las generaciones futuras, el estatuto jurídi-

co de lo no humano, la naturaleza no como objeto si no como sujeto, derechos y obligaciones para los ríos, Habeas corpus para diversos animales etc.

BIBLIOGRAFÍA

DE APODACA Espinosa, A.R., Hacia la economía circular. Aspectos destacados de la Ley Foral 14/2018, de residuos y su fiscalidad”, disponible en: [www. Actualidad Jurídica Ambiental](http://www.ActualidadJurídicaAmbiental) (consultado el 15 de mayo de 2019)

BÉTAILLE, J., Les conditions juridiques de l’effectivité de la norme en droit public interne: illustrations en droit de l’urbanisme et en droit de l’environnement », thèse de droit, Université de Limoges 2012.

BIANCHI, P., Eficacia das normas ambientais, Sao Paulo, Saravia, 2010.

BRIDGET M. Hunter, R., Resilience, Inequality and Environmental Law: prospects and obstacles, in Risk, Resilience, Inequality and Environmental Law, Edward Elgar, 2017.

CAFFERATTA, N., De la efectividad del derecho ambiental, La Ley, ejemplar del 2 de octubre de 2007.

CARRANZA García E. y Rodríguez Hernández Andrés., La utilización de bonos verdes y propuesta de regulación en Costa Rica, Tesis de licenciatura, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2018.

COSENS B. A., Craig R. K., Hirsch S. L., Arnold C. A., Benson M. H., Decaro D. A., Garmestani A. S., Gosnell H., Ruhl J. B. et Schagler E., « The role of law in adaptive governance », Ecology and Society, 22(1), 2017.

CRAIG, R. K., Garmestani A. S., Allen C. R., Arnold C. A., Birgé H. E., Decaro D. A., Fremier A. K., Gosnell H. et

Schlager E., Balancing stability and flexibility in adaptive governance: an analysis of tools available in U.S. environmental law, Ecology and Society, 22(2), 2017.

CRAIG R. K. y Ruhl J. B., Designing Administrative Law for Adaptive Management, Vanderbilt Law Review, 67(1), 2014.

Dictionnaire juridique des transitions ecologiques, Institut Universitaire Varenne, Collection Transition and justice, 2018.

DINNEBIER, F. (Org.); Morato, J.R. (Org.); Estado de Direito Ecológico: Conceito, Conteúdo e Novas Dimensões para a Proteção da Natureza São Paulo : Inst. O direito por um Planeta Verde, 2017.

GONZÁLEZ Ballar, R., La justicia o injusticia climática. muy poco, muy lento, muy tarde. ¿Existe todavía esperanza?, en El Derecho ambiental en la constitución política: alcances y límites / Mario Peña Chacón, editor -- 1ª. ed. – San José, .R.: ISOLMA, 2016

GONZÁLEZ Ballar, R., y Peña Chacón, M., El Proceso Ambiental en Costa Rica, 1 era ed. 2015, San José, Costa Rica,

HABA Muller, P., Metodología realista del derecho, claves para el razonamiento jurídico de visión social práctica, 3 tomos del 2012, Editorial de la Universidad de Costa Rica.

HABA Muller P., La ciencia de los juristas ¿Qué ciencia? 2015, Editorial Jurídica Continental.

Haba Muller, P., disponible en: <https://palestraeditores.com/producto/invitacion-al-razonamiento-juridico-realista-haba/> (consultado el 15 de mayo de 2019)

Informe del Relator Especial, Sr. John H. Knox, sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, Res. 37/8 del Consejo de Derechos Humanos de ONU, A/73/188, 19 de julio 2018.

Informe del Secretario General, Septuagésimo tercer período de sesiones, A/73/419, Tema 14 del programa, Aplicación y seguimiento integrados y coordinados de los resultados de las grandes conferencias y cumbres de las Naciones Unidas en las esferas económica y social y esferas conexas. Lagunas en el derecho internacional del medio ambiente y los instrumentos relacionados con el medio ambiente: hacia un pacto mundial por el medio ambiente. 2018.

SIANO, J.M, Derecho ambiental: hacia un panteísmo innecesario e inconveniente, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica, número 54 Abril / Junio 2018. Buenos Aires, Argentina.

BERROS, V. y Colombo, R., Medidas emergentes sobre el estatuto jurídico de los ríos, cuencas y glaciares, Rivista Quadrimestrali di Diritto Dell’Ambiente, Saggi-Anno 2017, número 1. G. Giappichelli editore, Italia.

MICHEL Prieur, Les indicateurs juridiques, Outils d’évaluation de l’effectivité du droit de l’environnement, disponible en : www.ifdd.francophonie.org (Consultado el 15 de mayo de 2019)

Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica, Plan Nacional de Desarrollo 2015-2018 “Alberto Cañas Escalante”, San José, CR : MIDEPLAN, 2014.

Naciones Unidas A/73/419 Asamblea General, Lagunas en el derecho internacional del medio ambiente y los ins-

trumentos relacionados con el medio ambiente: hacia un pacto mundial por el medio ambiente Informe del Secretario General, 30 de noviembre de 2018.

Opinión consultiva, CIDH-OC 23-17.

PEÑA Chacón, M., El camino hacia la efectividad del derecho ambiental, Revista Iberoamericana derecho ambiental y recursos naturales, número 19, marzo 2016, Buenos Aires, 2016.

Política Nacional de Saneamiento en Aguas Residuales, AyA, Minae, Ministerio de Salud, 2016.

PRING, G. y Pring C., Greening Justice, the access initiative. Creating and improving environmental courts and tribunals” (2009), disponible en: <http://www.eufje.org/images/DocDivers/Rapport%20Pring.pdf> (consultado 15 de mayo de 2019)

Secretaría Técnica de los ODS. (2016). Inventario de Políticas Públicas según los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) [Recurso Electrónico]. San José, Costa Rica: 1ª. Ed. Secretaría Técnica ODS-MIDEPLAN.

FULTON S. y Benjamin, A. Foundations of Sustainability, The Environmental Forum, vol. 28, n° 6, Nov/Dec 2011.

United Nations Environment Programme, Environmental Rule of Law, first global report, 2019.

Diarios.

AVILÉS Pozo A., Castilla-La Mancha prevé recaudar 15 millones de euros por tasas a empresas contaminantes, El diario. Esp, edición digital, 15 setiembre 2017.

JUSTICIA ECOLÓGICA DEL SIGLO XXI

MSc. Mario Peña Chacón¹

*“El siglo XXI será el
siglo de la Justicia Ecológica o no será”*

RESUMEN: La Justicia Ecológica del siglo XXI debe ser, a la vez: local, regional, nacional, transfronteriza y planetaria; intrageneracional e intergeneracional; intra especies e inter especies, teniendo como fin asegurar un espacio operacional seguro para la humanidad y las demás formas de vida.

PALABRAS CLAVES: Justicia Ambiental, Justicia Ecológica, Estado de Derecho en materia ambiental. Estado Ecológico de Derecho, Derechos de Acceso.

ABSTRACT: Ecological Justice of the 21st century must be, at the same time: local, regional, national, cross-border and planetary; intragenerational and intergenerational; and intra species and inter species, ensuring a safe operational space for humanity and other forms of life.

KEYWORDS: Environmental Justice, Ecological Justice, Environmental Rule of Law, Ecological Rule of Law, Access Rights.

¹ Coordinador de la Maestría en Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y de las Maestrías en Derecho Ambiental y Derecho Público del Sistema de Estudios de Posgrados de la Universidad de Costa Rica. Miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) y corresponsal nacional del Centre International de Droit Comparé de l'Environnement (CIDCE). Correo: mariopenachacon@gmail.com

INTRODUCCIÓN

Las nociones tradicionales del concepto justicia han demostrado, en la realidad, no ajustarse a los requerimientos, necesidades y vicisitudes propias de las cuestiones ambientales en la era geológica del Antropoceno.² Lo anterior queda confirmado tanto con el último *Informe Especial del Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático de las Naciones Unidas sobre calentamiento global de 1.5 °C*, del 8 de octubre de 2018 (IPCC, 2018), como por el *Informe Planeta Vivo del 2018 “Apuntando más alto”* (WWF, 2018), dejando al descubierto que de los nueve procesos fundamentales que sustentan la vida en la Tierra y los recursos de los que dependen los seres humanos y que permiten un espacio operacional seguro para la humanidad y las demás formas de vida, ya se han traspasado al menos cuatro de ellos: integridad de la biosfera, ciclos biogeoquímicos (nitrógeno y fósforo), el sistema del suelo y el cambio climático.³

Las fórmulas clásicas de justicia de “*dar a cada quien lo suyo*”, o bien, “*en condiciones iguales tratamiento igualitario*”, deben ser redimensionadas a la luz de una nueva ética ecológica planetaria, con el fin de poder alcanzar, a través de la Justicia Ecológica, los objetivos y fines propios de conservación (sostenibilidad ecológica y resiliencia), uso sostenible (eficiencia y prosperidad económica) y equidad social (solidaridad intra e intergeneracional y solidaridad ecológica).

² Morato Leite y França Dinnebier exponen que el término Antropoceno fue propuesto por el Nobel de Química Paul Crutzen y se refiere a la época en que los humanos sustituyeron a la naturaleza como la fuerza ambiental dominante en la Tierra, siendo que su acción ya marcó el estrato geológico.

³ De acuerdo a este informe, en 44 años se perdieron el 60% de los vertebrados del mundo.

1. Ética planetaria y Justicia Ecológica

El concepto de Justicia Ambiental aparece mencionado en la doctrina de los Estados Unidos de América en los inicios del siglo XIX, muy ligado a los criterios de la justicia social (FARACO, 2018). Los análisis utilizados se resumían en destacar grupos desfavorecidos, como las poblaciones afrodescendientes que, por cuestiones de racismo, entre otras, se encontraban expuestas a la contaminación por vivir en zonas altamente peligrosas (PEÑA, GONZÁLEZ, 2015).

La universalización del concepto Justicia Ambiental y su complejidad intrínseca, por contener aspectos nacionales, internacionales, legales, científicos, éticos, sociales, económicos y ecológicos, permite admitir su continua e inacabada evolución (PEÑA, GONZÁLEZ, 2015).

Extender la idea liberal de justicia al ambiente no ha sido suficiente; por ello, se hace imperativo elaborar una teoría que permita transformar la Justicia Ambiental en Justicia Ecológica, siendo indispensable para ello integrar una nueva ética planetaria.⁴ La forma como se logre enraizar la relación entre justicia y ética, permitirá darle los alcances necesarios a los procedimientos administrativos y procesos jurisdiccionales ambientales (PEÑA, GONZÁLEZ, 2015).

Una nueva ética ecológica planetaria, debe tener como eje central el principio de sostenibilidad ecológica y resiliencia.⁵ A tal efecto, la Justicia Ecológica debe lo-

⁴ Véase, por ejemplo, los aportes al respecto de los autores José Rubens Morato Leite, Rafael González Ballar, Patryck de Araujo Ayala, Fernanda Cavedón-Capdeville, Álvaro Sagot Rodríguez, Hugo Iván Echeverría, Ricardo Crespo Plaza, Carlos Peralta, todos de gran relevancia.

⁵ Principio 4 de la Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) acerca del Estado de Derecho en materia ambiental.

grar la protección y el restablecimiento de la integridad de los ecosistemas, al igual que mantener y mejorar la resiliencia de los sistemas socio-ecológicos. La priorización del principio de sostenibilidad y resiliencia permitirían el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales, sin sobrepasar los límites planetarios.

A la vez, una nueva ética planetaria obliga incorporar una dimensión temporal dentro del concepto Justicia, teniendo como destinatarios a las generaciones presentes y futuras, asegurándoles la efectiva tutela y satisfacción del elenco de derechos humanos ambientales, tanto sustantivos como procedimentales. Las generaciones actuales ya no ostentan un carácter exclusivo ni central en las regulaciones jurídicas, sino que emergen como sujetos responsables de disfrutar el ambiente para luego legarlo en condiciones razonables a quienes los sucederán (CAFFERATTA, 2018).

A través del principio de equidad intrageneracional,⁶ la Justicia deberá promover una distribución justa y equitativa de los beneficios de la naturaleza, incluyendo un acceso adecuado a los servicios de los ecosistemas, como así también una distribución justa y equitativa de los esfuerzos y de las cargas, en la medida que los recursos naturales deberán ser utilizados y gestionados de una manera ecológica y sostenible, siempre dentro de los límites impuestos por el principio de sostenibilidad ecológica y resiliencia.

El principio de equidad intergeneracional⁷ conlleva que la Justicia tenga también como receptor a las generaciones futuras, garantizando que la salud, la di-

⁶ Principio 7 de la Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) acerca del Estado de Derecho en materia ambiental.

⁷ Principio 8 de la Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) acerca del Estado de Derecho en materia ambiental.

versidad, las funciones ecológicas y la belleza estética del medio ambiente se mantengan o restauren para proporcionar un acceso equitativo a sus beneficios a cada generación sucesiva.

Una nueva ética planetaria impone a la Justicia Ecológica ampliar su elenco de destinatarios a todas aquellas especies con las cuales el ser humano comparte el planeta. Bajo esta racionalidad, cada ser humano, así como los otros seres vivos, tienen derecho a la conservación, protección y restauración de la salud e integridad de los ecosistemas, en la medida que la naturaleza posee un derecho intrínseco, independiente de su valoración humana, a existir, prosperar y evolucionar.⁸ Se pretende garantizar la calidad de los bienes ambientales en términos ecosistémicos e independientemente de la satisfacción que ellos produzcan a los ocasionales habitantes del planeta (CAFFERATTA, 2018). La Justicia Ecológica debe asegurar la dignidad e integridad de todas las formas de vida y la propia sobrevivencia humana (FARACO, 2018).

En esa misma lógica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos mediante la Opinión Consultiva OC-23-17 de 15 de noviembre 2017, sobre el efecto de las obligaciones derivadas del derecho ambiental en relación con las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, en el párrafo 62, dispuso:

62. Esta Corte considera importante resaltar que el derecho al medio ambiente sano como derecho autónomo, a diferencia de otros derechos, protege los componentes del medio ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos,

⁸ Principio 2 de la Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) acerca del Estado de Derecho en materia ambiental.

aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos. En este sentido, la Corte advierte una tendencia a reconocer personería jurídica y, por ende, derechos a la naturaleza no solo en sentencias judiciales sino incluso en ordenamientos constitucionales.

Ahora bien, la Justicia Ecológica debe encontrar el justo equilibrio entre integridad ecológica, eficiencia económica y equidad social, tal y como lo exige el modelo de desarrollo sostenible, mismo que debe ser reinterpretado a la luz de los principios de sostenibilidad ecológica y resiliencia, bajo una nueva concepción de *desarrollo ecológicamente sostenible*. Desarrollo ecológicamente sostenible sería aquel que se encuentre dentro de los límites de los sistemas ecológicos y que conlleve una nueva ética (LEITE, SILVEIRA, 2018).

Los anteriores conceptos, aunque teóricos, tienen trascendencia práctica al momento de interpretar y aplicar las políticas, estrategias, planes, programas y normativa ambiental (PEÑA, GONZÁLEZ, 2015).

2. Derechos ambientales de acceso

De conformidad con la Opinión Consultiva OC-23-17 y los informes del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionados con el disfrute a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, el elenco de derechos humanos ambientales se clasifica en dos

grupos, por una parte los derechos de procedimiento o de acceso: derecho de acceso a la información ambiental, a la participación pública en la toma de decisiones y a la justicia ambiental; y por la otra los derechos sustantivos, entre ellos: derecho a la vida, a la integridad personal, salud, agua potable y saneamiento, alimentación, vivienda, propiedad, paz, derechos de los pueblos indígenas y comunidades locales, derechos de las personas en casos de catástrofes, derechos de los desplazados ambientales y los derechos de los defensores de los derechos humanos.

Del principio 10 de la Declaración de Río 92⁹ derivan los denominados derechos humanos ambientales de acceso o procedimentales. Los tres derechos de acceso se encuentran ampliamente arraigados en el derecho internacional ambiental, contando desde 1998, con un primer tratado específico elaborado en el marco de la Comisión Económica de Naciones Unidas para Europa, el Convenio sobre Acceso a la Información, Participación del público en la toma de decisiones y Acceso a la Justicia en materia de medio ambiente, conocido como Convenio de Aarhus.¹⁰

⁹ Principio 10. “El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”.

¹⁰ El Convenio de Aarhus fue firmado el 25 de junio de 1998 en la ciudad danesa del mismo nombre y entró en vigor el 30 de octubre de 2001. El Convenio se estructura en torno a tres pilares que se corresponden con los tres derechos de acceso. El acceso a la información en materia ambiente es el primero de los derechos regulados por el Convenio y es un requisito pre-

La Declaración “*El Futuro que queremos*” emana de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible, conocida como *Río+20* del 2012, en su acápite 99, alentó a los Estados la adopción de medidas a nivel regional, nacional, subnacional y local para promover el acceso a la información, la participación del público en la adopción de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales.

Como consecuencia de lo anterior, el 27 de setiembre de 2018, se abrió a su firma, por parte de los 33 estados de América Latina y el Caribe miembros de la Comisión Económica para América Latina de las Naciones Unidas (CEPAL), el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información Ambiental, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en América Latina y el Caribe, conocido como Acuerdo de Escazú.¹¹

Se trata del primer acuerdo regional vinculante¹²

vio para que puedan ejercerse el resto de derechos regulados. El Convenio de Aarhus recoge el derecho de acceso a la información tanto en su vertiente activa (obligación de las entidades estatales de difundir información ambiental y elaborar informes sobre la situación ambiental), como en su vertiente pasiva (obligación estatal de entregar a los ciudadanos información ambiental que soliciten). Por su parte, la participación del público en la toma de decisiones implica la participación ciudadana en la autorización para realizar determinadas actividades, en la elaboración de planes o programas relativos al medio ambiente y en la elaboración de reglamentos. Por último, el Convenio regula el acceso a la justicia ante violaciones de los derechos de acceso a la información y participación en la autorización de actividades y ante incumplimientos del derecho ambiental por parte de las autoridades públicas o de particulares.

¹¹ A noviembre de 2018, el Acuerdo de Escazú contaba con dieciséis países firmantes: Costa Rica, Brasil, Antigua y Barbuda, Santa Lucía, Guyana, México, Panamá, Uruguay, Perú, Ecuador, Guatemala, Argentina, República Dominicana, Haití, Paraguay y Bolivia; y aún ninguna ratificación.

¹² Para el caso de Costa Rica, de conformidad con los votos constitucionales: 3705-2003, 6240-1993 y 2485-1994, el Derecho internacional de los Derechos Humanos es de obligado acatamiento y plena ejecutoriedad, incluso los instrumentos internacionales no ratificados en tanto la formulación de su texto no exijan de un desarrollo legislativo posterior. Sus normas son impe-

sobre derechos humanos y medio ambiente, cuyo objetivo es garantizar la implementación plena y efectiva, en América Latina y el Caribe, de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales.

De la mano con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (AGENDA 2030) de las Naciones Unidas¹³ y la Opinión Consultiva 23-17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos, instrumentos internacionales con los que guarda una estrecha relación jurídica, el Acuerdo de Escazú reconoce la interrelación e interdependencia existente entre la triada de derechos humanos ambientales de acceso o procedimentales y su aplicación de forma integral y equilibrada, así como su preponderante rol para efectivizar los derechos ambientales sustantivos, contribuyendo con ello al fortalecimiento de la democracia, el desarrollo sostenible y los derechos humanos en la región.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de la Opinión Consultiva OC-23-17 de fecha 15 de noviembre de 2017,¹⁴ fue enfática, con-

rativas por lo que los jueces están obligados a aplicarlas en forma automática, junto con la Constitución, los códigos y la demás normativa del país. Se trata de legislación plenamente aplicable y de exigibilidad judicial directa.

¹³ El Objetivo 16 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible denominado “*Paz, Justicia e Instituciones sólidas*”, en relación con los derechos de acceso, incluye como metas las siguientes: **16.3** Promover el estado de derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos; **16.7** Garantizar la adopción en todos los niveles de decisiones inclusivas, participativas y representativas que respondan a las necesidades; **16.10** Garantizar el acceso público a la información y proteger las libertades fundamentales, de conformidad con las leyes nacionales y los acuerdos internacionales y **16.12** Promover y aplicar leyes y políticas no discriminatorias en favor del desarrollo sostenible.

¹⁴ La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica en los votos constitucionales 2313-1995 y 12782-2018, dispuso que las resolu-

tundente y categórica en reconocer y otorgar el carácter instrumental de ciertos derechos humanos de procedimiento incluidos en la Convención Americana, tales como el derecho al acceso a la información ambiental, participación pública y acceso a la justicia ambiental, en la medida en que permiten la satisfacción de otros derechos incluidos en la Convención, tales como salud, vida e integridad personal.

Por último, el borrador preliminar del “*Pacto Global por el Medio Ambiente*”¹⁵ sintetiza los principales derechos y obligaciones consustanciales e inherentes al derecho a un ambiente sano, entre ellos los tres derechos de acceso.¹⁶

ciones de la Corte Interamericana, sentencias y opiniones consultivas, son obligatorias por tratarse de normas de Derecho Internacional Público en derechos humanos. De igual forma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-25-18 del 30 de mayo de 2018, estableció que los diversos órganos del Estado, todos, están obligados a realizar el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de su competencia no contenciosa o consultiva.

¹⁵ Texto elaborado por expertos provenientes de 40 países, bajo el impulso de Laurent Fabius, presidente del Consejo Constitucional de Francia, y del Club de Juristas de Francia, que tiene por objetivo convertirse en el tercer Pacto Internacional de Naciones Unidas, complementando los dos primeros sobre derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales, firmados ambos en 1966.

¹⁶ Sobre los tres derechos de acceso ambiental, el Borrador del Pacto Global por el Ambiente dispone: **Acceso a la información.** Toda persona, sin estar obligada a declarar un interés, tiene derecho de acceso a la información medioambiental en poder de las autoridades públicas. Las autoridades públicas recopilarán y pondrán a disposición del público, en el marco de sus legislaciones nacionales, la información ambiental pertinente. **Participación pública.** Toda persona tiene el derecho de participar, en una etapa apropiada y mientras las opciones estén aún abiertas, en la preparación de decisiones, medidas, planes, programas, actividades, políticas e instrumentos normativos de las autoridades públicas que puedan tener un efecto significativo sobre el medio ambiente. **Acceso a la justicia ambiental.** Los Estados deben garantizar el derecho de acceso efectivo y asequible a los procedimientos, incluidos los recursos judiciales y administrativos para impugnar actos u omisiones de autoridades públicas o particulares que contravengan el dere-

3. Justicia en el Estado de Derecho en materia ambiental

De acuerdo a la *Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN)* acerca del Estado de Derecho en materia ambiental,¹⁷ suscrita durante el Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN de Río de Janeiro del 2016, el Estado de Derecho en materia ambiental se entiende como el marco jurídico de derechos y obligaciones sustantivas y procesales que incorpora los principios del desarrollo ecológicamente sostenible en el Estado de Derecho. El fortalecimiento del Estado de Derecho en materia ambiental constituye la clave para la protección, conservación y restauración de la integridad ambiental. Sin él, la gobernanza ambiental y el cumplimiento de los derechos y obligaciones podrían tornarse arbitrarios, subjetivos e impredecibles.

El Estado de Derecho en materia ambiental se basa en elementos clave de la buena gobernanza, entre los cuales, se incluyen:

- La elaboración, promulgación e implementación de leyes, regulaciones y políticas claras, estrictas, ejecutables y efectivas que se gestionen eficientemente a través de procesos justos e inclusivos para lograr los más altos estándares de calidad ambiental;

cho ambiental.

¹⁷ Esta Declaración fue adoptada durante el 1er Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN, coorganizado por la Comisión Mundial de Derecho Ambiental de la UICN (WCEL, por sus siglas en inglés, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, la Organización de Estados Americanos, la Asociación Internacional de Jueces y otros socios, en abril de 2016 en la ciudad de Río de Janeiro, Brasil. Fue concluida por el Comité Directivo de la Comisión Mundial de Derecho Ambiental el 12 de febrero de 2017.

- El respeto a los derechos humanos, incluido el derecho a un medio ambiente sano, seguro, y sostenible;
- Medidas para asegurar el cumplimiento efectivo de leyes, reglamentos y políticas, incluyendo una adecuada aplicación del derecho penal, civil y administrativo, la responsabilidad por daños ambientales y mecanismos para la resolución imparcial, independiente y oportuna de las controversias;
- Reglas eficaces sobre el acceso equitativo a la información, la participación pública en la toma de decisiones y el acceso a la justicia;
- La auditoría ambiental y la elaboración de informes, junto con otros mecanismos eficaces de rendición de cuentas, transparencia, ética, integridad y lucha contra la corrupción, y
- La utilización de los mejores conocimientos científicos disponibles.

La citada Declaración desarrolla ampliamente una serie de principios generales y emergentes para promover y alcanzar la Justicia Ambiental a través del Estado de Derecho en materia ambiental, siendo los mismos:

- Principio 1. Obligación de protección de la naturaleza.
- Principio 2. Derecho a la Naturaleza y Derechos de la Naturaleza.
- Principio 3. Derecho al Medio Ambiente.
- Principio 4. Sostenibilidad Ecológica y Resiliencia.

- Principio 5. *In Dubio Pro Natura*.
- Principio 6. Función Ecológica de la Propiedad.
- Principio 7. Equidad Intrageneracional.
- Principio 8. Equidad Intergeneracional.
- Principio 9. Igualdad de Género.
- Principio 10. Participación de Grupos Minoritarios y Vulnerables.
- Principio 11. Pueblos Indígenas y Tribales.
- Principio 12. No-regresión.
- Principio 13. Progresión.

De lo antes expuesto, es fácil deducir que, dentro de los objetivos primordiales del Estado de Derecho en materia ambiental, se encuentra, asegurar y garantizar a sus habitantes una justicia ambiental efectiva.

4. Justicia en el Estado Ecológico de Derecho

El Estado de Derecho Ecológico hace suyos el contenido, fundamentos y mecanismos de implementación del Estado de Derecho en materia ambiental, previstos en la Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) acerca del Estado de Derecho en materia ambiental, y bajo una ética ecológica planetaria, prioriza y reposiciona sus valores y principios, con el fin de respetar las leyes naturales que rigen los sistemas ecológicos (autonomía, resiliencia, autodirección, autoregulación, autocorrección) y el mantenimiento de los límites planetarios, asegurando la protección y bienestar de todas las especies.

El Estado de Derecho Ecológico pretende ser la respuesta a los problemas ambientales, sociales y económicos propios de la era geológica del Antropoceno, dándole un nuevo enfoque a la relación hombre-naturaleza, donde la eficiencia económica y la justicia social solo son posibles, si se actúa dentro de los límites que impone la sostenibilidad y resiliencia de los sistemas ecológicos locales, regionales y planetarios.

El Estado de Derecho Ecológico surge ante la necesidad de un modelo capaz de comprender y proteger verdaderamente la naturaleza, además de promover la justicia ambiental y el desarrollo sostenible. Tiene como fin asegurar la protección de la resiliencia y la diversidad de los ecosistemas, siendo importante el reconocimiento de los límites de la propia naturaleza. (VOIGHT, 2013)

Dentro de las tareas del Estado de Derecho Ecológico se encuentra la de lograr la conexión entre sistemas jurídicos y sistemas ecológicos, a través del respeto por parte del derecho, de las leyes naturales que rigen los procesos ecológicos esenciales (AYALA, 2018).

El Estado de derecho ecológico tiene por objetivo lograr el equilibrio de los sistemas ecológicos, garantizando no solo los derechos humanos, sino también, los derechos de la naturaleza. Busca justicia ecológica entre estados, solidaridad entre generaciones y entre especies, como aspecto esencial de las políticas y acciones para la protección de la naturaleza a través del abordaje de reparación de daños (LEITE, SILVEIRA, 2018).

La racionalidad que presupone el Estado de Derecho para el campo legal no es ya antropocéntrica sino ecocéntrica o sistémica (CAFFERATTA, 2018).

De acuerdo con Garver (2013), citado por Morato Leite y Galbiatti Silveira (2018), un Estado de derecho ecológico cumple con las siguientes características:

- Reconocimiento de que los humanos son parte del sistema vital terrestre y no separados de éste;
- Limitaciones a los regímenes jurídicos por consideraciones ecológicas necesarias para promover la vida e inclusión de los límites ecológicos en esferas socioeconómicas;
- Integración de los regímenes jurídicos y otras disciplinas, como la economía, de forma sistémica e integrada, para resolver los problemas en conjunto y no de forma aislada;
- Cambio radical del abordaje económico a través de la reducción del uso de materiales y energías, en razón de no traspasar los límites ecológicos;
- Distribución justa y utilización de los principios de proporcionalidad y subsidiariedad a nivel local y global;
- Distribución equitativa entre generaciones presentes y futuras y entre humanos y otras formas de vida;
- Consideración de estado de derecho ecológico vinculante y supranacional, con supremacía sobre otros regímenes jurídicos;
- Ampliación de la investigación y monitoreo para mejorar el entendimiento y respeto de los límites ecológicos;
- Consideración de la precaución sobre los límites planetarios;
- Adaptabilidad como característica del derecho ecológico, en razón a la naturaleza de los límites ecológicos y del equilibrio de la naturaleza

Los presupuestos del Estado Ecológico de derecho, así como la nueva ética planetaria, expuesta en la sección primera de este artículo, obligan a repensar el concepto Justicia en la era geológica del Antropoceno.

Se trata de un tipo de Justicia donde los principios ambientales de progresividad, no regresión e *indubio pro natura*, juegan un rol fundamental a la hora de interpretar y aplicar las normas ambientales y no ambientales, de forma progresiva y biocéntrica, buscando la manera en que mejor garanticen la sostenibilidad y resiliencia de los sistemas ecológicos y la satisfacción plena, justa y equitativa, de los derechos humanos ambientales (PEÑA, 2016)

Bajo esta racionalidad, la Justicia Ecológica debe ampliar el elenco de sus destinatarios, de acuerdo a tres dimensiones: espacial, temporal y biocéntrica.

De esta forma, la Justicia Ecológica del siglo XXI debe ser, a la vez: local, regional, nacional, transfronteriza y planetaria; intrageneracional e intergeneracional; e intra especies e inter especies, teniendo como fin, asegurar un espacio operacional seguro para la humanidad y las demás formas de vida.

Justicia Ecológica en el siglo XXI es sinónimo de Justicia para el Planeta.

5. Nuevos estándares interamericanos para una Justicia Efectiva.

La Corte Interamericana, en la Opinión Consultiva OC-23-17 de fecha 15 de noviembre de 2017, consideró que el acceso a la justicia ambiental constituye una norma imperativa del derecho internacional que encuentra asidero en los artículos 1, 25 y 8.1. de la Convención Americana y en distintos instrumentos internacionales, entre ellos, la Declaración de Río (Principio 10) que garantiza el acceso efectivo a los procedimientos, inclu-

yendo resarcimiento de daños y los recursos pertinentes; la Carta Mundial de la Naturaleza y la Agenda 21, que establecen la forma en que deben utilizarse los recursos destinados a una indemnización por daños ambientales.

De acuerdo a la citada Opinión Consultiva, los Estados tienen la obligación de garantizar el acceso a la justicia, en relación con las obligaciones estatales para la protección del medio ambiente. En este sentido, los Estados deben garantizar que los individuos tengan acceso a recursos sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal, para impugnar cualquier norma, decisión, acto u omisión de las autoridades públicas que contraviene o pueda contravenir las obligaciones de derecho ambiental; para asegurar la plena realización de los demás derechos de procedimiento, es decir, el derecho al acceso a la información y la participación pública, y para remediar cualquier violación de sus derechos, como consecuencia del incumplimiento de obligaciones de derecho ambiental.

En esa misma línea, el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información Ambiental, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en América Latina y el Caribe (Acuerdo de Escazú), en su artículo 8, establece una serie de estándares o presupuestos mínimos que los Estados deben cumplir, para garantizar el acceso a la justicia ambiental y asegurar el debido proceso ambiental, mismos que se proceden a exponer y desarrollar.

- **Órganos estatales competentes con acceso a conocimientos especializados en materia ambiental**

Los Estados deben garantizar el derecho de toda persona a acceder a órganos judiciales o administrativos: autónomos, independientes, imparciales para impugnar o recurrir, en cuanto al fondo o procedimiento, cualquier

decisión, acción u omisión relacionada con el acceso a la información ambiental y/o con la participación pública en procesos de toma de decisiones ambientales, así como cualquier decisión, acción u omisión, que afecte o pueda afectar de manera adversa al medio ambiente o contravenir normas jurídicas relacionadas con el medio ambiente.¹⁸

Al efecto, la Justicia Ambiental debe ser impartida por órganos especializados, judiciales o administrativos con conocimientos en materia ambiental. Sin embargo, la obligación de crear jurisdicciones ambientales especializadas no quedó plasmada, de forma taxativa, en el texto del Acuerdo.

A pesar de ello, al año 2016, en el mundo operan 1200 cortes y tribunales especializados en materia ambiental, ubicados en al menos 44 países, a nivel nacional, estatal y provincial (PRING, PRING, 2016).

- **Procedimientos efectivos, oportunos, públicos, transparentes, imparciales y sin costos prohibitivos**

Los órganos especializados, jurisdiccionales o administrativos, deben regirse por procedimientos efectivos, oportunos, públicos, transparentes, imparciales y sin costos prohibitivos.

De esta forma, el factor económico de los procedimientos adquiere especial relevancia, siendo lo ideal la gratuidad procesal, pero cuando ello no es posible, los Estados se verían obligados a disminuir considerablemente los costos procesales, con el fin que éstos no se conviertan en una barrera económica que prohíba o limite, el ejercicio del derecho de acceso a la justicia en materia ambiental.

¹⁸ Artículo 8.2. del Acuerdo de Escazú.

Aunque el Acuerdo de Escazú no lo mencione, por la especialidad de la materia, los procedimientos ambientales deben ser céleres, expeditos, informales, de tramitación preferente y tutela expedita. Además, sería recomendable que se guíen por los principios generales del proceso, en especial por la oralidad, adquiriendo especial relevancia los de inmediatez, concentración, publicidad, itinerancia y gratuidad, en estricta armonía con las reglas del debido proceso ambiental. Los procedimientos deberían evitar el exceso de formalismos y todas aquellas actuaciones contrarias a la celeridad procesal, sin demérito de la calidad de las decisiones administrativas o judiciales, las cuales deben ajustarse a criterios de equidad y de derecho, así como a la búsqueda de la verdad real (PEÑA, GONZÁLEZ, 2015).

En estricto cumplimiento de las reglas del debido proceso, las resoluciones judiciales o administrativas adoptadas deben estar fundamentadas y ser consignadas por escrito.¹⁹ En aras de cumplir con la obligación de establecer mecanismos de sistematización y difusión de las decisiones judiciales y administrativas²⁰, en la medida de lo posible, deben implementarse registros públicos de las resoluciones en asuntos ambientales. A la vez, si bien el Acuerdo no lo consigna de forma expresa, debería asegurarse el derecho a recurrir ante un órgano superior, administrativo o judicial.

- **Legitimación activa amplia en defensa del medio ambiente, de conformidad con la legislación nacional**

Si bien, los alcances y límites a los esquemas de legitimación activa amplia serán aquellos impuestos por la legislación de cada uno de los Estados Parte del

¹⁹ Artículo 8.6 del Acuerdo de Escazú.

²⁰ Artículo 8.4.c del Acuerdo de Escazú.

Acuerdo, debe tenerse presente que el derecho de acceso a la justicia ambiental requiere que el esquema de legitimación procesal sea lo suficientemente amplio como para que cualquier sujeto, en defensa del interés público ambiental, pueda plantear las acciones necesarias para alcanzar tal fin.

Por ello, lo ideal es que estén legitimados para su acceso, todos los sujetos que posean o invoquen la afectación de intereses legítimos o derechos subjetivos, así como de intereses supraindividuales: intereses difusos, intereses colectivos e intereses individuales homogéneos.

A la vez, organizaciones no gubernamentales deberían estar legitimadas, tanto para ejercer acciones a favor del ambiente como para coadyuvar en aquellas que estén en desarrollo. El derecho de acceso a la justicia ambiental impone la obligación de habilitar la intervención de todos aquellos sujetos, públicos y privados, con intereses en la materia; entre ellos deben contemplarse los terceros interesados, coadyuvantes y *amicus curiae*. (PEÑA, GONZÁLEZ, 2015).

- **Posibilidad de disponer medidas cautelares y provisionales, para entre otros fines, prevenir, hacer cesar, mitigar o recomponer daños al medio ambiente**

La aplicación efectiva de los principios preventivo y precautorio, previstos en los incisos e) y f) del artículo 3 del Acuerdo, justifica soluciones céleres, ágiles, inmediatas y expeditas dentro de los procedimientos ambientales. Ante daños ambientales de difícil o imposible reparación, el órgano jurisdiccional o administrativo, de oficio o a solicitud de parte, y en cualquier estado del proceso, debería estar facultado para dictar medidas cautelares y provisionales de hacer, no hacer o dar, con

el fin de prevenir, hacer cesar, mitigar o recomponer daños ambientales (PEÑA, GONZÁLEZ, 2015).

En los procedimientos ambientales, al órgano jurisdiccional o administrativo le debería bastar el requisito del *fomus boni iuris* para dar cabida a la cautela. El requisito del *periculum in mora* debe basarse en los daños que podría sufrir el medio ambiente, ponderados por sobre los intereses particulares o de la propia Administración Pública. (PEÑA, GONZÁLEZ, 2015).

De acuerdo al principio precautorio, la falta de certeza científica o técnica no debe ser justificante para dejar de adoptar medidas cautelares ni provisionales.

- **Medidas para facilitar la prueba del daño ambiental, cuando corresponda y sea aplicable, como la inversión de la carga de la prueba y la carga dinámica de la prueba.**

En los procedimientos ambientales la prueba posee especial importancia, requiriendo para su valoración, una alta especialización y conocimiento científico. Siendo la relación de causalidad el presupuesto más difícil de probar, la regla ideal es la inversión de la carga probatoria, pero aquellos ordenamientos donde ello no es posible, el juez deberá ordenar la cooperación imprescindible de las partes para llegar a la verdad real de los hechos. En este supuesto, la parte procesal que se encuentre en mejores condiciones según las circunstancias es la que llevaría la carga de la prueba. (PEÑA, GONZÁLEZ, 2018).

La prueba ambiental es una prueba difícil, lo que determina que el juzgador debe adoptar una actitud proclive al favor *probationen*.

Los medios de prueba deberían ser todos los que estén permitidos por el ordenamiento jurídico del Estado parte, y lo ideal es que las pruebas puedan ser consig-

nadas y aportadas al proceso mediante cualquier tipo de soporte documental, electrónico, informático, magnético, óptico, telemático o producido por nuevas tecnologías.

Los dictámenes emitidos por organismos especializados del Estado deben ostentar fuerza probatoria *iuris tantum*, pudiendo ser rebatidos únicamente por otros informes técnicos. Por ello, los dictámenes periciales deben presentarse por escrito, firmados y fechados, sin perjuicio del informe oral en las audiencias. Deben estar fundamentados y contener, de manera clara y precisa, una relación detallada de las operaciones practicadas y de sus resultados, las observaciones de las partes o las de sus consultores técnicos, y las conclusiones que se formulen respecto de cada tema estudiado. Una vez rendido el informe pericial, debe ponerse en conocimiento de todas las partes.

La prueba se debe valorar en conjunto, respetando el contradictorio y conforme a los criterios de la lógica, experiencia, ciencia, el correcto entendimiento humano y las presunciones humanas o legales (PEÑA, GONZÁLEZ, 2018).

Para casos de alta complejidad como los ambientales, se propone un tratamiento diferente de la prueba. Uno de carácter innovador, destacando mayor flexibilidad en el proceso de evaluación de la sana crítica racional mediante un mecanismo intelectualivo de apreciación de la fuerza de convicción de los medios probatorios, donde el intérprete debe actuar con amplitud y flexibilidad, aplicando los principios sustantivos y procesales del derecho ambiental, especialmente el criterio hermenéutico *in dubio pro natura*. (PEÑA, GONZÁLEZ, 2018)

- **Mecanismos de ejecución y de cumplimiento oportunos de las decisiones judiciales o administrativas que correspondan, así como mecanismos de reparación, según corresponda, tales como la restitución al estado previo al daño, la restauración, la compensación o el pago de una sanción económica, la satisfacción, las garantías de no repetición, la atención a las personas afectadas y los instrumentos financieros para apoyar la reparación.**

En esta materia, las resoluciones y las sentencias, deben fijar las responsabilidades del caso y ordenar la inmediata reparación integral del ambiente degradado, las medidas y acciones necesarias para evitar que se incremente el daño ambiental ocasionado, determinando claramente los parámetros, medidas de restauración y compensación y el plazo propuesto para el cumplimiento de las obligaciones del responsable, así como los mecanismos de control y verificación de su cumplimiento. Igualmente, debe cuantificarse y fijarse la indemnización por el daño ambiental acontecido, indicando expresamente la finalidad ambiental que debe atenderse, así como el órgano o entidad pública responsable de darle el destino señalado. La valoración económica del daño ambiental debe hacerse en forma integral, utilizando los métodos de valoración más apropiados para garantizar ese objetivo. (PEÑA, GONZÁLEZ, 2015).

Alcanzar una Justicia Ambiental efectiva solo sería posible a través del reforzamiento del cumplimiento de las resoluciones judiciales o administrativas, especialmente en la fase de ejecución. Por ello, se hace imperativo que las resoluciones administrativas y las sentencias, sean estrictamente acatadas, evitando todo tipo de actos que pretendan su desnaturalización, neu-

tralización o paralización. (PEÑA, GONZÁLEZ, 2015).

- **Mecanismos de apoyo para hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia de las personas o grupos en estado de vulnerabilidad, incluida la asistencia técnica y jurídica gratuita, según corresponda.**

Es primordial facilitar el acceso a la justicia a personas o grupos en estado de vulnerabilidad sin que la condición económica constituya un obstáculo o barrera que dificulte o impida su acceso a la justicia. Por ello, las instituciones procesales deben estructurarse de tal manera que el aspecto económico no tienda a alejarlos de los tribunales ni los fuerce a transar o negociar con la contraparte económicamente más poderosa, sino que les garantice sus derechos de accionar en defensa de sus intereses.

El Acuerdo de Escazú entiende por personas o grupos en situación de vulnerabilidad: aquellas personas o grupos que encuentran especiales dificultades para ejercer con plenitud los derechos de acceso reconocidos en el Acuerdo, por las circunstancias o condiciones que se entiendan en el contexto nacional de cada Parte y de conformidad con sus obligaciones internacionales.

En relación a los grupos especialmente vulnerables, la Opinión Consultiva OC-23-17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su párrafo 67 dispuso que: *distintos órganos de derechos humanos han reconocido como grupos especialmente vulnerables a los daños ambientales a los pueblos indígenas, a los niños y niñas, a las personas viviendo en situación de extrema pobreza, a las minorías, a las personas con discapacidad, entre otros, así como han reconocido el impacto diferenciado que tiene sobre las mujeres. Asimismo, entre estos grupos especialmente vulnerables a la degradación*

del medio ambiente, se encuentran las comunidades que dependen, económicamente o para su supervivencia, fundamentalmente de los recursos ambientales, sea el medio marino, las áreas forestales o los dominios fluviales, o porque debido a su ubicación geográfica corren un peligro especial de afectación en casos de daños ambientales, tales como las comunidades costeñas y de islas pequeñas. En muchos casos, la especial vulnerabilidad de estos grupos ha ocasionado su reubicación o desplazamiento interno.

A raíz de lo anterior, la asistencia técnica y legal gratuita y especializada, a favor de aquellos grupos en desventaja, se constituye en un mecanismo ideal para facilitar su acceso a la justicia ambiental.

La gratuidad procesal también implicaría el litigio con exención de toda clase de costas procesales, sin obligación de aportar copias, rendir garantías o depósitos de dinero, así como ante las sentencias desestimatorias, la exoneración de costas a la parte vencida litigante de buena fe en defensa del interés de la colectividad.

A los grupos en desventaja se les debe suministrar, además, canales apropiados en términos lingüísticos, culturales, económicos, espaciales y temporales; y asistencia en caso de dificultad de leer y escribir. Al efecto, el Acuerdo establece que cada Parte deberá facilitar el uso de la interpretación o la traducción de idiomas distintos a los oficiales cuando sea necesario para el ejercicio de ese derecho.²¹

- **Mecanismos de resolución alternativa de conflictos ambientales en asuntos ambientales, en los casos en que proceda, tales como la mediación, la conciliación y otros que permitan prevenir o solucionar dichas controversias.**

²¹ Artículo 8.4.d del Acuerdo de Escazú.

En los procedimientos ambientales, la conciliación, mediación, transacción, arbitraje y cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos, deben ser utilizados como instrumentos de paz social con la finalidad de satisfacer y asegurar el interés público ambiental. En todos los casos, el órgano judicial o administrativo debe impulsar una actitud conciliadora, evitar el agravamiento de la contención de las partes, y encontrar solución satisfactoria a sus requerimientos, sin violentar los derechos indisponibles. La Administración Pública y las demás instituciones de derecho público deberían estar facultadas a conciliar, transar, someter a arbitraje y utilizar otros medios alternativos de solución de conflictos, siempre que no se contraríen normas de orden público (PEÑA, GONZÁLEZ, 2015).

6. Desafíos y retos de la Justicia Ecológica del siglo XXI

La Justicia Ecológica en la era geológica del Antropoceno, enfrenta una serie de retos y desafíos relacionados con su objetivo de mantener los procesos fundamentales que sustentan la vida en la Tierra, dentro de los límites planetarios, permitiendo un espacio operacional seguro para la humanidad y las demás formas de vida. A continuación, se exponen varios de ellos.

6.1 Ecologización de los derechos humanos

Las afectaciones al ambiente a menudo son acompañadas de violaciones directas o indirectas a derechos humanos.

Para entender el fenómeno jurídico de la ecologización de los derechos humanos, debe primero tenerse presente la existencia de una serie de derechos humanos autónomos e independientes entre sí, pero íntimamen-

te ligados al derecho a un ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, conocidos en su conjunto como derechos humanos ambientales, los cuales, tal y como se expuso en el apartado dos de este artículo, se clasifican en dos grupos, derechos sustantivos y derechos procedimentales.

Partiendo del hecho de que no existen derechos humanos absolutos, ilimitados ni irrestrictos, y que el derecho al ambiente, por sí solo, no es suficiente para dar solución integral a la amplia y creciente gama de problemas de índole social, económica y ambiental, surge el enfoque integral de los derechos humanos ambientales, por medio del cual, el operador jurídico, para lograr los objetivos de la Justicia Ecológica, a través de la hermenéutica jurídica ecológica, debe encontrar todas aquellas zonas de confluencia que permitan integrar y aplicar de forma justa, razonable y equilibrada, el derecho al ambiente con el resto de derechos humanos ambientales, garantizando a la vez, el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales sin sobrepasar los límites planetarios (PEÑA, 2018).

La correcta y efectiva aplicación del enfoque integral de los derechos humanos ambientales, maximiza y potencia la esfera de acción y protección del derecho al ambiente sano y equilibrado, y a la vez permite evitar todo tipo de violaciones previsibles e injustificables a otros derechos humanos con los que debe coexistir en estricta armonía. (PEÑA, 2018)

A través de la ecologización de los derechos humanos y de la aplicación del enfoque integral de los derechos humanos ambientales, sería posible cumplir de forma efectiva, con las tres dimensiones de la Justicia Ecológica.

6.2 Derechos Humanos, Derechos de la Naturaleza y Derechos de las personas no humanas

Algunos sistemas jurídicos empiezan a reconocer a nivel constitucional, legal y jurisprudencial, los denominados *derechos de la naturaleza*, otorgándole personalidad jurídica propia a la naturaleza, como a diversos ecosistemas.

El camino hacia su reconocimiento y consolidación inició con la Carta de la Naturaleza de las Naciones Unidas de 1982, la cual estableció que la especie humana es parte de la naturaleza y la vida depende del funcionamiento ininterrumpido de los sistemas naturales; señala además que toda forma de vida es única y merece ser respetada, cualquiera sea su utilidad para el ser humano.

La Constitución de Ecuador del 2008 es la primera a nivel global en reconocer de forma expresa a la naturaleza como sujeto de derechos, admitiendo su valor intrínseco independientemente de su utilidad (BEDÓN, 2016). En esa misma línea, Bolivia tanto en su Constitución Política del 2009, como en las leyes 71 del 2010 y 300 de 2012, reconoció a la naturaleza como sujeto de derechos (PEÑA, 2018).

A nivel jurisprudencial, la Corte Constitucional de Colombia, Sección Sexta de Revisión, en la sentencia T-622 del 2016, reconoció al río Atrato, su cuenca y sus afluentes el estatus de *una entidad sujeta de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración*. Esa misma línea siguió la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia STC-4360 del 2018, al otorgar derechos de la naturaleza a la Amazonía colombiana y con ello, estatus de sujeto de derecho. A la vez, el Tribunal Administrativo de Boyacá, en la sentencia de acción de tutela del 29 de mayo de 2018, otorgó ese mismo estatus al Páramo de Pisba

A la vez, en 2017 una Corte en India dictó sentencia similar en relación a los ríos Ganges y Yamuna,²² mientras que, en el 2014, el Parlamento de Nueva Zelanda reconoció como sujeto de derechos al río Whanganui.²³

En similar sintonía, en la jurisprudencia colombiana se observan decisiones en las que se considera a los animales sujetos de derecho, entre ellas la sentencia 1999-09090 de mayo 23 de 2012 del Concejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera y la sentencia AHC4806-2017 del 26 de julio de 2017 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

En esta última, por primera vez en la historia judicial colombiana, un animal ganó un habeas corpus para salir de un zoológico y ser trasladado a una reserva natural. La decisión reconoció que estos seres tienen derechos, igual que los humanos, y asegura que son seres sintientes, *“legitimados para exigir, por conducto de cualquier ciudadano, la protección de su integridad física, así como su cuidado, mantenimiento o reinserción a su hábitat”*.

Sin embargo, pocos días después de dicho fallo, la Sala de Casación de lo Laboral de la Corte Suprema de Justicia de Colombia resolvió declarar la improcedencia de la acción de habeas corpus otorgado al oso Chucho, bajo la fundamentación que dicha acción *“tiende a la protección del derecho a la libertad de la persona, fundamento y base de la sociedad; luego ello solo puede ser atribuible a un ser humano perfectamente individualizable, lo que indudablemente descarta la procedibilidad de tal mecanismo a favor de otro tipo de seres vivientes, pues ello erosiona la real esencia de ese tipo de acciones*

²² Corte Superior de Uttarakhand, sentencia del 20 de marzo de 2017.

²³ Te Urewera Act 2014

legales".²⁴

Ahora bien, es importante señalar que, de acuerdo a la nueva ética planetaria planteada en el apartado primero de este artículo, la Justicia Ecológica reconoce y tutela de forma conjunta, sinérgica y sin jerarquías, el derecho a la naturaleza y de la naturaleza²⁵ y el derecho al medio ambiente²⁶, los que por sus características y fines son interdependientes, indisociables y codependientes

Se trata entonces de una nueva dimensión biocéntrica de la Justicia Ecológica, que pretende equilibrar la tutela de los derechos humanos ambientales de las generaciones presentes y futuras, con los derechos de los demás seres vivos con los que se comparte el planeta, también merecedores de tutela por parte de los sistemas de justicia (CAVEDON-CAPDEVILLE, 2018) (PEÑA, 2018).

Bajo una nueva racionalidad ecológica de índole planetaria, tanto el derecho a la dignidad de las personas no humanas, como los derechos de la naturaleza y ecosistemas a su sostenibilidad, resiliencia y representación adecuada, quedan integrados dentro del concepto integral y global de Justicia Ecológica

²⁴ STL12651-2017, Radicación Número: 47924, acta 29, 16 de agosto de 2017.

²⁵ Principio 2 de la Declaración Mundial de la UICN acerca del Estado de Derecho en materia ambiental. **Derecho a la Naturaleza y Derechos de la Naturaleza.** Cada ser humano y otros seres vivos tienen derecho a la conservación, protección y restauración de la salud e integridad de los ecosistemas. La naturaleza posee un derecho intrínseco a existir, prosperar y evolucionar.

²⁶ Principio 3 de la Declaración Mundial de la UICN acerca del Estado de Derecho en materia ambiental. **Derecho al Medio Ambiente.** Cada ser humano, presente y futuro, tiene derecho a un medio ambiente sano, seguro, saludable y sostenible.

6.3 Justicia climática y Justicia Hídrica

El concepto de justicia climática ha ido ganando terreno de forma gradual y progresiva en los tribunales de justicia alrededor del mundo, a través del litigio climático.

De acuerdo con Wedy (2018), los litigios climáticos tienen como objetivo presionar al Estado legislador, al Estado administrador y a los entes particulares a cumplir, mediante la provocación del Estado juez, el compromiso mundial para garantizar un clima adecuado con el corte de las emisiones de gases de efecto invernadero y el incentivo a la producción de las energías renovables acompañadas de la necesaria evaluación de las medidas judiciales concretas para que cumplan los principios de precaución y prevención, con el fin de evitar catástrofes medioambientales y de promover el principio del desarrollo sostenible. Para el citado autor, los litigios climáticos, además, son esenciales para suplir omisiones estatales en la esfera administrativa y las lagunas dejadas por el legislador en relación a la novel materia.

Casos emblemáticos como Legharl en Pakistán del 2014, Urgenda en Holanda del 2015, Foster contra Estado de Washington en Estados Unidos del 2015 y Organización Dejusticia en Colombia del 2018, así como lo expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-23-17 sobre obligaciones estatales relacionadas con la tutela de derechos humanos afectados por el cambio climático, han sido la punta de lanza que ha impulsado las más de 1000 demandas por litigio climático que actualmente se registran a nivel mundial (KAPOOR, 2018).

Al efecto, es importante considerar que las medidas y metas asumidas por los Estados a través de instrumentos internacionales ambientales de *hard law* en materia de cambio climático y derechos humanos, como

lo son la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático y su Acuerdo de París, son de naturaleza progresiva y vinculantes, quedando por tanto obligados, ante la Conferencia de las Partes de la Convención, la comunidad internacional y a lo interno de sus países, a su efectivo y fiel cumplimiento, siendo objeto de control jurisdiccional interno, ante su incumplimiento.

Por su parte, a partir de la Declaración de Brasilia de Jueces sobre Justicia Hídrica, del 8° Foro Mundial celebrado en Brasilia del 21 de marzo de 2018, debe empezarse a hablar de un nuevo tipo especializado de justicia, la justicia hídrica.

La Declaración de Brasilia, fue emitida por jueces que administran justicia hídrica y adjudican casos relacionados con la utilización, la gestión y la protección de los recursos de agua dulce en todas sus formas; con el acceso equitativo a los servicios de agua potable y saneamiento; el impacto de las actividades humanas sobre el agua y el medio ambiente; y la restauración tanto de los servicios como de las funciones ecológicas.

La Declaración desarrolla diez principios fundamentales para promover la justicia hídrica a través de la aplicación de la legislación sobre el agua y el Estado de Derecho en materia ambiental:

- **Principio 1** – El agua como un bien de interés público
- **Principio 2** – Justicia hídrica, uso del suelo y función ecológica de la propiedad
- **Principio 3** – Justicia hídrica, pueblos indígenas, tribales y de las montañas, así como otros pueblos situados en las cuencas

- **Principio 4** – Justicia hídrica y prevención
- **Principio 5** – Justicia hídrica y precaución
- **Principio 6** – In dubio pro aqua
- **Principio 7** – El que contamina paga, el usuario paga y la internalización de los costos y las externalidades ambientales
- **Principio 8** – Justicia hídrica y buena gobernanza del agua
- **Principio 9** – Justicia del agua e integración ambiental
- **Principio 10** – Justicia procesal del agua

De acuerdo a la nueva racionalidad ecológica planetaria, las obligaciones estatales de índole internacional e interno, relacionadas con derechos humanos y con la mitigación y adaptación al cambio climático, así como los diez principios fundamentales desarrollados en la Declaración de Brasilia, que guían la aplicación de la justicia hídrica, comparten los mismos objetivos de la Justicia Ecológica de lograr el justo equilibrio entre integridad ecológica, eficiencia económica y equidad social de las generaciones presentes y futuras, asegurando la efectiva tutela y satisfacción del elenco de derechos humanos ambientales y la protección efectiva de las demás formas de vida.

Por ello, tanto la justicia climática como la justicia hídrica, encuadran perfectamente dentro del concepto integral de Justicia Ecológica.

6.4 Derechos de los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales

Según el informe anual de Front Line Defenders sobre defensores de derechos humanos en riesgo en 2017 (FRONT LINE DEFENDERS, 2017), de los 312 defensores asesinados en ese año, al menos 212 fueron asesinados en América, de los cuales el 67% defendían la tierra, los derechos de los pueblos indígenas y el medio ambiente. Cifras similares ofrece la organización de monitoreo Global Witness, según la cual, solo en 2017, 60% de los 207 asesinatos de defensores ambientales ocurrieron en América Latina y el Caribe y alrededor de 25% de los defensores asesinados provenían de comunidades indígenas, en especial en la Amazonía (GLOBAL WITNESS, 2017)

Casos emblemáticos como el de Chico Mendes en Brasil, Jeannette Kawas Fernández y Berta Cáceres en Honduras, se constituyen en un constante recordatorio de la necesidad de reforzar la protección de los defensores de derechos humanos ambientales.

Conscientes de ello, los países de América Latina y el Caribe, a través del Acuerdo de Escazú, reconocieron la importancia del trabajo y las contribuciones fundamentales de los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales para el fortalecimiento de la democracia, los derechos de acceso y el desarrollo sostenible.

En ese sentido, el Acuerdo de Escazú obliga a los Estados Parte a garantizar un entorno seguro y propicio en el que las personas, grupos y organizaciones que promueven y defienden los derechos humanos en asuntos ambientales puedan actuar sin amenazas, restricciones e inseguridad.

A la vez, quedan compelidos los Estados Parte del citado Acuerdo, a la toma de medidas adecuadas, efectivas y oportunas para reconocer, proteger y promover los

derechos humanos de estos defensores, incluidos el derecho a la vida, integridad personal, libertad de opinión y expresión, derecho de reunión y asociación pacíficas y derecho a circular libremente, capacidad para ejercer los derechos de acceso, así como para prevenir, investigar y sancionar los ataques, amenazas o intimidaciones que estos defensores puedan sufrir en el ejercicio de los derechos de este acuerdo.

Al efecto, Médici Colombo (2018) refiriéndose al artículo 9 del Acuerdo de Escazú afirma que: *“si bien no podemos decir que el artículo en cuestión agregue nuevas obligaciones para los EEPP diferentes de aquellas que ya tienen en cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y de derechos humanos, es evidente que esta disposición implica un compromiso político de gran relevancia para la región cuyo cumplimiento e implementación podrán ser evaluados y desarrollados a partir del funcionamiento de la COP y de otros órganos subsidiarios como el Comité de Apoyo y Cumplimiento. En este sentido, podría ser uno de los temas a desarrollar a través de protocolos específicos que se puedan adicionar al acuerdo a los fines de concretar las medidas de protección que los Estados deben garantizar”*.

De esta forma, no puede haber Justicia Ecológica sin debida tutela de los defensores de derechos humanos ambientales. Los derechos humanos de los defensores de los derechos humanos quedan, por tanto, insertos dentro del concepto integral de Justicia propuesto en este artículo, constituyéndose su tutela efectiva, en uno de los principales retos que enfrentará la Justicia Ecológica en el siglo XXI.

CONSIDERACIONES FINALES

La Justicia Ecológica de la era del antropoceno, para alcanzar plena efectividad, deberá aspirar ser a la vez, distributiva, conmutativa y restaurativa.

La Justicia Ecológica, será distributiva y conmutativa, cuando logre maximizar el bienestar general, a través de una repartición justa y equitativa de los costos y beneficios derivados de la conservación y el uso racional y sostenible de los recursos naturales, entre las actuales y futuras generaciones, sin violentar la sostenibilidad ecológica y resiliencia de los ecosistemas.

Por su parte, será restaurativa cuando logre garantizar la recomposición de los procesos ecológicos esenciales (daño ambiental colectivo) y el restablecimiento a las víctimas (generaciones actuales y futuras) de sus derechos subjetivos vulnerados (daños ambientales individuales), teniendo siempre como norte, el restablecimiento de los nexos sociales y ambientales, tanto de los miembros de la sociedad, como de los seres humanos y la naturaleza (intraespecies).

Por último, la Justicia Ecológica del siglo XXI, para ser efectiva. requerirá de jurisdicciones ambientales especializadas con procedimientos efectivos, razonables, justos, abiertos, rápidos, transparentes, equitativos, oportunos, que tomen en cuenta las condiciones especiales de las personas o grupos en situación de vulnerabilidad y de los defensores de derechos humanos asuntos ambientales.

A todas luces, el Estado Ecológico de Derecho se constituye en el medio idóneo para alcanzar una Justicia Ecológica efectiva.

Justicia Ecológica en el siglo XXI es sinónimo de Justicia para el Planeta.

BIBLIOGRAFÍA

BEDÓN Garzón, R. “Contenido y Aplicación de los derechos de la naturaleza”, en Ius Humani, Revista de Derecho, Volumen 5, 2016.

BRETON, J.M. “De la genèse a la reconnaissance : La Justice environnementale entre paradigme d'équité et réception fonctionnelle ”, y Westra, L. «Environmental Justice : A Complex Global Issue”, en Michelot, A. (director) Équité et Environnement, Quel(s) modele(s) de justice environnementale? 2012.

BOSELTMANN, K. Grounding the rule of law. In: Voight, Christina (Ed.). Rule of Law for Nature: new dimensions and ideas in environmental law. 1 ed. New York: Cambridge University Press, 2013.

BOYD, D., The rights of nature: a legal revolution that could save the world. ECW, 2017.

CAFFERATTA, N., “Hacia la consolidación del Estado de Derecho Ambiental. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en Cien años de Jurisprudencia Argentina, Edición de Aniversario, 2018-IV, fasc. 6, 2018

CAVEDON-Capdeville, F., “Jurisprudência Ecologizada nas Cortes de Direitos Humanos: Contribuições para a Ecologização dos Direitos Humanos”, em A Ecologização do Direito Ambiental Vigente, Rupturas Necessárias, Morato Leite, J.R. (coordenador), Lumen Juris, 2018

DE ARAÚJO Ayala, P., “Constitucionalismo Global Ambiental e os Direitos da Natureza” em A Ecologização do Direito Ambiental Vigente, Rupturas Necessárias, Morato Leite, J.R. (coordenador), Lumen Juris, 2018

FARACO Daros, L., “Delineando uma Compreensão da Justiça Ecológica para Perspectiva do Direito Ambiental Ecologizado” em A Ecologização do Direito Ambiental Vigente, Rupturas Necessárias, Morato Leite, J.R. (coordenador), Lumen Juris, 2018.

Front Line Defenders, Informe 2017 sobre defensores de derechos humanos, disponible: <https://www.frontlinedefenders.org/es/resourcepublication/annual-report-human-rights-defenders-risk-2017> (Consultado el 26 de noviembre de 2018)

GARVER, G. “The rule of ecological law: the legal complement to degrowth economics” Sustainability., n. 5, 2013.

Global Witness, <https://www.globalwitness.org/en/es/> (consultada el 26 de noviembre de 2018)

GONZÁLEZ Ballar, R. Verdades incómodas sobre la Justicia y la Gobernabilidad Ambiental en Costa Rica, 1^o edición. Editorial Jurídica Continental. San José, 2007.

GONZÁLEZ Ballar, R., “Algunas propuestas para potenciar la buena gobernanza ambiental como requisito para una verdadera justicia ambiental (especial referencia al cambio climático)”. En libro colectivo Carlos E. Peralta y Lucianlo J. Alvarenga, Direito e justiça ambiental: diálogos interdisciplinares sobre a crise ecológica, E-book, edit. Educus, EDUCS – Editora da Universidade de Caxias do Sul, 2014.

GONZÁLEZ Ballar, R., “La Justicia o Injusticia Climática. Muy poco, muy lento, muy tarde. ¿Existe todavía esperanza?”, en Peña Chacón M., El derecho al ambiente en la Constitución Política, Alcances y Límites, San José, Maestría en Derecho Ambiental, Programa de Posgrado en Derecho, Sistema de Estudios de Posgrado, Universi-

dad de Costa Rica, Editorial Isolma, 2016.

IPCC. Informe Especial del Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático de las Naciones Unidas sobre calentamiento global de 1.5 °C, disponible en: <http://www.ipcc.ch/report/sr15/> (Consultado el 22 de noviembre de 2018)

KAPOOR, S., “The Climate Litigation Threat Is Getting Credible”. *Bloomberg* (Estados Unidos), consultado el 18 de junio del 2018, <https://www.bloomberg.com/view/articles/2018-06-18/the-climate-litigation-threat-is-getting-credible>

MÉDICI Colombo, G., “El Acuerdo de Escazú, la implementación del Principio 10 de Río en América Latina y el Caribe”, Revista Catalana de Dret Ambiental, Vol. IX, número 1, 2018, consultado el 25 de noviembre de 2018, <https://revistes.urv.cat/index.php/rcda/article/view/2412>

MORATO Leite, J.R., Galbiatti Silveira, P., “A Ecologização do Estado de Direito: uma Ruptura aí Direito Ambiental e ao Antropocentrismo Vigentes”, A Ecologização do Direito Ambiental Vigente, Rupturas Necessárias, Morato Leite, J.R. (coordenador), Lumen Juris, 2018

MORATO Leite, J.R., y França Dinnebier, F., (coordenadores) Estado de Direito Ecológica, Conceito, Conteúdo, e Novas Dimensões para a Proteção da Natureza, primeira edição, São Paulo, Instituto por um Planeta Verde, 2017.

PEÑA Chacón, M., Derecho ambiental efectivo, Programa Posgrado en Derecho, Universidad de Costa Rica, primera edición, San José, Costa Rica, 2016.

PEÑA Chacón, M., González Ballar, R. El Proceso Ambiental en Costa Rica, Isolma, San José, 2015.

PEÑA Chacón, M., “Justicia en el Estado de Derecho ambiental”, en Revista Iberoamericana derecho ambiental y recursos naturales, Buenos Aires, número 26, 2017.

PEÑA Chacón, M. “El ABC del principio de progresividad del derecho ambiental”, en Liber Amicorum, en homenaje al Dr. Mario F. Valls, Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, 2018.

PEÑA Chacón, M. y González Ballar, R. “Hacia un proceso ambiental efectivo, propuesta de norma modelo para Costa Rica” en Medio Ambiente & Derecho, Revista de Derecho Ambiental, Universidad de Sevilla, número 32, 2018.

PEÑA Chacón, M., “Revolución de los derechos humanos ambientales y derechos de la naturaleza”, Revista del Programa en Derecho de la Universidad de Costa Rica, mayo, 2018, consultado el 24 de noviembre de 2018, <http://derecho.ucr.ac.cr/Posgrado/2018/05/07/la-revolucion-de-los-derechos-humanos-ambientales-y-de-los-derechos-de-la-naturaleza/>

PEÑA Chacón, M., “Observaciones iniciales a la Opinión Consultiva de la Corte IDH sobre Derechos Humanos y Medio Ambiente”, Revista del Programa en Derecho de la Universidad de Costa Rica, febrero, 2018, consultado el 24 de noviembre de 2018, <http://derecho.ucr.ac.cr/Posgrado/2018/02/10/corte-idh-sobre-derechos-humanos-medio-ambiente/>

PEÑA Chacón, M., “El Control Jurisdiccional de los compromisos de París sobre Cambio Climático”, Revista del Programa en Derecho de la Universidad de Costa Rica, enero, 2018, consultado el 24 de noviembre de 2018, <http://derecho.ucr.ac.cr/Posgrado/2018/02/10/corte-idh-sobre-derechos-humanos-medio-ambiente/>

PEÑA Chacón, M., “Ecologización de los Derechos Humanos. Comentarios a la sentencia”,

Derechoaldía.com, octubre, 2018, consultado el 24 de noviembre de 2018, <http://derechoaldia.com/index.php/derecho-ambiental/ambiental-doctrina/1025-ecologizacion-de-los-derechos-humanos-comentarios-a-la-sentencia-constitucional-5620-2016>

PEÑA Chacón, M., “Desafíos y retos de Costa Rica de cara al Acuerdo de Escazú”, Derechoaldía.com, octubre, 2018, consultado el 24 de noviembre de 2018, <http://derechoaldia.com/index.php/derecho-ambiental/ambiental-doctrina/1022-desafios-de-costa-rica-de-cara-al-acuerdo-de-escazu>

PRING, G. y Pring, C. Environmental Courts and Tribunals. A Guide for Policy Makers, UNEP, 2016.

VOIGHT, C., The principle of sustainable development: integration and ecological integrity. in: Voight, Cristina (Coordinator). Rule of Law for Nature: New Dimensions and ideas in environmental law. Cambridge: Cambridge Press, 2013.

WEDY, G, “Litigância Climática, Acordo de París e a solidariedade no Brasil” *Conjur.* (Brasil), consultado el 24 de noviembre de 2018, <https://www.conjur.com.br/2018-nov-03/ambiente-juridico-litigancia-climatica-acordo-paris-solidariedade-brasil>

WWF, Informe Planeta Vivo 2018 “Apuntando más alto”, disponible en: http://awsassets.wwf.es/downloads/resumen_informeplanetavivo_2018.pdf?_ga=2.249577926.1749763828.1542909097-1121771427.1542909097 (Consultado el 22 de noviembre de 2018)

DERECHOS DE LA NATURALEZA: FUNDAMENTOS Y PROTECCIÓN POR EL ESTADO ECOLÓGICO DE DERECHO EN AMERICA LATINA

José Rubens Morato Leite¹

Flávia França Dinnebier²

RESUMEN: La relación de los seres humanos con la naturaleza pautada en la visión antropocéntrica ha llevado a la explotación y degradación de los componentes ecoló-

¹ Profesor Titular de los cursos de Graduación y Postgrado en Derecho de la Universidad Federal de Santa Catarina - UFSC; Post-Doctor por la Universidad Alicante, España 2013/4; Post-Doctor por el Center of Environmental Law, Macquarie University - Sydney - Australia 2005/6; Doctor en Derecho Ambiental por la UFSC, con pasantía de doctorado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra; Maestría en Derecho por la University College London; Miembro y Consultor de la UICN - The World Conservation Union - Comisión on Environmental Law (Steering Committee); Ex Presidente del Instituto El Derecho por un Planeta Verde y actual Presidente de la Región Sur; coordinador del Grupo de Investigación Derecho Ambiental y Ecología Política en la Sociedad de Riesgos, del CNPq. Publicó y organizó varias obras y artículos en periódicos nacionales y extranjeros. Es miembro del Consejo Científico de la Revista de Derecho Ambiental de la Editora Revista de los Tribunales, además de ser socio-fundador de la Aprodab - Asociación de los Profesores de Derecho Ambiental de Brasil. Fue profesor de PET / MEC. Becario y Consultor Ad Hoc del CNPq y Fapes. Premio Investigador Destacado de la Universidad Federal de Santa Catarina. 2011. Miembro de la Junta Directiva del Consejo de Administración de la IUCN Academy of Environmental Law (2015 a 2018).

² Estudiante de doctorado del Programa de Postgrado Interdisciplinario en Ciencias Humanas de la Universidad Federal de Santa Catarina (UFSC), en el área de Sociedad y Medio Ambiente. Maestría en Derecho por la UFSC en el área Derecho, Medio Ambiente y Ecología Política. Graduada en Derecho por la UFSC. Técnica del Medio Ambiente por el Instituto Federal de Santa Catarina (IFSC). Investigadora del Grupo de Investigación Derecho Ambiental y Ecología Política en la Sociedad de Riesgos (GPDA) - UFSC. Beca universitaria de la CAPES.

gicos, causando una verdadera crisis ambiental, que no ha sido debidamente enfrentada por el Estado de Derecho. Por lo tanto, este ensayo teórico objetiva verificar la configuración de un Estado Ecológico de Derecho que proteja la naturaleza de forma efectiva y por sus valores intrínsecos, además de analizar los fundamentos de los derechos de la naturaleza y sus previsiones en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.

Palabras-clave: Derechos de la naturaleza, Estado Ecológico de Derecho, Nuevo constitucionalismo latinoamericano

Abstract: The relationship of human beings with nature set in the anthropocentric vision has led to the exploitation and degradation of ecological components, causing a true environmental crisis, which has not been properly addressed by the rule of law. Therefore, the objective on this paper is to verify the configuration of an Ecological rule of law that protects nature effectively and for its intrinsic values and to analyze the foundations of nature's rights and its establishment in the New Latin American Constitutionalism.

Keywords: Rights of nature, Rule of law for nature, New Latin American constitutionalism

INTRODUCCIÓN

Se propagó en la sociedad contemporánea globalizada la visión de naturaleza como mero recurso a ser utilizado y transformado para provecho humano. Con base en una concepción antropocéntrica de la naturaleza y la relación de los seres humanos con ella, se difundió la explotación ilimitada de los componentes ecológicos, tratados como objetos a ser usados para satisfacer necesidades y deseos humanos.

Además, el consumo de recursos no se restringe a la satisfacción de necesidades básicas, pero actualmente ocurre para alimentar el hiperconsumo de bienes, relacionados a productos no esenciales, a productos cada vez más individualizados, desechables, sustituibles y de corta duración. Así, el hiperconsumo asociado al número creciente de persona en el mundo- que ya pasa de 7.662.471.300 personas, con un crecimiento poblacional de más de 70 millones solo en el 2018 (WORLDOMETERS, 2018)- y sumados a la forma de crecimiento económico adoptada por los Estados culminaron en una verdadera crisis ecológica. Esta crisis implica en la degradación de la calidad ambiental y calidad de vida para las diversas especies, extinción masiva de la flora y fauna, ocurrencia de cambios climáticos con consecuencias catastróficas, contaminación de mares, océanos, ríos, lagos, suelo, aire, depredación de recursos naturales, derrumbe de bosques, contaminación por residuos sólidos y materiales contaminantes.

La protección que el Estado de Derecho ha dado a la naturaleza frente a esas amenazas complejas es insuficiente, una consecuencia de las leyes ambientales ligadas a una visión antropocéntrica que considera la naturaleza un objeto de uso humana y económico. Además, están caracterizadas por la ineffectividad, cuando no blancos de retrocesos normativos.

En los Estados latinoamericanos hay algunas características peculiares, pues el antropocentrismo fue impuesto por los colonizadores, siendo que a partir de su llegada se inició la extracción de recursos naturales con destino a los países del Norte Global. Tales cuestiones marcaron el desarrollo de las naciones de América Latina, que hasta los días actuales centran el foco económico en prácticas extractivistas orientadas al mercado externo.

Una cuestión importante relacionada con la crisis ambiental, que ocurre en la práctica y justifica esta investigación, es que ni el Estado ni el derecho tal como están puestos y pautados en la visión antropocéntrica han logrado proteger la naturaleza (aun que sepan que el futuro de la humanidad y de otras especies dependen de ello); hay muchos intereses humanos que predominan sobre la protección ecológica.

Por lo tanto, es necesaria una revalorización de la naturaleza, en busca de protección por sus valores intrínsecos, para que pueda ser protegida de forma eficaz y duradera. En este sentido, se cuestiona: ¿cuáles son los fundamentos para la protección de los derechos de la naturaleza y cuáles son las características esenciales para que el Estado de Derecho se vuelva más ecológico, para garantizar no sólo la vida digna para las generaciones actuales y futuras, sino también la existencia armónica de los seres humanos con la naturaleza y la protección de ésta por sus propios valores y no por el bienestar humano? Además, ¿de qué forma los derechos de la naturaleza han sido enunciados por el nuevo constitucionalismo latinoamericano?

Ante tales cuestiones, se desarrollará en este ensayo teórico un estudio bibliográfico, por medio del método deductivo. Como objetivos se deben verificar qué cambios son necesarios en el Estado de Derecho para que la protección de la naturaleza sea efectiva y real, buscando analizar los fundamentos de los derechos de la naturaleza y sus previsiones en las Constituciones latinoamericanas.

Se analizarán en los primeros tópicos las problemáticas generadas por la visión antropocéntrica, por el colonialismo, por el desarrollo extractivista, en lo que se refiere a la crisis ambiental, además de ser tratada la ineffectividad del Estado frente a tales problemas.

A continuación, se abordará el valor intrínseco y los derechos de la naturaleza, y también, en el ámbito jurídico más específico, se dará foco al Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, a los casos de Ecuador y Bolivia. Por último, se abordará el Estado de Derecho Ecológico que trae consigo una nueva visión de naturaleza y la protege por su valor en sí misma.

1. Antropocentrismo, Fragmentación del Conocimiento y Crisis Ambiental

La visión de los seres humanos en relación a la naturaleza ha pasado por varias modificaciones a lo largo de los siglos. Estaba muy ligada a las bases epistemológicas, a la forma de conocer el mundo, la realidad y estudiar la naturaleza.

Cuestiones que merecen ser destacadas por aún influenciar fuertemente las visiones del mundo actual son el pensamiento antropocéntrico y la fragmentación científica del conocimiento- además de su afirmación como saber superior a todos los demás. Tales visiones tuvieron gran impacto en la relación de los seres humanos con la naturaleza, que en las épocas actuales llegó a un límite de explotación y apropiación perjudiciales para la vida como un todo.

La relación con la naturaleza se antropomorfizó, siendo la naturaleza reducida a los intereses exclusivos de la especie humana, que se ve como propietaria de ella y como superior a todo su entorno; también se individualizó, siendo los propios intereses humanos medidos en función de preferencias individuales. (OST, 1997)³

³ Aunque Ost (1997) no se vincule a la defensa de los derechos de la naturaleza ni a la visión ecocéntrica, trae importantes críticas al antropocentrismo y realiza un análisis de su desarrollo en la sociedad.

Se hace de la naturaleza un objeto y del hombre un ser superior y dominador de todo lo que es natural, siendo que el ambiente es reducido a un simple reservorio de recursos, antes de convertirse en un depósito de residuos (OST, 1997). Hay entonces la dualidad entre hombre y naturaleza, esa es descrita por Ost como la visión de naturaleza-objeto que remite al pensamiento de René Descartes (OST, 1997). Descartes desarrolló el pensamiento analítico y fue precursor de la división del conocimiento, que legitimó la visión de la naturaleza como una máquina cuyas partes pueden ser manipuladas por los seres humanos.

En esta lógica, la naturaleza pasó a ser vista como objeto de fácil dominación por medio de la ciencia (LAVRATTI, 2011), siendo que el crecimiento del poder de transformación de la naturaleza fortaleció la visión antropocéntrica y endosó su percepción como objeto y fuente de recursos para satisfacer las voluntades humanas.

Las ciencias se desarrollaron pautadas en esa visión antropocéntrica, que pasa a las ciencias económicas, jurídicas, sociales y naturales. Con la expansión de la Revolución Industrial y de la lógica capitalista, fue legitimado el progreso técnico-económico, y la degradación de la naturaleza fue considerada un mal necesario para alcanzar el desarrollo.

A partir de eso, la ciencia pasa a ser vista como única forma de conocimiento válido y riguroso, superior a todos los demás (SOUSA SANTOS, 1997). Pero ocurre que si sólo el conocimiento científico es válido y si se basa en la experimentación y explotación de la naturaleza, tal explotación pasa a ser reproducida como legítima por toda la población. Si la ciencia dice que la naturaleza es máquina, debe ser dominada por los humanos y sirve de insumo para la producción, tal visión es aceptada, debido al peso dado al conocimiento científico.

A partir de la división del conocimiento en materias hubo una gran especialización que ha traído descubrimientos y avances, especialmente técnicos, en varias áreas. Pero la extrema división del conocimiento también fragmenta el medio ambiente en partes y así falta una conexión entre todos los saberes para que las personas vean la problemática del estado global, y no los problemas ambientales de forma fragmentada y reduccionista.

Hay una crisis ambiental, en la que sufren plantas y animales, hay deforestación y extinción de especies; pero, para Ost, el mayor problema es la crisis de representación de la naturaleza, de la relación de los hombres con ella. Una crisis que involucra el vínculo entre hombres y naturaleza y los límites de sus relaciones. La crisis de vínculo significa que ya no se puede discernir sobre lo que une los hombres al animal, al que tiene vida, a la naturaleza. La crisis de límite, significa que no se puede ver lo que distingue el hombre del animal y de la naturaleza (OST, 1997).

Las crisis actuales son sistémicas, interconectadas e interdependientes, derivadas de esta gran crisis de percepción, siendo necesario superar la visión mecanicista, antropocéntrica y fragmentada, y la creencia en el progreso material ilimitado (CAPRA, 2001).

Tales concepciones permitieron el desarrollo de la crisis ambiental, que fue generada en gran parte por las aplicaciones técnicas y tecnológicas sin límites, por la explotación de recursos naturales en los más diferentes lugares, con la destrucción de montañas, bosques y ríos, por la explotación de petróleo en capas subterráneas a las tierras y a los mares, por la hiperproducción e hiperconsumo de bienes (que degradan la naturaleza durante las diferentes fases de su ciclo de vida, desde la extracción de materiales hasta la gestión de residuos).

Estos daños, que por su propia causa y efecto son colectivos, pueden tener consecuencias irreversibles, además de la contaminación, por ejemplo, tener efectos sinérgicos, transfronterizos y transtemporales. (AYALA, LEITE, 2012).

Así, el modelo de vida adoptado por los seres humanos genera efectos acumulativos y continuados en la naturaleza, siendo que éstos se tornan en factores geológicos, geomorfológicos y climáticos. El término Antropoceno fue propuesto por el Nobel de Química Paul Crutzen y se refiere a la época en que los humanos sustituyeron a la naturaleza como la fuerza ambiental dominante en la Tierra, siendo que su acción ya marcó el estrato geológico. (CRUTZEN, 2006)

La crisis ambiental tiene origen en las acciones humanas y es la expresión de una cuestión más amplia, de un modelo de civilización de visión antropocéntrica que reduce la naturaleza a mera materia y mantiene una relación insostenible con el medio (MELO, 2016). Se trata de un efecto colateral de los valores predominantes en la sociedad dirigidos especialmente al crecimiento económico a corto plazo y al intenso consumo de bienes. (BUGGE, 2013)

Dentro de esa lógica que ve a los recursos naturales como fuente a ser utilizada para el crecimiento económico, diversos límites planetarios ya han sido alcanzados, como: destrucción de la capa de ozono estratosférico; pérdida de biodiversidad; dispersión de sustancias químicas y nuevas sustancias; acidificación de los océanos; perturbaciones en el ciclo hidrológico global; cambios en el uso del suelo; cambios en el ciclo del nitrógeno y del fósforo; aerosoles de origen antropogénicos presentes en la atmósfera (ARAGÃO, 2017). Según el Living Planet Report 2018, en 44 años perdimos el 60% de los vertebrados del mundo, lo que muestra un escenario de devastación y extinción extrema (WWF, 2018).

Además de eso, existe el creciente problema del cambio climático, que tiene consecuencias diversas, como la degradación diversas áreas y la imposibilidad de la vida en ellas, debido a sequías, inundaciones, cambios en la temperatura, aumento del nivel del mar y otros. De acuerdo con el Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático (Intergubernamental sobre Cambio Climático), en las últimas décadas del siglo veinte América del Sur se vio afectada por acontecimientos climáticos, lo que, junto con las características de la población y de la geografía local, aumenta la vulnerabilidad de los sistemas humanos a los peligros ambientales. (YAMAMOTO, SERRAGLIO, CAVEDON-CAPDEVILLE, 2018)

Pero sucede lo que se denomina la Paradoja de Giddens, en que se sabe sobre los cambios que están siendo causados en el clima del Planeta, pero hay un descuento en relación al futuro, una inacción en relación al futuro, porque las personas se preocupan más por factores a corto plazo y cuestiones económicas inmediatas que de las posibles catástrofes climáticas. (GIDDENS, 2010)

La migración debido a catástrofes ambientales siempre ha ocurrido, sin embargo, los rápidos cambios en el medio natural provocados por la acción humana destruyen el medio ambiente de forma irreversible y aumentan el número de desplazamientos. Así el gran número de refugiados ambientales representa el aumento del deterioro ambiental mundial y se estima que hasta el año 2050 podrán ser 200 millones de personas en esa situación. (RAMOS, 2011)

Los problemas ambientales se sienten en todo el mundo y tienen las más diversas características. América Latina tiene sus propias peculiaridades, que pasó por la colonización europea, la cual impuso una nueva forma antropocéntrica de lidiar con la naturaleza y transformó a los países especialmente en extractores de materia prima, cuestiones que persisten hasta el día de hoy.

2. Problemática ambiental en América Latina: colonialismo y desarrollo extractivista

Antes de la llegada de los europeos a América Latina, los pueblos originarios consideraban al Universo como divinidad materna y se relacionaban con la naturaleza con respeto y veneración. Creían que la Tierra proporcionaba la vida y que, sin ella, ésta no sería posible. La antigua civilización Inca, ubicada en la región de los Andes peruanos, bolivianos, del extremo norte chileno y del noroeste argentino, la llamaba Pachamama, que significa “Madre Tierra”, y de ahí viene la relación con la fe materna, generadora y propiciadora de la vida. (WOLKMER, 2014)

Esta cosmovisión respetuosa y armoniosa en relación a la naturaleza fue corrompida con la llegada de los colonizadores europeos, pues impusieron como base axiológica la racionalidad antropocéntrica, que jerarquiza el hombre como superior en relación a los demás elementos del medio ambiente. (WOLKMER, 2014)

La ciencia antropocéntrica fue vista como única forma de conocimiento válido, pero tanto ella como los saberes tradicionales son necesarios. La ciencia ayuda en el desarrollo de la sociedad, pero como ha sido pausada en una visión antropocéntrica, es necesario evidenciar visiones ecocéntricas que pueden ser iluminadas por los saberes de los pueblos originarios.

En ese período inicial y en el desarrollo colonialista, la absorción del modelo de producción capitalista y la introducción del liberalismo individualista tuvieron una función determinante incluso en el proceso de positivación del Derecho estatal. Así, fue uniformado todo el pluralismo cultural al modelo oficial, no se respetaron ni las diversidades, ni la preservación de la naturaleza o las tradiciones culturales acerca del pluralismo legal consuetudinario de los pueblos originarios. (WOLKMER,

2014)

Se va estableciendo la ruta del Sur hacia el Norte del transporte de materias primas durante todo período colonialista. Las cosechas de oro, plata, madera, maíz, café, azúcar, caucho abastecieron el flujo económico e imperialista de los países europeos. Pasados muchos años, incluso con el fin del colonialismo, los países latinoamericanos continúan teniendo su desarrollo fuertemente pautado en la extracción de recursos naturales.

Algunos problemas actuales característicos de los países primario-extractivistas exportadores es la mayor dependencia del mercado mundial, de los precios y del poder de oligopolio de las empresas transnacionales, lo que causa una mayor destrucción de las bases vitales ecológicas y externalidades negativas socio ambientales. (ACOSTA, BRANT, 2017)

Este extractivismo predatorio puede aún ser aumentado en función de los modos de vida de producción y consumo devastadores de la naturaleza (tanto del Norte como del Sur), ya que el modelo de desarrollo social y económico se basa en la explotación de recursos naturales y la exportación de materias primas. (ACOSTA, BRANT, 2017)

Es necesario tener en cuenta que en la cadena de producción y consumo se generan muchas externalidades ambientales negativas, ubicadas principalmente en los países del tercer mundo, vistos muchas veces como fuente de materias primas y depósito de residuos. En estos lugares, hay extracción de materiales, contaminación ambiental y degradación social, las áreas con minerales para extracción son “reviradas”, se gasta mucha agua, se contaminan ríos y suelos, los trabajadores son explotados y tienen actividades insalubres. (LEONARD, 2011).

Así, el sistema capitalista avanza de forma insostenible, con modelos de consumo que sobrepasan los lí-

mites ecológicos del planeta, no toman en consideración sus cualidades concretas, condiciones de reproducción, capacidad de recuperación y adaptación, y generan una crisis socioeconómica civilizatoria. (ACOSTA, BRANT, 2017)

Por eso, son necesarias formas de desarrollo que prioricen la vida en armonía con la naturaleza, sin dañar los procesos ecológicos esenciales para la vida como un todo, ni subyugar a los seres humanos y no humanos. En esta lógica, el Estado de Derecho (que debe convertirse en Ecológico, como se verá) tiene un papel de extrema importancia, pero que todavía no se ha cumplido, como se tratará en el próximo ítem.

3. La inefectividad de la protección de la naturaleza por el Estado de Derecho

A partir de la visión antropocéntrica también se fundó el Estado de Derecho, que aun cuando emana leyes de protección ambiental, lo hace en la lógica del beneficio de la naturaleza para los seres humanos, y no de la protección de la naturaleza por su propio valor.

El Estado tal como está no ha garantizado la debida protección ecológica. Ha permitido y ha causado devastación de la naturaleza, ha aprobado normas que representan un verdadero retroceso ecológico, mientras que las normas de mayor protección ambiental e incluso la Constitución Federal no han sido efectivizadas, además de que otros valores varias veces se sobreponen sobre la protección ecológica.

Hay una insuficiencia del Estado para lidiar con los problemas ambientales, especialmente con la crisis ecológica, el cambio climático, el surgimiento de nuevos riesgos originarios del desarrollo científico y tecnológico, y la intervención creciente de los seres humanos en los sistemas terrestres. (LEITE, SILVEIRA, BETTEGA,

2017)

Los riesgos sufridos por la sociedad tienen causas múltiples y orígenes diversos, siendo difícil responsabilizar directamente a alguien por esos efectos. Además, los riesgos no tienen la debida publicidad, siendo que muchas veces son omitidos por particulares y por el poder público. Así, resulta aún más complicado medir las proporciones, el contenido y la extensión de los riesgos, que se caracterizan por la indeterminación y el anonimato. Este anonimato refleja en la idea de *irresponsabilidad organizada*, que ocurre cuando el origen, los efectos y las proporciones de los riesgos son ocultados por varios sistemas de la sociedad, siendo que nadie es responsabilizado por ellos (BECK, 1998).

No hay reales soluciones políticas, hay omisión y ocultación de la devastación, habiendo una protección meramente simbólica y no efectiva de la sociedad frente a la crisis ambiental. Por eso, es esencial modificar el modelo estatal vigente en busca de que la vida humana esté en mayor armonía con el Planeta. (LEITE, SILVEIRA, BETTEGA, 2017)

Otro gran problema es la manera como la naturaleza es tratada (dimensión ética), no habiendo una “ética de la naturaleza” capaz de dirigir las actitudes humanas. La concepción antropocéntrica es incapaz de proteger la naturaleza porque el bienestar y el desarrollo económico a corto plazo acaban prevaleciendo en relación a su protección. (BUGGE, 2013)

En lo que se refiere al Derecho, en el escenario internacional ocurrieron diversas Conferencias, se produjeron declaraciones sobre protección ambiental e incluso hubo el ver de las Constituciones, pero, aun así, la degradación se encuentra a un nivel alarmante. Hay gran discrepancia entre lo ideal (de las leyes ambientales, sus objetivos y la retórica política) y la realidad. (BUGGE, 2013)

Conforme al Manifiesto de Oslo para Derecho Ecológico y Gobernanza, adoptado en el IUCN WCEL Ethics Specialist Group Workshop, de la IUCN Academy of Environmental Law Colloquium, en la Universidad de Oslo, en 2016, el derecho ambiental se encuentra en una encrucijada, pasados cincuenta años de su historia, la normativa ambiental no ha logrado detener la degradación ecológica y sigue sin alcanzar sus objetivos. (IUCN, 2016a)

Además del consumo excesivo, acelerado crecimiento económico y de la población, hay razones de la filosofía, ontología y metodología que sustentan el derecho ambiental, que está arraigado en el derecho occidental moderno con sus orígenes en la religión, en el antropocentrismo, dualismo cartesiano, utilitarismo e individualismo. Esta visión es anticuada y contraproducente, sin embargo, continúa dominando la forma en que se conciben e interpretan las leyes ambientales, inclusive la visión de naturaleza como “el otro”. (IUCN, 2016a)

De esta manera, el derecho ambiental no solo es ciego a las interdependencias ecológicas, sino también políticamente débil, ya que compite con otras áreas más poderosas de la ley, tales como propiedad individualizada y derechos corporativos. Como consecuencia, el sistema legal es incapaz de asegurar las condiciones físicas y biológicas a la vida humana y a otras formas de vida, y al Planeta (IUCN, 2016a).

Por eso, son necesarios cambios en el sistema jurídico, específicamente con una ecologización del derecho. La naturaleza necesita ser protegida de forma efectiva y eso implica una nueva mirada sobre su importancia por su valor intrínseco, por mucho más allá de los beneficios que trae a los seres humanos.

4. Fundamentos de los derechos de la naturaleza

La perspectiva antropocéntrica marcó el propio desarrollo del derecho ambiental. Pero la toma de conciencia de la necesidad de protección de la naturaleza no sólo para beneficio humano trae las perspectivas biocéntrica y ecocéntrica, siendo que la segunda visa un cambio de valores del Homo sapiens al Planeta Tierra, siendo que todos los organismos evolucionan a partir de la Tierra y son por ella sostenidos. (MACAYA, 2018)

En el Derecho hay la afirmación de derechos de la naturaleza y una visión de ella como sujeto de derechos. El otorgamiento de personalidad jurídica a entidades naturales viene de pensamientos de pueblos autóctonos y eso refuerza el pluralismo jurídico (MACAYA, 2018), además de representar un rescate de la cultura, un rescate de sociedades con concepciones mucho más fuertes que la actual para protección del medio ambiente. (BOYD, 2017)

Así, el derecho debe volver a ser un instrumento para la vida social y, por lo tanto, es importante que se cree una nueva figura jurídica que represente la nueva relación con la naturaleza, la cual se debe preservar como un fin en sí mismo, una perspectiva ecocéntrica, en la que el ser humano se ve como parte de la Tierra. (MACAYA, 2018)

Boyd muestra la evolución de los derechos de la naturaleza, empezando por la protección de los animales en juicio y dirigiéndose al reconocimiento legal y judicial de los derechos de los animales, de ríos y de la naturaleza como un todo. La ciencia se abrió para comprender los animales, su sensibilidad, capacidades, inteligencia y aspectos que se desvelan en diferentes especies. Hay un lento cambio, pues ellas vienen impregnadas de una visión antropocéntrica. (BOYD, 2017)

A finales del siglo XIX y principios del siglo XX comenzaron a emerger los primeros signos de una nueva ética para con los animales, en la que se ve que es incorrecto que los humanos lleven otra especie a la extinción a partir de la creación de parques nacionales para la protección de animales, leyes específicas para ellos, especialmente para las especies amenazadas de extinción. (BOYD, 2017)

El profesor norteamericano, Christopher Stone, ¿en 1972 publicó en el *Southern California Law Review* un artículo llamado “Should trees have standing?”, examinando los derechos legales de la naturaleza. Él fue uno de los precursores de la defensa de los derechos de la naturaleza en la jurisprudencia y del reconocimiento de su personalidad jurídica.

Stone dispone que los derechos han progresado a lo largo del tiempo, muchas personas y seres antes sin protección jurídica han tenido sus derechos otorgados. A lo largo del tiempo se reconocieron los derechos de los niños, de prisioneros, mujeres, incapacitados, negros, indígenas y otros. Pero no sólo las personas adquirieron derechos, sino también fondos, corporaciones, municipios, naciones, estados, embarcaciones, empresas, etc. Como ya nos acostumbramos con esas personalidades jurídicas, olvidamos cuán chocantes eran esas visiones para los antiguos juristas. (STONE, 1972)

No hay técnicamente barreras para garantizar los derechos de la naturaleza, ya que otras entidades no humanas como embarcaciones y corporaciones tienen derechos legales incorporados. Así, bosques, ríos, océanos, otras partes de la naturaleza y la naturaleza con un todo debería tener derechos. No se puede hablar de que bosques no pueden representar en juicio porque no pueden hablar, siendo que corporaciones, estados, menores, incapaces, municipios, universidades, etc., tampoco pueden hablar. Por eso, los abogados deben representarlos,

así como representan a los ciudadanos comunes. Si las personas jurídicas (una ficción jurídica) tienen derechos, ¿por qué la naturaleza, que es viva, no puede tener? (BOYD, 2017)

Esto demuestra que ya es normal en el derecho dar derechos a entes que no son personas, por su representatividad en el mundo. Entonces la naturaleza, que es real, que es la base de la existencia de todos, debería tener aún más derechos.

De esta manera, el próximo paso necesario sería dar derechos legales a los bosques, océanos, ríos y demás componentes de la naturaleza, e incluso para el medio ambiente natural como un todo. Esto no significa que van a tener el mismo cuerpo de derecho de los seres humanos, ni que todo en el ambiente debería tener los mismos derechos que cualquier otra cosa en el ambiente. (STONE, 1972) Esto significa que cada entidad de la naturaleza debe tener derechos según sus propias necesidades.

Los derechos implican dos lados: lo que puede llamarse aspectos legales-operativos (lo que significa ser poseedor de derechos legales) y los aspectos psicológicos y sociales (STONE, 1972). De ello podemos entender que el otorgamiento de derechos no sólo permite la defensa judicial de esos derechos, pero también tiene un aspecto psicológico y social de valorización del bien protegido.

En el ámbito internacional, este enfoque fue promulgado en 1982 en la Carta Mundial de la Naturaleza, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, dando un importante paso para la adopción de los principios de respeto a la naturaleza por parte de los Estados. Aunque sin fuerza vinculante, la Carta expresa una obligación moral asumida por 118 Estados, reconoce que todas las formas de vida son únicas y merecen respeto, sin importar su utilidad para el hombre, reconociendo a los demás seres su valor intrínseco. (NACIONES UNIDAS, 1982)

También dispone que toda forma de vida es única y requiere respeto, independientemente de su valor para el hombre, y, al conceder otros organismos tal reconocimiento, el hombre debe ser guiado por un código moral de acción y reconocer plenamente la urgencia del mantenimiento de la estabilidad y de la calidad de la naturaleza. Además, los beneficios duraderos de la naturaleza dependen del mantenimiento de procesos ecológicos esenciales y los sistemas de apoyo a la vida, y sobre la diversidad de formas de vida, que se vean perjudicados por la explotación excesiva y la destrucción de su hábitat. (NACIONES UNIDAS, 1982)

Así, en una comunidad viva e interdependiente no es posible reconocer derechos sólo a los seres humanos sin causar un desequilibrio en relación a la Madre Tierra. (BOYD, 2017)

De acuerdo con el Manifiesto de Oslo para Ley Ecológica y Gobernanza, del 2016, el enfoque ecológico del derecho debe basarse en el ecocentrismo, el holismo y la justicia intergeneracional e interespecie. Desde esta perspectiva la ley reconocerá las interdependencias ecológicas y ya no favorecerá a los humanos sobre la naturaleza ni a los derechos individuales sobre las responsabilidades colectivas. Esencialmente, la ley ecológica internaliza las condiciones de vida naturales de la existencia humana y las convierte en la base de todas las leyes, incluidas las constituciones, derechos humanos, derechos de propiedad, derechos corporativos y soberanía del estado. (IUCN, 2016a)

Hay una diferencia fundamental entre la ley ambiental y la ley ecológica: la primera permite que las actividades y aspiraciones humanas determinen si la integridad de los sistemas ecológicos debe ser protegida o no; la segunda requiere que las actividades y aspiraciones humanas estén determinadas por la necesidad de proteger la integridad de los sistemas ecológicos, la cual se

convierte en condición para las actividades humanas y un principio fundamental de la ley, que refuerza el principio de responsabilidad humana por la naturaleza. Esta lógica inversa es posiblemente el desafío clave del Antropoceno (IUCN, 2016a).

Los valores fundamentales y los principios que guiaron culturas antiguas y pueblos indígenas de todas partes del mundo- que supieron vivir de forma ambientalmente sostenible, son en cierto modo los mismos que guían a la ley ecológica. (IUCN, 2016a)

Para el Manifiesto, los valores y principios de la ley ecológica se expresan en jurisprudencia ecocéntrica, con la protección de los derechos de naturaleza, derechos de la Madre tierra, una metodología ambiental específica, eco-constitucionalismo, derechos humanos ecológicos, sostenibilidad e integridad ecológica, que aunque tengan distintos enfoques, son complementarios y pueden mutuamente reforzarse. (IUCN, 2016a)

De esta manera, la visión de naturaleza a ser sostenida es que ella es la base fundamental para cualquier tipo de desarrollo económico y social, la base fundamental para la existencia de la vida y para la posibilidad de vida digna para las futuras generaciones de todas las especies. Es una visión de que la naturaleza en sí debe ser preservada, pues tiene valores intrínsecos, superando el valor de existencia sólo para satisfacer necesidades humanas, teniendo entonces una visión no antropocéntrica. La naturaleza es un sujeto de derechos, cuyos procesos vitales y leyes de funcionamiento deben ser concretados al máximo.

La evolución de la protección de los derechos de la naturaleza puede ser vista en la promulgación de las Constituciones del Ecuador (2208) y Bolivia (2009), que representan de forma no exclusiva el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.

5. La protección de la naturaleza y el buen vivir en el nuevo constitucionalismo latinoamericano

La crisis de los modelos epistémicos de la modernidad hace posible un cuestionamiento sobre las nuevas posibilidades de ruptura del antiguo paradigma antropocéntrico y la búsqueda por otros que tengan la capacidad de explicitar nuevas cosmovisiones ecológicas.

La concepción de este nuevo constitucionalismo se basa en la cosmovisión andina, en la armonía con la naturaleza, en la valorización de la diversidad cultural y de la pluralidad jurídica; va contra el modelo civilizatorio capitalista predatorio y proclama una convivencia armónica de todos los seres vivientes dentro de la Tierra, denunciando el modelo de mercado adoptado en las últimas décadas (ZAFFARONI, 2011).

En la región de los Andes, específicamente en Ecuador (2008) y en Bolivia (2009), surgió un nuevo constitucionalismo pluralista, que incluye a los pueblos indígenas y a otros grupos históricamente sin voz como actores sociales protagonistas de un proceso de reconocimiento de la naturaleza y de respeto prioritario a la vida.

Este llamado Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, viene inspirado en saberes milenarios, transmitidos de generación en generación y compuestos por experiencias plurales (WOLKMER, S. WOLKMER, FERRAZZO, 2017, p.22). Se forma a partir de los valores de la filosofía andina centrada en la concepción ética del buen vivir y por nuevas directrices paradigmáticas acerca de los derechos de la naturaleza, buscando erradicar visiones mecanicistas de desarrollo económico. (WOLKMER, 2014)

El buen vivir tiene como fundamento la vida en armonía con la naturaleza, siendo que, para ello, la naturaleza debe ser restaurada y también los procesos eco-

lógicos esenciales deben ser protegidos. (BOYD, 2017). Así, el buen vivir también fomenta una forma de vida que genera la protección de la naturaleza por su propio valor.

Fue promulgado en las Constituciones de Bolivia (2009) y de Ecuador (2008), que también apuntan a la interculturalidad, fortalecen derechos colectivos, propone diálogo sobre alternativas de desarrollo que aprecien los más diversos saberes y conocimientos, capaces de trascender a la modernidad occidental, además de en Ecuador la Constitución reconocer los Derechos de la Naturaleza (ACOSTA, BRANT, 2017). En el caso de Bolivia, fue promulgada la Ley de la Madre Tierra, de 2012.

La propuesta de buen vivir no significa una vuelta al pasado ni idealización de los modos de vida indígena-comunitarios, pero busca reconocer y respetar diversos conocimientos y experiencias (ZAFARONI, 2011; ACOSTA, BRANT, 2010). Actúan conjuntamente conocimientos tradicionales con nuevas visiones, que permiten redefinir identidades para el futuro (GUDYNAS, ACOSTA, 2011).

La Constitución de Ecuador consagra expresamente el derecho autónomo de la naturaleza de ser protegida y restaurada en el caso de impacto ambiental- por su valor en sí misma y no por los efectos que pueda tener sobre los intereses humanos. (MACAYA, 2018)

El capítulo séptimo de la Constitución ecuatoriana trata de los derechos de la naturaleza, también llamada Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida. El artículo 71 dispone que la Pacha Mama “tiene derecho a que se respete íntegramente su existencia, el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturale-

za”. Además, dice el artículo que el Estado debe incitar la protección de la naturaleza y promover el respeto a todos los elementos del ecosistema.

Los siguientes artículos establecen : que la naturaleza tiene derecho a la restauración, independiente de la obligación de indemnizar a los afectados (artículo 72); medidas de precaución y restricción a actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales (artículo 73); el derecho de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades de beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el bien vivir, y que los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación, y su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado (artículo 74). (ECUADOR, 2008, artículos 72-74)

La Constitución de Ecuador, de 2008, pretende construir una nueva forma de convivencia ciudadana para alcanzar el bien vivir, o *sumak kawsay*, siendo que la Pachamama, en la que se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete íntegramente su existencia, el mantenimiento y la regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. (ZAFFARONI, 2011).

Esta Constitución presenta un gran cambio en el paradigma del derecho contemporáneo, saliendo de la visión estrictamente antropocéntrica para una visión ecocéntrica, que incluye la naturaleza como sujeto de derechos, cuyos valores intrínsecos deben ser preservados.

Sin embargo, hay contradicciones en la Constitución de Ecuador, pues la naturaleza es vista tanto como sujeto de derechos como sus elementos como agua, biodiversidad e hidrocarburos se definen como recursos estratégicos del Estado. La extracción de recursos no renovables está prohibida en áreas de preservación, a menos que el presidente la permita (BOYD, 2017) - como ya fue

permitido en el Parque Nacional de Yasunii.⁴

Además, Ecuador aún no ha realizado los cambios previstos constitucionalmente y la extracción de recursos naturales sigue siendo un pilar de la economía ecuatoriana. No se espera que Ecuador cambie de un día para otro y su experiencia demuestra la dificultad de enfrentar intereses y poderes preexistentes en la sociedad, aun cuando los derechos de la naturaleza son reconocidos en sus mayores y más fuertes leyes. Pero se debe considerar que el hecho de que la cuestión esté siendo discutida ya puede ser considerado un avance. (BOYD, 2017)

En el caso de la Constitución de Bolivia, aunque no explicita los derechos de la naturaleza, en su preámbulo trae diversas menciones de la relación con la naturaleza y en el artículo 33, coloca que el ejercicio del derecho al medio ambiente sano debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de los otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente. Entonces ella agrega “otros seres vivos”, más allá de los seres humanos. (MACAYA, 2018). Esta frase final puede sugerir que todos los seres, ani-

⁴ Un caso que podría haber representado la efectividad de esos derechos fue la iniciativa de la propuesta Yasuní-ITT, en la que el presidente de Ecuador prometió no explotar el área de petróleo Ishpingo-Tamvococho-Tiputini (ITT) que se encuentra debajo del Parque Nacional de Yasuní - epicentro de la megadiversidad del país-, si la comunidad global diera la mitad del valor del petróleo, o \$ 3,5 mil millones. Tal propuesta tenía como justificación que los países cuyo desarrollo y explotación ambiental fue responsable por la degradación ambiental del planeta y del cambio climático, deberían hacer una contribución financiera, asumiendo su responsabilidad compartida por el medio ambiente. Las finalidades de la iniciativa serían: proteger el territorio y con ello, la vida de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario; conservar la biodiversidad; cuidar el clima global manteniendo intacta una significativa cantidad de petróleo, evitando las emisiones de 410 millones de toneladas de gas carbónico. Pero en 2013 el presidente Correa anunció que Ecuador estaba abandonando la Iniciativa Yasuní ITT, bajo la justificación de que para el cumplimiento de los derechos humanos previstos en la Constitución -como agua, comida, atención a la salud, empleo y vivienda- era preciso realizar la extracción de recursos naturales. (BOYD, 2017)

males no humanos, plantas e incluso ecosistemas tienen derechos constitucionales en Bolivia. (BOYD, 2017)

Esta constitución fue fundamento para la adopción de la Ley de los Derechos de la Madre Tierra (2010) y de la Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien (2012) (MACAYA, 2018).

La Ley Marco De La Madre Tierra y Desarrollo Integral Para Vivir Bien, del 2012, establece la visión y los fundamentos del desarrollo integral en armonía y equilibrio con la Madre Tierra para Vivir Bien, garantizando la continuidad de la capacidad de regeneración de los componentes y sistemas de vida de la Madre Tierra, recuperando y fortaleciendo los saberes locales y conocimientos ancestrales, en el marco de la complementariedad de derechos, obligaciones y deberes; así como los objetivos del desarrollo integral como medio para lograr el Vivir Bien.

Algunos de los principios que rigen esa ley incluyen: derechos de la Madre Tierra como sujeto colectivo de interés público; armonía entre humanos y naturaleza; promover el bien colectivo, restaurar los ecosistemas; no comercialización de la naturaleza ni su tratamiento como propiedad privada; defender a la Madre Tierra-sistema vivo dinámico, que es indivisible, interrelacionado e interdependiente; prevención y precaución; justicia climática y social.

Así como en Ecuador, la implementación de los derechos de la naturaleza en Bolivia no ha sido consistente y la ley está repleta de contradicciones, pues promueve extracción de recursos naturales, como agricultura, óleo y gas, minería, buscando promover la industrialización de los componentes de la Madre Tierra, lo que parece opuesto al reconocimiento de sus derechos. (BOYD, 2017)

Un gran problema es que el desarrollo de esos lugares está muy basado en el extractivismo, es decir, en la intensa explotación de los recursos naturales, como minerales, petróleo y gas (BOYD, 2017), cuyas reservas en la mayor parte de las veces se encuentran en parques, áreas de preservación o tierras indígenas.

De este modo, la crisis del modelo epistémico de la modernidad- enfocado en el antropocentrismo- hace posible un cuestionamiento sobre él y una apertura para las nuevas posibilidades, con la capacidad de explicitar cosmovisiones alineadas a la vida en armonía con la naturaleza. Frente a tales cuestiones, el Estado de Derecho necesita ser transformado, necesita ser ecologizado para que la naturaleza pueda ser verdaderamente protegida.

6. Estado Ecológico de Derecho para efectiva protección de la naturaleza

Ante todo lo expuesto, queda evidente la necesidad de un tipo de Estado que supere la visión antropocéntrica y priorice la protección ambiental (BUGGE, 2013), siendo que las bases de la estructura jurídica deben incluir la integridad ecológica como valor fundamental. (LEITE, SILVEIRA, BETTEGA, 2017).

La expansión de la crisis ambiental refuerza la necesidad de un Estado de Derecho Ecológico a partir de una visión ecocéntrica, ya que todas las formas de vida y su integridad dependen de la biosfera y de la interdependencia de los sistemas ecológicos. (LEITE, SILVEIRA, BETTEGA, 2017a)

Ese tema fue tratado por la Declaración Mundial del Estado de Derecho Ambiental, promulgada en el 1º Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN). Esta declaración enfatiza que la humanidad existe dentro de la naturaleza y que todas las formas de

vida dependen de la biosfera y de la interdependencia de los sistemas ecológicos; además, habla que hay una relación intrínseca entre derechos humanos y la conservación y protección del ambiente, siendo que la protección de la naturaleza es esencial para el bienestar humano. Además, reconoce la importancia del conocimiento y la cultura indígena en la promoción de la sostenibilidad. (IUCN, 2016)

Afirma que el fortalecimiento del Estado de Derecho Ambiental es esencial para alcanzar el mayor nivel de conservación y protección ambiental posible, así como la creación de instituciones apropiadas, el desarrollo e implementación de leyes efectivas y políticas para lidiar con las presiones ambientales que afectan al Planeta (IUCN, 2016)

Con base en los principios de sostenibilidad y resiliencia, se deben tomar medidas legales y otras para proteger y restaurar la integridad de los ecosistemas y para sostener y realzar la resiliencia de los sistemas socio ambientales. En la creación de leyes y políticas y en la toma de decisiones, el mantenimiento de una biosfera sana para la naturaleza y la humanidad debe ser la consideración primaria (IUCN, 2016). En este sentido, la tarea del Estado de Derecho Ecológico es buscar equilibrio entre todos los intereses de la vida, teniendo como base el principio de la sostenibilidad. (BOSELTMANN, 2013)

Es necesario ver la real capacidad de la naturaleza para soportar perturbaciones, sin subordinarla a demandas antrópicas. Esto requiere una nueva ética para organizar la vida y el reconocimiento de que el crecimiento económico y la búsqueda de acumulación de capital conducen a un camino sin salida. (ACOSTA, BRANT, 2017)

El Estado Ecológico de Derecho surge ante la necesidad de un modelo capaz de comprender y proteger verdaderamente la naturaleza, además de promover la justicia ambiental y el desarrollo sostenible. Debe ase-

gurar la protección de la resiliencia y la diversidad de los ecosistemas, siendo importante el reconocimiento de los límites de la propia naturaleza (VOIGHT, 2013). Así, la misión del Estado en el Antropoceno es definir en términos absolutos las líneas de límites que no deben en ningún caso ser excedidos. (ARAGÃO, 2017)

El concepto de Estado de Derecho para la naturaleza contrapone la visión antropocéntrica, promueve una mayor protección a los valores naturales y extiende elementos de protección más allá de los seres humanos, abarcando la naturaleza y sus valores. (LEITE, SILVEIRA, BETTEGA, 2017)

De esta forma, la defensa de la naturaleza debe ocurrir para la protección de sus propios valores intrínsecos en procedimientos políticos, legales y judiciales. Al extender sus elementos más allá de los humanos, el Estado Ecológico supera el ideal antropocéntrico, visando la amplia protección de la naturaleza, la cual requiere buenas y fuertes leyes que se implementen verdaderamente, en especial frente a actividades que la dañen o degraden. (BUGGE, 2013).

De forma sustancial, ese Estado tiene por objeto la integridad y la seguridad de la naturaleza, así que la debe proteger de la misma forma que los ciudadanos. Esto no significa que la protección de la naturaleza pase por encima de todos los demás valores, pero que debe haber reglas procedimentales que garanticen que el cambio debe hacerse teniendo en cuenta el valor de la naturaleza y los otros factores involucrados. (BUGGE, 2013)

Además, otra cuestión fundamental es la hermenéutica ecológica. Es necesario un nuevo modo de ver al orden jurídico, con una precomprensión diferenciada del intérprete, releyendo la Constitución Federal y toda la legislación bajo una nueva visión hermenéutica, teniendo en cuenta la crisis ambiental y la sociedad de riesgo (LEITE, BELCHIOR, 2010). El Superior Tribunal de

Justicia brasileiro dictó una decisión relativa a la hermenéutica ambiental:

(...) 4. Las normas ambientales deben atender a los fines sociales a que se destinan, es decir, necesaria la interpretación y la integración de acuerdo con el principio hermenéutico *in dubio pro natura*. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, REsp. 1.367.923-RJ. Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Clase, DJ 06.09.2013.)

La hermenéutica ecológica debe evolucionar conforme las necesidades de la sociedad, siendo que una de las mayores necesidades actuales es la preservación de las bases ecológicas, que debe ser hecha no sólo por el valor para los seres humanos, sino por el valor intrínseco, porque hay que avanzar en la protección ecológica y ya se sabe que la vida humana es totalmente dependiente de la Madre Tierra y que puede existir sólo si se mantienen niveles de calidad de la naturaleza (especialmente en relación a la contaminación, existencia de espacios naturales, existencia de biodiversidad y protección de especies). Y con la visión meramente antropocéntrica la naturaleza no ha sido protegida de la forma debida. Entonces es necesario una nueva visión de naturaleza y de nueva relación de los seres humanos con la misma y que esta visión sea traspasada al Derecho también.

Tanto el principio *in dubio pro natura* cuanto los dispositivos constitucionales deben ser interpretados de manera ecologizada, en el sentido de incluir a la naturaleza como un todo en la protección.

En el caso de la Constitución Brasileña de 1988, los derechos fundamentales enunciados requieren una amplia aplicación. Es característico del derecho fundamental que su aplicación busque ser lo más profunda posible para viabilizar su efectividad.

La preservación del medio ambiente fue recibida por la Constitución Federal de 1988, siendo que el art. 225 incluye la expresión “todos tienen derecho”, tratándose, sin duda, de un derecho fundamental del hombre. La Constitución también impone el deber de preservarlo a todos, lo que incluye el Estado y toda la sociedad (AYA-LA, LEITE, 2012).

Así, se pretende una ecologización del constitucionalismo ambiental por medio de una hermenéutica jurídica ecológica. La Constitución Federal Brasileña establece el derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado para las generaciones actuales y futuras, que deberá ser cumplido de la forma más amplia posible y, por lo tanto, con una interpretación ecologizada pasaría a ser un derecho no restringido a la especie humana, integrando todas las demás especies y la naturaleza como un todo.

Otra cuestión importante es que ante estos derechos conquistados, hay la noción de prohibición de retroceso, que se trata de un principio constitucional implícito y se refiere a una garantía de protección de los derechos fundamentales (y de la propia dignidad de la persona humana) contra la actuación del legislador constitucional, infraconstitucional y de la Administración Pública (SARLET, 2011).

El Estado es poseedor de obligaciones ambientales constitucionalmente establecidas, y medidas capaces de provocar alguna disminución en los niveles de protección deben ser objeto de control de constitucionalidad, pues son prácticas inconstitucionales (SARLET, 2011). El principio de la prohibición de retroceso ecológico apunta a que no se modifiquen normas ni sean realizados actos administrativos que disminuyan la protección dada al bien ambiental (CANOTILHO, 2005: 52), siendo que las modificaciones legislativas también deben asegurar un nivel más elevado de protección (ARAGÃO, 2006).

Las prácticas contaminantes ya prohibidas no pueden ser flexibilizadas (SARLET, FENSTERSEIFER, 2012), pues la disminución de protección no expone solamente los bienes bajo tutela, sino también el derecho fundamental de un medio ambiente ecológicamente equilibrado para las generaciones actuales y futuras, siendo condición para una vida digna (AYALA, 2012).

Estas premisas son esenciales para el Estado Ecológico de Derecho y, ante ello, los diversos sectores de la sociedad e incluso del poder público tienen que actuar para garantizar la protección de la naturaleza, para no retroceder en el camino tan arduamente trillado para preservar el medio ambiente.

Es necesaria una transformación, que implica cambios en los estilos de vida, uso de mejores técnicas e inversión en procesos y productos que protejan los recursos naturales, además de transformaciones en la ciencia, la economía, la cultura y todo sistema social con búsqueda de protección de estos recursos. (WINTER, 2017)

Además de estas importantes cuestiones, el Estado debe encaminarse hacia el post-extractivismo, debe ir sustituyendo su forma de desarrollo degradante y extractora de la naturaleza para una era post-extractivista.

Los elementos centrales del post-extractivismo son la crítica a la explotación de los recursos naturales y al modo de desarrollo imperial, además de los problemas socioeconómicos, políticos y ecológicos generados, siendo un modelo que debe ser cuestionado, así como la fe inquebrantable en el progreso, en la técnica, en el paradigma del crecimiento y en la visión de naturaleza como recurso a ser explorado ilimitadamente. También cuestiona el dominio político autoritario y la forma de integración al mercado mundial (en que los países extractivistas se someten a ese mercado y al poder de las transnacionales). (ACOSTA, BRANT, 2017)

El post-extractivismo no rechaza todo y cualquier uso o apropiación social de los recursos naturales, sino la dominación y destrucción de la naturaleza, la explotación humana y las estructuras sociales que favorecen la apropiación visando el mercado global capitalista (ACOSTA, BRANT, 2017).

Lo que se pretende es introducir normas sociales y ambientales, tecnologías modernas, compensación para las poblaciones afectadas, con el fin de reducir la dependencia de actividades extractivas, incluso con una política económica alternativa para los Estados. Además, pretende la transición a una economía que reduzca la explotación masiva de los recursos naturales al mínimo posible, reconociendo una economía plural, incluso con prácticas solidarias y comunitarias. Busca formas razonables, sociales y políticamente consentidas para obtener recursos naturales. (ACOSTA, BRANT, 2017)

Siendo así, es preciso un Estado de Derecho Ecológico que valore y proteja verdaderamente la naturaleza y que para ello sustituya el desarrollo pautado en el extractivismo por otras formas de desarrollo.

Además, el Estado Ecológico de Derecho debe dirigirse hacia una visión no antropocéntrica de la naturaleza y, sí, para la visión ecocéntrica, que busca la existencia humana y de la vida como un todo en armonía con la naturaleza.

CONSIDERACIONES FINALES

Con base en una visión antropocéntrica, el ser humano se plantea la opción de elegir cuando la naturaleza debe o no ser protegida. En una sociedad que predominan valores individualistas, inmediatistas, economicistas, pautados en el lucro, la naturaleza difícilmente tendrá prioridad. Pero la degradación ambiental, los cambios climáticos, la extinción de especies y los hábitats mues-

tran que si la forma de desarrollo continúa tal como está, el futuro será devastador. Entonces no cabe más al ser humano decidir cuando la naturaleza debe o no ser protegida, ella debe tener sus propios derechos garantizados por su propio valor intrínseco.

El actual modelo de desarrollo practicado en América Latina tiene como uno de los principales focos el extractivismo de recursos naturales, que causa una intensa degradación ecológica. Tal modelo se inició con la llegada de los colonizadores europeos, que trajeron la mentalidad antropocéntrica, que vino a superponerse sobre las visiones de vida en armonía con la naturaleza de los pueblos locales. Esta mentalidad se expandió, generando la exploración ilimitada de los recursos naturales y causando una verdadera degradación de la naturaleza.

Pautado en esta visión también se fundó el Estado de Derecho, que aun cuando emana leyes de protección ambiental, lo hace en la lógica del beneficio que el medio ambiente trae para los seres humanos, y no para la protección de la naturaleza por sí misma.

Para transformar esa realidad que está degradando el Planeta y que puede imposibilitar la vida, es necesario un cambio epistemológico, saliendo de una visión antropocéntrica para la valorización de las visiones ecológicas. Así, es necesario un nuevo tipo de Estado y de derecho, que protejan la naturaleza por sus valores intrínsecos, y que entonces, ella tenga derechos propios. Más que eso, es preciso un Estado que efectúe esos derechos, para que no sean sólo enunciados teóricos, que sea un Estado pautado en un Derecho ecologizado.

Una importante visión emergente en América Latina es la de valorización de la pluralidad, de los saberes de diferentes pueblos y culturas, del aprendizaje con los conocimientos ancestrales, especialmente en lo que se refiere a la vida en armonía con la naturaleza. En las

Constituciones Federales de Bolivia y de Ecuador está previsto el buen vivir, además de en Ecuador la naturaleza ser vista como sujeto de derecho y la Pachamama como la madre tierra en que todos habitan y que debe ser preservada, en una visión ecocéntrica.

Ante eso, ahora resta que los derechos de la naturaleza sean protegidos y la cosmovisión del buen vivir sea efectivada y ampliada para la realidad latinoamericana, hacia una nueva forma de desarrollo.

Como dice el Manifiesto de Oslo, la transformación del derecho ambiental al derecho ecológico no se producirá sin personas comprometidas con el cambio. Para los estudiosos de derecho ambiental tal compromiso incluye la auto-reflexión crítica, la imaginación, el coraje y la voluntad de llegar a ser verdaderamente alfabetización ecológica.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA, Alberto; Brand, Ulrich. Salidas del laberinto capitalista: decrecimiento y post-extractivismo. Barcelona: Icaria Antrazyt, 2017. Capítulo IV- Postextractivismo como concepto nuevo y condición para un buen vivir.

ARAGÃO, Alexandra. O Estado de Direito Ecológico no Antropoceno e os limites do planeta. In Leite, José Rubens Morato; Dinnebier, Flávia França. Estado de direito ecológico: conceito, conteúdo e novas dimensões para a proteção da natureza. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2017.

AYALA, Patryck de Araújo. Direito fundamental ao ambiente e a proibição de regresso nos níveis de proteção ambiental na constituição brasileira. In Leite, José Rubens Morato (coord.). Ferreira, Helini Sivini; Cavalcanti, Maria Leonor Paes (orgs.) *et al.* Dano ambiental na sociedade de risco. São Paulo: Saraiva, 2012.

BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, S.A., 1998.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva; LEITE, José Rubens Morato. “O Estado de Direito Ambiental e a particularidade de uma hermenêutica jurídica”. In Sequência, n. 60, p. 291-318, jul. 2010.

BOSELMANN, Klaus. Grounding the rule of law. In: Voight, Christina (Ed.). Rule of Law for Nature: new dimensions and ideas in environmental law. 1 ed. New York: Cambridge University Press, 2013.

BOYD, David R. The Rights of Nature: A Legal Revolution that Could Save the World.

Toronto: ECW Press, 2017. 272p.

BUGGE, Hans Christian. Twelve fundamental challenges in environmental law: an introduction to the concept of rule of law for nature. In: Voight, Christina (Ed.). Rule of Law for Nature: new dimensions and ideas in environmental law. 1 ed. New York: Cambridge University Press, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional Ambiental Português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português*. In *Canotilho, José Joaquim Gomes (Org.); Leite, José Rubens Morato (Orgs.). Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.*

CAPRA, Fritjof. A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. 6.ed. São. Paulo: Cultrix, 2001.

CRUTZEN, Paul Josef. “The Anthropocene: the current human-dominated geological era.” In: Paths of Discovery Pontifical Academy of Sciences, Acta 18, Vatican City 2006 <www.pas.va/content/dam/accademia/pdf/acta18/acta18-crutzen.pdf>. Acceso: 12 sep. 2018.

GUDYNAS, Eduardo; Acosta, Alberto. “La renovación de la crítica al desarrollo y el buen vivir como alternativa”. In Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social. Utopía y Praxis Latinoamericana. Año 16. Nº 54 (abril- junio, 2011). Pp. 71-83.

GIDDENS, Anthony (2010) A política da mudança climática. Rio de Janeiro: Editora Zahar.

International Union for Conservation of Nature (IUCN). World Environmental Law Congress, 1º abr. 2016. Rio de Janeiro. World Declaration on the Environmental Rule of Law. Disponible en: <<http://welcongress.org/wp-content/uploads/2016/06/World-Declaration-on-the-Environmental-Rule-of-Law.pdf>>. Acceso en: 13 sep. 2016.

_____. Oslo Manifesto for Ecological Law and Governance. IUCN WCEL Ethics Specialist Group Workshop, IUCN Academy of Environmental Law Colloquium, University of Oslo, 21 June 2016. Disponible en: <<https://www.iucn.org/news/world-commission-environmental-law/201801/launch-ecological-law-and-governance-association-elga-environmental-law-ecological-law>>. Acceso en: 30 sep. 2018.

LAVRATTI, Paula Cerski. El derecho ambiental como instrumento de gestión del riesgo tecnológico. Tarragona: Publicaciones URV, [A + C], 2011. (Quaderns de dret ambiental, 4)

LEITE, José Rubens Morato; Silveira, Paula Galbiatti; Bettega, Belisa. O Estado de Direito para a natureza: fundamentos e conceitos. In: Leite, José Rubens Morato; Dinnebier, Flávia França (orgs.). Estado de Direito Ecológico: conceito, conteúdo e novas dimensões para a proteção da natureza. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2017.

_____; _____. Princípios estruturantes do Estado de Direito para a natureza. In: LEITE, José Rubens Morato; Dinnebier, Flávia França (orgs.). Estado de Direito Ecológico: conceito, conteúdo e novas dimensões para a proteção da natureza. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2017a.

LEONARD, Annie. A história das coisas- da natureza ao lixo, o que acontece com tudo que consumimos. São Paulo: Zahar, 2011.

MACAYA, Ariana. La naturaliza como sujeto de derecho: el caso del río Atrato. In Leite, José Rubens Morato; Peralta, Carlos E.; Carli, Ana Alice De. Agua y saneamiento básico en el siglo XXI: Brasil y Costa Rica. San José, C.R.: Universidad de Costa Rica, Vicerrectoría de Acción Social, Facultad de Derecho, 2018.

MELO, Melissa Ely. Pagamento por serviços ambientais (PSA): entre a proteção e a mercantilização dos serviços ecossistêmicos no contexto da crise ambiental. Universidade Federal de Santa Catarina, 2016. Tese doutoral. Disponible en: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/171710>>. Acceso en 05 mar. 2018.

Naciones Unidas. Carta Mundial de la Naturaleza. A/RES/37/7. 48ª reunión plenaria. 28 de octubre del 1982. Disponible en: <http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/agenda21/Carta_Mundial_para_Natureza.pdf>. Acceso en: 04 nov. 2018.

OST, François. A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito. Lisboa: Piaget, 1997.

RAMOS, Érika Pires. Refugiados ambientais: em busca de reconhecimento pelo direito internacional. São Paulo: E. P. Ramos, 2011. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/eventos/Refugiados_Ambientais.pdf?view=1> Acesso em: 24 Set. 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Um discurso sobre as ciências. 9.ed. Lisboa, Afrontamento, 1997

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; Fenstereifer, Tiago. Notas sobre os deveres de proteção do estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria (socio)ambiental. In Dano ambiental na sociedade de risco. LEITE, José Rubens Morato (coord.). FERREIRA, Helini Sivini; Cavalcanti, Maria Leonor Paes (orgs.) *et al.* São Paulo: Saraiva, 2012. P. 133-184.

STONE Christopher D. “Should Trees have standing? Toward legal rights for natural Objects”. In Southern California Law Review, 45 (1972): 450-501.

VOIGHT, Cristina. The principle of sustainable development: integration and ecological integrity. In: VOIGHT, Cristina (Org). Rule of Law for Nature: New Dimensions and ideas in environmental law. Cambridge: Cambridge Press, 2013.

WINTER, Gerd. Problemas jurídicos no Antropoceno: da proteção ambiental à autolimitação. In Leite, José Rubens Morato; Dinnebier, Flávia França. Estado de direito ecológico: conceito, conteúdo e novas dimensões

para a proteção da natureza. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2017.

WOLKMER, Antônio Carlos; S. Wolkmer, Maria de Fátima; Ferrazzo, Débora. Direito da natureza: para um paradigma político-constitucional desde a América Latina. In: Leite, José Rubens Morato; Dinnebier, Flávia França. Estado de direito ecológico: conceito, conteúdo e novas dimensões para a proteção da natureza. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2017.

WOLKMER, Antônio Carlos. Ética da sustentabilidade e direitos da natureza no constitucionalismo latino-americano. In: Leite, José Rubens Morato; Peralta, Carlos E. (Orgs.). Perspectivas e Desafios para a proteção da Biodiversidade no Brasil e na Costa Rica. São Paulo, SP: Ed. Instituto o Direito por um Planeta Verde, 2014, p. 66-83.

WORLDOMETERS. População mundial. Disponible en: <<http://www.worldometers.info/br/>>. Acceso: 09 nov. 2018.

WWF. 2018. Living Planet Report - 2018: Aiming Higher. Grooten, M. and Almond, R.E.A.(Eds). WWF, Gland, Switzerland. Disponible en : <https://s3.amazonaws.com/wwfassets/downloads/lpr2018_summary_report_spreads.pdf>. Acceso en 01 oct. 2018.

YAMAMOTO, Lilian; Serraglio, Diogo; Cavedon-Capdeville, Fernanda de Salles. Human mobility in the context of climate change and disasters: a South American Approach. In International Journal of Climate Change Strategies and Management, vol. 10 Issue: 1, pp. 65-85. Disponible en: <<https://doi.org/10.1108/IJCCSM-03-2017-0069>>. Acceso en 01 mar. 2018.

DR. JOSÉ RUBENS MORATO LEITE
MSC. FLÁVIA FRANÇA DINNEBIER

ZAFFARONI, Raúl. La Pachamama y el humano. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2011, p. 78-158.

EL DILEMA JURÍDICO RESPECTO A LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA

MSc. Ricardo Crespo Plaza¹

Resumen: El dilema jurídico respecto a los derechos de la naturaleza no está en resolver a favor o en contra de los derechos de la naturaleza o del derecho ambiental, pues ambos enfoques pueden convivir, el derecho ambiental se ha ecologizado por efectos de la teoría biocéntrica de los derechos de la naturaleza, el problema de fondo radica en cómo superar las causas que impiden la efectiva aplicación del derecho ambiental y de los derechos de la naturaleza.

Palabras Claves: Derechos de la Naturaleza, Derecho Ambiental, Antropocentrismo, Biocentrismo, Ecologización del Derecho Ambiental, Estado de Derecho Ecológico.

Abstract: The legal dilemma in relation with the rights of nature does not mean to choose in favor of the rights of nature or in favor of environmental law, both approaches can be applied together, what is evident is that environmental law now is much more ecological by means of the biocentric theory of the rights of nature, the critical issue now is how to overcome the causes that prevent the effective application and enforcement of environmental law and of the rights of nature.

Keywords: Rights of Nature, Environmental Law, Anthropocentrism, Biocentrism, Greening environmental law, Ecological Rule of Law.

¹ Profesor de derecho ambiental en la Universidad San Francisco de Quito. Consultor legal en temas ambientales.

INTRODUCCIÓN

Sin negar los efectos positivos de reconocer derechos a la naturaleza para la hermenéutica jurídica en materia ambiental, para elevar el respeto hacia la naturaleza en la escala de valores de los seres humanos y para fortalecer los deberes éticos con el planeta, el reconocimiento de derechos a entidades no humanas sin duda plantea algunos cuestionamientos jurídicos, en este análisis nos preguntamos si la efectivización del derecho ambiental va por la vía de la ecologización del derecho o de la personificación de la naturaleza y si en este último caso, no estaremos fortaleciendo el enfoque antropocéntrico del derecho ambiental del cual pretendemos alejarnos.

El enfoque de derechos de la naturaleza frente al derecho ambiental clásico plantea dos perspectivas distintas, por un lado, el enfoque biocéntrico, y por otro, la orientación antropocéntrica. El primer enfoque se fundamenta en el biocentrismo y en la ecología profunda que deriva en el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos y que también está relacionada con las posturas científicas de la hipótesis Gaia planteada por James Lovelock². La orientación antropocéntrica

² La Hipótesis de Gaia, se comenzó a formular a principios de los años sesenta por James Lovelock (que analizó los procesos fisiológicos autorregulados del planeta Tierra, con el apoyo de Lynn Margulis, Microbióloga estadounidense publicó un artículo titulado “Gaia as seen through the atmosphere” (Gaia vista desde la atmosfera), en el periódico científico “Atmospheric Environment” en 1972, describiendo la autorregulación de la atmosfera.

Gaia, Gea, Pachamama o Madre Tierra son nombres que evocan la diosa de la naturaleza en diversas culturas, James Lovelock decidió nombrarle de la misma forma al superorganismo planeta Tierra, compuesto por los seres vivos, los mares, la atmósfera y el suelo. Desde su bautizo la hipótesis fue tildada de mística por algunos científicos, principalmente darwinistas que ridiculizaron a “Gaia” como un ente personificado que conscientemente controla el clima del planeta. Lovelock aclara⁴ que comúnmente se refiere a “Gaia” para referirse a una entidad planetaria viviente sin que ello implique necesi-

del derecho ambiental clásico tiene su explicación en la filosofía cartesiana que explicaba la realidad de manera dualista dividiendo el sujeto del objeto por tanto reconociendo que la naturaleza tiene un valor jurídico como objeto en tanto en cuanto sea útil para los seres humanos.

El reconocimiento de derechos a la naturaleza no es un planteamiento nuevo, las tesis de la ecología profunda y la postura de Christopher Stone en 1972 respecto a los derechos de los árboles para acceder a los tribunales, han proyectado un enfoque que ha ecologizado al derecho ambiental, por eso en la actualidad y desde la expedición de la Carta de la Naturaleza en 1982³, el derecho ambiental reconoce el valor intrínseco de la naturaleza es decir el respeto a todas las formas de vida con independencia de su valor material para el ser humano.

El biocentrismo que proyecta el enfoque de la naturaleza como sujeto de derechos, plantea una reorientación de la relación entre el ser humano y la naturaleza, implica aceptar que formamos parte de un sistema natural complejo y debemos descartar el enfoque de naturaleza- objeto prefiriendo el de naturaleza- sujeto, quiere decir además que el derecho ambiental transita ahora hacia su ecologización para hacer prevalecer el biocentrismo sobre el antropocentrismo y así enfrentar

riamente la existencia de consciencia. Se generó mayor controversia al calificar al planeta como vivo, porque no se tiene un método riguroso para separar la materia viva de la inerte, Lovelock considera que la materia viva no se separa de su ambiente “inerte” por haber evolucionado en conjunto, siendo la vida una propiedad planetaria no individual. Para mayor información puede consultarse: http://mon.uvic.cat/tlc/files/2016/06/GAIA-lovelock_margulis_gaia_2__contra-versus.pdf

³ Preámbulo de la Carta de la Naturaleza de la ONU, 1982: “*La especie humana es parte de la naturaleza y la vida depende del funcionamiento ininterrumpido de los sistemas naturales que son fuente de energía y materias nutritivas*” y “*Toda forma de vida es única y merece ser respetada, cualquiera que sea su utilidad para el hombre, y con el fin de reconocer a los demás seres vivos su valor intrínseco, el hombre ha de guiarse por un código de acción moral*”

de manera procaz la emergencia ambiental del planeta.

La actual emergencia ambiental del planeta se advierte según el último *Informe Especial del Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático de las Naciones Unidas sobre calentamiento global de 1.5 °C*, del 8 de octubre de 2018,⁴ como por el *Informe Planeta Vivo del 2018 de la WWF “Apuntando más alto”*,⁵ este último afirma que de los nueve procesos fundamentales que sustentan la vida en la Tierra y los recursos de los que dependen los seres humanos y que permiten un espacio operacional seguro para la humanidad y las demás formas de vida, ya se han traspasado al menos cuatro de ellos: integridad de la biosfera, ciclos biogeoquímicos (nitrógeno y fósforo), el sistema del suelo y el cambio climático⁶.

Frente a la emergencia ambiental planetaria llama la atención preguntarse si la respuesta está en reconocer a la naturaleza como sujeto de derechos⁷. En mi criterio este reconocimiento es parte de lo que se puede hacer en favor de un fortalecimiento para la solución jurídica del problema ambiental actual, pero no dejo de afirmar, como otros autores, que el derecho ambiental diseñado para hacer respetar los límites biofísicos de los ecosiste-

⁴ Disponible en la siguiente dirección: <http://www.ipcc.ch/report/sr15/> (Consultado el 22 de noviembre de 2018)

⁵ Disponible en la siguiente dirección: http://awsassets.wwf.es/downloads/resumen_informeplanetavivo_2018.pdf?_ga=2.249577926.1749763828.1542909097-1121771427.1542909097 (Consultado el 22 de noviembre de 2018)

⁶ Citado por Mario Peña Chacón en “Justicia Ecológica del Siglo XXI”.

⁷ El Ecuador es el primer país cuya Constitución en el 2008 reconoció a la naturaleza como sujeto de derechos, el Art. 71 de la Constitución establece que “*la naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.*” En el artículo 72 se señala que “*la naturaleza tiene derecho a la restauración.*”

mas, es la herramienta efectiva sobre todo como derecho ambiental administrativo que tomando prestado del enfoque biocéntrico una mayor ecologización del derecho, puede y debe aplicarse para garantizar los derechos de la naturaleza, en otras palabras el derecho ambiental efectivo, es un derecho ecologizado por influencia del reconocimiento de derechos a la naturaleza.

En este análisis se enfatiza que si bien el reconocer derechos de la naturaleza podría elevar la necesidad de protegerla de manera más rigurosa mediante una orientación biocéntrica antes que antropocéntrica, fortaleciendo el ethos naturalista y aproximándonos a la ecología profunda⁸, no es menos cierto como hemos dicho, que el derecho ambiental clásico va alejándose cada vez más de su enfoque antropocéntrico para incluir instrumentos y orientaciones que reconocen el valor intrínseco de la naturaleza, la ecologización de los derechos humanos y al ser humano como parte de la naturaleza.

⁸ La Ecología Profunda es muy movimiento filosófico, social y cultural que comenzó en los años 60 y 70 del siglo pasado bajo el alero de la naciente preocupación por la degradación del medioambiente vinculada cada vez con mayor fuerza a la acción del hombre. En este ambiente un profesor de la Universidad de Oslo publica en 1973 un breve pero importante artículo para el movimiento ecologista titulado “The shallow and the deep, long range ecology movements” (Naess,1973. Arne Naess formula dicho programa en la siguiente exposición de principios (Naess, 1973): 1: Rechazo y sustitución de la imagen del “hombre-en-el-medio (entorno)” por la (imagen) de “campo total” o “relacional”. 2: Igualitarismo biosférico -como criterio general. 3: Principios de diversidad y simbiosis. 4: Postura anti-clase. 5: Lucha contra la contaminación y el agotamiento de los recursos. 6: Complejidad, no complicación. 7: Autonomía local y descentralización. Peter Singer y la Ecología Profunda. Alfonso Henríquez, disponible en <https://revistas.ucm.es/index.php/NOMA/article/download/38094/36847>

1. ¿El reconocimiento de derechos de la naturaleza otra forma de antropocentrismo?

Entre las orientaciones biocéntrica del derecho ambiental está el reconocimiento como de interés público de la preservación del ambiente, de la conservación de los ecosistemas, de la biodiversidad, de la integridad del patrimonio genético, de la prevención del daño ambiental y de la recuperación de espacios naturales degradados⁹, además, la restauración del daño ambiental siempre ha sido un objetivo del derecho ambiental y no solo del enfoque exclusivo de los derechos de la naturaleza¹⁰.

Lo que aquí se plantea reconoce las sinergias entre la teoría de los derechos de la naturaleza con el derecho ambiental clásico siendo dos enfoques que deben camionar juntos, reconociendo a su vez, que las causas de la

⁹ Constitución del Ecuador: Art. 14.- Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*.

Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados.

¹⁰ “El sistema de reparación ideal del medio ambiente es aquel que restituye las cosas, objetos o bienes al estado anterior a aquel en que aconteció el daño. En doctrina se la ha denominado a este tipo de reparación “Reparación in natura” o “Reparación quo ante”, siendo el término más apropiado para denominar a este tipo de reparación “Restitutio in pristinum”, pues este último vocablo, no solo abarca la restitución de las cosas a su estado anterior, sino que engloba la prevención de futuros daños, gracias a la adopción de medidas correctoras.

De esta forma, en la medida de lo posible, la “restitutio in pristinum” debe ser siempre la primera medida que el juzgador ha de procurar en sentencia, cuando se produce un daño al ambiente, y únicamente cuando conste en el expediente fehacientemente que dicha reparación es imposible de realizar, ya sea por la irreversibilidad del daño, o bien, por un costo económico desproporcionado e irracional, ordenará alguna otra forma de reparación del entorno”. “Daño, Responsabilidad y Reparación Ambiental” Mario Peña Chacón. Segunda Edición 2010. p. 79-80.

actual crisis de aplicación del derecho ambiental son las mismas que afectan a los derechos de la naturaleza.¹¹

El dilema consiste en preguntarnos si el reconocimiento de derechos a la naturaleza constituye una innovación jurídica para hacer un salto desde el estatus jurídico de la naturaleza objeto a la naturaleza sujeto que permitiría superar la falta de eficacia y eficiencia del derecho ambiental que hasta el momento parece una barrera infranqueable, o si el derecho ambiental ya contiene herramientas suficientes para incorporar los valores holísticos e intrínsecos de la naturaleza solventando de esa manera su excesivo antropocentrismo¹².

¹¹ “Hasta ahora la invocación de los derechos de la naturaleza ha servido principalmente para engrosar la lista de los considerandos de las resoluciones administrativas que conceden permisos y autorizaciones ambientales o que sirven de preámbulo a la promulgación de cualquier acto administrativo o regulación ambiental, y su aplicación en sentencias aun es limitada...” *María Amparo Albán* Los retos de aplicación del Derecho Ambiental: el caso de Ecuador y los derechos de la naturaleza. En Memorias del Congreso Interamericano sobre el Estado de Derecho en Materia Ambiental. p. 191

¹² Farith Simons al referirse a la justificación utilitarista de los derechos de la naturaleza dice: “...se corresponde a la perspectiva “utilitarista” todas las justificaciones que tienen su origen en la idea central de que reconocer a la naturaleza como sujeto de derechos es un medio para alcanzar cierto estado de cosas, por tanto, su valor está ligado al logro de ciertos objetivos. El cambio del estatus jurídico de la naturaleza de *objeto* a *sujeto* de derechos aseguraría una mejor y mayor protección del ambiente, aseguraría un desarrollo sostenible “... que no amenace la existencia de los ecosistemas, garantizando así, que las futuras generaciones puedan disfrutar, de la misma manera que nosotros, de la naturaleza y sus beneficios” ... La justificación utilitarista busca “elevar” el nivel de protección jurídica a la naturaleza, asumiendo que las leyes ambientales son insuficientes y que se han revelado ineficientes para detener la destrucción del medio ambiente y preservarlo para futuras generaciones. Farith Simon, Derechos de la Naturaleza, Innovación Trascendental, Retórica Jurídica o Proyecto Político. Disponible en: https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_15/iurisdictio_015_001.pdf

El reconocimiento de derechos a entidades no humanas rompe la noción de que el derecho es una ciencia social de humanos para humanos, si otorgamos derechos a la naturaleza estamos humanizándola, y por lo tanto, sometiénola a un sistema de jerarquías humanas a través del otorgamiento de derechos, porque así como se otorgan derechos igualmente estos pueden ser retirados, también se podría pensar que al asignar un guardián o tutor a la naturaleza, la decisión de a quien nombrar guardián de la naturaleza, podría ser materia de discusión según los valores más o menos conservacionistas de una determinada administración pública, entonces, cabe preguntarnos si lo que algunos autores señalan como “expandir el círculo”¹³ al reconocer derechos a la naturaleza y a entidades no humanas no es sino otra forma de seguir en el enfoque antropocéntrico personificando a la naturaleza, o cabe más bien la aplicación de una mejor y más estricta política de conservación y gestión sostenible de los ecosistemas asegurando que sus límites no sean traspasados por las actividades humanas, aplicando los instrumentos del derecho ambiental y asignando claros deberes en favor de la naturaleza.

Discutir la problemática desde la asignación de derechos a la naturaleza o desde el mejoramiento de la eficacia y mejor efectividad de los instrumentos administrativos establecidos por el derecho ambiental, se relaciona con un problema común a los dos enfoques, es decir, tanto el derecho ambiental como los derechos asignados a la naturaleza dependen en gran medida de decisiones políticas y de valores sociales que reconozcan

¹³ El profesor estadounidense Cristopher Stone en su ensayo de 1972 “Should Trees have Standing” se refirió al término “expandir el círculo, o “expanding the circle” para explicar la necesidad de reconocer derechos a entidades no humanas como la naturaleza. En “An Ecological Approach to Environmental Law,” Jennifer Cadwell, University of Auckland 1988.p. 46. Disponible en: <http://www.nzlii.org/nz/journals/NZLRFOP/1988/29.pdf>

orientaciones en favor de soluciones que hagan mayor justicia a la naturaleza y a las generaciones presentes y futuras. En palabras de Francois Ost *“Sin duda no hay que perder nunca de vista, que una teoría jurídica, por prometedora que sea, no es nada sin la voluntad política de ponerla en práctica”*.

El mismo autor agrega que *“... la protección jurídica del medio ambiente, si quiere ser efectiva, será necesariamente un motivo de polémicas y de luchas muy agrias: un fermento de disensiones, por lo menos tanto como de consensos. A menos que, de aquí a mañana, se encuentre la receta mágica del ecodesarrollo, es decir de un crecimiento económico que al mismo tiempo sea respetuoso de los ecosistemas, la protección de la naturaleza será causa de muy serias modificaciones de nuestros modos de producción y de nuestros hábitos de consumo, y sin duda también de nuestras relaciones con los países más pobres. Todo eso, como puede imaginarse, no se va hacer sin resistencias ni conflictos.”*¹⁴

2. Antecedentes éticos y filosóficos del reconocimiento de la naturaleza como sujetos de derechos, así como su inadmisibilidad

La tesis del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos no es una postura nueva, pues ya ha sido propuesta en el pasado por juristas¹⁵ y defensores de la ecología profunda. Entre ellos K. Bosselmann quien, en 1986, recomendó introducir en la Constitución de la República Federal de Alemania una mención a los

¹⁴ Ost F. Naturaleza y Derecho. p.179.

¹⁵ Jurídicamente ya fue planteada en 1972 por el profesor estadounidense Christopher Stone en su ensayo: “Should trees have standing”. Disponible en: <https://iseethics.files.wordpress.com/2013/02/stone-christopher-d-should-trees-have-standing.pdf>

derechos del ambiente¹⁶.

Dentro de las posturas filosóficas y científicas que promueven el enfoque holístico de nuestra relación con la naturaleza y que podrían haber influido para fundamentar la tesis de la naturaleza como sujeto de derechos podemos señalar entre otras a las siguientes:

--Aldo Leopold sugirió la constitución de una “ciudadanía biótica inspirada en una ética del suelo;”¹⁷ Tom Regan en su ensayo, “The case for animal Rights” ratifica el derecho de otros seres vivos que comparten el planeta con nosotros trasladando a los seres humanos desde el centro al todo.

--Arne Naess con su tesis de la ecolatría defiende “que el mundo natural no humano tiene derecho a existir con independencia de lo útil que pudiera resultarnos.

--Los indios norteamericanos y otros grupos indígenas han defendido “la espiritualidad fundada en la tierra” o el concepto de la madre tierra o Pachamama¹⁸.

--Los filósofos australianos Richard y Val Routley plantean el respeto a los derechos de las generaciones futuras.

--Jan Smuts no admite el antropocentrismo porque “la propia ciencia de la ecología es holística, fundamentada en la idea de que el todo y las partes se influyen y determinan recíprocamente”.

¹⁶ “... K. Bosselmann ya había propuesto la introducción, en la Constitución de la república federal de Alemania, de un artículo concebido de la siguiente manera: “Cada uno tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad en la medida en que no atente contra el derecho de los demás ni contra el derecho del medio ambiente natural ni contra el orden constitucional.” Citado por Francois Ost en *Naturaleza y Derecho*. p. 170.

¹⁷ Ost. p. 15

¹⁸ El artículo 71 de la Constitución señala: “La naturaleza o Pachamama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia...”

--Carolyn Merchant ha expuesto la importancia de la visión de los movimientos de las mujeres frente a la naturaleza porque “tanto el movimiento ecologista como el feminista son fuertemente críticos con los costes de la competencia, la agresión y la dominación que surgen del *modus operandi* de la economía de mercado en la naturaleza y la sociedad”.

--En su libro “Primavera Silenciosa”, Rachel Carson expuso la importancia de preservar el ambiente “por razones distintas a que los seres humanos dependamos de ella para nuestro bienestar” y James Lovelock en su Hipótesis Gaia argumenta científicamente que el planeta tierra se autorregula por sí mismo y que “los mecanismos de autodefensa de Gaia son de tal forma que si una parte suya, por ejemplo, nuestra forma de vida contaminante amenaza la integridad del conjunto, el ofensor puede ser convenientemente castigado”¹⁹.

Los siguientes autores nos ilustran a continuación sobre la imposibilidad de personificar a la naturaleza:

Niurka A. Izarra Navarro dice que “la ecología profunda es una corriente ecológica que procura la reivindicación del derecho de la naturaleza, incluyendo su forma vegetal y mineral. Supone una revisión crítica y radical del humanismo al rechazar la supremacía del sujeto humano y pretender la sustitución del “contrato social” por un “contrato natural”; de este modo considera la naturaleza como un *sujeto* y le atribuye un valor intrínseco”²⁰

¹⁹ Textos tomados del Capítulo “Filosofía y Política Verde “del libro: Pensamiento Verde. Una antología de Andrew Dobson. Editorial Trotta: Serie medio ambiente. 1999.

²⁰ Izarra Navarro, Niurka A. La naturaleza y los animales: la responsabilidad del hombre Cursante de la Maestría en Filosofía y Ciencias Humanas. *Revista de Filosofía EPISTEME*. [online]. dic. 2006, vol.26, no.2 [citado 28 noviembre 2008], p.93-105. Disponible en la World Wide Web: http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0798-43242006000200006&lng=es&nrm=iso>ISSN 0798-4324.

La misma autora citando a Luc Ferry señala que “la preocupación de Luc Ferry por el problema ambiental le lleva a formular una ecología democrática, dado que las propuestas ecológicas de la ecología profunda y la ecología utilitarista al promover los derechos de la naturaleza, así como los derechos de los animales, según este autor, se fundamentan sobre un error, y es que la naturaleza y los animales no pueden ser considerados ni como agentes morales ni como sujetos de derechos dado que no son capaces de actuar de manera recíproca, es decir, no son capaces de llevar a cabo acciones de intercambio mutuo con el otro elegidas de modo racional, libre y voluntario, en una palabra”, no pueden asumir deberes.

Hans Jonas en relación al reconocimiento de los derechos de la naturaleza, relaciona el valor intrínseco de la naturaleza y de todo ser vivo cuando afirma que lo que debemos respetar es la realidad de que todo existe por un fin, es decir la existencia de la naturaleza y de todo ser vivo tiene un fin en sí mismo que es la continuación de la existencia y de la evolución de la vida lo cual tiene directa relación con la ética, por lo tanto lo que hay que proteger y respetar es el fin de toda existencia²¹,

²¹ Izarra Navarro, Niurka A. refiriéndose a H. Jonas “En efecto, Jonas propone que la naturaleza “obra” y, por tanto, tiene fines y un valor intrínseco. Para él queda demostrada la presencia de la subjetividad en la acción animal, pues no se puede omitir la presencia de un “interés” involucrado en el orden voluntario de algunas especies: la emotividad y la elección. La emotividad se manifiesta en la satisfacción de las necesidades (alimento-hambre) y la elección ante la amenaza física y la defensa. Ello permite afirmar que en la naturaleza hay fines, porque en ella encontramos movimientos realizados con vistas a un fin (la vida) o a mantener la vida de los sujetos que se desenvuelven en ella¹. A esto se refiere Jonas con el “obrar” de la naturaleza. Así, este autor establece que los fines se hallan en toda cosa capaz de obrar y no únicamente en el hombre como sujeto consciente, quien reflexiona y actúa de acuerdo a la razón que domina su voluntad. Por tanto, se pueden encontrar fines en los animales, sujetos despojados de razón y de reflexión, donde la voluntad puede ser asimilada al instinto. Incluso el fin se hallaría en órganos (como el aparato digestivo) los cuales funcionan de modo espontáneo, involuntario, dado que el usuario no tiene control sobre ellos^[46]. En otras palabras, Jonas pone fines en la naturaleza teniendo

esto incluye el deber de los seres humanos de conservar a la naturaleza porque esta tiene su propia divinidad y al ser los humanos la “más alta cumbre” de la evolución, “tendrán que tomar bajo su cuidado todo lo demás”. Jonas niega que sea posible sustituir el contrato social por un contrato natural a la manera de la ecología profunda ubicando a la naturaleza en el campo de lo moral otorgándole así derechos porque como dice Ferry, la naturaleza y los animales no tienen voluntad recíproca para obligarse. Jonas mantiene el enfoque antropocéntrico, pero dice que los humanos tienen una responsabilidad ética y el deber de hacer que la existencia de la naturaleza y de los demás seres vivos continúe en función de un imperativo ontológico. Jonas propone entonces una ética de la responsabilidad con la naturaleza y de los demás seres vivos; lo contrario implicaría la interrupción de la existencia humana y de otros seres al violar el imperativo ontológico. Izarra Navarro concluye diciendo: “de este modo se estaría creando una ética del poder, por cuanto atañe no sólo al sujeto sino especialmente a los entes que detentan y ejercen el poder, requisito imprescindible para orientar las decisiones públicas en pro de la naturaleza y del cumplimiento del imperativo ontológico, garantizar la permanencia de la existencia”

en cuenta que obra y obra en la medida en que sus movimientos la conducen hacia algún lado. Por tanto, la causalidad final estaría presente en la naturaleza preconsciente porque en ella ya hay una subjetividad y un interés. En cuanto a la naturaleza como *fin en sí*, Jonas parte de la premisa de que “la finalidad” (capacidad de tener en general fines) es un “bien-en-sí”, es decir algo valioso por sí mismo, y dada la imposibilidad de la indiferencia en el ser, el ser tiene como finalidad ser y seguir siendo cada vez más diferente al no-ser, por lo cual el fin del ser es él mismo. Por ello, se considera que la naturaleza manifiesta su interés en la multiplicidad genérica de las formas de vida que contiene y el mantenimiento de esta multiplicidad se constituye como un bien frente a la alternativa de la aniquilación. Este interés se manifiesta en la intensidad de los fines propios del ser vivo, porque cada uno de ellos no sólo es fin de la naturaleza, sino un fin por sí mismo. Entonces, se establece la finalidad en sí como el bien primario que exige *querer fines* y, a través de ellos, “quererse a sí misma como el fin fundamental”.

3. “Should Trees have Standing”, la propuesta de Christopher Stone y su revisión.

El profesor estadounidense Christopher Stone argumenta su propuesta en un importante ensayo escrito en 1972 a raíz del famoso caso de la jurisprudencia ambiental norteamericana conocido como el caso Sierra Club vs Morton. en el cual la organización ecologista Sierra Club se opuso a la construcción de un parque de diversiones Disney dentro del Mineral King Valley, famoso por los centenarios árboles secuoyas. El título del ensayo de Stone fue “¿Should Trees have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects”, que en español significa “¿Deben los árboles tener acceso a los tribunales? Hacia los Derechos Legales de los Objetos Naturales”. Stone argumentó que el derecho evolucionó hasta reconocer como sujetos de derecho a los niños, mujeres, esclavos, personas de raza negra y que en el mundo del derecho existen sujetos de derecho inanimados como las personas jurídicas a las que hemos reconocido derechos. Pone un ejemplo cuando dice que en las sociedades esclavistas el esclavo que sufre un daño no puede reclamar justicia sino en la medida que esta interese a su dueño y hasta el límite del daño económico en tanto en cuanto este sea imputable a su dueño, pero una vez que deja de ser esclavo este actúa por su propia iniciativa y lo que reclama es la reparación de su propio perjuicio (daño material y moral). Igual cosa sucede con los árboles del Mineral King Valley, por la construcción del parque de diversiones Disney. La organización Sierra Club no era la afectada sino los propios árboles secuoyas. En la medida en que los árboles sean considerados como sujetos de derecho representados por guardianes que podrían ser las asociaciones de defensa de la naturaleza, pues según Stone las “autoridades públicas no son los mejores representantes de la naturaleza puesto que su papel tra-

dicional es el de sopesar los intereses humanos²², la naturaleza saldrá vencedora pues su defensa se apartaría de una mera relativización hacia los intereses humanos prevaleciendo sus intereses. Según Stone los derechos reconocidos a la naturaleza serían aquellos que empezaron a incluirse en la National Environmental Policy Act de 1970 de los Estados Unidos de América, considerada como la Carta Magna del derecho ambiental norteamericano y que son, entre otros: los estudios de impacto ambiental antes de la iniciación de la obra que implique un riesgo ambiental; la consideración del largo plazo; la capacidad de regeneración; la elaboración de alternativas; la participación pública; la calidad del medio ambiente etc. El caso *Sierra Club vs. Morton* no fue favorable a la organización conservacionista *Sierra Club* pues esta no logró demostrar el daño directo a sus integrantes ya que la legitimación genérica en esa época no estaba regulada en el derecho norteamericano. Sin embargo, el voto salvado del Juez Douglas fue favorable a la tesis de Stone lo que influenció moralmente a la compañía de Walt Disney para no seguir adelante con la construcción del parque de diversiones. Más tarde, Stone replanteó su tesis en “*Should Trees have Standing Revisited*” apartándose de la postura de la ecología profunda o “*deep ecology*”, para argumentar que la personificación de la naturaleza era un camino ilusorio y que más bien había que encontrar soluciones jurídicas dentro de un marco teórico que justifique la defensa de los procesos ecológicos de la naturaleza, de manera que Stone redefine su posición diciendo que la “protección que se pretende dar a las entidades no convencionales se obtiene de manera más plausible imponiendo deberes a los hombres que concediéndoles derechos²³.” También Stone opta por posturas

²² Ost p.165.

²³ Ost p. 168

más moderadas al decir que se debe abandonar la lógica del “todo o nada” y optar por posturas más realistas y “aceptar en materia de reparaciones, ciertos umbrales mínimos y máximos o la referencia a una norma ideal²⁴”.

4. La tesis de Stutzin

Según el derecho clásico “todo derecho compete a un sujeto llamado persona; la idea de la personalidad es necesaria para dar una base a los derechos y obligaciones”²⁵ Desde el punto de vista jurídico se entiende a la persona como todo individuo de la especie humana “capaz de tener derechos y obligaciones”.²⁶ El derecho establece dos especies de categorías jurídicas con personalidad: por un lado las personas físicas que tienen una existencia material y por otro las “personas jurídicas o morales”, que no poseen existencia corpórea, física, sino inmaterial, puramente jurídica²⁷

Stutzin propone reconocer a la naturaleza como una persona jurídica sui generis²⁸ que sea representada

²⁴ Ost p. 169

²⁵ Curso de Derecho Civil. Arturo Alessandri R, Manuel Somarriva U. Parte General y los Sujetos de Derecho. Segunda Parte. Editorial Nascimento, 1971, Chile. p.153

²⁶ “Los romanos fundándose en la legislación especial que los rige, establecen diferencia entre hombre y persona. Llamam hombre al ser que tiene mente racional en cuerpo humano, y persona, al hombre libre (homo liber). Los esclavos (homines servi) son hombres, pero no personas, porque carecen de status libertatis, y entran en la categoría de cosas: pueden comprarse y venderse como un mueble. En el mundo moderno con la desaparición de la esclavitud, se borra la diferencia entre hombres y personas; todo individuo de la especie humana, por el solo hecho de serlo es persona.” IBIDEM. p. 154.

²⁷ Op.cit. Alessandri y Somarriva p. 156.

²⁸ “Obviamente, la naturaleza es una persona jurídica muy especial, *sui generis*, que rebasa los límites tradicionales del Derecho. Su reconocimiento constituirá otra etapa en la evolución del campo de lo jurídico, el cual se ha extendido incorporando paulatinamente terrenos que antes correspondían sólo al ámbito moral o aun a la esfera del mero arbitrio. En el curso de esta

por los seres humanos. Su representación según el autor la debe ejercer alguna organización cuyo fin sea la conservación de la naturaleza para eliminar posibles relativizaciones en función del interés humano en el caso de que la naturaleza fuera representada por una persona o grupos de personas. Stutzin plantea que el reconocer un estatuto jurídico a la naturaleza como persona jurídica, implicaría que el dominio civil se someta al dominio ecológico, en este sentido apunta correctamente a que la economía debería someterse a la ecología porque es esta última ciencia la que establece las leyes físicas y fijas de sustentabilidad y renovabilidad de la naturaleza de la cual dependen las actividades económicas. Pero el problema de la tesis de Stutzin e inicialmente de la propuesta de Stone, es su unipolaridad, porque olvidan la lógica jurídica de que no existe sujeto de derechos sin una contrapartida de obligaciones.

En la práctica lo que en realidad sucede según la tesis de Stutzin y de la propuesta inicial de Stone es que al ser los seres humanos los que le pondrían voz a la naturaleza lo único realmente efectivo serían esas obligaciones que el representante de la naturaleza imponga

evolución han ido adquiriendo carta de ciudadanía jurídica, como sujetos de derechos propios, todos aquellos seres humanos que antes se encontraban “extra muros” y se consideraban como meros objetos de derechos ajenos. Cada paso en el progresivo abandono de las limitaciones del Derecho fue calificado al principio como una “extralimita se refiere a la “armonía productiva” que debe existir entre hombre y naturaleza). Si tiene esta calidad, lógico es reconocerle los derechos que por tal concepto le corresponden. Si bien el Derecho se impone por el poder, su objetivo es la protección de quienes carecen de poder: cada ampliación de la esfera jurídica implica una reducción de la esfera del poder. Al extender su manto protector a la naturaleza, el Derecho lo hace porque ésta se encuentra hoy en situación de inferioridad frente a una humanidad que dispone de un poder de destrucción cada vez mayor. “Un Imperativo Ecológico Reconocer los Derechos a la Naturaleza” GODOFREDO STUTZIN Abogado, Presidente Honorario-Fundador, Comité Nacional pro Defensa de la Fauna y Flora (CODEFF) p. 9 http://www.cipma.cl/RAD/1984-85/1_Stutzin.pdf

a los seres humanos para que se respeten los derechos de su representada (la naturaleza). Si personificamos a la naturaleza, se rompe entonces la teoría clásica de la reciprocidad entre derechos y obligaciones y en consecuencia la naturaleza tendría solo derechos, pero no obligaciones y los seres humanos tendrían solo obligaciones con la naturaleza, pero no derechos.

5. ¿Derecho ambiental o derechos de la naturaleza?

La relación entre el derecho ambiental y los derechos de la naturaleza en el caso ecuatoriano, se demuestra porque la naturaleza como sujeto de derechos debe acudir al derecho ambiental para que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos²⁹. Además, para que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tengan derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir según lo dispuesto por el artículo 74 de la Constitución del Ecuador, los instrumentos administrativos como la evaluación de impacto ambiental son necesarios para establecer los límites de sostenibilidad y regeneración de los ecosistemas frente al derecho de las personas a beneficiarse del ambiente. El artículo 6 del Código Orgánico del Ambiente del Ecuador confirma la convergencia del derecho ambiental con los derechos de la naturaleza al establecer que *“la Autoridad Ambiental Nacional definirá los criterios ambientales territoriales y desarrollará los lineamientos técnicos sobre los ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos de la naturaleza.”*

²⁹ Constitución del Ecuador: “Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.”

En concordancia con lo dicho vale citar el Artículo 190 del Código Orgánico del Ambiente del Ecuador que dispone:

Art.190.- De la calidad ambiental para el funcionamiento de los ecosistemas. *Las actividades que causen riesgos o impactos ambientales en el territorio nacional deberán velar por la protección y conservación de los ecosistemas y sus componentes bióticos y abióticos, de tal manera que estos impactos no afecten a las dinámicas de las poblaciones y la regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos, o que impida su restauración.*

En el caso de la sentencia STC4360-2018 de 5 de Abril de 2018 de la Corte Suprema de Justicia de Colombia³⁰, la Corte se apoyó en el derecho ambiental internacional y nacional para declarar a la Amazonía colombiana como sujeto de derechos frente a una acción de tutela de un grupo de niños y jóvenes que con fundamento en el derecho constitucional a un ambiente sano³¹ alegaron la inoperancia de los entes estatales para tutelar a la amazonia colombiana por su importancia para el equilibrio del clima planetario.

³⁰ www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/.../STC4360-2018.doc

³¹ Constitución de Colombia de 1991: Art. 79. *Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo*”.

“Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines (...)”.

La sentencia³² señalada, se fundamenta en el *corpus juris* internacional ambiental reconocido por la Corte como una “*numerosa normatividad, hard y soft law, que constituye un orden público ecológico mundial y sirve de criterio orientador para las legislaciones*” de los países³³.

Al declarar a la Amazonía colombiana como sujeto de derechos, la Corte se basa en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, que mediante sentencia T-622 de 2016 declaró al Río Atrato como sujeto de

³² La Sentencia en su parte resolutive dispone: “Corresponde a las autoridades responder eficazmente a los cuestionamientos propios de la problemática advertida, entre los cuales, conviene destacar la imperiosa necesidad de adoptar medidas correctivas y paliativas para i) la expansión desmedida de los cultivos ilícitos y de minería ilegal que destruyen irracionalmente el bosque amazónico; ii) llenar el vacío dejado por las Farc y paramilitares para hacer presencia activa del Estado en pro de la conservación de territorios amazónicos que en el contexto del conflicto armado fueron reconquistados por grupos insurgentes, depredadores sin piedad, colonizadores irracionales y en general personas y organizaciones al margen de la ley; iii) impedir y mitigar los crecientes incendios, la deforestación y la expansión irracional de la frontera agrícola; iv) la falta de prevención de las consecuencias inherentes a la apertura de vías, al otorgamiento de títulos de propiedad territorial y de concesión minera; v) la expansión de los cultivos agroindustriales y de ganadería a gran escala; vi) la preservación de ese ecosistema por su importancia para regular el clima mundial; vii) la ausencia de cálculos científicos de la ascendente liberación de toneladas de carbono por las quemas y la pérdida de biomasa, que constituye la cobertura vegetal; y viii) hacer frente al cambio climático por causa de la destrucción de la selva amazónica del territorio nacional.”

³³ Se hace referencia al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; a la Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u otros Fines Hostiles de 1976, al Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra “relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales que en los artículos 35.3 y 55 prohíbe el ataque injustificado de la naturaleza; a la Declaración de Estocolmo de 1972; a la Declaración de Río de Janeiro de 1992; a la Convención Marco sobre el Cambio Climático de 1992 y al Acuerdo de París de 2015 así como a varias disposiciones de la Constitución Colombiana . Sentencia STC4360-2018 de 5 de abril de 2018.p. 22

derechos y que en su parte resolutive dispone:

“(…) [L]a justicia con la naturaleza debe ser aplicada más allá del escenario humano y debe permitir que la naturaleza pueda ser sujeto de derechos. Bajo esta comprensión es que la Sala considera necesario dar un paso adelante en la jurisprudencia hacia la protección constitucional de una de nuestras fuentes de biodiversidad más importantes: el río Atrato. Esta interpretación encuentra plena justificación en el interés superior del medio ambiente que ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia constitucional y que está conformado por numerosas cláusulas constitucionales que constituyen lo que se ha denominado la “Constitución Ecológica” o “Constitución Verde”. Este conjunto de disposiciones permite afirmar la trascendencia que tiene el medio ambiente sano y el vínculo de interdependencia con los seres humanos y el Estado”.

“De lo expuesto anteriormente se derivan una serie de obligaciones de protección y garantía del medio ambiente a cargo del Estado quien es el primer responsable por su amparo, mantenimiento y conservación, que debe materializar a través de políticas públicas ambientales responsables (gobernanza sostenible), la expedición de documentos CONPES, de legislación en la materia y de Planes Nacionales de Desarrollo, entre otros; por supuesto, sin perjuicio del deber de protección y cuidado que también le asiste a la sociedad civil y a las propias comunidades de cuidar los recursos naturales y la biodiversidad. En este sentido la Sala considera pertinente hacer un llamado de atención a las comunidades étnicas que habitan la cuenca del río Atrato para que protejan, dentro del ejercicio de sus costumbres, usos y tradiciones, el medio ambiente del cual son sus primeros guardianes y responsables (...)

La Corte Suprema de Colombia siguiendo el ejemplo de la sentencia sobre el Río Atrato hizo lo propio con la Amazonía colombiana, señalando que:

“... en aras de proteger ese ecosistema vital para el devenir global, tal como la Corte Constitucional declaró al río Atrato, se reconoce a la Amazonía Colombiana como entidad, “sujeto de derechos”, titular de la protección, de la conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las entidades territoriales que la integran.

En consecuencia, se otorgará el auxilio, y se ordenará a la Presidencia de la República, al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, y a la Cartera de Agricultura y Desarrollo Rural para que, en coordinación con los sectores del Sistema Nacional Ambiental, y la participación de los accionantes, las comunidades afectadas y la población interesada en general, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación del presente proveído, formulen un plan de acción de corto, mediano y largo plazo, que contrarreste la tasa de deforestación en la Amazonía, en donde se haga frente a los efectos del cambio climático.”

Llama la atención que la sentencia aludida plantea un compromiso denominado “*pacto intergeneracional por la vida del amazonas colombiano -PIVAC*”, dentro de cuyo marco el estado colombiano deberá adoptar medidas encaminadas a reducir a cero la deforestación y las emisiones de gases efecto invernadero, contar con estrategias de ejecución nacional, regional y local, de tipo preventivo, obligatorio, correctivo, y pedagógico, dirigidas a la adaptación del cambio climático en favor del sujeto de derechos “Amazonía colombiana”.

De lo dicho se podría decir que el derecho ambiental es instrumental para los derechos de la naturaleza, y que tanto la protección tanto del río Atrato como de la Amazonia colombiana podía lograrse con la decisión de aplicar rigurosamente las políticas ambientales y las normas de protección ambiental vigentes, sin necesidad de acudir al reconocimiento de la naturaleza como

sujeto de derechos, lo que sí es posible advertir es que las declaratorias como sujetos de derecho, tanto del río Atrato como de la Amazonia colombiana, tienen un fuerte efecto simbólico que podría fortalecer la operatividad del marco institucional y de la aplicación normativa, desde esta premisa se puede afirmar que el simbolismo de reconocer como sujetos de derecho a entidades no humanas puede hacer que el Estado y los jueces se motiven de mejor manera por los efectos éticos que de estos casos emanan. Al respecto Ost señala lo siguiente *“no cabe duda de que la propuesta de conceder la personalidad jurídica a la naturaleza pretende situarse en este registro simbólico. Es conocida la eficacia, concretamente en el terreno político, de la retórica de los derechos del hombre y de la denuncia de las discriminaciones. Se espera también que el prestigio de las constituciones beneficiará a las protecciones constitucionales de los elementos naturales. Igualmente, se confía en que quedará reforzado un cierto respeto por los recién llegados al círculo de los sujetos de derecho. Concretamente, los jueces, enfrentados con la dificultad diaria de aplicar una legislación medioambiental a la vez pletórica y siempre incompleta, deberían encontrar en la afirmación de los derechos de la naturaleza un principio general de interpretación que les permita llenar las lagunas de los textos y aclarar su oscuridad. Asimismo, la intervención de la naturaleza “en persona” debería producir un prejuicio favorable en favor suyo a la hora de repartir la carga de la prueba o de evaluar un daño. También el legislador, según se piensa, se vería obligado a tener una mayor consideración por los animales, los árboles y los ríos si aparecen como sujetos de derecho: así pues, la afirmación retórica actuaría como catalizador de nuevas legislaciones protectoras.”*³⁴

En cuanto a la orientación biocéntrica del derecho

³⁴ Francois Ost. *Naturaleza y Derecho*. Para un debate ecológico en profundidad. Ediciones Mensajero 1996. p.178.

ambiental, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante la opinión consultiva OC-23-17 de 15 de noviembre de 2017 solicitada por Colombia respecto a la relación entre los derechos humanos y el derecho a un ambiente sano según lo dispuesto por la Convención Americana de Derechos Humanos y por el artículo 11 del Protocolo de San Salvador, claramente señaló lo siguiente:

“Esta Corte considera importante resaltar que el derecho al medio ambiente sano como derecho autónomo, a diferencia de otros derechos, protege los componentes del medio ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aun en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos. En este sentido, la Corte advierte una tendencia a reconocer personería jurídica y, por ende, derechos a la naturaleza no solo en sentencias judiciales sino incluso en ordenamientos constitucionales.”

6. La ecologización del derecho ambiental y el estado de derecho ecológico

Los enfoques cada vez más biocéntricos del derecho ambiental desde que las Naciones Unidas emitieron la Carta de la Naturaleza en 1982 están demostrando que el derecho ambiental camina paralelamente con la teoría de los derechos naturaleza, por ejemplo, parte del enfoque normativo del derecho ambiental se orienta

hacia la sostenibilidad ecológica y resiliencia de los ecosistemas, el artículo 14 de la Constitución del Ecuador establece:

“Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados.”

Como se ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su reciente opinión consultiva, reconoce que el derecho ambiental no sólo responde a los intereses de los seres humanos, sino que también incluye a los demás seres vivos que comparten el planeta con los humanos, lo que nos da entender que el derecho ambiental se está reorientando hacia un enfoque biocéntrico y ecologizado.

De lo dicho se desprende que nos estaríamos aproximando hacia un estado de derecho ecológico.

Según Peña Chacón³⁵ de acuerdo con Garver,³⁶ citado por Morato Leite y Galbiatti Silveira,³⁷ un Estado de derecho ecológico cumple con las siguientes características:

- Reconocimiento de que los humanos son parte del sistema vital terrestre y no separados de éste;

³⁵ Mario Peña Chacón. Justicia Ecológica del Siglo XXI.

³⁶ Garver, G. The rule of ecological law: the legal complement to degrowth economics. *Sustainability*, n. 5, 2013, pp: 324-330.

³⁷ Morato Leite, J.R., Galbiatti Silveira, P, “A Ecologização do Estado de Direito: uma Ruptura af Direito Ambiental e ao Antropocentrismo Vigentes”, en *A Ecologização do Direito Ambiental Vigente, Rupturas Necessárias*, Morato Leite, J.R. (coordinador), 2018, pp. 132.

- Limitaciones a los regímenes jurídicos por consideraciones ecológicas necesarias para promover la vida e inclusión de los límites ecológicos en esferas socioeconómicas;
- Integración de los regímenes jurídicos y otras disciplinas, como la economía, de forma sistémica e integrada, para resolver los problemas en conjunto y no de forma aislada;
- Cambio radical del abordaje económico a través de la reducción del uso de materiales y energías, en razón de no traspasar los límites ecológicos;
- Distribución justa y utilización de los principios de proporcionalidad y subsidiariedad a nivel local y global;
- Distribución equitativa entre generaciones presentes y futuras y entre humanos y otras formas de vida;
- Consideración de estado de derecho ecológico vinculante y supranacional, con supremacía sobre otros regímenes jurídicos;
- Ampliación de la investigación y monitoreo para mejorar el entendimiento y respeto de los límites ecológicos;
- Consideración de la precaución sobre los límites planetarios;
- Adaptabilidad como característica del derecho ecológico, en razón a la naturaleza de los límites ecológicos y del equilibrio de la naturaleza

7. La tesis de Betaille

Se podría decir que las tesis filosóficas señaladas antes, el ensayo de Stone de 1972 y la tendencia actual de reconocer derechos a la naturaleza, han impulsado al derecho ambiental hacia enfoques que se alejan del antropocentrismo, pero también no es menos cierto que el derecho ambiental, en sí mismo, se ha ido ecologizando, en ese contexto el jurista Julien Betaille³⁸ se pregunta si realmente reconocer derechos a la naturaleza es una verdadera revolución en el derecho ambiental. Señala que las propuestas de reconocer derechos de la naturaleza siempre han sido muy sugerentes y han elevado los ánimos de los ambientalistas por encontrar mejores soluciones al problema, así fue que cuando Christopher Stone publicó su célebre ensayo “Should trees have standing”, el efecto fue de un gran entusiasmo, pero Betaille, afirma que si revisamos los desarrollos jurídicos del derecho ambiental, tanto en Europa como en otras partes del mundo, se llega a la conclusión que la propuesta de Stone, en realidad, no tiene sentido práctico. Si dejamos de lado el componente filosófico, ético, religioso y político en el que se basa el otorgamiento de derechos de la naturaleza, lo que queda en cuanto al tema puramente legal no es mayor, porque tanto la técnica de reconocer derechos a la naturaleza, así como el derecho ambiental clásico, principalmente como derecho administrativo que procura la prevención del daño ambiental, adolecen de los mismos defectos y retos de aplicación, por tanto enfrentan el mismo desafío que es el de la efectividad de su aplicación. Importante anotar que este autor destaca que el derecho ambiental clásico teniendo una raíz antropocéntrica está en la capacidad de asumir orientaciones biocéntricas como el valor intrínseco de la natu-

³⁸ “Rights of Nature, why it might not save the entire world” Profesor asociado de la Universidad de Toulouse Francia. Mayo 2018.

raleza³⁹. Siguiendo a este autor, cabe afirmar que hay algunos elementos del derecho ambiental clásico que demuestran que esta rama del derecho cada vez es menos antropocéntrica, por ejemplo el derecho ambiental clásico defiende la interdependencia entre los seres humanos y la naturaleza, la carta constitucional francesa sobre el ambiente del 2005, señala en su preámbulo que el futuro de la existencia de la humanidad está indiscutiblemente unido al ambiente natural, igualmente la Carta de la Naturaleza de Naciones Unidas de 1982 establece en el preámbulo que la humanidad es parte de la naturaleza.

Por otro lado, el reconocimiento de la función ambiental de la propiedad en el derecho ambiental⁴⁰, implica un tratamiento ecologizado del derecho de propiedad⁴¹. El concepto de integridad ecosistémica también

³⁹ El Convenio de la Diversidad Biológica en el Preámbulo establece: “Conscientes del valor intrínseco de la diversidad biológica y de los valores ecológicos, genéticos, sociales, económicos, científicos, educativos, culturales, recreativos y estéticos de la diversidad biológica y sus componentes. La Guía del Convenio de la Diversidad Biológica señala: “De todos los valores que se asignan a la diversidad biológica, resulta importante notar que, por primera vez, se reconoce el *valor intrínseco de la diversidad biológica* en un instrumento legal internacional vinculante. Esta es una innovación muy importante y podría considerarse como el reconocimiento del derecho inherente que tienen todos los componentes de la diversidad biológica a existir, independientemente del valor que les sea asignado por la humanidad. Un tratado regional que hace referencia al *valor intrínseco de las especies* es la Convención sobre la Conservación de la Fauna y Flora Silvestre y de los Hábitats (Berna, 1979). Por contraste, la Declaración Mundial de la Naturaleza (UNGA Res. 37/7 (1982)), un instrumento no vinculante, considera que toda forma de vida es única y que merece respeto, independientemente de su valor para la humanidad.” Guía del Convenio de la Diversidad Biológica Disponible en: <https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/documents/EPLP-030-Es.pdf>

⁴⁰ Constitución del Ecuador Art. 321.- El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y ambiental.

⁴¹ Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales del Ecuador Ar-

título 12.- De la función ambiental. La propiedad de la tierra rural deberá cumplir con la función ambiental. En consecuencia, deberá contribuir al desarrollo sustentable, al uso racional del suelo y al mantenimiento de su fertilidad de tal manera que conserve el recurso, la agrobiodiversidad y las cuencas hidrográficas para mantener la aptitud productiva, la producción alimentaria, asegurar la disponibilidad de agua de calidad y contribuya a la conservación de la biodiversidad. El sistema productivo existente en el predio permitirá optimizar la relación de las actividades agrarias con las características biofísicas del ambiente natural. El cumplimiento de la función ambiental conlleva también el respeto a los derechos ambientales individuales, colectivos y los derechos de la naturaleza.

El predio rural con aptitud agraria cumple la función ambiental cuando su sistema productivo reúne las siguientes condiciones:

- a) Se empleen prácticas productivas que promuevan la sustentabilidad de los recursos naturales renovables y de la agrobiodiversidad aplicados a la actividad agraria;
- b) Se cumplan con las leyes y los parámetros técnicos de calidad ambiental en materia agraria, de acuerdo con las regulaciones vigentes;
- c) Se observen los criterios de manejo de recursos naturales y de zonificación para el uso del suelo con aptitud agraria contenido en el plan de producción, para evitar procesos como: erosión, salinidad, compactación, pérdida de fertilidad y productividad, pérdida de la cobertura vegetal; degradación de la estructura del suelo, entre otros;
- d) Se realicen acciones a fin de evitar la contaminación, sedimentación de cuerpos de agua, disminución de caudales y desperdicio de agua; y
- e) Se observen los parámetros que establezca la Autoridad Agraria Nacional en coordinación con la Autoridad Ambiental Nacional para la protección del suelo, cuando exista cobertura vegetal, bosque natural plantado, páramo o manglar y especies arbustivas.

En el reglamento a la presente Ley se establecerán los parámetros de cumplimiento de estas condiciones y se incorporarán los mecanismos de coordinación interinstitucional para determinar el cumplimiento de la función ambiental, según la metodología de aplicación de las variables a considerarse, de acuerdo con el anexo técnico número dos de esta Ley.

Cumple la función ambiental la tierra rural de propiedad privada o comunitaria dedicada a conservación de recursos naturales renovables reconocidos por la autoridad competente, tales como áreas bajo incentivo estatal para la conservación, protección o producción forestal reguladas legalmente, re-

está presente en varios instrumentos internacionales de derecho ambiental como en el Convenio Ramsar sobre los Humedales, en el Convenio sobre la Diversidad Biológica y en la Directiva Europea sobre Hábitats entre otros.

En general, según el autor citado, la naturaleza puede ser protegida sin que necesariamente debamos reconocerla como sujeto de derechos, pues así lo demuestra el desarrollo del derecho ambiental, en consecuencia, la teoría de los derechos de la naturaleza no es la única solución para salvar el planeta.

Otra afirmación del autor es que, tanto el derecho ambiental clásico como la teoría de los derechos de la naturaleza, para poder operar en la práctica, requieren de la intervención humana, es decir siempre va hacer necesario que se apliquen las obligaciones básicas que deben los seres humanos a la naturaleza, la paradoja que aquí se presenta es que es imposible proteger a la naturaleza sin acudir a la intervención de los seres humanos, es posible otorgar derechos a la naturaleza pero siendo el derecho una técnica estrictamente humana, para que los derechos sean ejercidos, tiene que mediar un sistema jurídico del cual la naturaleza es ajena. Desde este punto de vista la teoría de los derechos de la naturaleza necesita de los seres humanos para ser planteada, escrita y finalmente integrada al sistema jurídico para poder ser aplicada y ejecutada. En la medida en que otros seres vivos no humanos y la misma naturaleza no tengan sus

creación o actividades ecoturísticas.

El Estado establecerá políticas y generará estímulos e incentivos para quienes cumplan la función social y la función ambiental.

El incumplimiento de la función ambiental será establecido por la Autoridad Agraria Nacional previo informe de la Autoridad Ambiental Nacional.

Para la determinación del cumplimiento de la función ambiental, se utilizarán las variables establecidas en el anexo técnico número dos que forma parte de esta Ley, aplicadas de conformidad con el reglamento a la misma.

propios sistemas jurídicos, el derecho siempre será un sistema de normas humanas.

En cuanto a la actuación de la naturaleza, esta requiere para su protección de un representante o guardián al igual que las personas jurídicas, los guardianes o representantes de la naturaleza siempre serán humanos, lo que se asemeja a los consejos de cuencas hidrográficas en el caso de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua del Ecuador, o a las autoridades de cuenca, en el caso de la Unión Europea.

En el fondo el derecho clásico ambiental y la teoría de los derechos de la naturaleza confluyen hacia un mismo fin, es decir, a crear obligaciones para que los seres humanos protejan a la naturaleza, los derechos y las obligaciones son dos caras de la misma moneda, por un lado el derecho ambiental clásico a través del reconocimiento de un derecho a un ambiente sano obliga a que este derecho sea respetado, asimismo cuando se reconoce derechos de la naturaleza, estos deben igualmente ser respetados por los humanos, es decir se genera una obligación de respeto hacia el ambiente por parte de los seres humanos.

Siguiendo a Betaille, se menciona que desde 1972 en que Stone escribió su célebre ensayo, se ha generado un amplio debate respecto a qué posición tomar para lograr proteger a la naturaleza. Por un lado, como se ha dicho, está la posición antropocéntrica del derecho ambiental clásico, pero con acercamientos cada vez más biocéntricos, y por otro, está la orientación puramente biocéntrica reflejada en el reconocimiento de derechos a la naturaleza, dos enfoques que derivan en la misma pregunta ¿cómo obligar a los seres humanos a proteger la naturaleza? La pregunta nos conduce al problema de fondo que es la cuestión relativa a la efectiva aplicación de las normas que protegen la naturaleza y que es una discusión que no está incluida en la teoría de los dere-

chos de la naturaleza, quienes abogan por los derechos de la naturaleza señalan que hay que reemplazar al derecho ambiental por este nuevo enfoque que reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos para efectos de lograr la verdadera protección de la naturaleza, pero la idea de que el derecho ambiental clásico no es efectivo y que reconociendo a la naturaleza como sujeto se lograra su verdadera protección, es una idea muy simplista pues la problemática de la efectiva protección de la naturaleza es mucho más complicada.

Frente a esta realidad de la falta de aplicación efectiva del derecho ambiental, este autor indica que en el caso del derecho ambiental, éste ha tenido una adecuada aplicación en términos relativos pero los retos y desafíos para lograr la plena aplicación de las normas protectoras del ambiente siguen siendo enormes, pues en palabras del autor, podríamos decir que asistimos una época en que se da una paradoja en el derecho ambiental por un lado, sus instrumentos y herramientas han llegado a plenos niveles de sofisticación y por otro, nunca antes la crisis ambiental ha sido tan seria.

Pero esto no quiere decir que se deba reemplazar el derecho ambiental por otro tipo de técnica jurídica, sino que lo que está faltando es que el derecho ambiental sea efectivamente aplicado, en algunos casos debe ser más ambicioso y también le falta posicionarse de manera transversal en todos los ámbitos de la gestión pública de los estados.

Asistimos entonces a una situación difícil en la aplicación del derecho ambiental, pero según Betaille, no se puede interpretar como que si el vaso estuviera completamente vacío, más bien, hay que reconocer que está medio vacío porque hay ejemplos de aplicaciones efectivas como es el caso del Convenio de Viena para la Protección de la Capa Ozono y su Protocolo de Montreal que han tenido una exitosa aplicación demostrando que

la capa de ozono se está recuperando, también algunas directivas Europeas como la Directiva sobre las Aves está demostrando que se han llegado a cumplir las metas para proteger a las aves en peligro de extinción. En este contexto habría que pensar que no se trata de sustituir al derecho ambiental por la teoría de los derechos de la naturaleza, porque como se ha dicho el derecho ambiental es instrumental a los derechos de la naturaleza, si no tendríamos derecho ambiental sin duda estaríamos en una situación mucho peor de la que estamos ahora. La preocupación actual gira en torno a cómo lograr la aplicación efectiva de las normas protectoras ambientales, y por tanto, podemos decir que la teoría de los derechos de la naturaleza como el derecho ambiental clásico enfrentan los mismos desafíos para lograr su aplicación, estos según Betaille son los siguientes: coherencia normativa, sancionamiento disuasorio, corrupción como obstáculo, los conflictos de intereses, la imparcialidad e independencia de los jueces, la posibilidad de que los entes regulados puedan manipular en su favor a las autoridades reguladoras, la debilidad de la gestión administrativa en materia ambiental, la necesidad de mejores jueces y resoluciones judiciales en materia ambiental, etc.

En concordancia con Betaille, la Declaración de la UICN sobre el Estado de Derecho en Materia Ambiental destaca las principales causas de la falta de efectividad del derecho ambiental lo cual aplica igualmente a la teoría de los derechos de la naturaleza:

III. Mecanismos de implementación del Estado de Derecho en materia ambiental

La implementación efectiva es fundamental para lograr el Estado de Derecho en materia ambiental. Los mecanismos para incrementar las garantías procesales y contribuir a establecer los componentes sustantivos y de procedimiento del Estado de Derecho en materia ambiental a nivel nacional, sub-nacional, regional

e internacional incluyen, entre otros, los siguientes:

- a) Un sistema de monitoreo y rendición de cuentas que permitan evaluar en forma precisa el estado del medio ambiente y las presiones sobre el mismo,
- b) El establecimiento de medidas para la supervisión y la lucha contra la corrupción, incluidas aquellas que aborden conductas no éticas,
- c) Sistemas de gestión ambiental con base legal que tomen debidamente en cuenta el riesgo ambiental y la vulnerabilidad de los sistemas sociales y económicos frente al deterioro ambiental,
- d) Una evaluación ambiental que incorpore un enfoque multidimensional y policéntrico y tenga en cuenta la complejidad de las relaciones socio-ecológicas,
- e) Las herramientas de modelación cuantitativas y cualitativas basadas en los mejores estándares científicos y éticos ambientales que posibiliten opciones y estrategias solidas ante posibles y diversos escenarios futuros,
- f) Una gestión y una gobernanza ambiental cooperativa y adaptativa que involucre a las partes interesadas de diversos orígenes socioeconómicos y culturales, incluidas las comunidades locales, los pueblos indígenas, las mujeres, los pobres y otros grupos marginados y vulnerables,
- g) Mecanismos de coordinación como las redes regionales de observancia, aplicación y cumplimiento de la ley, el intercambio de información y la cooperación en materia judicial,
- h) La educación jurídica ambiental y el fortalecimiento de capacidades para todas las personas, especialmente mujeres, niñas y líderes tradicionales de pueblos indígenas, centrándose en el intercambio de conocimientos sobre mejores prácticas,

teniendo en cuenta aspectos legales, políticos, socioeconómicos y religiosos, y reconociendo aquellos comunes en normas y estándares internacionales,

i) La utilización de nuevas tecnologías y medios de comunicación para promover la educación en derecho ambiental y el acceso a la información, así como de herramientas complementarias que hagan uso y respeten los derechos y prácticas consuetudinarios,

j) Sistemas de comunicación que permitan la producción y difusión de directrices, listas de control, y herramientas prácticas y de asistencia técnica y jurídica,

k) El fortalecimiento de la sociedad civil, las asociaciones de derecho ambiental y otros actores no estatales que contribuyan a subsanar las deficiencias en los sistemas de gobernanza ambiental estatal,

l) El abordaje de los delitos ambientales en relación con otro tipo de delitos como el blanqueo de capitales, la corrupción y el crimen organizado,

m) Posibilitar la resolución de conflictos de interés público relativos a la conservación y protección del ambiente y la defensa de los derechos de las generaciones futuras,

n) Fortalecer la independencia y la capacidad de los tribunales en la aplicación e interpretación eficaz del derecho ambiental y para actuar como garantes del Estado de Derecho en materia ambiental.

En conclusión, Betaille anota que los esfuerzos por una aplicación efectiva son comunes a los dos enfoques (derecho ambiental y derechos de la naturaleza) pero el problema no está en discutir que normas primarias prevalecen: el derecho a un ambiente sano o los derechos de la naturaleza, los dos enfoques convergen hacia el fin úl-

timo que es la protección de la naturaleza, la problemática está en la reglamentación de estos derechos sustantivos para que tengan plena efectividad. El autor apunta que la propuesta de los derechos de la naturaleza y su planteamiento puede ser más sugerente desde el punto de vista filosófico pero esto no quiere decir que debemos minimizar la importancia del derecho ambiental, pues en medio de la crisis ecológica no sería nada prudente cambiar los carruajes que enfrentan el problema dado que tampoco la teoría de los derechos de la naturaleza es un carruaje joven pues se inicia con el planteamiento de Stone en 1972 y además no se podría decir que es un carruaje más rápido que el viejo derecho ambiental clásico.

8. Consideraciones Finales

El ensayo de Stone y las propuestas filosóficas de la ecología derivaron en la apertura del derecho para reconocer como sujetos a entidades no humanas, esta orientación ha dado como resultado la ecologización del derecho ambiental, por lo tanto, el derecho ambiental y los derechos de la naturaleza persiguen el mismo fin que es obligar a los seres humanos respetar los límites de los ecosistemas y garantizar su sostenibilidad en beneficio de las generaciones presentes y futuras. La cuestión de fondo radica en cómo lograr la efectiva aplicación de las normas ambientales, tanto desde el derecho ambiental clásico como desde el enfoque de los derechos de la naturaleza, que adolecen de los mismos problemas de aplicación.

El antropocentrismo del derecho ambiental va perdiendo terreno frente a su ecologización, si bien la propuesta de reconocer derechos de la naturaleza por sus efectos simbólicos puede elevar el nivel de reacción por parte de jueces y administradores públicos para aplicar

de mejor manera las normas de protección ambiental, esto no quiere decir que el derecho ambiental no sea esencial para el objetivo finalista del desarrollo sostenible y en última instancia del ecodesarrollo.

Los derechos de la naturaleza elevan el nivel ético de la norma ambiental, su simbolismo puede permitir que jueces y administradores tenga una mirada más clara y directa respecto al enfoque biocéntrico del derecho ambiental interpretando la aplicación de las normas en función de orientaciones que favorezcan a la naturaleza a través de los principios *in dubio pro natura* y el principio de precaución.

Para que los derechos de la naturaleza tengan efecto requieren necesariamente ir de la mano con los instrumentos operativos y administrativos del derecho ambiental, en los casos como la declaratoria de la Amazonia colombiana como sujeto de derechos, vemos como el *corpus juris* internacional fue consustancial para sustentar la declaratorio además de las normas del derecho ambiental colombiano.

Se podría decir que, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos mediante su reciente opinión consultiva, el derecho ambiental ha dejado su orientación antropocéntrica porque incluye dentro de su función tuitiva y protectora a los demás seres vivos que comparten el planeta con los seres humanos en la medida que la naturaleza posee un derecho intrínseco, independiente de su valoración humana, a existir, prosperar y evolucionar.⁴²

El dilema jurídico no está en resolver a favor o en contra de los derechos de la naturaleza o del derecho ambiental, pues ambos enfoques pueden convivir, la cuestión ahora es clara en el sentido de que siendo el dere-

⁴² Principio 2 de la Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) acerca del Estado de Derecho en materia ambiental.

cho ambiental un instrumento para llevar a efecto los derechos de la naturaleza haciendo respetar los límites de los ecosistemas frente a las actividades humanas, el problema de fondo radica en cómo superar las causas que impiden la efectiva aplicación del derecho ambiental y de los derechos de la naturaleza.

BIBLIOGRAFÍA

ALBÁN, M.A. “Los retos de aplicación del Derecho Ambiental: el caso de Ecuador y los derechos de la naturaleza”. En Memorias del Congreso Interamericano sobre el Estado de Derecho en Materia Ambiental, 2017.

ALESSANDRI, R, Somarriva, M. Curso de Derecho Civil. Parte General y los Sujetos de Derecho. Segunda Parte. Editorial Nascimento, 1971.

BÉTAILLE, J. Rights of Nature, why it might not save the entire world. Universidad de Toulouse Francia. Mayo 2018.

CADWELL, J. An Ecological Approach to Environmental Law, University of Auckland 1988.p. 46. Disponible en: <http://www.nzlii.org/nz/journals/NZLRFOF/1988/29.pdf> (Consultado el 10 de diciembre de 2018)

_DOBSON, A. “Filosofía y Política Verde”, en: Pensamiento Verde. Una antología de. Editorial Trotta: Serie medio ambiente. 1999

GARVER, G. The rule of ecological law: the legal complement to degrowth economics. Sustainability, n. 5, 2013, pp: 324-330.

HENRÍQUEZ, A. Peter Singer y la Ecología Profunda., disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/NOMA/article/download/38094/36847> (consultado el 10 de di-

ciembre de 2018)

IZARRA Navarro, N. “La naturaleza y los animales: la responsabilidad del hombre Cursante de la Maestría en Filosofía y Ciencias Humanas”, Revista de Filosofía EPISTEME. [online]. dic. 2006, vol.26, no.2 [citado 28 noviembre 2008], p.93-105. Disponible en la World Wide Web: http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0798-43242006000200006&lng=es&nrm=i-so (Consultado el 10 de diciembre de 2018)

MORATO Leite, J.R., Galbiatti Silveira, P, “A Ecológica do Estado de Direito: uma Ruptura aí Direito Ambiental e ao Antropocentrismo Vigentes”, en A Ecológica do Direito Ambiental Vigente, Rupturas Necessárias, Morato Leite, J.R. (coordenador), 2018.

OST F. Naturaleza y Derecho. Para un debate ecológico en profundidad. Ediciones Mensajero 1996.

PEÑA Chacón, M., Justicia Ecológica del Siglo XXI.

PEÑA Chacón, M., Daño, Responsabilidad y Reparación Ambiental Segunda Edición 2010

SIMON, F, Derechos de la Naturaleza, Innovación Trascendental, Retórica Jurídica o Proyecto Político. Disponible en: https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_15/iurisdictio_015_001.pdf (consultado el 10 de diciembre de 2018)

STONE C. Should trees have standing”. Disponible en: <https://iseethics.files.wordpress.com/2013/02/stone-christopher-d-should-trees-have-standing.pdf> (Consultado el 10 de diciembre de 2018)

STUTZIN, G., “Un Imperativo Ecológico Reconocer los Derechos a la Naturaleza” Abogado, Presidente Honorario-Fundador, Comité Nacional pro Defensa de la Fauna

y Flora (CODEFF) p. 9 http://www.cipma.cl/RAD/1984-85/1_Stutzin.pdf (Consultado el 10 de diciembre de 2018)

UICN, Guía del Convenio de la Diversidad Biológica
Disponible en: <https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/documents/EPLP-030-Es.pdf>

LOS DERECHOS DE LOS ECOSISTEMAS

MSc. Álvaro Sagot Rodríguez¹

Resumen: El derecho ambiental moderno ha llegado a un punto donde a pesar de la normativa generada, no tenemos la efectividad deseada; aspecto que encuentra explicación en el momento de cambio de paradigmas que vivimos entre lo antropocéntrico y lo ecocéntrico, donde parece que estamos en un *impasse* en el cual el sistema perpetua situaciones irracionales. Por ello, se considera que con la implementación del reconocimiento de los derechos de los ecosistemas, podríamos estar ante la ecologización del derecho que permita enfrentar los retos ambientales del siglo.

Palabras clave: Derechos de la naturaleza, Derechos de los ecosistemas, Antropocéntrico, Ecocéntrico.

Abstract: Despite the development of regulations, modern environmental law is lacking of effectiveness. That can be explained by the change of paradigms between anthropocentric and ecocentric approach, in which the existing *impasse* maintains irrational situations. Recognition of the rights of ecosystems constitutes a possible tool to face environmental challenges of this century.

Keywords: Anthropocentric, Ecocentric, Rights of Nature, Rights of Ecosystems

¹ Abogado, máster en Derecho Ambiental por la Universidad del País Vasco y con una Maestría en Desarrollo Sostenible de la Universidad de Costa Rica. Académico en la Universidad de Costa Rica en el curso de Derecho Ambiental en la carrera de derecho y, asimismo, también en la maestría en Desarrollo Sostenible de ese centro de estudios. Profesor en Maestría de Derecho Ambiental de la Universidad del País Vasco, España. alvarosagot@gmail.com

INTRODUCCIÓN

Atribuir derechos a territorios, o a ríos, que son bienes que por siglos han sido vistos como simples conglomerados de cosas, es uno de los nuevos retos del derecho ambiental y su revolucionaria forma de abordar la defensa de la naturaleza.

Por las graves consecuencias de daños ambientales en este periodo, llamado por algunos como antropoceno^{2 3}, es evidente que se hace necesario hacer un cambio, como lo sería el otorgar derechos específicos a la naturaleza y esto es un campo donde existen vocerías en diferentes líneas, algunas a favor y en contra.

Precisamente por la etapa de gestación en la que están los estatutos de estos bienes, tenemos que su situación es compleja, puesto que implica tener que repensar gran parte del ordenamiento jurídico, mismo que está fundamentado desde hace siglos en el paradigma antropocéntrico, cosificador y utilitario de los ecosistemas⁴.

² Latour (2017) señala de forma general que el antropoceno o “Edad de los Humanos”, es un término que considera que la influencia del comportamiento humano sobre la Tierra, en lo que respecta a la destrucción de ecosistemas, ha sido significativamente negativo y es por ello que esta época podría constituir incluso una nueva era geológica. Lo anterior sería considerando el abusivo modelo de producción y consumo de energía a partir del gas natural, carbón y petróleo que han emitido gases de efecto invernadero en cantidades tales, que han colaborado fuertemente en el calentamiento global.

³ Elizabeth Kolbert (2015) señala, siguiendo a Paul Crutzen, quien fuera quien acuñó el término antropoceno: “De los muchos cambios a escala geológica que han efectuado los humanos, Crutzen citaba los siguientes: -La actividad humana ha transformado entre la tercera parte y la mitad de la superficie terrestre del planeta. -La mayoría de los principales ríos del mundo están regulados o trasvasados. -Los humanos usan más de la mitad del agua dulce fácilmente accesible del mundo...”

⁴ La Ley de la Biodiversidad señala en su numeral 7 inciso 12: “Ecosistema: Complejo dinámico de comunidades de plantas, animales, hongos y microorganismos y su medio físico, interactuando como una unidad funcional”.

Para entender el punto al que se hace referencia, tenemos que observar que los ecosistemas han sido percibidos a la fecha en la sociedad occidental tradicional como un “algo” fragmentado que ocupa un espacio, conformado por objetos bióticos y abióticos necesarios para nuestra especie indudablemente, pero que a su vez son bienes fungibles en su mayoría, nada más.

Para quien escribe, el principal logro que como humanidad podríamos hacer en este siglo sería el reconocerle a la naturaleza personalidad jurídica; pero muchos juristas señalan que ello es incurrir en la sinrazón de una prosopopeya⁵ que no sería válida para el mundo realista del derecho.

La idea de otorgar derechos a los ecosistemas es un elemento catalizador, que buscaría acelerar la toma de decisiones y hacernos entender que hay que entrar en una era de inflexión, considerada por Boff (2002) como aquella donde exista una relación de interdependencia, religación y reconocimiento de derechos⁶ entre los humanos y los ecosistemas y para ello debemos ser inclusivos y reelaborar el Ordenamiento Jurídico, donde incluso la jerarquía de las fuentes clásicas, vistas en la pirámide de Kelsen debería de cambiar, como lo ha expuesto Peña (2013)⁷. Y es que ésta sola propuesta del

⁵ Esta es una figura retórica, o un recurso literario mediante el cual le atribuimos condiciones humanas, a objetos.

⁶ Para Boff, la interdependencia/religación/autonomía relativa significa que todos los seres: “...están inter-ligados y por ello siempre religados entre sí, el uno necesita del otro para existir. En razón de este hecho existe una solidaridad cósmica de base. Pero cada uno goza de una autonomía relativa y posee sentido y valor en sí mismo.”

⁷ Comenta Peña: “...vale la pena retomar e impulsar la atrevida postura de González Ballar de cambiar el criterio de la jerarquía de las fuentes al interpretar en el derecho ambiental, donde lo esencial es que una norma o un principio sea más importante para lograr la solución del problema o conflicto, no importa si viene de un reglamento o principio de soft law, al momento de su aplicación al caso concreto. Un primer paso hacia su consolidación lo

derecho ambiental moderno lleva a considerar todo lo que exponemos, como algo revolucionario.

Dentro de lo anterior, también es claro que comenzar a comprender lo señalado es una situación que ha sido un fuerte trauma para muchos, ya que desde hace cientos de años habíamos interiorizado el constructo social romano, reforzado por el modelo cartesiano⁸ en las leyes, que supone que somos la especie superior, la dominante y la que puede disponer de forma absoluta de prácticamente todo lo que no es humano, en la Tierra.

Por lo señalado, es que se entiende que si el mismo derecho está diseñado y redactado para tener que pensar, que lo más importante en el planeta es la humanidad, ello debería modificarse, dado que esa visión es reconocidamente antropocéntrica, así como economicista y transgresora de toda lógica, en un mundo que enfrenta la extinción acelerada de especies, transformación de espacios naturales, así como el irrespeto de creencias ancestrales.

Precisamente sobre estos puntos pretendemos exponer algunas ideas básicas, con abordaje desde lo doctrinario y lo jurídico, respecto a las atribuciones que

encontramos plasmado en la Ley General de Administración Pública cuando dispone que las fuentes no escritas llegan a obtener el rango jerárquico de la norma que interpretan, integran o delimitan ostentando el rango de ley en el tanto suplan la ausencia y no la insuficiencia de las disposiciones que regulan el derecho administrativo”.

⁸ Exponía Descartes (2012): “... podemos conocer también la diferencia que hay entre los hombres y los animales; porque, cosa muy notable, no haya hombres tan embrutecidos ni tan estúpidos, incluyendo los insensatos, que no sean capaces de combinar diversas palabras y formar un discurso mediante el cual hagan entender sus pensamientos y que, por lo contrario, no haya ningún animal, por perfecto y afortunado que pueda ser, que haga lo mismo. Esto no resulta que les falten órganos, porque se ve que los loros pueden proferir palabras lo mismo que nosotros... y esto no atestigua solo que los animales tienen menos razón que los hombres, sino que carecen absolutamente de ella... su alma es de una naturaleza completamente diferente a la nuestra...”

podrían tener ciertas zonas del planeta, que no serían los clásicos parques nacionales u otras áreas silvestres protegidas, que tienen cierta protección por sus declaratorias, a fin de que ello ayude a avanzar en el cambio paradigmático y al conocimiento, hacia un derecho más efectivo y ecologizado.

Los derechos de la naturaleza se pueden subdividir *grosso modo* en dos grandes áreas, uno que corresponde a los derechos de los animales y que se podría considerar que ha avanzado un poco más, puesto que se han dictado leyes y sentencias expresas que han reconocido ciertos derechos, como el *hábeas corpus* a los seres sintientes y el otro, que sería lo que se denominaría, derechos de los ecosistemas y sobre esto último ahondaremos en este artículo a efecto de propiciar la discusión del tema.

Este breve estudio lo hemos dividido en cuatro secciones; en la primera se estudiarán las cosas y la evolución histórica vinculada con los ecosistemas; en la segunda, se introducirán algunas ideas sobre la personalidad jurídica que debería otorgarse a ciertos ecosistemas; luego, en la tercera se abordará el tema del derecho comparado de los derechos de los ecosistemas. Y la cuarta, se abocará a analizar de los derechos de los ecosistemas, a la luz de la Constitución Política de Costa Rica y su jurisprudencia.

1. De las cosas, su evolución.

Lo básico para entender la problemática del enfoque antropocéntrico dentro de los novedosos derechos de los ecosistemas, debe iniciar conceptualizando lo que son las cosas. Por su parte, el Diccionario de la Lengua Española (1988) las define, en su acepción para el derecho como:

“En contraposición a persona o sujeto, objeto de las relaciones jurídicas”

Por su parte, las cosas son definidas por el argentino Cabanellas (1989) de varias formas en su obra Diccionario de Derecho Usual, de la siguiente manera:

“... cosa es cuando no es Dios o el Creador Supremo de “todas las cosas”... cosa se contrapone a persona... en la esfera de lo jurídico; expresa lo material (una casa, una finca o el dinero) ... se distingue entre lo que no ha sido objeto de posesión, o apropiación por el hombre y lo que figura ya en su patrimonio, o en su mera tenencia, aquello constituye cosa; esto, bien, pues en uno y otro sentido lo es para el hombre, por útil, grato o necesario...”

Como se aprecia, en términos muy generales, lo que no es persona, es cosa simplemente.

Y es que esas ideas no son nuevas, sino que vienen desde épocas primigenias del derecho romano. Recordemos que en esos momentos, todo se movía en torno a los ciudadanos romanos y mucho del resto del mundo eran simplemente bienes intercambiables, así como hombres inferiores⁹.

Aparejado al término “cosa”, está el concepto de personalidad jurídica. Oderigo (1973) en su libro llamado Sinopsis de Derecho Romano, definiéndonos la personalidad jurídica de las personas que existía en la antigua Roma, decía:

⁹ Enrique R. Aftalión y José Villanova (1992) señalan en su obra Introducción al Derecho: “... Aristóteles, con el peso de su autoridad, sostuvo que hay ciertos hombres inferiores por naturaleza, por lo cual estaban destinados a obedecer. Y si aquellos que estaban destinados a obedecer se resistían a hacerlo, podían ser cazados como fieras salvajes por los hombres destinados a mandar.”

“Personalidad jurídica es la aptitud que la ley confiere a una persona para adquirir derechos y contraer obligaciones. En Roma, la personalidad jurídica no era concedida a los esclavos, pues no se les consideraba personas, sino cosas...”

Siendo que nuestro actual ordenamiento jurídico viene de esos inicios, mucho se entenderán las definiciones que respecto a las cosas manejamos y también el por qué tenemos esas miradas a todo lo que no es humano y si bien, por la progresividad, dignidad y los derechos humanos, nos hemos alejado de la esclavitud, la verdad es que muchos seres vivientes, diferentes a los humanos, siguen teniendo rostro de cosa.

En el ámbito costarricense, el tratadista Alberto Brenes Córdoba (1981) nos decía a principio del siglo pasado, en su Tratado de los Bienes que:

“... la palabra cosa es una de las más comprensivas del idioma. Significa todo lo que existe física o moralmente, excepto los seres racionales. Pero en derecho se usa en sentido menos general: llámese así a lo que es susceptible de apropiación y traspaso por cualquiera de los medios que la ley tiene establecidos...”

Como se consagra, se ratifica que salvo los seres humanos, los otros seres vivientes en la naturaleza sean aves, animales de la vida silvestre, sean acuáticos o terrestres, son cosas; mismas que pueden ser en principio, objeto de propiedad personal, o del Estado, pero cosas, u objetos materiales carentes en sí mismos de personalidad jurídica, pues pertenecen a alguien, o a la colectividad.

Donde está mayormente reflejado lo anterior es en los ecosistemas, pues ese término pasa desapercibido, dado que para el mundo del derecho tradicional o inmobiliario se habla de fincas con bosque, o con potreros, con

o sin río, pero no de conglomerados de vida que ocupan espacios físicos.

Y es que esta idea de cosificar y dominar sobre la naturaleza es un mito¹⁰ ideologizante arraigado. Ese mito, es tan antiguo, que incluso en el Génesis¹¹, se señaló:

“1.26. Entonces dijo Dios: hagamos al hombre a nuestra imagen, conforme a nuestra semejanza, y tenga dominio sobre los peces del mar, las aves del cielo, el ganado y en toda la Tierra y sobre todo animal que se desplaza sobre la Tierra. 27. Creó, pues, Dios al hombre a su imagen; a imagen de Dios lo creó; hombre y mujer los creó. 28. Dio s los bendijo y les dijo: sed fecundos y multiplicaos. Llenad la Tierra; sojuzgadla y tened dominio sobre los peces del mar, las aves del cielo y todo el animal que se desplazan sobre la Tierra...”

Del anterior texto se podría llegar a comprender por qué el legislador y los doctrinarios han tenido a la Tierra en general, como algo totalmente independiente y secundario en la vida a los humanos y esta concepción evidentemente es antropocéntrica.

Ese mito bíblico ha calado y se ha justificado en la realidad, pues está previsto en normas, que a su vez llegan y se posicionan en el inconsciente colectivo definitivamente y se toman como algo normal dentro de una sociedad. Aftalión y Villanova (1992) sobre el primer libro del antiguo testamento señalan:

¹⁰ Eduardo Mora (1998) nos explica lo que es un mito al señalar: *“El mito es una condensación (véase que no es una síntesis) de los elementos que el concepto agrupa. Al mito le resulta más fácil movilizar gente debido a la deformación y opacidad que da al concepto en que se basa y ahí reside su efectividad. El mito no es malo ni bueno, es inevitable y cumple una función social...”*

¹¹ Génesis es una palabra griega que significa: origen, nacimiento, o creación.

“También el mito del Génesis contiene una ideología al servicio de una estructura social determinada...”

Y es que, aunque el Papa Francisco ha tratado de dar una nueva visión planetaria integral en su *Laudato Sí*¹², sobre el cuidado de la Casa Común, la situación no se ha modificado y aún falta mucho.

Es claro, que la dualidad del paradigma entre hombre dominante y naturaleza dominada, ha servido estructuralmente para justificar el sistema hasta nuestros días de manera fuerte y por ello el derecho ambiental no ha logrado ser efectivo en muchísimas ocasiones.

Por último, es de importancia indicar que no existe aún ninguna normativa expresa relativa a la protección de montañas, o de ríos sagrados en Costa Rica, salvo algunas disposiciones tímidas en Ley de Patrimonio Arqueológico¹³ y principios de derecho blando emanados en la Cumbre de Río + 20¹⁴ u otras declaraciones.

¹² Señala el Papa: “... el cuidado de los ecosistemas supone una mirada que vaya más allá de lo inmediato, porque cuando sólo se busca un rédito económico rápido y fácil, a nadie le interesa realmente su preservación. Pero el costo de los daños que se ocasionan por el descuido egoísta es muchísimo más alto que el beneficio económico que se pueda obtener. En el caso de la pérdida o el daño grave de algunas especies, estamos hablando de valores que exceden todo cálculo... porque todas las criaturas están conectadas, cada una debe ser valorada con afecto y admiración, y todos los seres nos necesitamos unos a otros...”

¹³ Ley No. 6703.

¹⁴ El punto 210 y el 212 de Río + 20 señalan: 210: *Reconocemos que los beneficios derivados de las regiones montañosas son esenciales para el desarrollo sostenible. Los ecosistemas montañosos desempeñan un papel crucial al proporcionar recursos hídricos a una gran parte de la población mundial; los ecosistemas montañosos frágiles son especialmente vulnerables a los efectos adversos del cambio climático, la deforestación y la degradación de los bosques, el cambio del uso de la tierra, la degradación del suelo y los desastres naturales, y los glaciares montañosos de todo el mundo están retrocediendo y disminuyendo de grosor, con efectos crecientes en el medio ambiente y el bienestar humano.* 212: *“Pedimos que se hagan mayores esfuerzos para conservar los ecosistemas montañosos, incluida su biodi-*

La Ley de Patrimonio Arqueológico señala en su numeral 1:

*“Constituyen patrimonio nacional arqueológico, los muebles **o inmuebles**, producto de las culturas indígenas anteriores o contemporáneas al establecimiento de la cultura hispánica en el territorio nacional, **así como los restos humanos, flora y fauna, relacionados con estas culturas.**”* (El resaltado no es del original)

En esa línea tengamos presente que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo señala en su artículo 13:

“1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”

También observemos por ejemplo la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas emitida por la ONU que señala:

“Artículo 25 Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras”

versidad. Alentamos a los Estados a que adopten una visión a largo plazo y enfoques holísticos, en particular mediante la incorporación de políticas específicas para las montañas en las estrategias nacionales de desarrollo sostenible...”

Se puede citar en apoyo a otorgar derechos a bienes de este tipo, lo dispuesto en la Declaración de Brasilia¹⁵, que en su principio 3 señala:

“(a) Los derechos de los pueblos indígenas y tribales a los recursos hídricos y ecosistemas relacionados, así como sus relaciones tradicionales y costumbres con dichos recursos y ecosistemas, deberían ser respetados, y su consentimiento libre, previo e informado debería ser requerido respecto de cualquier actividad que pueda afectarlos. (b) En vista de la contribución que realizan los pueblos de las montañas y de las partes altas de las cuencas a la conservación de las funciones hidrológicas y ecológicas, así como la integridad de los recursos hídricos y los ecosistemas relacionados en la totalidad de la cuenca, deberían desarrollarse e implementarse mecanismos adecuados para promover y facilitar su conservación por parte de dichas personas.”

Pero como se expresó, aún no existen en Costa Rica sitios declarados legalmente como sagrados, o dignos de respecto por los operadores de justicia para que ellos sean tomados como sujetos con personalidad jurídica, como sí ocurre en Colombia con el Río Atrato, o una parte de la selva amazónica, o los páramos, también colombianos; o como en el caso del Ganges en la India, o del Río Whanganui, venerado por la tribu maorí en Nueva Zelanda, que fuera declarado como sujeto con derechos por parte del Parlamento de ese Estado. Aspectos estos últimos que abordaremos en la sección tercera.

2. De la personalidad jurídica de los humanos, a la de los ecosistemas.

Señalaba el argentino Alterini (1968) siguiendo la línea clásica de la doctrina civilista sobre la personali-

¹⁵ Octavo Foro Mundial del Agua, Brasilia (Brasil) 21 de marzo, 2018.

dad jurídica que:

“Se consideran atributos de la personalidad a ciertas cualidades de que está dotada la persona, que resultan inseparables de ella y que la definen en su individualidad; son tales el estado, el nombre, el domicilio y la capacidad... derecho a la vida, a la libertad, a la integridad física, a la integridad moral, etc. Todas estas facultades de la persona aparecen protegidas por el ordenamiento jurídico...”

De lo anterior se extrae que para que exista la personalidad jurídica, lo primero que debe haber es una persona reconocida por el derecho. Hay que observar que, los derechos que incumben a los humanos y obligaciones están claros y esto ha sido previsto así en normas internas y en diversos instrumentos internacionales, desde hace muchísimos años.

En esa línea, el Código Civil costarricense por ejemplo señala sobre el reconocimiento de las personas en su artículo 31:

“La existencia de la persona física principia al nacer viva y se reputa nacida para todo lo que la favorezca desde 300 días antes de su nacimiento.”

Por su parte, la norma 33, también del Código Civil reconoce a las personas jurídicas y al Estado al decir:

“La existencia de las personas jurídicas proviene de la ley o del convenio conforme a la ley. El Estado es de pleno derecho persona jurídica.”

Pero profundizando un poco más y adentrándonos al mundo del derecho ambiental, tenemos que existen leyes que han admitido sujetos totalmente *sui generis*, o atípicos, como por ejemplo lo serían las personas pertenecientes a las generaciones futuras; aspecto que se

genera en razón del moderno derecho ambiental y del principio de defensa de derechos intra y extra generacionales.

Esa condición y presunción futura de vida, vendría a ampliar las visiones que se deben tener sobre la personalidad jurídica de ciertos grupos, que a pesar de ser personas físicas, aún no existen, pero claramente tienen expectativas de estar acá algún día.

Nuestra Ley de la Biodiversidad se señala al respecto:

*“Criterio de interés público ambiental: El uso de los elementos de la biodiversidad **deberá garantizar las opciones de desarrollo de las futuras generaciones...**”*

Es decir, que definitivamente, aunque sin un nombre, o estado, o domicilio, las personas que solo tienen una presunción de existencia, tienen derecho a que se les respete y garantice un ambiente sano y equilibrado, lo cual rompe con los moldes tradicionales, pues son centros de derechos indudablemente.

Sobre lo anterior opinan Berros y Colombo (2017):

“Es difícil pensar en este siglo que las generaciones futuras, por ejemplo, no sean titulares de derechos. Por el contrario, forman parte de numerosas constituciones, documentos internacionales y subnacionales y a nadie se le ocurriría hoy problematizar que tenemos un legado para con ellas que condiciona nuestra acción presente, aun cuando se trate de un sujeto colectivo, futuro, que físicamente aún no existe.”

Es decir, que el moderno derecho ambiental ha hecho nacer otros tipos de personas, por lo que podríamos exponer sin temor a equivocarnos, que conforme al *soft law*, o la jurisprudencia emitida por otros Estados, como

veremos adelante, no se puede negar que están emergiendo nuevas entidades, que a su vez tienen una personalidad jurídica, como lo son los ecosistemas.

Por otro lado, es importante aclarar, que obviamente la personalidad jurídica de estos nuevos actores en la trama no conllevará a las mismas atribuciones que han tenido las personas físicas, o jurídicas, o el Estado, sino que tendrán otros estatutos, por ser sujetos de una naturaleza jurídica muy distinta a lo hasta ahora desarrollado y conocido. Incluso, también debe verse que, dentro de estas nuevas concepciones, es materialmente imposible que los ecosistemas tengan obligaciones para con la sociedad, como la lógica nos señala, pero ello no debe ser limitante para no reconocerles derechos expresos. En cuanto a su representación, pues la tendrán sujetos de la sociedad civil, o del Estado.

Para poder otorgar personalidad jurídica a los ecosistemas debemos analizar caso por caso, la existencia al menos cuatro elementos¹⁶: 1) Que exista un ecosistema sea fluvial, o terrestre (¿y por qué no marino?) que esté en riesgo, en su integralidad dentro determinados parámetros georeferenciales, por acciones antrópicas y que los remedios tradicionales del ordenamiento jurídico no hayan sido suficientes para protegerlo. 2) Que se busque una reparación integral de daños causados, así como la evitación de daños futuros, mediante el establecimiento de medidas eficientes y efectivas, donde debe existir participación pública. 3) El sitio no debe ser un área silvestre protegida reconocida o declarada como tal. 4) Que existan situaciones, donde por aspectos bioculturales sea necesario reconocerle la personalidad como ente al territorio, o al río, o a ambos.

Por lo anterior, es claro que se hace necesario hacer una guía para el abordaje de estos casos para ir creando

¹⁶ Aclarando que dado lo novedoso del tema, lo que se enumera no es una lista numerus clausus.

las reglas que darán coherencia jurídica a los derechos de los ecosistemas a efecto de que los mismos no caigan en un abuso, o una especie de populismo jurídico que los desnaturalicen.

3. La incorporación de los derechos de los ecosistemas a los ordenamientos jurídicos en el derecho comparado.

En la Declaratoria de Principios de Estocolmo de 1972, conocida como Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano, que es un inicio a nivel mundial del moderno derecho ambiental, se establecen las primeras líneas importantes, de parte de la Organización de la Naciones Unidas (ONU), sobre protección a la biodiversidad.

Y si bien es solo una declaratoria de derechos no vinculante perteneciente al *soft law*, ha sido trascendente como hoja de ruta en la formación de la política ambiental en diferentes Estados.

Pero a pesar de su importancia, es claro hoy en día, que apreciamos que sus principios dejan entrever una visión antropocéntrica y utilitaria de la biodiversidad. En el considerando quinto de la Declaración se señala:

“... de cuanto existe en el mundo, los seres humanos son lo más valioso...”

Por otro lado, se expone en el principio segundo:

“Los recursos naturales de la Tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente las muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras, mediante una cuidadosa planificación y ordenación...”

Es decir, si se tiene como basamento que lo más importante para el planeta son los seres humanos y se diferencia a las personas del resto de otras formas de vida, no cabe duda que la naturaleza era observada y cuantificada como un objeto necesario para nosotros, pero no como un ente con paridad de derechos, por ser simplemente recursos renovables.

Luego, en 1982, la Organización de las Naciones Unidas emite la Carta Mundial de la Naturaleza, que fue un instrumento de avanzada, que establecía en su artículo primero lo siguiente:

“Se respetará la naturaleza y no se perturbarán sus procesos esenciales”

Si bien siguió teniendo tintes donde los seres humanos aparecían como la especie dominante, reconoció que todas las especies y sus ecosistemas debían respetarse. En su principio cuatro, se exponía:

“Los ecosistemas y los organismos, así como los recursos terrestres, marinos y atmosféricos que son utilizados por el hombre, se administrarán de manera tal de lograr y mantener su productividad óptima y continua sin por ello poner en peligro la integridad de los otros ecosistemas y especies que coexistan”

Veinte años después de Estocolmo y 10 de la Carta de la Naturaleza, la ONU decide hacer otra cumbre, esta vez en Brasil, propiamente en Río de Janeiro, conocida como la Cumbre de la Tierra.

En ella se esperaba hacer un recuento sobre los logros de los Estados en relación con la naturaleza y esta vez se incluiría el tema del desarrollo sostenible.

Pero al igual que en Estocolmo y las buenas ideas para tratar de manejar el planeta, tenemos que se regresó a la idea antropocéntrica en la esencia y lo anterior se

aprecia en el primer principio que señala:

“Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva...”

Para el año 2000, con un corte mejorado y progresista claramente, se emite la Carta de la Tierra, que inició como una idea también de la ONU, pero se desarrolló y finalizó como una iniciativa de la sociedad civil.

Precisamente ese cambio final, desde la sociedad civil fue la que permitió con mayor libertad que se pudiera trascender Estocolmo y Río, pues los protocolos y rigidez de ciertos Estados no fueron los que se impusieron, sino las intenciones y sentimientos desde las diferentes organizaciones no gubernamentales.

En esa lista de principios que emana de este instrumento también no vinculante, pero que ha sido guía de una nueva visión, se dispusieron aspectos como los siguientes:

“La humanidad es parte de un vasto universo evolutivo. A la Tierra, nuestro hogar, le da vida una comunidad singular de vida. Las fuerzas de la naturaleza hacen que la existencia sea una aventura exigente e incierta, pero la Tierra ha brindado las condiciones esenciales para la evolución de la vida... La protección de la vitalidad de la Tierra, de su diversidad y belleza es un deber sagrado...”

Años después, en el 2012, las Naciones Unidas convocan de nuevo a los jefes de Estado a Río de Janeiro, a la cumbre que se llamaría Río más 20. Con una nueva visión, se establecieron ya principios más solidarios, así como inclusivos con la biodiversidad y los ecosistemas, donde se dispuso, por ejemplo:

“39. Reconocemos que el planeta Tierra y sus ecosistemas son nuestro hogar y que “Madre Tierra” es una expresión común en muchos países y regiones, y observamos que algunos países reconocen los derechos de la naturaleza en el contexto de la promoción del desarrollo sostenible... 40. Pedimos que se adopten enfoques globales e integrados del desarrollo sostenible que lleven a la humanidad a vivir en armonía con la naturaleza y conduzcan a la adopción de medidas para restablecer el estado y la integridad del ecosistema de la Tierra. 41. Reconocemos la diversidad natural y cultural del mundo...”

Para el año 2016 la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza¹⁷ (UICN), acordó la Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza, acerca del Estado de Derecho en materia ambiental.

En ese instrumento, siguiendo una línea de respeto a todas las formas de vida se dispuso en sus principios 1 y 2:

“Principio 1 Obligación de protección de la naturaleza: Cada Estado, entidad pública o privada y los particulares tienen la obligación de cuidar y promover el bienestar de la naturaleza, independientemente de su valor para los seres humanos, al igual que de imponer limitaciones a su uso y explotación. Principio 2 Derecho a la Naturaleza y Derechos de la Naturaleza: Cada ser humano y otros seres vivos tienen derecho a la conservación, protección y restauración de la salud e integridad de los ecosistemas. La naturaleza posee un derecho intrínseco a existir, prosperar y evolucionar”

¹⁷ La UICN es la red ambiental más grande a nivel mundial, compuesta por más de mil organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, de más de 160 países.

Con lo anterior se perfiló la tendencia internacional a ver la naturaleza con otra visión.

Es interesante observar que los últimos cambios en el pensamiento mundial, incluso han sensibilizado a Estados que han modificado sus normas y hasta su Constitución Política, tal y como se aprecia en la ley máxima de Ecuador, que reconoció expresamente que la naturaleza tenía derechos. Dispuso esta nación sudamericana en el 2008:

“Artículo 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos...”

Por su parte Bolivia ha hecho normas de rango legal, estableciendo el buen vivir o *Sumak Kawsay*, palabra quechua que significa una mejor calidad de vida y muerte digna, el amar y ser amado, el florecimiento saludable de todos en paz y armonía con la naturaleza.

La plataforma para el cambio estará gestándose poco a poco si se utiliza en la resolución de los casos, la nueva hermenéutica, el espíritu que emana de las cumbres internacionales recientes y los derechos de los ecosistemas, pero el problema es que los operadores de justicia tanto administrativa, como judicial, han actuado permeados en la mayoría de las veces por criterios del antropocentrismo.

Muchas de las objeciones para hacer el cambio provienen del sector intelectual principalmente y esto se debe, a que el cambio paradigmático, no es un fenómeno fácil de asimilar como habíamos expresado, pues conlleva a la modificación de estructuras, métodos de abordaje, cambios de teorías, conflictos de intereses, entre otros aspectos, donde incluso las ciencias actuales, no han ela-

borado aún, claramente, sus planteamientos y esto hace, que la realidad próxima esté llena de expectativas, pero también de incertidumbre.

Leff (1994) abona a lo anterior al decirnos que:

“La cuestión ambiental es una problemática de carácter eminentemente social: ésta ha sido generada y está atravesada por un conjunto de procesos sociales. Sin embargo, las ciencias sociales no han transformado sus conceptos, métodos y paradigmas teóricos para abordar las relaciones entre los procesos sociales y los cambios ambientales emergentes”

Señala Bunge (1998), explicando el por qué todo nos ata, incluso a las ciencias sociales, donde se ubica el Derecho: *“La ciencia social tiene un compromiso ideológico, promueve los intereses materiales de alguna clase social dada”*

Y por ello se observa, que hay toda una tela de araña que tiene envuelta a la sociedad civil y ha creado falsas expectativas en conceptos irreconciliables, como lo es el crecimiento económico abusivo y la protección ambiental parcial y ello se debe a que el vocablo “desarrollo sostenible” se presta para ser manoseado intelectual y científicamente. Reafirmando lo anterior Boff (2002) nos expone:

“... es necesario contextualizar epistemológicamente nuestro modo de acceder a la realidad natural y social. Cada cultura organiza su modo de valorar, de interpretar, y de intervenir en la naturaleza, en el habitat y en la historia...”

Por ello es que es tan difícil que en el sistema tradicional, como el que tenemos en Costa Rica, podamos ver a los ríos, o territorios al menos, con otros ojos, dado que hemos vivido durante muchos siglos prefiriendo aceptar-

los, como una cosa, como fincas o cursos de agua, que nos sirve desde una perspectiva utilitaria y económica para explotarlos en minas, represas hidroeléctricas, condominios, terrenos para ganado, o cultivos extensivos, antes que tenerlos como entes que tienen derechos. Parece que muchas veces hasta se nos olvida que el agua es un bien finito.

En la casuística internacional existen varios casos de excepción de reconocimientos de derechos de personalidad jurídica que son hitos y que merecen comentarse.

En el 2017 en Nueva Zelanda se le asigna al Río Whanganui, por disposición legal, el estatus de entidad, o sujeto viviente.

Berros y Colombo (2017) contextualizan la situación al exponer:

“La reciente firma del acuerdo entre los Whanganui Iwi y Nueva Zelanda es el resultado de 160 años de lucha para que la cuenca del Whanganui, el tercer río más grande de este territorio, sea reconocido como persona en el campo legal. Esta no es la primera vez que Nueva Zelanda realiza este tipo de reconocimientos: en 2013 lograron un acuerdo similar con otro pueblo maorí llamado Tuhoe para reconocer el estatuto legal de persona al Parque Nacional Te Urewera. Más recientemente, en diciembre de 2017, el Monte Taranaki compartió este mismo destino en el mencionado país, otorgándosele personalidad jurídica y un sistema de custodia compartida entre pueblos indígenas y el gobierno. El acuerdo al que aquí referimos tuvo como primera instancia el diálogo iniciado con el gobierno neozelandés en 2014. Luego de tres años, en marzo del año 2017, el Parlamento aprobó la ley que refrenda el acuerdo. Este texto reconoce al río Whanganui la entidad de sujeto viviente y asigna una suma de US\$ 55 millones en compensación, US\$21 millones para el fondo para mejorar la salud del río y US\$700.000 para establecer su marco jurídico”

Macaya (2018) resalta que, en la ley de Nueva Zelanda, se destaca y se reconoce personalidad jurídica a:

“... un todo indivisible y vivo que comprende el río Whanganui desde las montañas hasta el mar, incorporando todos sus elementos físicos y metafísicos... En el artículo 14 se declara explícitamente que el Te Awa es una persona jurídica con todos los poderes, deberes y responsabilidades de una persona jurídica”

Sobre el caso de la India y el río Ganges, Macaya (2018) nos amplía el panorama citando:

“El mismo día que el Parlamento neozelandés aprobaba la Ley Te Awa Tupua, otro río con alto contenido simbólico se veía atribuir una personalidad jurídica, esta vez, por medio de una decisión judicial. Se trata del río sagrado Ganges en la India y su principal afluente el Yamuna. En un caso relativo a la conducta omisiva del órgano encargado de velar por la administración del río, la Corte Superior de Uttarakand declaró a los ríos Ganges y Yamuna, así como a todos sus afluentes “persona / entidad legal que tiene el estatus de una persona jurídica con todos los correspondientes derechos, deberes y responsabilidades de una persona viva con el fin de preservar y conservar los ríos Ganges y Yamuna”. La Corte tomó en cuenta que en la India ya se les ha reconocido ciertos elementos de la personalidad jurídica a deidades y subrayó la necesidad de una concepción evolutiva de la personería jurídica: Con el desarrollo de la sociedad donde la interacción de los individuos no fue suficiente para elevar el desarrollo social, el concepto de persona jurídica fue ideado y creado por las leyes humanas para los fines de la sociedad. Una persona jurídica, como cualquier otra persona física, es reconocida por la ley como titular de derechos y obligaciones. En otras palabras, la entidad actúa como una persona natural, pero solo a través de una persona designada. Como sus Señorías han sos-

tenido en los juicios citados anteriormente, para un mayor impulso del desarrollo sociopolíticocientífico, la evolución de una personalidad ficticia hacia una persona jurídica se vuelve inevitable.”

Continúa ampliando Macaya, que la declaratoria india trascendió más allá de una sección del Ganges y agrega:

“Esta -personalidad jurídica- puede ser cualquier entidad, viva o inanimada, objetos o cosas. Puede ser una institución religiosa o cualquier unidad útil que pueda impulsar a los Tribunales a reconocerla. Esta misma Corte reconoció, en una sentencia del 30 de marzo de 2017, el mismo estatuto de persona jurídica con todos los correspondientes derechos, deberes y responsabilidades de una persona viva a los Glaciares de Gangotri y Yamaturí -donde nace el río Ganges-, así como todos los ríos, lagos, el aire, las praderas, las junglas, los manglares, las fuentes y las cataratas que ahí se encuentran agregando que se les reconoce asimismo derechos fundamentales...”

Sobre el río Atrato en Colombia, en sentencia número T-622/16 se aceptó la personalidad jurídica del río. Se dispuso respecto a la parte institucional accionada que ellos eran:

“... responsables de la vulneración de los derechos los derechos fundamentales a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio de las comunidades étnicas demandantes por su conducta omisiva al no realizar acciones efectivas para detener el desarrollo de actividades mineras ilegales, que han generado la configuración de grave crisis humanitaria y ambiental en la cuenca del río Atrato (Chocó), sus afluentes y territorios aledaños... En consecuencia, las políticas públicas sobre la conservación de la biodiversidad deben ade-

cuarse y centrarse en la preservación de la vida, de sus diversas manifestaciones, pero principalmente en la preservación de las condiciones para que esa biodiversidad continúe desplegando su potencial evolutivo de manera estable e indefinida, tal y como lo ha señalado la Corte en abundante jurisprudencia. De igual forma, las obligaciones del Estado sobre protección y conservación de los modos de vida de los pueblos indígenas, las comunidades negras y campesinas implican garantizar las condiciones para que estas formas de ser, percibir y aprehender el mundo puedan pervivir...”

Reconociéndose en ese fallo incluso los derechos bioculturales, integrantes básicos de los derechos de la naturaleza, se dijo:

“Precisamente, el desafío más grande que tiene el constitucionalismo contemporáneo en materia ambiental, consiste en lograr la salvaguarda y protección efectiva de la naturaleza, las culturas y formas de vida asociadas a ella y la biodiversidad, no por la simple utilidad material, genética o productiva que estos puedan representar para el ser humano, sino porque al tratarse de una entidad viviente compuesta por otras múltiples formas de vida y representaciones culturales, son sujetos de derechos individualizables, lo que los convierte en un nuevo imperativo de protección integral y respeto por parte de los Estados y las sociedades. En síntesis, solo a partir de una actitud de profundo respeto y humildad con la naturaleza, sus integrantes y su cultura, es posible entrar a relacionarse con ellos en términos justos y equitativos, dejando de lado todo concepto que se limite a lo simplemente utilitario, económico o eficientista.”

Puntualmente los magistrados, señalan que es necesario aplicar un criterio de progresividad y es que ello, junto con su análisis de los derechos bioculturales, a todas luces contribuyen los elementos del cambio pa-

radigmático que están dentro de una visión ecocéntrica.

Si bien es cierto que normas culturales, o de protección a la naturaleza han estado vigentes durante muchos años, en muchos cuerpos legales, la diferencia que vendrían a hacer ahora los derechos de la naturaleza estribaría en considerar, como nuevo principio rector, el de la supremacía de los derechos bioculturales sobre otros aspectos, como el equitativo reparto de las riquezas, o el de la protección de fuentes de trabajo por citar dos casos.

Lo anterior conlleva a variar las escalas de valores que la sociedad y los operadores de justicia han tenido hasta el momento; y asimismo, implica la obligación de darle un gran peso incluso con rango constitucional¹⁸ a los nuevos principios que deberán consolidarse y de ahí la importancia de que existan al menos nuevas interpretaciones constitucionales que externen el deber de protección a los derechos de los ecosistemas para ir construyendo la doctrina de esta nueva forma de enfrentar los impactos negativos.

Dicen los altos jueces colombianos en el caso que comentamos del Río Atrato:

“En este contexto, para la Sala resulta necesario avanzar en la interpretación del derecho aplicable y en las formas de protección de los derechos fundamentales y sus sujetos, debido al gran grado de degradación y amenaza en que se encontró a la cuenca del río Atrato. Por fortuna, a nivel internacional (como se vio a partir del fundamento 5.11) se ha venido desarrollando un nuevo enfoque jurídico denominado derechos bioculturales, cuya premisa central es la relación de profunda

¹⁸ Es importante mencionar que en Costa Rica los magistrados constitucionales han señalado: “No debe perderse de perspectiva que los Principios Generales del Derecho, tienen el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan, con lo que pueden asumir un rango constitucional si el precepto respecto del cual cumplen tales funciones tiene también esa jerarquía” Sentencia constitucional número 2011-6221 del 13 de mayo del 2011.

unidad e interdependencia entre naturaleza y especie humana, y que tiene como consecuencia un nuevo entendimiento socio-jurídico en el que la naturaleza y su entorno deben ser tomados en serio y con plenitud de derechos. Esto es, como sujetos de derechos.”

Y con base a ello resolvieron:

“... que la Corte declarará que el río Atrato es sujeto de derechos que implican su protección, conservación, mantenimiento y en el caso concreto, restauración. Para el efectivo cumplimiento de esta declaratoria, la Corte dispondrá que el Estado colombiano ejerza la tutoría y representación legal de los derechos del río en conjunto con las comunidades étnicas que habitan en la cuenca del río Atrato en Chocó; de esta forma, el río Atrato y su cuenca -en adelante- estarán representados por un miembro de las comunidades accionantes y un delegado del Estado colombiano...”

Importante es señalar que también en Colombia se dictó recientemente otra sentencia¹⁹ donde se le otorga derechos a los ecosistemas de una región que es parte de la Amazonía, dado el incremento de la deforestación y la contribución de ello al cambio climático, que perjudicaría a las generaciones futuras.

En esa sentencia se señala, siguiendo la línea del Río Atrato, lo siguiente:

“Al respecto, esta Sala siguiendo la tesis sostenida por la Corte Constitucional en la sentencia T-622 de 2016, relacionada, con el reconocimiento de la naturaleza como un auténtico sujeto de derechos, postura acorde con la relevancia del medio ambiente y su conservación, desde la perspectiva ecocéntrica... En ese pronunciamiento, el alto tribunal conceptuó:... el desafío más

¹⁹ Que es la ST 4300-2018, resolución número 11001-22-03-000-2018-00319-01.

grande que tiene el constitucionalismo contemporáneo en materia ambiental, consiste en lograr la salvaguarda y protección efectiva de la naturaleza, las culturas y formas de vida asociadas a ella y la biodiversidad, no por la simple utilidad material, genética o productiva que estos puedan representar para el ser humano, sino porque al tratarse de una entidad viviente compuesta por otras múltiples formas de vida y representaciones culturales, son sujetos de derechos individualizables... La justicia con la naturaleza debe ser aplicada más allá del escenario humano y debe permitir que la naturaleza pueda ser sujeto de derechos. Bajo esta comprensión es que la Sala considera necesario dar un paso adelante en la jurisprudencia... Resulta claro, pese a existir números compromisos internacionales, normatividad y jurisprudencia sobre la materia, que el Estado colombiano no ha enfrentado eficientemente la problemática de la deforestación en la Amazonía.”

Sobre la deforestación y el cambio climático dicen los altos jueces:

“El principio de solidaridad, para el caso concreto, se determina por el deber y corresponsabilidad del Estado colombiano en detener las causas que provocan la emisión de GEI provocada por la abrupta reducción boscosa de la Amazonía, siendo imperante adoptar medidas de mitigación inmediatas, protegiendo el derecho al bienestar ambiental tanto a los tutelantes, como a las demás personas que habitan y comparten el territorio amazónico, no solo el nacional, sino el extranjero, junto con todos los pobladores del globo terráqueo, incluido, los ecosistemas y seres vivos.”

Y finalmente, bajo el principio de una gobernanza comunitaria y estatal compartida dispusieron:

“Por tanto, en aras de proteger ese ecosistema vital para el devenir global, tal y como la Corte Constitucional declaró al río Atrato, se reconoce a la Amazonía Colombiana como entidad, “sujeto de derechos”, titular de la protección de la conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las entidades territoriales que la integren. En consecuencia, se otorgará el auxilio y se ordenará a la Presidencia de la República, al Ministro de Ambiente... para que en coordinación con los sectores del Sistema Nacional Ambiental y la participación de los accionantes, las comunidades afectada y la población interesada en general, dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación del presente proveído, formulen un plan de acción... en donde se haga frente a los efectos del cambio climático... asimismo se ordena... la construcción de un pacto intergeneracional por la vida del Amazonía colombiana PIVAC, en donde se adopten medidas encaminadas a reducir a cero la deforestación y las emisiones de gases de efecto invernadero...”

Se aprecia en las disposiciones legislativas y las sentencias anteriores, sobre reconocimiento a derechos de la naturaleza a ecosistemas diversos, que ellas tienen en común varios aspectos: a) Se adoptan resoluciones que involucran a las comunidades en las soluciones de las problemáticas, contribuyendo esto a sentar las bases de un Estado ambiental, social y democrático de derecho. b) Se descosifica a la biodiversidad y los ecosistemas. c) Se da un paso para romper con el paradigma antropocéntrico. d) Aunque no existan normas expresas, como en la Constitución de Ecuador, para otorgar derechos a la naturaleza, tanto en Colombia, como en la India, vía interpretaciones dinámicas y no estáticas se toman criterios del derecho ambiental internacional, sea del *hard law*, o del *soft law*, así como de normas del derecho interno para avanzar. f) El reconocimiento de normas bioculturales, es una forma de reinterpretar, así

como integrar el derecho que busca otorgar un nuevo estatuto a la naturaleza.

Incluso, a nivel latinoamericano, tenemos la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, número OC-23/17 del 15 de noviembre del 2017, que siguiendo con la tendencia de reconocer derechos a la naturaleza y de reinterpretar los diferentes cuerpos normativos, nos señala:

“... Se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos. En este sentido, la Corte advierte una tendencia a reconocer personería jurídica y, por ende, derechos a la naturaleza no solo en sentencias judiciales, sino incluso en ordenamientos constitucionales.”

Ahora, si bien parece que se está en una franca línea de cambio, existen serios problemas de aplicabilidad en el campo de lo logrado en las diferentes instancias.

La jurista Macaya (2018) señala al respecto:

“El estatuto del Te Awa Tupua es sumamente detallado, previendo las obligaciones fiscales, el establecimiento de órganos subsidiarios de consulta – el Te Karewao – y de estrategia – el Te Kopuka, así como la prohibición de la alienación de la tierra que constituye el lecho del río Whanganui... Con respecto a los derechos que son atribuidos a estas nuevas entidades jurídicas, si bien el Te Awa Act define los derechos y las respectivas limitaciones de esta nueva persona jurídica que representa la esencia del río Whanganui, los otros instrumentos que han reconocido la personalidad

jurídica a entidades naturales han sido omisos sobre este punto, lo cual deja un vacío jurídico con respecto a los derechos que estas nuevas entidades pueden reclamar. En la sentencia de la Corte Constitucional Colombiana se le reconoce al río Atrato su derecho a la protección, conservación, mantenimiento y restauración. Sin embargo, esta lista no es numerus clausus y cabe interrogarse sobre la posibilidad de atribuirle otros derechos, como el de propiedad o el de participación política, haciendo eco del debate que se ha desarrollado en torno a otras personas jurídicas carentes de voluntad autónoma. En efecto, como toda nueva institución jurídica, la figura de la naturaleza como sujeto de derecho, necesitará de un desarrollo doctrinario y jurisprudencial que permita finalmente una mayor efectividad y eficacia práctica...”

Lo anterior no significa que vía judicial no se pueda hacer nada, sino que las resoluciones exigirán mayor creatividad a los operadores de justicia para tomar en cuenta aspectos que permitan la eficacia de sus decisiones. Lo expresado, incluso se entiende dado lo novedoso del cambio paradigmático y que, si bien se han hecho avances macro, se nota timidez en algunos aspectos que llevan a una eficacia simbólica, que sirve en parte, para no avanzar y que es aprovechada por algunos juristas, que señalan incluso que los derechos de la naturaleza no aportan gran cosa.

4. Nuestra Constitución y los derechos de los ecosistemas

En Costa Rica, no existe una norma expresa en la Constitución, ni en el rango legal que venga a reconocer los derechos de la naturaleza, no obstante que existe el artículo 50, u otros que tienen relación.

Esta norma 50 dice:

“El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.

Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado.

El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes”.

Pero debemos aclarar que nuestra norma máxima, que data de 1949, no contenía inicialmente un artículo expreso referente al ambiente, y no fue sino hasta 1994 que se introdujo este al modificarse ese numeral 50, agregando los últimos dos párrafos, quedando el primero de los mismos en iguales términos conforme originalmente se había acordado.

Empero que no negamos el avance dado para ese momento histórico, a nuestro criterio existió un error en la modificación constitucional al no haberse creado un artículo 50 bis al menos. Lo anterior se externa, puesto que al ampliar la norma ya existente y agregar los párrafos dos y tres, hizo que los interpretadores constitucionales, se vieran atados con mayor vínculo a tener que considerar en conjunto, todo el texto del artículo y ello conllevó -y conlleva- a tener que ver la protección ambiental, aparejada a eso que los constitucionalistas originarios dispusieron que fue el deber pensar en un Estado, que tenía que estimular “*la producción y el más adecuado reparto de la riqueza*”. Véase que incluso si leemos el párrafo tercero tenemos que existe una obligación de garantizar, defender, preservar no sólo el derecho a un ambiente sano, sino que también existe una obligación estatal de aplicar esos verbos por ejemplo al estímulo de

la producción, que en principio no está mal, si este fuera un mundo ideal, equitativo, inclusivo y protector de la biodiversidad, pero no lo es.

Lo desarrollado en la norma 50 actualmente, implica, que cuando un operador de justicia ambiental deba sopesar un proyecto o una actuación, tiene que atribuir una clara ponderación al estímulo esas actividades productivas y si el intérprete es de una tendencia antropocéntrica, tiene muchas más opciones para pensar en el apoyo de las tesis pro desarrollos que dejan lo ambiental de lado, que a defensa del medio ambiente. Constituyendo lo anterior una situación peligrosa y muy delicada.

Y es que, aunque el bloque de constitucionalidad ambiental implica y obliga a acudir a ponderar los numerales 21²⁰, 50 y 89²¹, se siente y percibe en las resoluciones judiciales que muchas veces se le da prioridad al

²⁰ La norma 21 señala: La vida humana es inviolable. Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha dicho, por ejemplo: “*La vida humana sólo es posible en solidaridad con la naturaleza que nos sustenta y nos sostiene, no sólo para alimento físico, sino también como bienestar psíquico: constituye el derecho que todos los ciudadanos tenemos a vivir en un ambiente libre de contaminación, que es la base de una sociedad justa y productiva.*” Sentencia 3705-93

²¹ La norma 89 expone: “Entre los fines culturales de la República están: proteger las bellezas naturales...” La jurisprudencia constitucional ha expuesto, por ejemplo: “*Es a partir de los artículos 50 y 89 constitucionales que se genera una obligación para el Estado de proteger el entorno en el que se desarrolla la vida de la población de la nación, y que abarca estos dos ámbitos: lo natural y lo urbano; de manera que la tutela del patrimonio cultural, y más específico, del patrimonio histórico-arquitectónico, se ubica dentro de las regulaciones de orden urbanístico. Es en atención a las anteriores consideraciones que bien puede afirmarse que la conservación del patrimonio cultural contribuye a mantener el equilibrio ambiental necesario en el desarrollo urbano, al requerir, para su efectiva tutela, el respeto de la escala, la estructura y el dimensionamiento urbanos, regula la capacidad de cargas físicas, cuestiona las funciones y servicios urbanos, lo cual da como resultado, una mejor calidad ambiental; además de que contribuye a mantener la imagen propia o concurrencia perceptiva de la ciudad, lo que le da identidad o cohesión formal.*” Sentencia 3656-03

párrafo primero del ordinal 50 que los restantes.

Algunas personas pueden cuestionar mi tesis, pues mi planteamiento es sólo eso, una hipótesis no comprobada estadísticamente. Los más técnicos, o los academicistas, adversando mi punto de vista dirían que es imposible llegar a mi conclusión, puesto que es claro que cuando un juzgador aplique alguno de los diversos métodos de hermenéutica jurídica para resolver un caso concreto, tendrán que ser objetivos²². Pero en la realidad y en la sumatoria de elementos, vemos que no estamos ante un modelo perfecto que se decanta por un sí o un no, todo lo contrario; es decir, no es una operación simple la que los valoradores deben hacer, donde sabemos que las situaciones económicas, ideológicas y políticas también influyen en la toma de decisiones y cargan con subjetivismo las resoluciones que dicten.

²² Por ejemplo, nuestro Código Civil, señala al respecto de las interpretaciones: artículo 10: “*Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas.*” Pero sobre esto como es claro de la norma citada, no existe la pureza interpretativa a la hora de hacer una ponderación de factores en un caso concreto, y ya sea considerando el significado de una palabra, una coma, el momento histórico desde una persona poco sensibilizada en temas ambientales, etcétera, somos del criterio, que siempre el operador de justicia tendrá un gran margen subjetivo para definir el punto en conflicto. Peña (2013) nos reconoce este subjetivismo interpretativo y falta de eficacia a la hora de resolver cuando nos señala: “*El mayor problema actual del derecho ambiental es su falta de eficacia, existiendo claras falencias en su aplicación y cumplimiento, a tal punto que, en palabras de OJEDA MESTRE, se trata de un derecho que padece de raquitismo de eficiencia. Ante esta realidad el operador jurídico deberá flexibilizar las normas que, en su aplicación, nos sirvan para dar respuesta rápida, real, y efectiva a las diversas situaciones que se presentan frente a los desafíos ambientales de nuestro tiempo. Por ello, el aplicador del derecho se encuentra ante a un reto de inteligencia, creatividad y decisión para escoger y adoptar la vía más adecuada para cumplir con las obligaciones y fines que impone el nuevo orden público ambiental.*”

En todo caso, a criterio de quien escribe, se debe señalar que se reitera que es manifiesto que existe un riesgo de parcialización al antropocentrismo al haberse hecho en Costa Rica la positivización constitucional del derecho a un ambiente sano, manteniendo el párrafo primero que existía desde 1949, ya que el mismo corresponde a un momento histórico de cuando se pensaba que el Estado debía ser benefactor y que había que desarrollarlo fuera como fuera.

Recordemos que la “ciencia” y sobre todo la social, no es inocente y tiene partido político y tendencias al libre mercado, o algunas veces de protección ambiental, tal y como se ha desarrollado en este artículo 50.

Por otro lado, la visión antropocéntrica también está en la norma 50 al haberse dispuesto que son las solo las personas las que tienen el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, excluyendo expresamente el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de las otras formas de vida, tal y como sí lo hizo Ecuador en el año 2008.

Del numeral 89 constitucional sí se podría extraer una protección a los ecosistemas, pues expone que: “*Entre los fines culturales de la República están: proteger las bellezas naturales...*” y por ello existen opciones si tomamos esta norma en conexidad a instrumentos internacionales y al artículo 50.

Sobre lo que debe ser la correcta lectura, según los magistrados constitucionales de la norma 50, han dicho:

*“... Por último, es necesario considerar que la posibilidad de cambio del uso de suelo de los inmuebles particulares que han sido afectados previamente para la preservación del recurso forestal, se sustenta en que, según se había indicado anteriormente (Considerando V.- de esta sentencia), el concepto del desarrollo sostenible se incorpora al contenido de la debida tutela ambiental; con lo cual, es no sólo posible sino **necesario***

el fomento del desarrollo económico y social de la población –en cumplimiento del precepto contenido en el primer párrafo del artículo 50 constitucional (que enuncia “El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza”); claro está, conforme al respeto de las normas ambientales, caso contrario se causaría una grave paralización en el desarrollo de nuestro país...”
Voto Constitucional No. 2006-17126 (el resaltado no es del original)

Sobre los derechos a los ecosistemas de los ríos, recientemente, en el expediente de Sala Constitucional número 18-005745-0007-CO un accionante perteneciente a pueblos indígenas plantea expresamente el reconocimiento del Río Grande de Térraba como sujeto de derechos por considerarlo sagrado desde siglos atrás por su pueblo. Esta es la primera vez que discuten expresamente los derechos de la naturaleza para un río a nivel nacional.

Los representantes de la Procuraduría General de la República se oponen expresamente a la acción de inconstitucionalidad contra el decreto que permitiría hacer un proyecto hidroeléctrico en el cauce del río, señalando que en Costa Rica es imposible que esta discusión se dé, dado que no existe normativa empresa que autorice al reconocimiento solicitado.

Expresamente dicen:

“En el derecho positivo, elevar de estatus jurídico a la naturaleza, de objeto a sujeto de derechos, requiere un cambio normativo y una transición desde la perspectiva antropocéntrica a la biocéntrica, reconociendo que la naturaleza es merecedora de protección per se, en cuanto tiene valor intrínseco como organismo vivo y no en función de las personas. E implica revisar las categorías jurídicas involucradas, como las nociones de

sujeto de derechos, personalidad jurídica etc.; superar la concepción de que los derechos son atributo exclusivo de las personas, y admitir la posibilidad de que haya titulares de estos, aunque no los puedan exigir por sí mismos, además de valorar los efectos jurídicos y prácticos del reconocimiento.”

Se aprecia en ello la concepción de resistencia dentro del paradigma antropocéntrico. Incluso, se observa una visión nada dinámica del derecho que olvida el rol de las interpretaciones jurídicas a la luz de los nuevos acontecimientos que pueden enrolar los operadores de justicia mediante el principio de progresividad.

Continúa señalando el Procurador:

“A través del alegato de que se debería reconocer personalidad jurídica al Río Grande de Térraba se plantea una cuestión de carácter deontológico, más no una violación de normas y principios constitucionales por falta de reconocimiento. La transgresión que se aduce a los derechos de grupos originarios, en aspectos culturales y tradicionales, conforme al artículo 2.2b del Convenio 169 de la OIT, lo es porque se represará el Río Grande de Térraba...”

Véase que se señala que no se está ante transgresión de normas o principios sino solo de un asunto de meros valores culturales.

El reclamo viene expresamente porque al hacerse el embalse del proyecto hidroeléctrico, se cambiaría el uso del suelo cientos de hectáreas por inundación en una zona donde existen más de 100 sitios sagrados, conforme lo ha estudiado la Universidad de Costa Rica y todo ello conllevaría por supuesto a un irrespeto a los aspectos bioculturales y, por tanto, la lógica de la Procuraduría no se justifica bajo ningún punto de vista.

La Opinión Consultiva OC-23-17 Corte Interamericana de Derechos Humanos obliga a observar y reinterpretar las realidades de forma novedosa al señalar:

“43. Además, la Corte ha reiteradamente señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación dispuestas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”

Por ello, en el fondo notamos en el razonamiento de parte de los representantes de la Procuraduría, simplemente una excusa para descalificar la visión profunda de respeto a aspectos culturales y tradicionales de pueblos originarios, aspecto muy lamentable.

El argumento para descalificar los derechos de la naturaleza es parte de la resistencia que el paradigma ecocéntrico enfrenta, puesto que es más fácil decir que todo el asunto es etéreo, o filosófico, que aceptar una realidad, que llevaría a que un proyecto hidroeléctrico no se construya.

La acción de inconstitucionalidad no está resuelta, pero lo que dispongan los magistrados echará luz importante sobre estos temas.

CONCLUSIONES

Dentro de las críticas a los derechos de los ecosistemas se señala, que al menos para Costa Rica, es innecesario hablar de ellos, pues desde hace muchos años existen normas que permiten tomar acciones en defensa de la biodiversidad y que lo único que ha faltado es que los jueces apliquen las leyes; pero ello no es la causa de

la ineficacia del derecho ambiental, es solo un efecto. La razón de la inefectividad de la protección es más compleja, pues se está ante un problema epistemológico y transicional, dado que las limitaciones han sido impuestas por el mismo sistema que ha visto a la naturaleza como una “cosa” desde hace siglos.

Los casos que se comentaron en Colombia, la India o en Nueva Zelanda están apenas comenzando a abrir estructuras, muy cimentadas en el inconsciente colectivo que hacen tener a los ecosistemas simplemente como conjuntos de bienes fungibles.

Crear que la ruta correcta del derecho ambiental está en el desarrollo de los derechos de los ecosistemas no es ser idealista, sino que es aceptar que debemos enfrentar cambios paradigmáticos y que estos llevarán muchísimos años en la transición, donde incluso pueden existir retrocesos.

Aceptar los derechos de los ecosistemas no es creer en prosopopeyas jurídicas, sino que significa aceptar una opción para el nuevo abordaje de los problemas ambientales, así como a dar coherencia y sensibilidad a las diferentes normas y principios, entre los que se pueden mencionar el indubio pro natura, inversión de la carga de la prueba, la no regresión, o el de irreductibilidad de los bosques, entre otros.

Hay que entender que los derechos de los ecosistemas, en el mundo jurídico son una vía de ecologizar y profundizar las medidas legales, así como las sociales y las ambientales en mundo huérfano de ética ambiental. Lo anterior requiere la creación de un protocolo no rígido, para el abordaje y resolución de casos; mismo que debería ser elaborado lo antes posible.

La aceleración y los cambios que producirán la aceptación de los derechos de los ecosistemas se verán cuando estos sean asimilados por la población y exista un mayor desarrollo de estas ideas por los operadores de

justicia y la doctrina, puesto que las normas *per sé*, como se ha dicho, han sido insuficientes para modificar la ruta que llevamos al núcleo del antropoceno.

BIBLIOGRAFÍA

AFTALION, E. Vilanova, J. 1992. Introducción al derecho. Argentina. Pp 1177.

BERROS, V. Colombo, R. “Rivista quadimestrale di diritto dell ambiente. Quarterly journal of environmental law”, número 1. Italia 2017. Miradas emergentes sobre el estatuto jurídico de los ríos, cuencas y glaciares. Argentina. Pp 72.

BOFF, L. 2002. Ecología: grito de la Tierra, grito de los pobres. Editorial Trotta. Madrid. Pp 282.

BUNGE, M. 1998. Sociología de la ciencia. Editorial Sudamericana. Argentina. Pp 171.

BRENES, A. 1981. Tratado de los bienes. Editorial Juricentro. Costa Rica. Pp 312.

CABANELLAS, G. 1989. Diccionario enciclopédico de derecho usual. Tomo II. Editorial Heliasta SRL. Argentina. Pp 468.

DESCARTES, R. 2012. Discurso del método. Biblioteca Edaf. España. Pp 111.

Diccionario de la lengua española. 1988. Editorial Océano. España. Pp 359.

KOLBERT, E. 2015. La sexta extinción, una historia nada natural. Editorial Planeta S.A. Barcelona. Pp 340.

LATOURET, B. 2017. Cara a cara con el planeta. Editorial Siglo XXI, Argentina. Pp 351.

LEFF, E. Y Brañes, R. 1994. Ciencias sociales y formación ambiental. Editorial Gedisa. España. Pp 321.

MACAYA, A. 2018. “La naturaleza como sujeto de derecho: el caso del Río Atrato”. En obra colectiva, Agua y Saneamiento Básico en el Siglo XXI: Brasil y Costa Rica. Universidad de Costa Rica. Costa Rica. Pp 571.

MORA, E. 1998. Naturaleza quéherida mía. Ambientico Ediciones. Costa Rica. Pp 101.

ODERIGO, M. 1973. Sinopsis de derecho romano. Ediciones Depalma. Argentina. Pp 555.

OSORIO, M. 1982. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Editorial Heliasta SRL. Argentina. Pp 797

Papa Francisco. 2015. Carta encíclica Laudato Sí. Costa Rica. Pp 87.

PEÑA, M. 2013 “Hacia una nueva hermenéutica ambiental”. Editorial Lex, Difusión y Análisis, año XII, diciembre 2013, número 222, México.

PEÑA, M. La revolución de los derechos humanos ambientales y de los derechos de la naturaleza. Disponible en: http://dpicuantico.com/area_diario/doctrina-en-dos-paginas-diario-ambiental-nro-200-31-05-2018, consultado el 16 julio 2018

Santa Biblia. 1990. Editorial Mundo Hispano. Gran Bretaña. Pp 823,

SAGOT, A. 2015. “El derecho constitucional ambiental costarricense en momentos de un neoconstitucionalismo con enfoque biocéntrico”. Revista Judicial, Corte Suprema de Justicia, Costa Rica. Número 117, septiembre. Pp 534.

AVANCES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL COLOMBIANO: UNA MIRADA DESDE LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL

Dra. Gloria Amparo Rodríguez¹

Dr. Iván Vargas-Chaves²

Resumen: En el presente artículo se presenta el panorama y algunos de los más importantes avances que en Colombia se han dado en materia ambiental desde la Constitución Política de 1991. La metodología llevada a cabo es descriptiva y analítica, en tanto se estudian no sólo las normas sino las sentencias más relevantes que se han constituido en un hito en la protección de los derechos ambientales. En tal sentido, lo que se pretende evidenciar es la existencia de un panorama de constitucionalización de los derechos ambientales con significativos avances tales como el rol preponderante que ha adquirido el principio de precaución o el reconocimiento de la función ecológica de la propiedad.

Palabras clave: constitucionalización del derechos ambientales, derecho ambiental, Colombia

Abstract: This chapter presents the most important status and progress in environmental matters in Colombia since the Political Constitution of 1991. The methodology is descriptive and analytical. An analysis is carried out of the most relevant norms and judgments

¹ Doctora en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad Externado de Colombia. ORCID: 0000-0002-4194-1259. Profesora Titular de la Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario.

² Doctor en Derecho de la Universidad de Barcelona. Dottore di Ricerca (Dott. Ric.) de la Università degli Studi di Palermo. ORCID: 0000-0001-6597-2335

that are a milestone in the protection of environmental rights. The objective of this text is to present the constitutionalization of environmental rights and their contributions, including the preponderant role of the precautionary principle or the recognition of the ecological function of property.

Keywords: constitutionalization of environmental rights, environmental law, Colombia.

INTRODUCCIÓN

El Estado colombiano enfrenta grandes desafíos en relación con la protección de los recursos naturales y el ambiente, donde los diversos actores (la institucionalidad, las comunidades, la academia y el sector empresarial) juegan un papel preponderante en la búsqueda de mecanismos que posibiliten hacer realidad el derecho consagrado en la Constitución Política de 1991 en el artículo 79: *“todas las personas tienen el derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantiza la participación de la comunidad en las decisiones que pueden afectar el derecho a un ambiente sano”*.

Como lo hemos planteado anteriormente, la Constitución Colombiana de 1991 por primera vez, consagra el ambiente como un derecho y su protección como una función de conjunta y coordinada por los diferentes sectores. La Carta establece unos derechos y deberes mediante los cuales pretende proteger el ambiente y garantizar una calidad de vida adecuada para la población. Como un aporte fundamental de la Carta Política, la consagración de derechos ambientales tiene el alcance de protección a la vida y a la salud e incluye deberes específicos como por ejemplo:

- a) La planificación del manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar el desarrollo sostenible, debe ser una tarea coordinada por el Estado,

garantizando la participación social. Bajo este marco, dentro del Plan Nacional de Desarrollo que trata la Constitución, se habla de la necesidad de planificar la acción del Estado en lo que hace referencia al ambiente y al manejo de los recursos naturales, dentro de la política de garantizar el desarrollo sostenible. También entre los principios generales ambientales contenidos por la Ley 99 de 1993, se establece que el proceso de desarrollo económico y social del país se orienta según los principios universales y de desarrollo sostenible contenidos en la Declaración de Río de Janeiro incorporada en el artículo 1 de la mencionada norma.

- b) Proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica, fomentar la educación además de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, el uso de armas químicas, biológicas, nucleares además de regular la salida y el ingreso de recursos genéticos al país son funciones estatales.
- c) El saneamiento ambiental y la atención de la salud que son servicios públicos, son tareas fundamentales que deben ser adelantadas por el Estado a través de la institucionalidad colombiana, las cuales comprenden el conjunto de acciones técnicas y socioeconómicas de salud pública que tienen por objetivo alcanzar niveles de crecimiento de salubridad ambiental. Para ello se incluyen labores relacionadas con el agua potable y residual, las excretas, los residuos sólidos y el comportamiento higiénico.
- d) Le corresponde al Estado colombiano imponer, a través de la autoridad ambiental, sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.

La Corte Constitucional mediante la Sentencia C-259 de 2016, al hacer lectura sistemática de la Carta Política, analizó los deberes del Estado respecto al ambiente, agrupándolos en cuatro categorías, a saber: la

prevención, la mitigación, la indemnización o reparación y la punición (Sentencia T-325 de 2017). La preservación ambiental es considerado el objetivo de principio y punto de partida de una política universal a través de la cual se busca lograr un desarrollo sostenible. La conservación del ambiente no solo es considerada como un asunto de interés general, sino principalmente como un derecho internacional y local de rango constitucional, del cual son titulares todos los seres humanos, *“en conexidad con el ineludible deber del Estado de garantizar la vida de las personas en condiciones dignas, precaviendo cualquier injerencia nociva que atente contra su salud”*. Al efecto, según la Corte, la Constitución de 1991 impuso al Estado colombiano la obligación de asegurar las condiciones que permitan a las personas gozar de un ambiente sano, y dispuso el deber de todos de contribuir a tal fin, mediante la participación en la toma de decisiones ambientales y el ejercicio de acciones públicas y otras garantías individuales (Sentencia T-154 de 2013).

Es así como en su momento estos postulados fueron muy importantes al elevar al rango constitucional por primera vez en Colombia el derecho a gozar de un ambiente sano y al incluir conceptos tan importantes como el de función ecológica de la propiedad como lo veremos a continuación.

El presente texto tiene como objetivo presentar algunos de los avances que en materia constitucional se han dado en Colombia a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, señalando además los aportes jurisprudenciales que en esta materia se han dado, los cuales se han constituido en un hito en la protección de los derechos ambientales. Se destaca que en este sentido se han tenido en cuenta temas de gran relevancia como son la importancia de la constitucionalización de los derechos ambientales, el enfoque y la dimensión ambiental que incluye la Carta Política, el

alcance y contenido del derecho de propiedad y la función ecológica que le es inherente y la aplicación de los principios de prevención y precaución. De esta forma, se destaca el fundamental papel que ha tenido el tribunal constitucional colombiano en la protección y defensa de los derechos ambientales.

1. La constitucionalización del Derecho Ambiental

La clasificación de las dos grandes disciplinas del Derecho, a saber, Derecho público y Derecho privado, representa una de las divisiones más importantes en el ordenamiento jurídico dado el amplio número de especialidades con las que se encuentra un abogado para ejercer su profesión. No obstante, el alcance tanto de la una como de la otra no se encuentra claramente delimitado, dado que existen disciplinas como el Derecho laboral o el Derecho procesal que orbitan tanto en lo público como en lo privado (Mantilla, 2007).

De manera general, se entiende que la diferencia entre el Derecho público y el Derecho privado está en que, el primero se encarga de todo aquello que le pertenece a la colectividad, esto es, de las cuestiones de la sociedad en general. Al contrario del segundo, que se ocupa de los asuntos que tienen relación con los individuos en particular, donde las intervenciones del Estado son mínimas (Calderón, 2011).

Es en razón a ello que, de acuerdo a como señala De la Rosa (2017) el Derecho privado es comprendido desde su propia dinámica y principios en la perspectiva tradicional, situación que como refiere Suárez (2014) ha cambiado con la constitucionalización de las distintas ramas del Derecho, pues traslada su observancia y comprensión a lo dispuesto por los principios constitucionales. Todos ellos basados principalmente en los derechos fundamentales que le atribuyen un estatus trascendente

a la definición de persona, principalmente guiados por la dignidad humana. Esta constitucionalización, exige de un contenido material e indeterminado; de una fuerza vinculante; de una de la máxima jerarquía y garantía de la Constitución. Entendiendo al contenido material como los principios y reglas jurídicas de la Carta, que determinan ciertas conductas como prohibidas o permitidas, y al contenido indeterminado como una situación que puede ser valorada positivamente, esto es, desde un contenido abstracto y *prima facie*.

Del mismo modo, este autor señala que, en lo que respecta a la fuerza vinculante, cabe tener presente que los mandatos contenidos en la Constitución deben ser cumplidos dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas, lo que implica que los principios puedan ser aplicados en distintos grados. Siguiendo con esta línea, se tiene que la máxima validez jerárquica se refiere a la inexistencia de una norma jurídica superior de la Carta Política de la cual deviene una subordinación de las demás normas y de los actos de los ciudadanos. Finalmente, la misma fuente expone que la garantía de la Constitución es la existencia de órganos y procedimientos tenientes a velar por el cumplimiento de la supremacía de la Constitución.

En virtud de lo anterior, Suárez (2014) señala que la constitucionalización del derecho es un proceso que se muestra como una entidad dinámica, que para el Derecho privado tiene como punto de partida en el ordenamiento jurídico colombiano la expedición de la Constitución de 1991, que trasciende de la visión formalista de la Constitución de 1886 donde las condiciones y reglas se encontraban reguladas por la ley o surgían de la discrecionalidad de los privados a una concepción fuerte de los derechos fundamentales como principios imperativos para todo el ordenamiento jurídico.

Este constitucionalismo del derecho ha permeado, como es de comprender, en el Derecho ambiental. Tal es el caso de Latinoamérica, donde Ecuador en el año 2008 y Bolivia en el 2009 –como un intento de crear una perspectiva holística entre el medio ambiente y los seres humanos– tomaron como base la filosofía del buen vivir o *sumak kawsay* en Ecuador y *suma qamaña* en Bolivia, e incluyeron en cada Constitución la importancia de la naturaleza (Carneiro, Da Silva, Maluf & Pinto, 2018). Abandonando así, según la misma fuente, la visión antropocéntrica que ubica al ser humano como centro de la naturaleza y dueño del ambiente; y adoptan, en su lugar, las visiones biocéntrica y ecocéntrica, entendiendo la primera como la existencia del valor de los demás seres vivos independientemente de la presencia del hombre, y la segunda como los valores que posee la naturaleza y la igualdad de los seres bióticos y abióticos, para el reconocimiento de derechos tanto para el hombre como para la naturaleza.

Dicho reconocimiento de la Constitución de Ecuador se encuentra inicialmente, en el preámbulo, donde se establece que el hombre hace parte la naturaleza o Pacha Mama y que esta resulta vital para su existencia, lo cual lleva a trazar ciertas pautas en cuanto a una nueva forma de convivencia ciudadana, diversidad y armonía con la naturaleza para alcanzar el buen vivir, y de la mano proteger el patrimonio natural y cultural del país (Gudynas, 2009).

De ahí que, reconozca en el artículo 10 del mismo articulado a la naturaleza como titular de derechos, y determine que el “buen vivir” se refiere al derecho a agua (artículo 12), al acceso seguro y permanente de alimentos sanos y nutritivos (artículo 13) y a un ambiente sano (artículo 14 y 15), lo que hace que los recursos naturales no renovables constituyan un patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible a cargo del Estado

(Constitución del Ecuador, 2008).

Es entonces como, la Constitución de Ecuador reconoce en el artículo 71 el derecho de la naturaleza a reproducirse, realizar la vida y regenerar sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Además de contener la facultad de cada persona, comunidad, pueblo o nacionalidad a exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza (Gudynas, 2009).

En igual sentido, el artículo 72 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008 consagra el derecho de la naturaleza a la restauración, independientemente de la obligación que recae en el Estado y los actores de la sociedad a indemnizar a los individuos y colectivos que dependan del medio ambiente afectado. Lo que finaliza el artículo 73 con las medidas de precaución y restricción para actividades que incidan en la extinción de especies, destrucción de ecosistemas y alteración permanente de los ciclos naturales.

En segundo lugar, está la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009, que reconoce en su preámbulo ser un pueblo de composición plural, inspirado en las luchas del pasado: anticoloniales, de independencia, luchas populares de liberación, marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua de octubre, y las luchas por la tierra y el territorio de un Estado opta por consagrar en la Carta Política el respeto y la igualdad, y sobre todo la búsqueda del vivir bien, a través de la convivencia colectiva con acceso al agua, al trabajo, a la educación, a la salud y a la vivienda para todos, respetando siempre la pluralidad de condiciones de los hombres que habitan la tierra y tomando como fortaleza a la Pacha Mama.

Para esto, entiende el “vivir bien” como la protección de la naturaleza tanto para las generaciones presentes, como para las siguientes y en general para todos

los seres vivos. Es por ello que consagra a los recursos naturales como de carácter estratégico y de interés público, encargándole la administración de los recursos naturales no renovables al Estado por su utilidad pública (Rodríguez, 2012).

Esto es desarrollado en la Carta Política boliviana por los artículos 33 y 34 sobre el derecho de todas las personas al medio ambiente saludable, protegido y equilibrado; además de los artículos 342 al 347 que definen los fines y funciones esenciales del Estado, entre ellos, el deber de garantizar el aprovechamiento responsable y planificado de los recursos naturales; y los artículos 348 al 358 que refieren la titularidad de propiedad y dominio directo, indivisible e imprescriptible del pueblo boliviano y con administración del Estado sobre los recursos naturales.

Por otro lado, está la Constitución Política de Colombia de 1991, que por primera vez consagra al ambiente como un derecho de carácter colectivo, que debe ser protegido tanto por el Estado como por los particulares y del que recae el interés general. Además de esto, precave una lista de derechos y deberes mediante los cuales espera proteger el medio ambiente y garantizar la vida de los ciudadanos. Pero esto encuentra sentido en el enfoque holístico manejado en la Carta Política, en el sentido de articular las ciencias naturales y las ciencias sociales (Rodríguez, 2012).

Para esto, siguiendo con la misma fuente, el Constituyente consagró normas de conservación y disfrute del medio ambiente sano (artículo 49), de la promoción y preservación de la calidad de vida (preámbulo y artículo 2), de la protección de bienes y riquezas ecológicas y naturales necesarias para el desarrollo sostenible y la promoción del bienestar general (preámbulo y artículo 8). Razón por la cual, incluye la función ecológica y social de la propiedad en los artículos 58 y artículo 333; así mis-

mo establece la planificación de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, conservación, restauración o restitución (art. 80, 339), donde se determina la obligación del Estado de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental e imponer sanciones y exigir reparaciones a los daños causados (artículo 81).

De igual modo, contiene mecanismos de protección ambiental por su conexidad con los derechos fundamentales, como la acción popular (artículo 88), la acción de grupo (artículo 88), la acción de tutela (artículo 86), entre otras; y consagra la participación de la comunidad en la toma de decisiones ambientales (artículo 79). Además de que le asigna entre sus funciones a algunos funcionarios y servidores públicos como el Procurador (artículo 277.4), el Defensor del Pueblo (282.5), los Consejos Municipales (313.9) la defensa del medio ambiente (Corte Constitucional, Sentencia T-411 de 1992).

Sumado a lo anterior, está la protección constitucional de la diversidad étnica y cultural de la nación y la preservación de los recursos naturales ubicados en territorios indígenas (artículo 7, 8 y 300), y el derecho al agua desarrollado vía jurisprudencial por la Corte Constitucional como un derecho fundamental cuando se refiere al consumo humano por su relación el derecho a la vida en condiciones dignas y a la salud (Corte Constitucional, Sentencia T-381/09).

Igualmente, la Corte Constitucional colombiana ha tenido una evolución respecto a la forma de concebir la naturaleza, pues en sus primeros pronunciamientos adoptó un enfoque antropocéntrico, desde el cual se percibe al hombre como la única razón de ser del sistema legal y a los recursos naturales como simples objetos al servicio de este que tiene como importancia garantizar la existencia del ser humano (Corte Constitucional, Sentencia C-423/94; Sentencia C-495/96).

En virtud de lo mencionado, la constitucionalización del Derecho ambiental en el caso colombiano desde la expedición de la Constitución de 1991, donde se consagra la supremacía de los principios, derechos y deberes tendientes a la protección del medio ambiente en Colombia, tanto por el Estado como por los particulares.

Teniendo en cuenta este escenario en Colombia, a través de la consagración constitucional del derecho a un ambiente sano, la adhesión a numerosas convenciones internacionales, la interpretación constitucional de estos preceptos superiores por parte del Tribunal constitucional, la regulación legal, se ha avanzado en el reconocimiento normativo y en la construcción dogmática del derecho a un ambiente sano como lo ha planteado el exmagistrado Luis Ernesto Vargas y como lo podremos evidenciar a continuación en los avances jurisprudenciales en la materia.

2. Enfoques jurídicos

Para la Corte Constitucional colombiana la legislación expedida y la jurisprudencia constitucional vertida sobre la defensa al medio natural y el entorno ecológico han partido de un desarrollo histórico y líneas de pensamiento que han desembocado en la existencia de diversos enfoques jurídicos que vienen a concretarse en visiones: i) antropocéntricas, ii) biocéntricas y iii) ecocéntricas (Sentencias C- 449/15 y T-325/17).

La Corte ha atendido a la necesidad que propugna por la defensa del ambiente y de los ecosistemas, por lo que ha calificado al ambiente como un bien jurídico constitucionalmente protegido, en el que concurren las siguientes dimensiones:

- (i) es un principio que irradia todo el orden jurídico en cuanto se le atribuye al Estado la obligación de conservarlo y protegerlo, procurando que el desarrollo econó-

mico y social sea compatible con las políticas que buscan salvaguardar las riquezas naturales de la Nación;

- (ii) aparece como un derecho constitucional de todos los individuos que es exigible por distintas vías judiciales;
- (iii) tiene el carácter de servicio público, erigiéndose junto con la salud, la educación y el agua potable, en un objetivo social cuya realización material encuentra pleno fundamento en el fin esencial de propender por el mejoramiento de la calidad de vida de la población del país; y
- (iv) aparece como una prioridad dentro de los fines del Estado, comprometiendo la responsabilidad directa del Estado al atribuirle los deberes de prevención y control de los factores de deterioro ambiental y la adopción de las medidas de protección” (Sentencia T- 325 de 2017)

El Tribunal Constitucional adoptó en las Sentencias C-339/02 y C-595/10 el enfoque biocéntrico, que concibe que la naturaleza no pertenece exclusivamente al ser humano que allí habita, sino que también a las siguientes generaciones y a la humanidad en general, razón por la que adquiere el valor de garantizar la supervivencia del ser humano. Por último, la Corte adopta a partir del 2011 en Sentencia C-632/11 y siguientes (T-080/2015, C-449/15, T-622/16) el enfoque ecocéntrico, que sitúa al hombre ya no como dueño de la naturaleza sino como parte integrante de esta, así como a cualquier otra especie en el evento de la larga cadena evolutiva del planeta, lo que consecuentemente lleva al reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos y a algunos entes en específico, como el Río Atrato, la Amazonía y el Páramo de Pisba.

3. Dimensión Ambiental de la Constitución

La Carta Política de 1991 ha sido considerada por la Corte Constitucional como una constitución ecológica, enfoque que de acuerdo con los enfoques jurídicos planteados anteriormente deben ser replanteados.

La Corte Constitucional, plantea que esta Constitución ecológica tiene dentro del ordenamiento colombiano una triple dimensión: de un lado, la protección al medio ambiente es un principio que irradia todo el orden jurídico puesto que es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la Nación. De otro lado, aparece como el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, derecho constitucional que es exigible por diversas vías judiciales. Y, finalmente, de la constitución ecológica derivan un conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares (Sentencia T-760 de 2007)

Considerar la Constitución de 1991 como una “constitución ecológica” por el número de artículos que hacen referencia a la protección del ambiente, es una aseveración que limita la visión que con su consagración e interpretación a partir de la jurisprudencia se ha dado.

En este sentido consideramos que esta es una “constitución ambiental”, que incluye aspectos tanto ecológicos como sociales, culturales, económicos, urbanos, etc. El enfoque constitucional tiene que ver definitivamente con la relación sociedad, cultura y naturaleza.

La dimensión ambiental, según lo presenta el profesor Carrizosa Umaña (1992)³, es el conjunto de interacciones de los procesos sociales con los naturales, dentro de los cuales los de producción, consumo y generación

³ Según el profesor Carrizosa Umaña, este análisis fue publicado en 1983 en el “Informe final. Síntesis y conclusiones”. Curso Seminario sobre la ‘Dimensión Ambiental en las Políticas y Planes de Desarrollo’. Santiago de Chile: CIFCA/ILPE.

de residuos son muy importantes en la planificación del desarrollo (es decir, en el contexto de la visión predominante de desarrollo). Es, entre otras, una variable del proceso de desarrollo que los planificadores reconocen como indispensable para alcanzar el objetivo del mismo. Es una dimensión global dentro de la cual se condicionan y relacionan los procesos sociales y económicos. Por lo tanto, es necesario que el tratamiento de todas las dimensiones sea interrelacionado integralmente como viene planteándose desde la Conferencia de Río de Janeiro de 1992 (Rodríguez, 2016).

Adicionalmente, esta dimensión tiene que ver con la destrucción y degradación del hábitat e involucra la diversidad de ecosistemas y de eco-regiones en vista de que, en la actualidad, se presentan graves problemáticas que se evidencian en la disminución de los recursos naturales, la contaminación atmosférica, del suelo y del recurso hídrico, entre otros. La gran lección que nos da la crisis ambiental es que cualquier esfuerzo de transformación de la naturaleza tiene sus límites y estos dependen de sistemas complejos que es necesario estudiar y valorar (Ángel Maya, 1999). Esta dimensión se establece de manera clara en los conflictos ambientales que se dan actualmente en las ciudades, en ecosistemas degradados como la Amazonía o con el deterioro del agua, imposibilitando el acceso a este recurso y por supuesto, el saneamiento ambiental y que han terminado por judicializarse.

En la Carta Política colombiana se incluye un concepto amplio del ambiente, conformado tanto por un elemento natural como por un elemento cultural. La visión que alentó ese espíritu es holística⁴, porque reconoce la

⁴ Este enfoque se encuentra inspirado en: 1. el trabajo de Edgar Morín, para quien la ambición del pensamiento complejo es rendir cuenta de las articulaciones entre dominios disciplinarios quebrados por el pensamiento disgregados. En este sentido el pensamiento complejo aspira al conocimiento multi-

naturaleza de manera integral e interdependiente de la tierra, noción reforzada y corroborada en 1992, en la Conferencia de Río de Janeiro sobre el medio ambiente y el desarrollo. En esta Conferencia se estimó necesario alcanzar acuerdos internacionales en los que se respetaran los intereses de todos y se protegiera la integridad del sistema ambiental en el marco del desarrollo mundial.

Así las cosas, actualmente según la Corte Constitucional, el ambiente sano no sólo es considerado como un asunto de interés general, sino primordialmente como un derecho de rango constitucional del que son titulares todas las personas en cuanto representan una colectividad (Sentencia T-760 de 2007) y la Constitución de 1991 posee un lugar trascendental que la protección del ambiente ocupa y, en estas condiciones, para este Tribunal, el medio ambiente es un bien jurídico que es a la vez un derecho de las personas, un servicio público y, ante todo, un principio que permea la totalidad del ordenamiento (Sentencia C-703 de 2010).

4. Alcance del derecho a la propiedad

En relación con la propiedad, se hace referencia en la Carta Política que, ésta es una función social que implica obligaciones y a la que le es inherente una función ecológica (Artículo 58). El Constituyente de 1991 fue más allá de la función social de la propiedad, al consagrar en la Carta Política la función ecológica de la propiedad. Ello demuestra su preocupación por los temas ambientales y su intención de reconocer que el derecho de propiedad no es absoluto y que no se puede abusar de

dimensional y está animado por una tensión permanente entre la aspiración a un saber no parcelado, no dividido, no reduccionista, y el reconocimiento de lo inacabado e incompleto de todo conocimiento (Morín, 1994). En Colombia los estudios realizados por el profesor Julio Carrizosa Umaña son representativos de este enfoque, especialmente en su obra *Colombia compleja* (2014).

la explotación de la misma en contra de los principios que tienen que ver con la protección del ambiente y de los recursos naturales.

Para el profesor Giovanny Herrera Carrascal (2017) entre los múltiples avances de la Carta Política de 1991 se creó por primera vez en la historia del país la institución de la función ecológica de la propiedad. Hay que tener presente que de tiempo atrás, desde 1936, ya existía la función social de la propiedad. Estas dos instituciones si bien comparten la misma esencia y varias similitudes, también presentan algunas diferencias. La función ecológica de la propiedad concreta los deberes que los propietarios y empresarios en Colombia deben asumir como corresponsabilidad frente a la garantía al ambiente sano, el cual jurisprudencialmente la Corte Constitucional ha establecido como una relación “derecho-deber”.

La función ecológica de la propiedad y de la empresa constituyen según Herrera Carrascal (2017), el fundamento constitucional, a partir del cual, el legislador, las autoridades ambientales y urbanas se encuentran legitimada para imponer obligaciones, responsabilidades, cargas, limitaciones y restricciones al derecho de propiedad y a la libertad de empresa, en aras de garantizar el derecho al ambiente sano de las generaciones presentes y futuras, así como contribuir a la materialización del desarrollo sostenible.

Sobre este mismo tema, en lo que respecta a la función ecológica de la propiedad, la Corte Constitucional advirtió, para lo cual resaltó la influencia y cambios que la Constitución de 1991 imprimió en nuestro estatuto civil de 1887, que la misma es la respuesta del constituyente para enfrentar el “uso indiscriminado de los bienes y derechos particulares en contra de la preservación del medio ambiente sano, considerado como un derecho y bien colectivo en cuya protección debe estar compro-

metida la sociedad entera”. De acuerdo con la jurisprudencia, la ecologización de la propiedad es producto de la evolución del concepto de Estado, de un parámetro puramente individual (liberal clásico) a un mandato que supera -inclusive- el sentido social de la misma para, en su lugar, formular como meta la preservación de las generaciones futuras, garantizando el entorno en el que podrán vivir (Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2007)

La Corte Constitucional ha resaltado que al derecho de propiedad se le atribuyen varias características, entre las cuales, se pueden destacar las siguientes (Corte Constitucional, Sentencia C-189 de 2006): (i) Es un derecho pleno porque le confiere a su titular un conjunto amplio de atribuciones que puede ejercer autónomamente dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico y los derechos ajenos; (ii) Es un derecho exclusivo en la medida en que, por regla general, el propietario puede oponerse a la intromisión de un tercero en su ejercicio; (iii) Es un derecho perpetuo en cuanto dura mientras persista el bien sobre el cual se incorpora el dominio, y además, no se extingue -en principio- por su falta de uso; (iv) Es un derecho autónomo al no depender su existencia de la continuidad de un derecho principal; (v) Es un derecho irrevocable, en el sentido de reconocer que su extinción o transmisión depende por lo general de la propia voluntad de su propietario y no de la realización de una causa extraña o del solo querer de un tercero, y finalmente; (vi) Es un derecho real teniendo en cuenta que se trata de un poder jurídico que se otorga sobre una cosa, con el deber correlativo de ser respetado por todas las personas.

De igual forma señala el Tribunal Constitucional que para lograr el desarrollo sostenible se ha admitido por la jurisprudencia que a partir de la función ecológica que establece la Constitución Política en el artículo 58,

se puedan imponer por el legislador límites o condiciones que restrinjan el ejercicio de los atributos de la propiedad privada, siempre y cuando dichas restricciones sean razonables y proporcionadas de modo que no afecten el núcleo esencial del citado derecho. Uno de los límites que se han reconocido en el ordenamiento jurídico a través de los cuales el legislador restringe las libertades individuales de las personas, entre ellas, el derecho a la propiedad privada, en aras de lograr la conservación o preservación del medio ambiente, lo constituyen las reservas de recursos naturales renovables, previstas en el artículo 47 del Código Nacional de Recursos Naturales (Corte Constitucional, Sentencia C-189 de 2006).

5. Principios de Prevención y Precaución

Para la Corte Constitucional la protección ambiental se fundamenta en la acción preventiva del Estado con apoyo en los principios de prevención y precaución (Corte Constitucional, Sentencia C-703 de 2010). Lo anterior sobre la base que la Constitución encarga al Estado de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, así como de imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados, labor preventiva que adquiere especial significado tratándose del medio ambiente, para cuya puesta en práctica suele apoyarse en variados principios, dentro de los que se destacan los de prevención y precaución, pues dicha labor tiene que ver tanto con los riesgos o daños cuyo efecto no pueda ser conocido anticipadamente, como con aquellos en los cuales resulta posible conocer el efecto antes de su producción.

Los principios que guían el derecho ambiental según el Tribunal Constitucional, son los de prevención y precaución, que persiguen, como propósito último, el dotar a las respectivas autoridades de instrumentos para actuar ante la afectación, el daño, el riesgo o el peligro

que enfrenta el medio ambiente, que lo comprometen gravemente, al igual que a los derechos con él relacionados. Así, tratándose de daños o de riesgos, en los que es posible conocer las consecuencias derivadas del desarrollo de determinado proyecto, obra o actividad, de modo que la autoridad competente pueda adoptar decisiones antes de que el riesgo o el daño se produzcan, con el fin de reducir sus repercusiones o de evitarlas, opera el principio de prevención que se materializa en mecanismos jurídicos tales como la evaluación del impacto ambiental o el trámite y expedición de autorizaciones previas, cuyo presupuesto es la posibilidad de conocer con antelación el daño ambiental y de obrar, de conformidad con ese conocimiento anticipado, a favor del medio ambiente; en tanto que el principios de precaución o tutela se aplica en los casos en que ese previo conocimiento no está presente, pues tratándose de éste, el riesgo o la magnitud del daño producido o que puede sobrevenir no son conocidos con anticipación, porque no hay manera de establecer, a mediano o largo plazo, los efectos de una acción, lo cual tiene su causa en los límites del conocimiento científico que no permiten adquirir la certeza acerca de las precisas consecuencias de alguna situación o actividad, aunque se sepa que los efectos son nocivos (Corte Constitucional, Sentencia C-703 de 2010).

El principio de precaución se erige como una herramienta jurídica de gran importancia, en tanto responde a la incertidumbre técnica y científica que muchas veces se cierne sobre las cuestiones ambientales, por la incommensurabilidad de algunos factores contaminantes, por la falta de sistemas adecuados de medición o por el desvanecimiento del daño en el tiempo (Corte Constitucional, Sentencia T-622 de 2016)

La Corte ha advertido que la adopción de medidas fundadas en el principio de precaución debe contar con los siguientes elementos: (i) que exista peligro de daño,

(ii) que éste sea grave e irreversible, (iii) que exista un principio de certeza científica, así no sea ésta absoluta, (iv) que la decisión que la autoridad adopte esté encaminada a impedir la degradación del medio ambiente y (v) que el acto en que se adopte la decisión sea motivado (Sentencia C-703 de 2010).

En este contexto, para la Corte Constitucional las actividades contaminantes producidas por la explotación minera ilegal pueden llegar a tener impactos directos sobre la salud de las personas y adicionalmente, otra clase de impactos indirectos sobre el bienestar humano, como la disminución de productos del bosque que afecta el balance alimentario y medicinal, y puede producir cambios en las prácticas tradicionales, usos y costumbres de las comunidades étnicas asociados a la biodiversidad (Corte Constitucional, Sentencia T-622 de 2016).

Por su parte, las medidas preventivas por su índole preventiva supone la acción inmediata de las autoridades ambientales, por lo que la eficacia de esas medidas requiere que su adopción sea inmediata para evitar daños graves al medio ambiente, y si bien dejan en suspenso el régimen jurídico aplicable en condiciones de normalidad al hecho, situación o actividad y, aun cuando sus repercusiones sean gravosas y generen evidentes restricciones, no tienen el alcance de la sanción que se impone al infractor después de haberse surtido el procedimiento ambiental y de haberse establecido fehacientemente su responsabilidad (Corte Constitucional, Sentencia C-703 de 2010). En razón de que las medidas preventivas no tienen la naturaleza de sanción y que por su índole preventiva su ejecución y efecto debe ser inmediato, esta naturaleza de estas medidas riñe con la posibilidad de que su aplicación pueda ser retrasada mientras se deciden recursos previamente interpuestos; además la decisión de la autoridad ambiental debe hacerse por acto administrativo debidamente motivado,

alejado de toda posibilidad de arbitrariedad o capricho, y como cualquier acto administrativo, puede ser demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para que así la decisión de la autoridad se enmarque dentro del Estado de Derecho.

El principio de prevención principio busca que las acciones de los Estados se dirijan a evitar o minimizar los daños ambientales, como un objetivo apreciable en sí mismo, con independencia de las repercusiones que puedan ocasionarse en los territorios de otras naciones. Requiere por ello de acciones y medidas -regulatorias, administrativas o de otro tipo- que se emprendan en una fase temprana, antes que el daño se produzca o se agrave (Corte Constitucional, Sentencia T-622 de 2016).

6. Primacía del interés general

Como se ha venido planteando, la Constitución de 1991 por primera vez consagra el ambiente como un derecho y su protección como una función tanto del Estado como de los particulares. La Carta muestra igualmente la relevancia que toma el ambiente como bien a proteger por sí mismo y su relación estrecha con los seres que habitan la Tierra. La conservación y la perpetuidad de la humanidad dependen del respeto incondicional al entorno ecológico, de la defensa a ultranza del ambiente sano, en tanto factor insustituible que le permite existir y garantizar una existencia y vida plena. Para el Tribunal Constitucional desconocer la importancia que tiene el ambiente sano para la humanidad es renunciar a la vida misma, a la supervivencia presente y futura de las generaciones. En el mundo contemporáneo, la preocupación ambiental viene a tomar influencia decisiva solamente cuando resulta incuestionable que el desarrollo incontrolado y la explotación sin límites de los recursos naturales logran suponer su esquilma definitiva

(Corte Constitucional, Sentencia C-595 de 2010).

De la reflexión propuesta, la tensión o el conflicto existente entre la actividad económica de minería, comúnmente de intereses particulares, debe ser resuelta violentando el interés general de protección de los recursos naturales y los preceptos constitucionales llamados a garantizar el ambiente sano, como ocurre con la declaratoria de interés público de la actividad (Rodríguez, 2016).

Sin embargo, esto no implica que dicho concepto “de utilidad pública e interés social” vulnere *per se* los preceptos constitucionales. Así las cosas, en conclusión, si bien la industria minera en todas sus fases fue declarada por el Código de Minas como de utilidad pública e interés social, tal declaratoria encuentra un límite constitucional en la obligación que tienen el Estado y los particulares de proteger las riquezas naturales de la Nación. Esta obligación con el fin de garantizar el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, proteger la diversidad e integridad del ambiente y conservar las áreas de especial importancia ecológica; mediante la planificación del manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución como lo consagra la Carta Política (artículos 70 y 80).

En este mismo sentido, la Corte Constitucional en la Sentencia C-431 de 2001 señala que el medio ambiente es un derecho constitucional fundamental para el hombre, pues se enmarca dentro del derecho a la vida (Artículo 11 superior), razón por la cual su defensa constituye un objetivo de principio dentro de la actual estructura de nuestro Estado Social de Derecho, en cuanto el medio ambiente hace parte del entorno vital del hombre, indispensable para su supervivencia y la de las generaciones futuras, y de forma más precisa establece que sobre el particular se ha resaltado que conforme a las

normas de la Carta que regulan la materia ecológica, a su vez inscritas en el marco del derecho a la vida cuya protección consagra el Artículo 11 del mismo ordenamiento, la Corte ha entendido que el medio ambiente es un derecho constitucional fundamental para el hombre y que el Estado, con la participación de la comunidad, es el llamado a velar por su conservación y debida protección, procurando que el desarrollo económico y social sea compatible con las políticas que buscan salvaguardar las riquezas naturales de la Nación (Corte Constitucional, Sentencia C-431 de 2000).

Ante estos argumentos, no es viable considerar una priorización de la actividad minera en todas sus formas y fases afectando el ambiente y los recursos naturales renovables cuando ya desde 1974 existe la declaratoria de utilidad pública e interés social del medio ambiente y los recursos naturales renovables y esto no puede ser desconocido, y mucho menos puede desconocerse el deber constitucional del Estado de proteger el medio ambiente y los recursos naturales renovables (Rodríguez, 2016).

En este mismo sentido, la Corte Constitucional en la Sentencia C-339 de 2002 señaló que es un hecho evidente que la industria extractiva produce una gran cantidad de desechos y desperdicios. El proceso de transformación de grandes masas de materiales para el aprovechamiento de los minerales útiles deja forzosamente materiales residuales que deterioran el entorno físico de la región en la cual se adelantan las labores afectando el paisaje y los suelos agrícolas. Dentro de este contexto es necesario conciliar el grave impacto ambiental de la minería con la protección de la biodiversidad y el derecho a un medio ambiente sano, para que ni uno ni otro se vean sacrificados. Es aquí donde entra el concepto del *desarrollo sostenible* acogido en el artículo 80 de nuestra Constitución y definido por la jurisprudencia de la

Corte como un desarrollo que satisfaga las necesidades del presente, sin comprometer la capacidad de que las futuras generaciones puedan satisfacer sus propias necesidades.

Se destaca y debemos reiterar que la preservación y manejo del ambiente y los recursos naturales renovables también son de utilidad pública e interés social para todos los efectos relacionados con la industria minera en todas sus ramas y fases, en tanto es un derecho constitucional fundamental para el hombre. Lo anterior implica que las decisiones que se tomen con base en dicha declaratoria y que, en consecuencia, puedan afectar el medio ambiente y los recursos naturales renovables, fundamentalmente los recursos hídricos del orden local, no deban ser el fruto de un proceso de decisión concertado entre las autoridades municipales y aquellas del orden nacional, pues lo contrario equivaldría a vaciar la competencia que en materia de ordenamiento territorial y de protección de tales derechos les otorgó la Constitución (Rodríguez, 2016).

De manera que, sin desconocer que la declaratoria de utilidad pública e interés social de la minería se ajusta a la Constitución, siempre debe tenerse en cuenta que la protección y manejo del medio ambiente y de los recursos naturales renovables también son un objetivo de principio de la Carta Política de 1991, tal como lo señaló la Corte Constitucional en la Sentencia C-431 de 2000: La defensa del medio ambiente constituye un objetivo de principio dentro de la actual estructura de nuestro Estado Social de Derecho. En cuanto hace parte del entorno vital del hombre, indispensable para su supervivencia y la de las generaciones futuras, el medio ambiente se encuentra al amparo de lo que la jurisprudencia ha denominado “Constitución ecológica”, conformada por el conjunto de disposiciones superiores que fijan los presupuestos a partir de los cuales deben regularse las rela-

ciones de la comunidad con la naturaleza y que, en gran medida, propugnan por su conservación y protección.

Para el Tribunal Constitucional, en el entendido de que en desarrollo del proceso por medio del cual se autorice la realización de actividades de exploración y explotación minera, las autoridades competentes del nivel nacional deberán acordar con las autoridades territoriales concernidas, las medidas necesarias para la protección del ambiente sano, y en especial, de sus cuencas hídricas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población, mediante la aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad previstos en el artículo 288 de la Constitución Política (Corte Constitucional, Sentencia C-123 de 2014).

Conforme a la interpretación según la cual si bien la declaratoria de utilidad pública e interés social de la minería se ajusta a la Constitución, siempre que se tenga en cuenta que la protección y manejo del ambiente y de los recursos naturales renovables también son de utilidad pública e interés social y que, en consecuencia, las decisiones que se tomen con base en dicha declaratoria deben ser el fruto de un proceso de decisión concertado entre las autoridades municipales, como representantes de los miembros de la comunidad, y aquellas autoridades del orden nacional, ha de concluirse que la estimación que de la minería hace la norma demandada tampoco vulnera el derecho de la comunidad a participar en las decisiones que puedan afectarla.

Así las cosas, se han establecido criterios para resolver tensiones y la Corte ya ha puesto de presente que una teórica discusión jurídica en materia ambiental, sobre cuáles derechos prevalecen, la resuelve la propia Constitución al reconocer la primacía del interés general, al limitar varios derechos en función de la protección debida al medio ambiente, los recursos naturales o la

ecología, y al asignarles al Estado funciones de prevención y control del deterioro ambiental y a los particulares el deber de proteger los recursos culturales y naturales de país y velar por la conservación de un ambiente sano (Corte Constitucional, Sentencia C-703 de 2010).

7. Derechos Bioculturales (Biocultural rights)-

Los derechos bioculturales son entendidos como aquellos derechos que tienen las comunidades étnicas de administrar y ejercer tutela sobre sus territorios de acuerdo con sus propias leyes y costumbres. Entendiendo que su territorio es aquel en el que desarrollan su cultura, tradición y tienen asentada su forma de vida con la relación existente con el ambiente y su ecosistema. Estos derechos observan la relación intrínseca que existe entre la preservación de la naturaleza y los modos de vida y cultura que viven en ella (Corte Constitucional, Sentencia T-622 de 2016).

Este concepto trata de abarcar de manera integral las disposiciones sobre derechos a recursos naturales y a la cultura de las comunidades étnicas que se encuentran en la Constitución colombiana en los artículos 7° referido al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana; 8° sobre la obligación del Estado de proteger las riquezas culturales y naturales; 79 referente al derecho de todas las personas de gozar de un ambiente sano; 80 de la obligación del Estado de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales en aras de garantizar el desarrollo sostenible; 330 sobre la constitución y leyes de los territorios indígenas y 55 transitorio respecto al reconocimiento por parte del Gobierno los derechos de las poblaciones negras que ocupaban tierras baldías en zonas ribereñas de los ríos de la cuenca del Pacífico. Para con esto entender de manera holística la relación existente entre la naturaleza

y sus recursos y la cultura de las comunidades étnicas e indígenas (Corte Constitucional, Sentencia T 622 de 2016).

Así las cosas, los derechos bioculturales encuentran su fundamento filosófico concentrado en tres puntos: el primero de ellos es, la interrelación innegable entre la naturaleza y la cultura; el segundo es, la historia por la que han atravesado las comunidades indígenas y el deber del Estado de contribuir a la preservación de estas comunidades en el futuro; y, el tercero es el carácter de singularidad y universalidad que representan las comunidades étnicas para la humanidad (Chen & Gilmore, 2015)

Es por ello que, estos derechos no implican de manera superflua la reclamación de una propiedad por su valor económico, sino que representa los derechos colectivos de las comunidades que se relacionan de manera interdependiente con biodiversidad de mantener su tradición y formas de vida (Bavikatte & Robinson, 2011).

En virtud de esto, la Corte Constitucional en Sentencia T 622 de 2016 establece que las políticas públicas relativas a la biodiversidad deben adecuarse y tener como base la preservación de la vida, para permitir que la naturaleza continúe con su proceso evolutivo de manera estable. Asimismo, determina que el deber del Estado de velar por la protección y conservación de las comunidades étnicas –indígenas, comunidades negras y campesinas– envuelve el hecho de garantizar sus tradiciones, cultura y forma de vida.

CONCLUSIONES

La constitucionalización del derecho, como se señaló, ha permeado diferentes áreas del derecho, entre ellas, el ambiental, así lo han dejado ver las Constituciones de Colombia de 1991, Ecuador de 2008 y Bolivia

de 2009, en las que se han establecido una serie de derechos y obligaciones a cargo del Estado y de todos los ciudadanos tendientes a proteger la naturaleza, fundados en el respeto que se le tiene a la misma.

Entre las disposiciones constitucionales que incluyeron el derecho ambiental, pudimos observar el alcance que se le dio a la propiedad con la denominada función ecológica; asimismo, se tienen los instrumentos jurídicos para hacer efectiva la protección de la naturaleza como lo son el principio de precaución cuando existe incertidumbre científica respecto al peligro del daño y el principio de prevención cuando existe certeza del peligro del daño de determinada actividad. Sumado a esto, se agregó la disposición de la primacía del interés general, lo que se traduce a la defensa por un ambiente sano en el que es posible tener un desarrollo sostenible.

Lo anterior, ha hallado cumplimiento en Colombia en gran medida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional que en cumplimiento de su tarea de interpretar la Constitución, ha adoptado diferentes enfoques para proteger al ambiente, optando en primer lugar por el antropocentrismo, desde donde se percibía a la naturaleza como un bien del hombre por ser este el único ser racional y digno entre todas las especies; seguido del biocentrismo, que deja de ver al hombre como el único dueño de la naturaleza para otorgarles a ambos el mismo respeto, teniendo presente que si no se conserva la naturaleza no podrá preservarse el ser humano; y, finalmente el enfoque del ecocentrismo, desde el cual el hombre no es dueño de la naturaleza sino que por el contrario, es él quien hace parte de la misma por la larga cadena evolutiva, lo que consecuentemente lleva a que se reconozca que la naturaleza es en sí misma un sujeto de derechos que tiene que ser protegido y ejercidos por medio de representante legal, para materializar este reconocimiento, por medio de la jurisprudencia colombiana se ha reconocido

a ciertos entes como sujetos auténticos de derecho.

Adicional a esto, se ha logrado dar reconocimiento de los derechos bioculturales que tiene como titulares a las comunidades étnicas, de administrar y ejercer tutela sobre los territorios en los cuales desarrollan su cultura, tradición y modos de vida, ello fundado en la relación intrínseca que existe entre a biodiversidad y su vida.

Todo lo anterior, permite ver el gran avance que se ha dado en el tema del derecho ambiental tanto en el ámbito constitucional como en el jurisprudencial, donde ante la falta de real protección del ambiente fue necesario se reconociera a la naturaleza como sujeto de derechos, lo que generó consecuentemente que el Estado y los particulares tuvieran la obligación de velar por su protección y garantizar el cumplimiento de sus derechos. Sobre todo, cuando se encuentran inmersos los derechos de las comunidades étnicas y se peligra su preservación, los llamados derechos bioculturales.

BIBLIOGRAFÍA

ÁNGEL Maya, Augusto. [1999a]. Capacitación de docentes universitarios en educación ambiental. Tomo I. Primera Parte. Los modelos de explicación ambiental. Módulo I. Bogotá: Ministerio del Medio Ambiente, ICFES.

BAVIKATTE, Kabir & Robinson, Daniel F. (2001). 'Towards a People's History of the Law: Biocultural Jurisprudence and the Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing', 7/1 Law, Environment and Development Journal. Available at <http://www.lead-journal.org/content/11035.pdf>

CALDERÓN-Villegas, Juan Jacobo (2011). La Constitucionalización del Derecho Privado: La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia. Bogotá: Universidad de los Andes.

CARNEIRO de Freitas, Patrícia Jorge; Da Silva, Sérgio Augusto; Maluf, Fabiano & Pinto-Calaça, Irene Zasimowicz (2018). La naturaleza como sujeto de derechos: análisis bioético de las Constituciones de Ecuador y Bolivia. Brasil: Revista Latinoamericana de Bioética, 18(1), 155-171

CARRIZOSA Umaña, Julio. [1992]. La política ambiental en Colombia: desarrollo sostenible y democratización. Bogotá: FESCOL, CEREC, Fondo FEN.

CARRIZOSA Umaña, Julio. [2014]. Colombia compleja. Bogotá: Jardín Botánico José Celestino Mutis, Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt.

CHEN, C. & Gilmore, M. (2015). Biocultural Rights: A New Paradigm for Protecting Natural and Cultural Resources of Indigenous Communities. The International Indigenous Policy Journal, 6(3). DOI: 10.18584/iipj.2015.6.3.3

DE ROSA, Diego (2017). Constitucionalización del derecho privado y sus implicancias en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y en especial los derechos reales. La Plata: Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales - UNLP. N° 47.

GUDYNAS, E. (2009). La ecología política del giro bio-céntrico en la nueva Constitución de Ecuador. Revista de estudios sociales, (32), 34-47.

HERRERA Carrascal Giovanni José. *La función ecológica de la propiedad*. Colección Ambiente y Desarrollo Sostenible No. 13, Editorial Ibáñez, Bogotá D.C., 2017.

MANTILLA-Espinosa, Fabricio (2007). La Constitucionalización del Derecho Privado. Bogotá: Revista Oficial del Poder Judicial ½

MORIN, Edgar [1994] Introducción al pensamiento complejo. Barcelona, Edit. Gedisa.

República de Bolivia. Constitución Política del Estado de Bolivia, 2009.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C 189 del 15 de marzo de 2006.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 080 del 20 de febrero de 2015.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C 123 del 5 de marzo de 2014

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C 259 del 18 de mayo de 2016.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C 339 del 7 de mayo de 2002.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C 423 del 29 de septiembre de 1994.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C 431 del 2 de mayo de 2001.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C 431 del 12 de abril del 2000

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C 449 del 16 de julio de 2015.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C 495 del 26 de septiembre de 1996.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C 595 del 27 de julio de 2010.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C 632 del 24 de agosto de 2011.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C 703 del 6 de septiembre de 2010-

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 154 del 21 de marzo de 2013.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 325 del 15 de mayo de 2017.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 381 del 28 de mayo de 2009

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 411 del 17 de junio de 1992.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 622 del 10 de noviembre de 2016.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 760 del 25 de septiembre de 2007

República de Ecuador. Constitución del Ecuador, 2008.

RODRÍGUEZ, G.A. (2012). La consagración de los derechos ambientales en las Constituciones Políticas de Colombia, Ecuador y Bolivia. En: G. Rodríguez & I. Páez (Eds.) Temas de derecho ambiental: una mirada desde lo público (pp. 1-54). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

RODRÍGUEZ, G.A. (2016). Los conflictos ambientales en Colombia y su incidencia en los territorios indígenas. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

SUÁREZ-Manrique, Wilson Yesid (2014). La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano, 129 Universitas, 317-351. [http:// dx.doi.org/10.11144/Javeriana.VJ129.cdoj](http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.VJ129.cdoj)

EL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD, EL ESTADO AMBIENTAL DE DERECHO Y SUS EXPRESIONES INTERNAS MÁS TRASCENDENTES: LA INTEGRACIÓN y LA SUPLETORIEDAD.

MSc. José Alberto Esain¹

“La estructura de la realidad es tal que permite la aplicación de nuestras construcciones conceptuales. Nos damos cuenta, sin embargo, de que todas las leyes científicas no representan más que abstracciones e idealizaciones que expresan ciertos aspectos de la realidad. Toda ciencia es una imagen esquematizada de la realidad, en el sentido de que determinada construcción conceptual está inequívocamente vinculada a ciertos rasgos de orden en la realidad”. BERTALANFFY LUDWING VON, Teoría general de los sistemas

Resumen. El presente aporte pretende desarrollar aspectos novedosos de derecho ambiental. La sostenibilidad como modelo de desarrollo era un aspecto consolidado de la disciplina, pero estaba poco explorado en cuanto principio a pesar de que por ejemplo en Argentina es uno de los que expresamente la ley general enumera en su artículo 4. El trabajo trata sobre el modo en que este principio se expresa en el derecho constitucional compa-

¹ Abogado graduado de la Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina, Máster en Derecho Ambiental, Sociedad de Estudios Vascos (Eusko Ikaskuntza), Universidad del País Vasco (Euskal Herriko Unibertsitatea) y el Servicio de Documentación Jurídico Ambiental la Corte Internacional de Arbitraje y Conciliación Ambiental, profesor de grado (UNMDP), y posgrado (UBA, UTN, UNLM), miembro de la Academia nacional de Ciencias Jurídicas de Córdoba.

rado, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en el concepto de Estado ambiental de derecho. Pero no sólo estos aspectos sino, los de ordenación de fuentes, como la integración, la supletoriedad, y los aspectos que ordenan toda la estructura de fuentes ambientales.

Palabras claves: Sostenibilidad, Supletoriedad, Integración, Derecho humano al ambiente.

Abstract: This contribution aims to develop innovative aspects of environmental law. Sustainability as a development model was a consolidated aspect of the discipline but it was little explored as a principle despite the fact that, for example, in Argentina it is one that the general law expressly enumerates in its article 4. The work deals with the way in which that this principle is expressed in comparative constitutional law, in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights and in the concept of the environmental State of law. But not only these aspects, but also those of source management, such as integration, supplementary, and the aspects that order the entire structure of environmental sources.

Keywords: Sustainability, Supplement, Integration, Human Right to the environment.

INTRODUCCIÓN.

El derecho ambiental es un signo de nuestros tiempos y refleja en el ámbito jurídico lo que es el *paradigma ambiental*, que surge a partir de la preocupación del ser humano como especie por la pérdida del entorno natural que le proporciona las condiciones externas para que la vida humana se desarrolle². Consideramos al *derecho*

² Esain, J.A., “El paradigma ambiental”, en Cafferatta Néstor (director), *Re-*

*ambiental como un sistema*³ y todos estos aspectos influyen las relaciones internas entre leyes que lo componen⁴.

El modo en que los componentes de la estructura se disponen, en general, sigue una lógica similar. Si echamos un vistazo a los modos de organización interna de varios países o instrumentos internacionales, nos percataremos que podemos conglobar el funcionamiento de sus estructuras desde pautas esenciales. En algunos países son reglas, en otros principios, en algunos casos de jerarquía constitucional, supra legal, o de otro modo expresados a través de sentencias, en normas de leyes sectoriales o normas generales.

Por este motivo, repasaremos por pasos los aspectos que nos parece componen estos aspectos estructurales de la materia, que son: a) el *principio de sostenibilidad* que es un paso más de aquel que lo considera como un modelo de desarrollo porque deviene en el derecho a la sostenibilidad; b) el Estado ambiental de derecho; c) el principio de integración y la regla de supletoriedad.

En primer lugar, emprendaremos una descripción del principio de desarrollo sostenible en aguas del derecho internacional y comparado para finalizar en Argen-

vista de derecho ambiental de Abeledo Perrot, nro. 43 Buenos Aires, Julio/septiembre de 2015, ps. 229/264.

³ Ludwig Von Bertalanffy dice que un sistema puede ser definido como un complejo de elementos interactuantes. Interacción significa que elementos p están en relaciones, R , de suerte que el comportamiento de un elemento p en R es diferente de su comportamiento en otra relación R' . Si los comportamientos de R y R' no difieren, no hay interacción, y los elementos se comportan independientemente con respecto a las relaciones R y R' (BERTALANFFY LUDWIG VON, *Teoría general de los sistemas*, Primera edición en inglés 1968, Primera edición en español 1976, Fondo de Cultura Económica, Universidad de México DF 1976, p. 56). Seguimos en este punto a SERRANO JOSÉ LUIS, *Principios de derecho ambiental y ecología jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2007, ps. 30/31.

⁴ En reciente trabajo hemos intentado una introducción a una teoría general del derecho ambiental: Esain, J.A., "Aproximaciones para una teoría general del derecho ambiental", Publicado: SJA 2016/11/16-1; JA 2016-IV.

tina; en segundo lugar, emprenderemos una descripción del Estado Ambiental de Derecho, y finalmente verificaremos los componentes que efectivizan ambos aspectos para el ámbito interno para el derecho argentino.

1. El Principio de Sostenibilidad.

El desarrollo es un elemento que aparece junto al derecho al ambiente desde su génesis. Analizaremos la vinculación de este aspecto.

1.1 La primera expresión: el modelo de desarrollo sostenible.

Si debemos ir atrás en los antecedentes del *modelo de desarrollo sostenible*, los dos primeros aspectos para mencionar son la sanción de la NEPA (*National Environmental Policy Act*) de 1969 en los Estados Unidos, y la Conferencia y posterior Declaración de *Estocolmo 1972*. La primera es la ley marco por excelencia que irradia contenidos en el resto del planeta. En cuanto a la Declaración de Estocolmo 1972 vienen a ser el acta de nacimiento del derecho ambiental⁵. El objetivo que se propone la Conferencia es buscar un nuevo modo de desarrollo, basándose en una sana utilización de los recursos naturales, para la satisfacción de las necesidades actuales y futuras de la humanidad (“generaciones presentes y futuras” dice el principio 1, preservación “en beneficio de las generaciones presentes y futuras” dice el principio 2). Pero el modelo de desarrollo sostenible se consolida en los ochentas, en su segunda mitad, en virtud del informe *Brundtland*. Fue la Asamblea General de las Naciones Unidas la que creó la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, la que

⁵ Así lo entiende Jordano Fraga, J., *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Bosch, Barcelona, 1995.

trabaja y delibera en el período 1984-1987. Como conclusión se presenta en octubre de 1987 un Informe denominado “Nuestro Futuro Común” (bautizado como *Informe Brundtland*, en homenaje a la presidenta de la Comisión, Sra. Gro Harlem Brundtland, Primer Ministro y Ministro de Ambiente de Noruega). El mismo fue sometido a la Asamblea General la que se expidió en diciembre de 1987 declarándolo “bienvenido” disponiendo que se lo ponga a disposición de gobiernos y agencias especializadas de Naciones Unidas. Desde el Informe Brundtland, las Naciones Unidas vuelven a poner en discusión el modelo de desarrollo y sus perniciosas derivaciones sobre el entorno y los recursos naturales. Al respecto, el núcleo central del informe es contundente sobre todo cuando impone una nueva fórmula, según la cual “el *desarrollo sostenible* es el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”. Esto significa no solo armonizar la economía con la ecología, sino ir más allá, incluyendo elementos morales, solidaridad y el logro de valores sociales de distribución de riquezas e igualdad.

Así llegamos a la Conferencia de Río de Janeiro de 1992. En ella el tema central tenía que ver con el modelo de crecimiento, es decir el *desarrollo sostenible*. Lo paradójico iba a ser que dicho concepto no aparece definido en ningún contenido específico de la Declaración ya que la idea de sostenibilidad se daba por preconstituida a partir del Informe Brundtland⁶, siendo la estrategia común avanzar sobre elementos que la fortalezcan, rodeándola. Por este motivo el *desarrollo sostenible* queda incólume y sin tratamiento y las dianas se ponen sobre los elementos que lo nutren. En cuanto a referencias directas al desarrollo sostenible encontramos solo algu-

⁶ Disponible en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/42/427> (Consultado 7 de diciembre de 2018)

nas: a) el principio 4 que recomienda que “A fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada”; y b) el principio 8 que dispone que “Para alcanzar el desarrollo sostenible y una mejor calidad de vida para todas las personas, los Estados deberían reducir y eliminar las modalidades de producción y consumo insostenibles y fomentar políticas demográficas apropiadas”. Como adelantamos, los elementos que nutren la noción –siguiendo a Zlata Drnas de Clement⁷ y Raúl Brañes⁸– son: erradicación de la pobreza (ppio 5) y la guerra (ppio. 24), capacitación tecnológica y científica (ppio. 12), fortalecimiento de grupos desventajados como mujeres, jóvenes y poblaciones indígenas (ppio. 20).

Desde allí –como sucediera con varias constituciones de varios países del mundo– desembarca la noción en el artículo 41 de la Constitución Nacional de Argentina (CN) que dispone en el primer párrafo “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y *para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras*; y tienen el deber de preservarlo” (el destacado nos pertenece). Así, el modelo de *desarrollo sostenible* se aloja en el primer párrafo del artículo 41 CN y es desde ese lugar que se irradia el contenido para el ámbito legislativo mediante la ley marco 25675.

⁷ DRNAS DE CLEMENT ZLATA, “Concepto y elementos jurídicos del desarrollo sostenible” en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. VIII, 1998, pp. 163-175.

⁸ BRAÑES RAÚL, *Informe sobre el desarrollo del derecho ambiental latinoamericano, su aplicación después de diez años de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente y el desarrollo*, PNUMA Oficina regional para América Latina y el Caribe, México 2001, p. 33.

En cuanto a la terminología, para algunos autores se debería mantener la expresión “sostenible”, prefiriéndola a la de “sustentable”. Ambas son empleadas de manera alternativa en ciertos medios científicos o culturales de Iberoamérica. El maestro Guillermo Cano, con indudable rigor terminológico y lingüístico, apoyándose en los criterios de la Real Academia Española de la Lengua, explica que “sustentar” es “conservar una cosa en su ser y estado”. Como lo pretendido no es mantener intacta la naturaleza, sino “controlar en términos aceptables” lo que se ha calificado por Serrano Moreno como “interiorización de la entropía”, entonces “el desarrollo debe ser sostenible o de regulación integral de la producción, el consumo, la emisión y el vaciado de los recursos fundamentales”. Nace así el concepto que representará el principal avance de la Conferencia de Río 92: el modelo de *desarrollo sostenible*.

En muchas ocasiones el legislador -de excepción u ordinario- veremos menciona el modelo sin indicarlo (por ejemplo, el primer párrafo del artículo 41 CN, o el art. 2.b LGA), o el principio de equidad intergeneracional de este mismo artículo 4 de la Ley General del Ambiente (LGA). En todos estos casos se menciona *expresamente* las generaciones por venir y de ese modo, *indirectamente*, el *modelo de desarrollo sostenible* que es el que pone énfasis en estos sujetos nuevos de derecho. En el caso del *principio de sustentabilidad* del artículo 4 LGA en cambio, la mención es expresa.

Merece ser destacado es la íntima relación que este principio posee con el de solidaridad intergeneracional. La diferencia entre uno y otro es que mientras aquel se enfilaba en el modo “adecuado” de “utilización” de los “recursos” en relación con las “generaciones futuras”; en este principio la lente del director está puesta sobre los componentes del desarrollo que, equilibrados, convergen en la sustentabilidad.

Pero si en algún lugar esta figura se ha afincado es en la agenda de Naciones Unidas que ha desarrollado en 2015 su Agenda 2030 de la que han emergido una serie de objetivos que plantean la columna vertebral del desarrollo sostenible a nivel global.

Explican al respecto María Eugenia Di Paola y Pablo Canziani que “en el año 2015, luego de un proceso de preparación con expertos, participación de los sectores, inclusión del conjunto de los países del mundo, se aprobó la Agenda 2030 en la Asamblea de las Naciones Unidas. Se trató de un año de relevancia, en el cual también se aprobó el Marco de Sendai para la Reducción de Riesgos de Desastres, el Acuerdo de París en materia de Cambio Climático, y el Papa Francisco presentó la Encíclica *Laudato Si* destinada a todas las personas de buena voluntad para el cuidado de la Casa Común⁹. Como se ha señalado, la Agenda 2030 es la agenda de desarrollo de Naciones Unidas y su objetivo es guiar la acción global de los países, las personas y las instituciones hacia el desarrollo sostenible. Con el lema ‘no dejar a nadie atrás’, plantea la necesaria visión holística de un desarrollo que involucre el crecimiento económico, la inclusión social y la sostenibilidad ambiental. Con tal finalidad, establece 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible con 169 metas asociadas. Dichas metas plantean indefectiblemente indicadores asociados que puedan medir su avance, por lo que la información resulta fundamental para tal fin. Se pueden identificar entre los Objetivos de Desarrollo Sostenible a aquellos que involucran metas de carácter preminentemente ambiental, como es el caso de los vinculados a agua limpia y saneamiento (6), energía asequible y no contaminante (7), ciudades y comunidades sostenibles (11), producción y consumo responsables (12), acción por

⁹ Di Paola, M.E, Canziani, P. “Los desafíos de la Sustentabilidad para el 2016: Laudato SI y Objetivos de Desarrollo Sostenible”, en Informe Ambiental Anual FARN, 2016, p. 87.

el clima, vida submarina (14) y ecosistemas terrestres (15), es importante destacar los ODS 16 y 17 vinculados específicamente a la información, la participación ciudadana y el acceso a la justicia”¹⁰.

Y no sólo la agenda de Naciones Unidas, con sus objetivos para el desarrollo sostenible, sino el sistema interamericano que recientemente en su Opinión Consultiva 23/17 ha provocado un sismo al incluir en el sistema regional el derecho al ambiente como un derecho humano fundamental reconocido de modo *directo en el sistema de la Convención*¹¹. Pero volveremos sobre este aspecto al finalizar esta primera parte porque entendemos la cuestión vinculada a la OC 23/17 merece especial mención por su influencia sobre el afincamiento del principio de integración en el sistema de derechos y el derecho al ambiente.

1.2 Los modelos de desarrollo en las cláusulas ambientales constitucionales comparadas.

Las diversas constituciones reconocen de variopinto modo el derecho al ambiente. Entre algunas de estas taxonomías encontraremos muy diversos modos de vincular el concepto de desarrollo. Hemos entendido en algunos trabajos que los tópicos de reconocimiento del derecho son:

1. *Derecho del ambiente. Dimensión objetiva. Protección refleja o indirecta*: la protección del ambiente surge como una *obligación* del Estado a concretarse en sus

¹⁰ Di Paola, M.E, “El Derecho Humano al Ambiente y la Agenda 2030”, Suplemento derecho ambiental Editorial La Ley, Fundación ambiente y Recursos Naturales, Buenos Aires, 2019 (en prensa)

¹¹ Ver Corte Interamericana de Derecho Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Solicitada por la República de Colombia. Medio Ambiente y Derechos Humanos. Párrafos 56/64, pero sobre todo el párrafo 53 referido a la Agenda 2030 de ONU.

políticas internas.

Pensemos en un Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Artículo 12; Constitución de Alemania Artículo 20.a (modificado 26/07/2002)¹². Constitución de Chile 1980, artículo 19.8¹³.

2. Derecho al ambiente. Dimensión subjetiva. Protección directa, el derecho subjetivo.

La segunda tipología es una primera evolución porque dispone –además de la obligación del Estado en defensa del ambiente- el derecho *directo* del habitante, ciudadano a vivir en un ambiente con determinadas condiciones.

Este modelo ha sido seguido por muchas normas internacionales¹⁴ y Constituciones, pero si podemos señalar una, ella es la Carta del Medio Ambiente de Francia, aprobada el 1 de marzo de 2005 mediante Ley cons-

¹² Dice el artículo “Consciente también de su responsabilidad hacia futuras generaciones, el Estado protege las bases natales de la vida y los animales dentro del marco del orden constitucional vía legislativa, y de acuerdo con la ley y la justicia, por el poder ejecutivo y judicial”.

¹³ Dice el artículo “Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”.

¹⁴ Sin ser un documento referido explícitamente al medio ambiente, es conveniente recordar que en la Declaración de las Naciones Unidas de 1948 encontramos una primera base sobre la que se ha podría asentar el derecho al medio ambiente adecuado, cuando se dice que “toda persona tiene el derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar...”. Así, posteriormente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 hace ya referencia expresa a la necesidad de mejorar el medio ambiente como uno de los requisitos para el adecuado desarrollo de la persona (Loperena Rota, D., *Los derechos al Medio Ambiente adecuado y a su protección*, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/17126a.pdf> (consultado el 7 de diciembre de 2018)

titucional número 205/2005 artículo 1¹⁵.

1. *El modelo de desarrollo*: Otro tópico para señalar de las cláusulas ambientales constitucionales -sobre todo a partir del informe Brundtland- es el agregado a la protección del entorno, la relación directa con algún modelo de desarrollo. En algunos casos veremos este modelo se define, mediante su nomenclatura o descripción. En otros casos sólo se menciona. En otras constituciones veremos que el modelo de desarrollo en realidad resulta ser la única referencia a la protección del entorno (*indirecta* desde ya).

A esta tipología por obviar razones la enfocaremos en los párrafos que siguen.

2. *Contenidos específicos incluidos en detalle - captura de instituciones específicas*: existe una tipología de cláusulas ambientales más sofisticadas que suman aspectos específicos, instituciones o figuras particulares de la disciplina (evaluación de impacto ambiental, ordenamiento ambiental del territorio, planificación, daño ambiental, acceso a la información ambiental, educación ambiental, función ambiental de la propiedad, etc.)
3. *Instituciones locales*: el grado más alto de sofisticación lo verificamos cuando la norma además de instituciones propias de la disciplina, agrega la protección de algún elemento particular del ambiente del lugar sujeto de normativa, como por ejemplo la norma constitucional brasilera que protege La Amazonia.

Las dos primeras categorías fueron muy importantes en la génesis del derecho ambiental en su faz constitucional, porque diferencian las dos tesis: la del ambiente como *bien objetivo* y *subjetivo*. Algunos autores marcan la diferencia entendiendo diferente la existen-

¹⁵ “Cada uno tiene el derecho de vivir en un medio ambiente equilibrado y respetuoso con la salud” (artículo 1).

cia un derecho fundamental *del* ambiente o un derecho fundamental *al* ambiente. Al analizar el tema, Gomes Canotilho afirma que la discusión ya no se refiere a las positivaciones constitucionales del medio ambiente, momento prácticamente superado una vez que su constitucionalización ya fue realizada por la mayoría de los Estados. Lo que motiva ciertos cuestionamientos es *cómo fue tutelado el referido derecho fundamental* dado que “algunas constituciones se preocuparon más por el derecho *del* ambiente que por el derecho *al* ambiente”¹⁶.

Al respecto queremos decir que la doctrina ha superado esta distinción o mejor dicho la tesis que distingue ambas tesis para considerar dos aspectos del mismo modelo. Buen reflejo de esto es nuestra cláusula constitucional que en el primer párrafo regla el derecho *al* ambiente y en el segundo párrafo dispone la obligación de las autoridades de proveer a la protección del mismo, es decir lo que se llamara derecho *del* ambiente.

Afincando el teleobjetivo en el tercer tópico, que son las cláusulas constitucionales que se enfocan en regular el modelo de desarrollo (pueden ser constitucionales o no) verifiquemos la realidad de derecho constitucional comparado y volvamos para resolver “nuestra pequeña aldea”.

En algunos casos, estaremos ante el reconocimiento de “derechos a las generaciones futuras”, en otros, directamente la mención respecto a la “sostenibilidad”. Pueden estos aspectos formar parte de normas históricas de faz objetiva (derecho *del* ambiente) o faz subjetiva (*derecho al* ambiente) o en lo que hoy vemos ya son cláusulas que se dotan de ambos aspectos.

¹⁶ Traducción propia del original en portugués. GOMES CANOTILHO, J. J., *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 179 citado em Morato Leito, J., Parente Neiva, G., Peralta, C., “Derecho constitucional ambiental brasileño a la luz de una posmodernidad”, em *Revista catalana de Dret ambiental* Vol. V Núm. 1 (2014): 1 – 36 -Estudi-

En esta escala la disciplina ha verificado desde su inicio que resultaba necesario pensar en la protección del entorno para las generaciones presentes y futuras (Estocolmo 1972) aunque sin advertir que estaba en esos primeros principios comenzando a abrazar por un lado la noción de futuridad, y por el otro la noción de generación que se corresponde en escala con una multiplicidad de conductas. Por este motivo es que con los años siguientes se fue consolidando la idea de que no bastaba regular conductas aisladas, sino que había que ir sobre varias conductas, y modelos de desarrollo que fueran garantes de la regulación de dichas conductas. Nace así la idea de regulación de los modelos de desarrollo que concluye con la promoción del modelo de desarrollo sostenible que, al día de la fecha, como nuestra democracia, no resulta perfecta, pero sigue siendo la que mejor cuaja para nuestros sistemas de protección del entorno.

Es a partir de los años noventa, por influencia del binomio Informe Brundtland-Rio 92, que la referencia al *desarrollo sostenible* pasó a ser común en las nuevas Constituciones latinoamericanas y, en algunos casos, se incorporó a las anteriores a 1992. Es un elemento que piensa en la relación directa entre *modelo de desarrollo* e inclusión de expresas promociones en favor del *desarrollo sostenible*. Inician estas normas el establecimiento de la vinculación entre el medio ambiente y el desarrollo, prescribiéndose que la economía debe orientarse hacia ese modelo.

Una referencia al modelo de desarrollo en cláusulas pre-Brundtland la encontramos en la **Constitución de Panamá de 1972**. Ella dispone en su artículo 110 la conservación de las condiciones ecológicas -entre otras cuestiones- como “*deber fundamental del Estado*, la que debe darse “en armonía con el desarrollo económico y social del país” en clara vinculación entre la protección del ambiente y el modelo de desarrollo, aspectos que son

intrínsecamente atañidos.

Otra constitución que abarcan la relación del ambiente con el modelo de desarrollo es la de **Constitución de Guatemala de 1985** que dispone que “el Estado, las Municipalidades y los habitantes del territorio nacional están obligados a propiciar el desarrollo social, económico y tecnológico que prevenga la contaminación ambiental y mantenga el equilibrio ecológico” (artículo 97). Interesante la mención, que sin estar dirigida expresamente al modelo de sostenibilidad, refiere a dos de los tres vectores que compondrían el modelo Brundtland: el social, el económico (en lugar del ecológico se menciona el tecnológico). A esa trilogía se le impone la obligación de direccionarse a la prevención de “la contaminación ambiental” y la manutención “del equilibrio ecológico”. Por un lado, los escenarios que años después el desarrollo sostenible considerará ingénitos; por el otro la relación entre contaminación y equilibrio ecológico, además de la prevención.

La **Constitución de Grecia de 1975** en su artículo 24.2 hace expresa referencia a “la formación el desarrollo” que debe darse “con el fin de asegurar “las mejores condiciones de vida posible”.

Un caso interesante es el de **España** en su **Constitución de 1978** que en su artículo 45 hace referencia expresa al derecho al ambiente, aunque por su ubicación (título dedicado a derechos que “informarán la legislación positiva”) en un primer momento -siguiendo la indicación del artículo 53.3 del mismo texto constitucional- se ha entendido que sólo podían ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen. De todos modos, el Tribunal Constitucional español en dos ocasiones ha destacado que el artículo 45.1 de la Constitución contiene un verdadero derecho constitucional de los ciudadanos en una verdadera interpretación aditiva en términos

de Sagüés. Lo mismo hizo la jurisprudencia respecto al modelo de desarrollo, desprendiéndolo de ese artículo 45 CE. Para ello se fundó en dos aspectos que aparecen indirectamente referidos en el texto: en primer lugar, la cuestión del “uso racional de los recursos naturales” que ha conducido a que el Tribunal Constitucional afirme: “De todo ello se deduce la necesidad de compaginar, en la forma que en cada caso decida el legislador competente, la protección de ambos bienes constitucionales: el medio ambiente y el desarrollo económico” (F.J.2)¹⁷. La segunda es el calificativo de “indispensable” para la “solidaridad colectiva” que es con el fin de “proteger y mejorar la calidad de la vida” y “defender y restaurar el medio ambiente”.

A nivel **Comunitario** el modelo de desarrollo ingresará desde otros lugares, y así ya el **Tratado de la Unión Europea** recoge entre los objetivos a que aspira La Unión “Promover un progreso económico y social equilibrado y sostenible, principalmente mediante la creación de un espacio sin fronteras”. También el V Programa comunitario para el medio ambiente que añade a su rótulo la expresión “y el desarrollo sostenible” concepto retirado como uno de los pilares políticos y normativos sobre los que se basa¹⁸.

En la **Constitución de Brasil de 1988** en su artículo 225 aparece la mención a la preservación del ambiente para “las generaciones presentes y futuras”. Desde este espacio queda consolidado el concepto de *sostenibilidad en el desarrollo* como dispositivo garantizado por el legislador de excepción, aunque no sea mencionado con su *nomen iuris* sino desde su contenido; similar al caso argentino en esto.

¹⁷ STC 64/1982 del 4 de noviembre de 1982.

¹⁸ Loperena Rota, D., cit. ps. 146/7.

Como dijéramos en la última década del siglo pasado -por influencia del binomio Informe Brundtland-Rio 92- la referencia al *desarrollo sostenible* pasó a ser mucho más repetida aún.

Ya entrados en nuestro tiempo, el modelo más importante para mencionar resulta ser **Francia**, en su **Carta Ambiental de 2005**¹⁹ que dispone en su artículo 6 que “Las políticas públicas deben promover un *desarrollo sostenible*. En ese sentido, deben conciliar la protección y la revalorización del medio ambiente, el desarrollo económico y el progreso social” (el destacado nos pertenece). Expresamente el reconocimiento del derecho al ambiente que Francia hace incluye una cláusula en favor del *desarrollo sostenible*. Esto es un aspecto muy importante, porque no sólo estamos ante un instrumento muy completo en su formulación sino en la composición que se hace desde el derecho.

La **Constitución alemana** que reconoce el derecho al ambiente en su artículo 20.a. dispone que el Estado protege mediante leyes las “las bases natales de la vida y los animales” y agrega que esta protección se toma conscientes también “de su responsabilidad hacia futuras generaciones”. Es muy interesante la mención a las generaciones futuras sobre todo en una constitución como la alemana que no es demasiado “pomposa” en sus contenidos.

La **Constitución de Polonia de 1997 (con las reformas de 2009)** es otro ejemplo de reglamentación del modelo de desarrollo cuando incluye como objetivo de la República “la protección del medio ambiente de

¹⁹ Este instrumento normativo junto al Código son las dos columnas centrales del sistema de derecho ambiental francés. La Carta pretende ser la tercera declaración de derechos de Francia. Desde ella Francia se erige entre los países que disponen entre sus derechos fundamentales el derecho al ambiente. Recordemos que la Carta fue aprobada el 1 de marzo de 2005 mediante Ley constitucional número 205/2005. Así la Carta del Medio Ambiente pasa a integrar el Preámbulo de la Constitución.

conformidad con los *principios del desarrollo sostenible*” (el destacado nos pertenece). Expresamente se utiliza el nomen iuris aludido por el Informe “Brundtland”. El artículo 74 (1) vuelve sobre la fórmula, y dispone que “los poderes públicos perseguirán políticas que garanticen la seguridad ecológica de la *generaciones actuales y futuras*” (el destacado nos pertenece) ahora enfocado en un aspecto interno del modelo: la “solidaridad intergeneracional”.

El caso de Japón es interesante porque no incluye cláusula ambiental constitucional; pero sí menciones directas a las generaciones venideras. Dispone la **Constitución de Japón de 1946** en su Capítulo III (“Derechos y deberes del pueblo”) que su artículo 11 “No se podrá impedir al pueblo el goce de ninguno de los *derechos humanos fundamentales*. Estos derechos humanos fundamentales, garantizados al pueblo por la Constitución, serán conferidos al pueblo de ésta y de las *futuras generaciones* como derechos eternos e inviolables”. Agrega en el Capítulo X (“Ley Suprema”) artículo 97 “Los derechos humanos fundamentales garantizados por esta Constitución al pueblo de Japón, son el fruto de la antigua lucha del hombre por la libertad; han sobrevivido a numerosas pruebas severas a través del tiempo, y se confían a ésta y a las *futuras generaciones* para que los custodien permanentemente en forma inviolable”. Es interesante el caso de Japón porque no existe norma constitucional ambiental pero sí derechos de las generaciones futuras, lo que es -como ejemplo- interesante para comprender que pueden darse algunos de estos tópicos mientras otros no estén presentes incluso que no exista cláusula ambiental de ningún tipo.

1.3 El principio de desarrollo sostenible en la Constitución argentina.

La novedad de la cláusula ambiental argentina es que incluye el *derecho al ambiente* acompañado de la noción de *desarrollo*, calificándolo como *sostenible* (a pesar de que no lo dice por su *nomen iuris* sino por su concepto).

En primero lugar, debemos referirnos al concepto de *desarrollo*. Este es uno de los aspectos centrales de la norma, donde el constituyente hace un puente con el histórico objeto perseguido por nuestra nación en el “preámbulo” cuando se refería al desarrollo de modo implícito en la voz “promover el bienestar general”. Desde allí la idea de desarrollo se repite en numerosas ocasiones: en el artículo 72.2 CN para calificar la distribución de los tributos coparticipables; en el artículo 75.17 CN referido a los pueblos indígenas argentinos donde se dispone como mandato al Congreso “reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el *desarrollo humano*”. En el artículo 75.19 CN se dispone la necesidad de “proveer lo conducente al *desarrollo humano*, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y *desarrollo científico y tecnológico*, su difusión y aprovechamiento. Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual *desarrollo relativo* de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen”. Tres diferentes menciones: primero el clásico desarrollo humano como progreso económico, al que le sigue el

vinculado con la ilustración pero en términos más actuales, es decir el desarrollo científico y tecnológico, y finalmente el desarrollo relativo e igualitario del interior del territorio nacional, es decir el de las provincias, donde se habilitan políticas diferenciadas a efectos de “igualar el desigual desarrollo local”; el artículo 124 CN se enfoca sobre la posibilidad de que las provincias creen “regiones para el desarrollo económico”; el artículo 125 CN avanza en un concepto similar cuando dispone como mandato a las provincias “promover el progreso económico, el *desarrollo humano*, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura”. Queríamos dejar planteado que el concepto de *desarrollo* sólo aparece calificado en el artículo 41 CN, porque en el resto del articulado se muestra como un objetivo perseguido en la distribución de la coparticipación, en materia de reconocimiento de tierras para pueblos indígenas, desarrollo del territorio interior creación de regiones, competencia de las provincias.

La voz “desarrollo humano” hace un viraje de la cláusula a términos antropocéntricos, a un mundo en que se deberán garantizar las condiciones para que se desarrolle la vida, en todas sus formas, pero especialmente la vida humana. Está íntimamente este llamado conjugado con la noción de calidad de vida. Estos aspectos en términos generales. Analicemos en detalle este contenido.

Ya nos hemos referido previamente a los diversos modelos de desarrollo en otra parte del presente. Los hay varios. Pero aquí se reporta un modelo de desarrollo coincidente con el del informe “Nuestro Futuro Común” (1987), el llamado *desarrollo sostenible*.

La interpretación de este tipo de preceptos debe conectarse con aspectos específicos con la de aquellos que consagran fines. Es una dimensión que se hace presente en la interpretación de una norma que pertenece a lo

que Canosa Usera denomina “Constitución ambiental”, porque “la protección de intereses medio ambientales sirve a la calidad de vida y, a la postre, a la dignidad de la persona, cuyo *desarrollo* se pretende (art. 45.1 CE)”²⁰.

Como explica Sabsay, “la introducción en 1994 de la voz ‘desarrollo humano’ al cuerpo de la Constitución se inscribe dentro del marco de la ampliación de su ‘techo ideológico’ e importa la incorporación de un nuevo valor que irradia tanto sobre la parte dogmática como sobre la parte orgánica de la ley fundamental. Estamos frente a un nuevo modelo de desarrollo que integra la noción de orden público ambiental que la Corte Suprema ha tomado en varios de sus fallos”²¹.

Al analizar este artículo 41 CN, Daniel Alberto Sabsay sostiene que dicha disposición califica al medio ambiente como “sano, equilibrado...” y se debe entonces recalcar que en éste sistema sólo se podía lograr que el mismo poseyera estas cualidades cuando las actividades a llevarse a cabo permiten que se pueda cumplir con el objetivo en el tiempo de satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes sin privar de ellas a las generaciones futuras. De esta manera queda incorporada a nuestro texto constitucional la noción de *desarrollo sustentable o sostenible* que hoy en día ubica a la variable ambiental como necesaria en la toma de toda decisión que haga al desenvolvimiento de una comunidad organizada²².

²⁰ Canosa Usera, R., “Aspectos constitucionales del derecho ambiental”, en Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Núm. 94. Octubre-Diciembre 1996 p. 80.

²¹ Sabsay, D.A., “El modelo de desarrollo sustentable”, en Sabsay Daniel (director) Manilli Pablo (coordinador), Constitución de la Nación Argentina Tomo 2, Hammurabi Depalma José Luis, Buenos Aires, 2010, ps. 207/218. También se puede consultar SABSAY DANIEL ALBERTO y DI PAOLA MARÍA EUGENIA, “El Federalismo y la Nueva Ley General del Ambiente”, Doctrina Judicial, ADLA LXIII-A.

²² Sabsay, D.A., “El Desarrollo Sustentable en un Fallo de la Justicia Federal”;

Explica el autor que la protección jurídica en materia ambiental debe proyectarse hacia el futuro. Se debe tener en cuenta la irreversibilidad, la mayoría de las veces, de las consecuencias dañosas para el ambiente que resultan de las actividades humanas. Toda la atención debe estar puesta precisamente en la *prevención* de esos efectos no queridos de las acciones que hacen al desarrollo. Es decir que se debe trabajar teniendo siempre presente a la variable ambiental. Ello debe partir de una concepción que estimule la idea de desarrollo, de ninguna manera que se contraponga a él, claro que en el marco de un accionar que vincule permanentemente a las dos nociones; y, por lo tanto, a las consecuencias que de las mismas se derivan²³.

En consecuencia, se debe entender -respecto al artículo 41- que de él se deriva que la protección debe ser *preventiva*. Entonces se debe garantizar a los individuos y grupos el intervenir contra una amenaza eventual que se cierna contra la preservación del ambiente²⁴. La *prevención* se desprende entonces del primer párrafo del artículo 41 CN. Esta cuestión resulta significativa, pues se debe entender la diferencia entre los dos ámbitos dentro de los cuales se mueve el artículo 41 de la Constitución Nacional: por un lado, lo que es el daño al ambiente consumado y por el otro la prevención de ese daño, es decir dos maneras diferentes de visualizar la protección ambiental. Es claro que entendemos al segundo aspecto por encima del primero. Como bien se desprende de la

Publicado en *El Derecho. Diario de Jurisprudencia y Doctrina*. Año XXXV 9355 (10/10/97), Buenos Aires, p. 1.

²³ Sabsay, D.A, cit., p. 1.

²⁴ Sabsay D.A, López Alfonsín, M., "Derecho y protección del medio ambiente. Los intereses difusos de la Constitución Nacional, la protección legal del medio ambiente", en el libro *Leyes reglamentarias de la reforma Constitucional, Pautas sugerencias fundamentales*, Editado por la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 1996, p. 149.

doctrina citada precedentemente no podemos interpretar que el constituyente ha ya dejado abierta la puerta para un esquema alternativo – prevención y daño en pie de igualdad - sino que claramente el sentido del primer párrafo está calificado todo por el elemento “sustentabilidad”.

De allí que la norma no deja margen para una visión alternativa de los dos esquemas. De lo contrario se daría la paradoja de que el potencial dañador pueda elegir entre las opciones de dañar y luego cargar con las consecuencias económicas de su actividad por imperio del principio de responsabilidad; o cumplir previamente con las condiciones de la prevención, lo que también le implicará costos, pero que puede que terminen siendo mayores a los de la primera opción. Esto en una economía de mercado resulta sumamente peligroso, pues puede conllevar a efectos no deseados por el constituyente que ha calificado al desarrollo como *sostenible*.

Bidart Campos entendía que el llamado *desarrollo “sustentable”* –o sostenible- configura un tipo o modelo de desarrollo duradero que haga posible la vida de los seres humanos, de la fauna y de la flora en nuestro planeta tierra, todo ello enmarcado en el entorno ambiental que hace las veces de un hábitat. Para que así sea resulta imprescindible que las políticas de desarrollo en y para cada presente tomen muy en cuenta también el futuro, porque la perturbación o el daño ambientales no siempre son inmediatos, sino que pueden producirse tardíamente si ya, desde ahora, no se adoptan las precauciones necesarias. A tales repercusiones futuras las previene el art. 41 con un claro sesgo de *solidaridad social*²⁵. Esta proyección futurista nos recuerda, a su modo, la convo-

²⁵ Coria, S., Devia, L., Gaudino, E., *Integración, desarrollo sustentable y medio ambiente*, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997; todo citado por Bidart Campos Germán Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino I-B, cit., ps. 229/230.

catoria que analógicamente siempre hemos creído descubrir en el viejo e histórico preámbulo, cuando alude a “nosotros” -en cada hoy- y a “nuestra posteridad” —en lo porvenir-. Es algo así como un ensamble en la continuidad del tiempo histórico, que en materia de derecho ambiental adquiere especialísima relevancia. Lo importante, entonces, es saber escrutar a cada momento las repercusiones favorables o nocivas que se transfieren a las generaciones venideras²⁶.

Enseña Horacio Rosatti que “sólo un sistema democrático completo, que propicie la participación de todos y se proponga la consecución de fines valiosos, será capaz de comprender la complejidad del tema ambiental y su vinculación directa con la calidad de vida social (actual y futura). Una perspectiva *axiológica procesal o procesal axiológica* no sólo garantizará tomar las mejores decisiones (a mayor cantidad de opiniones sobre cuestiones no reservadas a las ciencias exactas menor margen estadístico de error) sino que asegurará la defensa social de esas decisiones frente al poder de los intereses sectoriales (siempre se está dispuesto a defender aquello en lo que se ha participado, pero difícilmente aquello que no se conoce por no haber intervenido en su gestación)²⁷.

El legislador se ha ocupado de este principio en varios contenidos normativos. En el artículo 4 Ley General del Ambiente 25675 surgen dos principios que nacen del de sostenibilidad: equidad intergeneracional y sustentabilidad. Es en estos segmentos que el concepto de base constitucional se desgrana en el ámbito legislativo. Vemos menciones nuevamente en la ley 26331 de bosques nativos en sus artículos 1, 3.e, 4, 9, 12 incisos a, b y f, 12, 13, 15, 18, 19, 20, 21, 22, 23.c, 24.

²⁶ Bidart Campos, G., Tratado elemental de derecho I-B, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 230.

²⁷ Rosatti, H., Derecho ambiental constitucional, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 62.

Entrando el terreno de las primeras conclusiones estamos en condiciones de decir que el sistema propuesto por el legislador de excepción compone al desarrollo sostenible como el modelo adoptado por la Nación, y yendo un poco más allá, como un *principio estructural de nuestro estado constitucional*. Por su vis expansiva este modelo esparce sus contenidos vitamínicos sobre los tres poderes, modificando contenidos, readaptando aspectos de gestión (pensemos en el nuevo debido proceso legal ambiental, en base a los vectores participación ciudadana, acceso a la información y justicia), de operación (vis integradora, supletoriedad de contenidos sectoriales por sobre aspectos nucleares), nuevo federalismo en la vinculación vertical (complementariedad –art. 41 CN-, congruencia –art. 4 LGA) de limitación de derechos (segundo párrafo artículo 41 CN, arts. 14 y 240 CCyC) entre otros aspectos, nuevas reglas procesales en la decisión judicial (procesos estructurales). Básicamente, este principio obliga a repensar la morfología del Estado de derecho como lo conocemos.

2. El segundo elemento: el Estado ambiental de derecho.

Según Germán Bidart Campos “Se entiende bien que un Estado democrático adapta a su organización un plexo de principios y valores que, salvados los estilos y las idiosincrasias culturales de cada sociedad, responde a una matriz esencial que es constitutiva de toda forma democrática, y que ya antes diseñamos: inserción del hombre en la comunidad política de conformidad con su *dignidad de persona* y con sus *derechos*, y *organización de un poder limitado, distribuido y controlado*”²⁸ (el destacado nos pertenece).

²⁸ Bidart Campos, G., La interpretación del sistema de derechos humanos, Ediar, Buenos Aires, 1994, p. 65.

El Estado democrático enfocan sus instituciones en la protección de la persona y de sus derechos, y por este motivo, la evolución inevitable hacia el derecho al ambiente en tiempos de la posmodernidad no puede dejar de hacer repensar las instituciones, enfocándolas en la promoción y garantía de los derechos de esos tiempos. Esto explica entonces la necesidad de encajar *Estado de derecho y protección del ambiente*.

La evolución histórica nos permite advertir dentro del constitucionalismo clásico -de ritmo liberal- constituciones acotadas mostrando un Estado constitucional de derecho que se enfoca en libertades decimonónicas. En años del Constitucionalismo social, con el advenimiento del Estado de bienestar se adensan los contenidos con constituciones detallistas o “extensas”, porque en lugar de pretenderse la conservación de la situación social, económica o cultural establecida, se aspira a su transformación para lo que se exige violentar o modular intereses varios. La Constitución ha de autorizar esa ponderación entre bienes jurídicos. En años de la tercera evolución del Estado constitucional de derecho, alumbramos un modelo en que se pasa del Estado social al *Estado ecológico de derecho* o como lo distingue la Corte federal argentina con mejor precisión: el *Estado ambiental de derecho*. Esta descripción historicista del concepto²⁹, que es producto de una suma de etapas en el devenir del tiempo nos permite conocer el perfil del modelo de *Estado ambiental de derecho*. Como las pinturas rupestres de esas cuevas que suman colores de diversas épocas, el modelo actual no aniquila al Estado liberal ni al social, es una versión que los amalgama. Protegerá la propiedad, la libertad de comercio, pero se obligará a diseñar políticas activas de satisfacción de derechos como

²⁹ Heller, H., *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, SA de CV, (primera edición en alemán 1934), Quinta reimpresión Buenos Aires, 1992, ps. 118/122.

la vivienda, la salud y además garantizará la protección y conservación de las condiciones para el goce de bienes colectivos -como el ambiente- que permite la vida a la generación presente y las futuras³⁰.

En Argentina, Humberto Quiroga Lavié fue quien inauguró el concepto de *estado ecológico de derecho* en un artículo clásico (“El estado ecológico de derecho en la Constitución nacional”³¹) escrito allá por el año 1996. Nos unimos al homenaje que la Corte hace a uno de los trabajos de doctrina más leídos y citados del derecho ambiental argentino; aunque no creemos sólo de homenajes se trate. Pero vale la pena esta intertextualidad para alertar al lector desprevenido. Recientemente hemos preparado dos aportes sobre este tema de los que estos pasajes tienen algunas pinceladas³².

En España hace años el profesor López Ramón alertaba que “estamos recorriendo un camino que conduce hacia el estado ecológico y social de derecho, prestando atención fundamentalmente a las clases más desfavorecidas, que son aquellas que más padecen los impactos del cambio climático”³³.

³⁰ Para consultar una visión correctora de la tesis de las generaciones se puede ver BAZÁN VÍCTOR, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales, recorrido por el derecho y las jurisprudencia americanos y europeos*, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2014.

³¹ Quiroga Lavié, H, “El estado ecológico de derecho en la Constitución nacional”, Publicado en *La ley 1996-B-950*, también publicado en Cafferatta N., *Tratado jurisprudencial y doctrinario de derecho ambiental*, Tomo II: textos completos, *La Ley*, 2012, ps. 535/6.

³² El primero “El Estado ambiental de derecho” en *Revista Juris Plenum Direito Administrativo*, (en prensa); el segundo “El Estado ambiental de derecho” en *Jurisprudencia Argentina*, (en prensa). Asimismo, la Conferencia “Estado ambiental de derecho” a cargo de José Esain del 6 de octubre de 2016 en la Academia Nacional De Derecho Y Ciencias Sociales De Córdoba, (organizada por el Instituto De Derecho Ambiental Y De Los Recursos Naturales; y la Universidad Nacional de Córdoba, Facultad De Derecho, Secretaría De Extensión).

³³ Marraco Espinós, J.M., “El estado ecológico de derecho”, 30.11.2015

Es la doctrina alemana –cuna de la tesis- la que se explaya sobre el *Estado ambiental de derecho*. Rainer Wahl³⁴ dice: “la política medio ambiental y su derecho se definieron y concibieron como expresión de una específica *función del Estado*. La evolución histórica conducente al derecho medio ambiental se presentó como una modificación de la percepción de las funciones del Estado y como el descubrimiento de una nueva e importante función. El Derecho medioambiental como materia y la política medioambiental se reencontraron en el plano superior de las funciones estatales más importantes; en el plano, por tanto, concerniente a los principios mismos. Los conceptos de medio ambiente, precaución y prevención fueron entendidos como expresión de funciones centrales del Estado en el último tercio del siglo XX. En este contexto, nada tiene de sorprendente que se modificase la Constitución para introducir en ella la protección del medio ambiente como función del Estado (art. 20.a de la GG). Desde este punto de vista, la política medioambiental o la protección del medio ambiente aparecían como expresión de un tipo especial de Estado: el *Estado medioambiental*³⁵ o el Estado de la adopción

(<http://www.abogacia.es/2015/11/30/el-estado-ecologico-de-derecho/>)

³⁴ Wahl R., *Herausforderungen und Antworten*, Walter de Gruyter GmGH, Berlin Boston, Traducción de José Carlos Mardomingo para Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales SA Madrid, 2006, ps. 101/102.

³⁵ Kloeper (ed.) *Umweltstaat* (nota 165); Hofmann, “Umweltstaat: Bewahrung der natürlichen Lebensgrundlagen und Schutz vor den Gefahren und Risiken von Wissenschaft und Technik in staatlicher Verantwortung“ en Badura Dreier (Eds.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, 2001, ps. 873 y ss. (con referencias a sus trabajos anteriores); Callies, *Rechtsstaat und Umweltstaat*, 2001, ps. 153 y ss.; Wahl Appel, “Prävention” (nota 154), ps. 13/24; Steinberg, *Der ökologische Verfassungsstaat*, 1998, en cada caso con referencias; Bosselmann, 1992; Baumeister (Ed.), *Wege zum ökologischen Verfassungsstaat. Umweltschutz ohne Öko-Diktatur*, 1994; Wolf, „Der ökologische Rechtsstaat als prozedurales Programm“, en Rossnagel/Neuser (Eds., *Reformperspektiven im Umweltrecht*, 1996, ps. 57 y ss. (Todo citado por ps.

de precauciones para el futuro³⁶. Una amplia serie de publicaciones reunió numerosos trabajos bajo ese signo. El Estado medioambiental y el Derecho constitucional medioambiental fueron tematizados como tales³⁷.

Peter Häberle ha explicado que “bien visto, el *Estado social de derecho* es una ‘prórroga’ congenial, para el siglo XX, del antiguo concepto de Estado de derecho, y actualmente, es de preguntarse si no requiere una nueva prórroga, tomando en cuenta que el Estado constitucional es responsable también por las *futuras generaciones* y en tal medida se encuentra obligado a la *protección del ambiente* (‘Estado constitucional o de derecho ecológico’)”³⁸.

Es importante entonces saber que todo el andamiaje público debe reconsiderarse en cortejo de las pautas internas del derecho al ambiente. Detrás impone y da fuerza a este nuevo desarrollo hermenéutico la estructura de contenidos que rodean al derecho al ambiente de modo integrado: acceso a la información, participación ciudadana, énfasis preventivo, precautorio, progresivo (y no regresivo), entre otros elementos. Las autopistas del derecho ambiental darán ritmo al tráfico de este nuevo formato de Estado de Derecho se bifurcan en tres sentidos: 1) los principios de derecho ambiental; 2) el debido proceso legal ambiental en la toma de decisión (acceso a

101/102, citado por Wahl Rainer, cit., p. 101).

³⁶ Al hilo del concepto de las precauciones para el futuro y el desarrollo se abordan y elaboran conceptualmente la sostenibilidad y la justicia entre las generaciones; fundamental a ese respecto: APPEL Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge (nota 156), citado por Wahl Rainer, cit., p. 102.

³⁷ Sobre esto el ciclo de cursos acerca del “Estado medioambiental” organizado desde 1988 en Ladenburg por Michael Kloepfer bajo los auspicios de la Fundación Gottlieb Daimler y Karl Benz y sus 20 volúmenes de *Studien zum Umweltstaat*.

³⁸ Häberle P, *El Estado constitucional*, (Primera edición 2001), Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídica, México, 2003, ps. 224/226.

la información y participación ciudadana); c) las herramientas singulares y estratégicas de derecho ambiental (evaluación de impacto ambiental, evaluación ambiental estratégica, ordenamiento ambiental del territorio, auditorías, instrumentos económicos como fondos, seguros, etc.)

Como dice Canosa Usera, “lo ambiental posee una textura distinta a la de otros intereses integrados en el Estado social. Es más complejo y su realización, en armonía con los otros, más costosa. Y ello porque el bien jurídico ambiental está en potencial conflicto con cualquier otro bien constitucional (clásico o social). La capacidad de lo ambiental para converger yuxtaponerse, su carácter poliédrico y su *vis expansiva* obligan a un replanteamiento completo del Estado social que lo asuma impregnando las políticas sociales y económicas de componentes ambientales. Se trataría de lograr un Estado social ambientalmente orientado³⁹.

Es que el ambiente a diferencia de los derechos económicos, sociales y culturales clásicos (DESC en adelante), es un derecho con otra silueta. Por un lado, obliga al Estado a una serie de actividades promotoras del goce de este bien colectivo, pero además muchas de las medidas de protección terminan reflejando límites a actividades u otros intereses jurídicamente relevantes, como el derecho al trabajo, a la industria.

Dice Canosa Usera –y plena razón tiene– que lo ambiental es todo lo contrario con los derechos clásicos y los sociales porque “aquí en cambio sucede que la preservación de los recursos naturales choca frontalmente con un sistema económico fundado en su sistemática explotación⁴⁰.

³⁹ Canosa Usera, R, *Constitución y medio ambiente*, con Prólogo de Lucas Verdú, y presentación y selección de jurisprudencia a cargo de Susana Ynes Castañeda Otsu, Jurista editores, Lima, Perú, 2004, p.43.

⁴⁰ Krämer L., *Derecho ambiental y Tratado de la Comunidad Europea*, Mar-

Como se puede advertir, es necesario ir más allá del Estado social de derecho, para alcanzar objetivos universales, mundiales, globales, intergeneracionales. Es verdad que el derecho ambiental emerge en el modelo social desde la tesis de las obligaciones positivas, prestacionales, un espacio que pretende mejorar las *condiciones existenciales*. Por este motivo, en aquellos primeros años de reconocimiento del derecho al ambiente se ven constituciones que alojan la prerrogativa a modo de obligación del Estado (la Constitución alemana en su artículo 20.a –aunque tardía en el tiempo– es paradigmática en este aspecto). Pero a poco de andar estas normas evidencian incompletitud. Así, a ese primer impulso le sigue el reconocimiento del derecho al ambiente de *modo directo (subjetivo)*. De todos modos, no podemos dejar de recordar aquel origen porque es esta morfología iniciática la que demuestra el contacto que este derecho tiene con los derechos económicos sociales y culturales. De hecho, en un primer momento se pensó que estábamos ante un DESC de los clásicos, que exigían del Estado actos positivos, obligaciones, prestaciones. A poco de andar nos dimos cuenta que eso no alcanzaba. Este derecho implica para el Estado resguardar un bien jurídico nuevo, de características nóveles, mediante legislación concurrente entre los diversos órdenes jurídicos internos, y sobre todo una novedosa materia limitante de los derechos de los particulares que en su ejercicio comprometen el ambiente. De todos modos, será en la etapa final en la que se exigirá de estos derechos no sólo un Estado prestacional, otro de policía, sino también un Estado que pueda encarar una agenda que se proponga una transformación profunda y radical en el sistema económico global, tema hartamente complejo.

La influencia de los procesos de integración también ha sido de capital trascendencia para el desembar-

cial Pons, Madrid, 1999, p. 111.

co de la figura. La organización europea ha insuflado derecho ambiental en sus miembros; primero desde sus clásicos programas comunitarios de acción ambiental, en segundo lugar, mediante una copiosa regulación en la que se destacan las Directivas que obligaron a la transposición en los órdenes internos. De este modo se ha terminado de moldear una suerte de *dogmática del Estado ambiental de derecho*⁴¹.

Finalmente, Gómez Canotilho reconoce la aparición de un nuevo principio, el *de la sostenibilidad*. Explica que “tal como otros principios estructurantes del Estado constitucional -democracia, libertad, juridicidad, igualdad- el *principio de la sostenibilidad* es un principio abierto, sin concreción conformadora y que no aporta soluciones prontas, sustentándose en ponderaciones y decisiones problemáticas. Es posible, no obstante, conformar el imperativo categórico que está en la génesis del principio de la sostenibilidad y, si se prefiere, de la evolución sostenible: los humanos deben organizar sus comportamientos y acciones de forma que no vivan: (i) a costa de la naturaleza; (ii) a costa de otros seres humanos; (iii) a costa de otras naciones; (iv) a costa de otras generaciones. En términos más jurídico-políticos, diremos que el principio de la sostenibilidad comporta tres dimensiones básicas: (1) la sostenibilidad interestatal, imponiendo la equidad entre países pobres y países ricos; (2) la sostenibilidad generacional, que apunta a la equidad entre diferentes grupos de edad de la misma generación (ej.: joven y mayor); (3) la sostenibilidad intergeneracional, que impone la equidad entre personas vivas en el presente y personas que nacerán en el futuro”⁴².

⁴¹ López Ramón, F, “Caracteres del derecho comunitario europeo ambiental”, en *Revista de Administración Pública* Núm. 142. Enero-abril 1997, p. 53.

⁴² Gomes Canotilho, J, “Principios y ‘nuevos constitucionalismos’. El problema de los nuevos principios”, en *ReDCE*. Año 7. Núm. 14. julio-

Del recorrido del derecho comparado observamos cómo la posición adoptada por la Corte no hace más que seguir los pasos que a nivel internacional otros países desandaron hace tiempo. En este sentido resulta muy auspicioso el auto en comentario. Veamos en detalle la cuestión en nuestro país.

En nuestro sistema la manda que obliga a teñir de verde la actuación de los poderes emerge a) del segundo párrafo del artículo 41 CN que dispone la obligación de las autoridades (todas) de proveer a la protección del derecho al ambiente; b) del primer párrafo que se encarga de disciplinar el modelo de desarrollo, que debe ser *sostenible* (“desarrollo humano”. “para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras”). Enlazando este mandato con los artículos 1 y 2 CN los que por mandato de los artículos 5 y 123 redistribuyen el flujo por toda la estructura republicana y federal, debemos reconsiderar todos los componentes. Como dice Sabsay “la introducción en 1994 de la voz ‘desarrollo humano’ al cuerpo de la Constitución se inscribe dentro del marco de la ampliación de su ‘techo ideológico’ e importa la incorporación de un nuevo valor que irradia tanto sobre la parte dogmática como sobre la parte orgánica de la ley fundamental. Estamos frente a un nuevo modelo de desarrollo que integra la noción de *orden público ambiental* que la Corte Suprema ha tomado en varios de sus fallos”⁴³.

diciembre/2010, ps. 321-364.

⁴³ Sabsay D.A., “El modelo de desarrollo sustentable”, en Sabsay Daniel (director) Manilli Pablo (coordinador), *Constitución de la Nación Argentina Tomo 2*, Hammurabi Depalma José Luis, Buenos Aires, 2010, ps. 207/218. También se puede consultar Sabsay D.A., Di Paola, M.E., “El Federalismo y la Nueva Ley General del Ambiente”, *Doctrina Judicial*, ADLA LXIII-A.

2.1 Opinión Consultiva 23/2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Estado ambiental de derecho.

La Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (OC-23/17) de 15 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Colombia, tiene un valor histórico. En ella la Corte, ejercitando su “función consultiva” reconoce -por primera vez- como integrante del sistema de derechos humanos, el “derecho al ambiente”. Dice el párrafo 56 de la Opinión Consultiva: “En el sistema interamericano de derechos humanos, el derecho a un medio ambiente sano está consagrado expresamente en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador: “1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados parte promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente”⁴⁴.

Previa y posteriormente a este párrafo –que resulta ser el *holding* de la O.C.- la Corte Interamericana rememora la tesis de la interdependencia e integración del derecho al ambiente como prerrequisito para el goce de otros derechos expresamente reconocidos por el sistema

⁴⁴ Agrega en el párrafo 57: “Adicionalmente, este derecho también debe considerarse incluido entre los derechos económicos, sociales y culturales protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana, debido a que bajo dicha norma se encuentran protegidos aquellos derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA, en la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (en la medida en que ésta última “contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere”) y los que se deriven de una interpretación de la Convención acorde con los criterios establecidos en el artículo 29 de la misma (supra párr. 42). La Corte reitera la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello.

(protección indirecta)⁴⁵.

El gran avance de esta resolución resulta ser que el reconocimiento del derecho al ambiente se da de modo independiente y como integrativo de los derechos económicos sociales y culturales (DESC en adelante) del artículo 26 CADH (protección directa). Desde allí la CIDH desprende una serie de obligaciones con base en instituciones de derecho ambiental y sobre todo del derecho internacional del medio ambiente: principios de prevención y precaución; obligación de cooperación, y obligaciones de procedimiento como el acceso a la información y la participación ciudadana. Constituye un indicador normativo que se expresa en el ámbito “material” -sentencia- pero de carácter estructural –por tener efectos sobre la totalidad de la materia- con un alto grado de seguimiento⁴⁶.

⁴⁵ Casos Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 137; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr 118; Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 121 y 122, y Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam, supra, párr. 173. Cfr. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, supra, párr. 163, y Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam, supra, párr. 181. Cfr. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, supra, párr. 164; Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 147 y Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270, párr. 354

⁴⁶ En 2006 la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en las sentencias “Almonacid Arellano” y “Trabajadores Cesados del Congreso” comienza a requerir que los propios jueces nacionales también realizaran en sus sentencias el “test de convencionalidad del derecho interno” ellos mismos (hasta esa fecha era la CIDH la que lo hacía en instancia de revisión de las sentencias de las Altas Cortes de los países que integran el sistema interamericano). Considerando esta tesis (y sin ingresar a analizar el modo en que

La opinión consultiva es un enorme paso en la integración de dos espacios de derecho ambiental que se desenvolvían de modo paralelo: el derecho internacional de los derechos humanos (donde se abrió paso el reconocimiento del derecho al ambiente como derecho fundamental); y el DIMA o derecho internacional del medio ambiente⁴⁷, (que comprende el movimiento derivado de las declaraciones internacionales de Estocolmo 1972, Río 1992, las que revisten casi todo el contenido de la disciplina ambiental)⁴⁸. La vinculación entre ambos espacios es interesante. Son caminos que han ido como las vías de un tren, en relación simbiótica, pero sin integrarse, desde que en el derecho internacional de los derechos humanos la prerrogativa se iba comenzando a abrirse paso con algunos excepcionales hitos⁴⁹; en el DIMA el

la Corte Argentina la relativiza en la sentencia “Menem Carlos Saúl c/ Editorial Perfil y otros s/Daños y Perjuicios” (M. 368. XXXIV. REX14/02/2017 Fallos: 340:47) el material analizado (OC 23/2017) tendrá capacidad de seguimiento dentro del sistema jurídico argentino.

⁴⁷ Drnas de Clément, Z, “El derecho internacional ambiental como subdisciplina del derecho internacional público en la ‘era global’”, en Integración en ideas, Publicación electrónica cuatrimestral del Instituto para la Integración y el Desarrollo Latinoamericano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Tucumán (IDELA/UNT) director de la publicación: Jorge José Torres Vol. 1 – abril 2011 25 de mayo 456 – 4000 – San Miguel de Tucumán, Tucumán, Argentina.

⁴⁸ Esain J.A., “Reseña histórica del nacimiento del derecho ambiental en las conferencias internacionales y su vinculación con los modelos de desarrollo” Publicado en Revista de Derecho ambiental, Cafferatta Néstor (director) Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, nro. 39, julio septiembre 2014, ps. 167/196.

⁴⁹ Recordemos –y lo dice John Knox (experto independiente designado por Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, mediante resolución 19/10, aprobada el 22 de marzo de 2012, sobre la “cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible”)- este derecho no aparece incluido entre los instrumentos originarios porque en años de posguerra, la degradación del ambiente no representaba un problema de suficiente entidad como para concluir en el reconocimiento de un derecho.

proceso de reconocimiento fue más temprano, aunque también gradual.

Los pasos de progresiva unión de ambos vectores los describe Adriana Espinosa González⁵⁰ y concluyen en lo que la autora denomina “enfoque integrado”. Según Cançado Trindade y otros autores⁵¹, en 1972 con la Conferencia de Estocolmo se da el primer hito en la internacionalización de la protección medioambiental (o la “era ecológica” en términos de Kiss⁵² al amparo de la consolidación del movimiento ambientalista, según Campins Eritja⁵³). Según Espinosa González en esa fecha se inicia el camino hacia la progresiva asunción en ambos regímenes desde una perspectiva de *enfoque integrado*, que puede hallarse actualmente en fase de consolidación. Kiss describe este fenómeno como la “conjugación de los dos valores esenciales que han emergido en el siglo XX, esto es la protección de los derechos humanos y del medio ambiente”⁵⁴. Dice Espinosa González que “el enfoque integrado está conformado por la convergencia de dos perspectivas que han impulsado al régimen internacional ambiental y al régimen de derechos humanos respec-

⁵⁰ Espinosa González, A., *Derechos humanos y medio ambiente: el papel de los sistemas europeo e interamericano* (tesis doctoral), Getafe, mayo, 2015 Universidad Carlos III de Madrid, ps. 12/13.

⁵¹ Cançado, T., “The Parallel Evolutions of International Human Rights Protection and Environmental Protection and the Absence of Restrictions upon the Exercise of Recognized Human Rights” en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 1991, Vol. 13.

⁵² Kiss, A., “Le droit á la conservation de l’environnement ?», en *Revista IIDH*, 1991, Vol. 13.

⁵³ La profesora explica que a finales de los años sesenta y, en particular, desde 1970-2 se produce la consolidación del movimiento ambientalista, que había surgido durante la década de 1960 en Estados Unidos, donde se manifestó por primera vez esa “conciencia ecológica”. (Campins Eritja, *La gestión de los residuos peligrosos en la Comunidad Europea*. Barcelona: José María Bosch, 1994.), p. 23 y nota al pie 4.

⁵⁴ Kiss, A., cit.

tivamente en esa aproximación: el ‘enfoque de derechos’ en el ámbito medioambiental y la ‘ecologización’ de los derechos humanos en este otro sector. Así, por una parte el llamado ‘enfoque de derechos’ (en inglés, *rights-based approach*, RBA) supone abordar los problemas medioambientales desde un marco conceptual cuya base reside en los estándares internacionales de derechos humanos, de modo que tanto el análisis de los mismos como las soluciones aportadas tienen en cuenta (y se encaminan a eliminar) la falta de equidad, las situaciones de discriminación, las vulnerabilidades y las distribuciones de poder injustas asociadas a tales problemas. El enfoque de derechos así entendido ha emergido en el ámbito de las Naciones Unidas, con el impulso de la sociedad civil, como una manera de abordar los problemas ambientales teniendo en cuenta sus dimensiones humanas y se ha aplicado en las dos grandes vertientes de las interacciones entre ambos elementos: en la vertiente de retroalimentación (o, en otras palabras, el estudio del impacto negativo de la degradación ambiental sobre los derechos humanos y, viceversa, el impacto ambiental negativo de la vulneración de derechos humanos) y la vertiente de tensión o conflicto (dimensión negativa).

Por otro lado, la sentencia abona al proceso de “ecologización” del derecho internacional de los derechos humanos es un proceso que ha implicado la incorporación de temáticas ambientales en el tratamiento de problemas relacionados con la protección de los derechos humanos, un fenómeno que, al margen de los impulsos institucionales adoptados en el seno de las Naciones Unidas y otros Organismos Internacionales, ha sido sobre todo liderado por la interpretación jurisprudencial de órganos judiciales o cuasi judiciales, en mayor medida, de los sistemas regionales americano y europeo de

derechos humanos⁵⁵.

2.2 La jurisprudencia de la Corte Suprema argentina sobre el “Estado ambiental de derecho”.

En el ámbito jurisprudencial ha sido la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina la que ha hecho desembarcar la figura del Estado Ambiental de Derecho. Lo hizo en la llamada causas por las “represas” “Néstor Kirchner” y “Jorge Cepernic” en el río Santa Cruz; autos “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia e/ Santa Cruz, Provincia de y otro s/ amparo ambiental” auto del 26 de abril de 2016⁵⁶. Allí sostuvo: “Estamos en nuestro caso ante las puertas de lo que es un *Estado ambiental de derecho*. La Constitución Nacional tutela al ambiente de modo claro y contundente y esta Corte Suprema ha desarrollado esa cláusula de un modo que permite admitir la existencia de un componente ambiental del estado de derecho. Por esta razón, cabe señalar que la efectividad que se reclama para todos los derechos fundamentales, también debe ser predicada respecto de los de incidencia colectiva y en particular del ambiente. Ello es así, pues le corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento. No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos pueden estar lesionados (Fallos: 328: 1146). Que

⁵⁵ Espinosa González, A., cit. p. 19.

⁵⁶ Esain, J.A., “El Estado de Derecho ambiental y la necesidad de consolidar una hermenéutica”, en La Ley del MARTES 11 DE abril DE 2017, Tomo La Ley 2017-B.

de tal manera, el Tribunal como custodio que es de las garantías constitucionales, y con fundamento en la Ley General del Ambiente, en cuanto establece que “el juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general” (artículo 32, ley 25.675), ordenará las medidas que se disponen en la parte dispositiva de este pronunciamiento”⁵⁷.

Esta sentencia es el final de un camino. A modo de filmografía, como una poética, las palabras de la sentencia de la Corte cobran sentido cuando detrás guardan ese recorrido. Hemos pasado de Haberle a Bidart Campos, afinamos por supuesto en Humberto Quiroga Lavié -quien acuña el concepto en nuestro país-. Llegamos a ella porque primero pasamos por un Estado de derecho clásico, en una segunda etapa, un estado social, y finalmente llegamos al Estado ambiental de derecho como última evolución de vanguardia.

Como reconoce la Corte, estamos ante “las puertas de lo que es un *Estado ambiental de derecho*”, frase que en el caso sirve para entender aquello a lo que la sentencia se refiere en este considerando 3.

Analicemos cada parte del considerando que resulta de enorme sustancia para moldear el concepto. En primer término, la Corte dispone que “*La Constitución Nacional tutela al ambiente* de modo claro y contundente y esta Corte Suprema ha desarrollado esa cláusula de un modo que permite admitir la *existencia de un componente ambiental del estado de derecho*” (el destacado nos pertenece). La referencia al derecho fundamental al ambiente como base del nuevo modelo enfoca el modo del viraje de timón. El Estado social se hace ambiental

⁵⁷ CSJ 5258/2014 ORIGINARIO “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia e/ Santa Cruz, Provincia de y otro s/ amparo ambiental” resolución del 26.4.2016.

por la necesidad de satisfacer el derecho fundamental al ambiente. Esta será la base del nuevo Estado constitucional.

En cuanto a la propuesta de “efectividad” “que se reclama para todos los derechos fundamentales, también debe ser predicada respecto de los de incidencia colectiva y en particular del ambiente” la Corte pone énfasis no sólo en la declamación, normación del derecho; debemos avanzar sobre la *efectividad* en su goce. En esto el compromiso debe provenir de todos los espacios del Estado.

Sobre el final del considerando se dice “le corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los *camino*s que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento. No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos pueden estar lesionados”. El objetivo de los órganos en un Estado de derecho es otorgar plena eficacia a las prerrogativas fundamentales lo que modula el perfil.

A esta altura podemos amalgamar las dos nociones y verifica en perspectiva estructural esta sentencia –junto a “Martínez” y “Salas” sobre todo– consolidando una tesis nueva de federalismo en el Estado ambiental de derecho. Estamos ante un ensanchamiento de los controles ejercitados por el orden central sobre las autonomías locales. En “Salas” sucedió “en lo fáctico”, por la potencial responsabilidad internacional del Gobierno Federal gatillada desde las cláusulas federales de los convenios internacionales y por la agresión a un derecho fundamental por un conflicto pero que se sabe –*ab initio*– es local. En “Martínez” se va más allá y se interviene por un conflicto, pero “en abstracto”, con claras derivaciones

fáctica⁵⁸ y por la posible “desnaturalización” de un presupuesto mínimo por normas complementarias locales que provocarían una pérdida de “tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional” desde la creación de licenciamientos ambientales no previstos en el artículo 12 LGA. Desde ese contorno, “Asociación de Abogados Ambientalistas de la Patagonia” un conflicto que pareciera no tener consecuencias federales hasta que se verifican los problemas que para espacios de interés federal pueden derivarse de este emprendimiento. Nuevamente muestra un ensanchamiento de la base de intervención de los poderes del orden federal o en realidad, recuerda que algún espacio debe poseer esta comunidad jurídica parcial central en nuestro federalismo ambiental.

La Corte ha comprendido cada uno de estos aspectos y los ha señalado en sendas sentencias:

1. La modalidad integrada ha sido uno de los ingredientes claves dispuestos por la Corte en las sentencias del 20.6.06 y 8.7.08 en la causa “Mendoza Beatriz”⁵⁹ por la Contaminación del Riachuelo. El Plan solicitado incluso lleva como título la palabra integrado.
2. La concertación federal ha sido exigencia central en dos resoluciones laudatorias: “Villivar”⁶⁰ y “Martínez”⁶¹ la primera con énfasis propositivo en favor de la

⁵⁸ Se enumeran problemas en la salud, el ambiente, pero el foco del caso es una norma local que no responde al esquema del artículo 6 LGA porque impide la uniformidad de los PMPA.

⁵⁹ CSJN M. 1569. XL. ORIGINARIO “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Rfo Matanza - Riachuelo)”, sentencias del 20.6.06 y 8.7.08.

⁶⁰ CSJN “Villivar, Silvana N. v. Provincia de Chubut y otros” sen17 de abril de 2007

⁶¹ CSJ 1314/2012 (48-M) /CS1 RECURSO DE HECHO “Martínez, Sergio Raúl c/ Agua Rica LLC Suco Argentina y su propietaria Yamaha Gold Inc.

promoción de complementos provinciales, y la segunda con énfasis coercitivo anulando ejercicios locales normativos que no se condicen con las pautas mínimas federales es decir por falta de concertación.

3. Finalmente, dos resoluciones claves en materia de debido proceso legal ambiental: primero “Giustinianni”⁶² sobre acceso a la información y segundo “CIPES”⁶³ por participación ciudadana. En ambas se moldean los aspectos neurálgicos que deberá tener el nuevo Estado ambiental de derecho, pero ahora dentro de cada toma de decisión.

En parte, este enorme desafío fue visto en un trabajo señero por Daniel Sabsay en los albores de la última década del siglo pasado (ver frase inicial), tesis a la que hemos contribuido con un aporte propio⁶⁴.

3. Los principios de integración y la regla de supletoriedad en el sistema argentino⁶⁵.

Pasaremos ahora la mirada al espacio interno. Entendemos que el modo en que se expresan estas nociones holísticas, es, mediante y, sobre todo, el principio de integración y la regla de supletoriedad. Estas dos pautas

y otros 5/ acción de amparo” resolución del 2.3.2016.

⁶² CAF 37747/2013/CA1-CSI CAF 37747/2013/1/RHI “Giustinianni, Rubén Héctor el Y.P.F. S.A. s/amparo por mora”, sentencia del 10.11.2015

⁶³ FLP 8399/2016/CSI “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros el Ministerio de Energía y Minería si amparo colectivo” sentencia del 18.8.2016.

⁶⁴ Esain, J.A, “Una Corte para el desarrollo sostenible”, en *Informe ambiental anual 2009* Guillermo Acuña... [et.al.]; edición literaria a cargo de Di Paola, M.A., Sangalli, F; Caorsi, S.; con prólogo de Sabsay Daniel Alberto. Fundación ambiente y recursos naturales, Buenos aires, 2009, p. 289

⁶⁵ La base del presente se puede encontrar en el trabajo de doctrina ESAIN JOSÉ ALBERTO, “El principio de integración y regla de supletoriedad en derecho ambiental”, en La Ley martes 6 de junio de 2017, p. 1 y subsiguientes.

que son estructurales, sirven para ordenar las fuentes, pero además poseen base, génesis en la necesidad de extender los institutos de derecho ambiental para los espacios aledaños. Esto define como ningún otro punto, la vocación integradora, sistematizante que posee este sector del derecho. Analizaremos estos puntos.

Como sistema, el derecho ambiental tiene reglas propias de ordenación, las que no se verifican en otras estructuras jurídicas. Dentro de ellas, las de fuentes se bifurcan en dos sentidos:

- *en sentido vertical* que es la que se da entre normas de diferentes órdenes jurídicos parciales⁶⁶, es decir las relaciones entre las *leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental* (PMPA en adelante) *nacionales*, las *leyes complementarias provinciales*, y las *ordenanzas de segundo complemento municipal*. Emergen aquí los principios de congruencia (art. 4 ley 25675) y complementariedad (tercer párrafo del art. 41 CN) en una suerte de nuevo federalismo al que hemos llamado “ambiental”⁶⁷;
- *en sentido horizontal* que es la que se da entre *fuentes que pertenecen a un mismo orden jurídico parcial* (ya sea el conjunto de normas ambientales de la comunidad jurídica parcial federal o las de las comunidades jurídicas parciales provinciales o de las municipales). Emergen aquí los principios de *integración* (art. 5 LGA) y de *supletoriedad* (art. 3 LGA).

⁶⁶ Kelsen Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, traducción Eduardo García Maynez, Imprenta Universitaria de México, D.F., 1958; ps. 34/5.

⁶⁷ Esain José Alberto, “El federalismo ambiental. reparto de competencias legislativas en materia ambiental en la constitución nacional y la ley general del ambiente 25.675”, en *Revista Lexis Nexis*, número del 7.1.2004, ps. 3/30.

En el presente trabajo abordaremos sólo la ordenación horizontal, desarrollando dos pautas de enorme importancia: *la integración y la supletoriedad*. Para otros mecanismos que hemos abordado de ordenación horizontal –como la no regresión, que se aplica en la ordenación en el tiempo– nos remitimos a trabajos específicos⁶⁸.

En este punto vale la pena que hagamos una aclaración, pues es imposible abarcar en este apretado análisis lo que sucede en todos los órdenes autónomos, tanto provinciales como de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Por eso nos abocaremos al análisis de la estructura horizontal en el orden nacional; y referiremos tangencialmente a algunos ejemplos provinciales. Analizaremos en el presente el conflicto entre LGA y leyes sectoriales del orden jurídico nacional. Lo mismo se debería hacer respecto a los instrumentos provinciales, es decir entre ley general provincial, leyes sectoriales, decretos y resoluciones, sea cual fuere la nomenclatura que adopte cada sistema autónomo.

3.1 Las normas que ordenan las fuentes de derecho ambiental y su base constitucional y legislativa.

En toda disciplina existen previsiones respecto a la creación del derecho. Estamos ante normas que tratan de otras normas. Son reglas que regulan la forma de creación del derecho. Los Estados de manera soberana

⁶⁸ Esain, J.A., “El principio de Progresividad en materia ambiental”, en *Revista de Derecho Ambiental*, Cafferatta Néstor (director) Editorial Lexis Nexis número 2, Buenos Aires, octubre 10 de 2007 páginas 11/23; “Progresividad, gradualidad, no regresión y el derecho humano fundamental al ambiente”, en *Revista de derecho ambiental* nro. 35 de Abeledo Perrot, Cafferatta Néstor (director), Julio septiembre, Buenos Aires, 2013, ps. 1/49; “Progresividad y no regresión en el nivel de protección del ambiente”, en Peña Chacón Mario (director), *El principio de no regresión ambiental en el derecho comparado latinoamericano*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo San José de Costa Rica, 2013, ps. 199/256.

se encargan en sus textos constitucionales de incorporar dichos mecanismos. Explica Hans Kelsen⁶⁹ - que la Constitución en sentido material en gran medida puede entenderse como norma reguladora de la creación de normas generales por los órganos superiores del Estado. Cuando la Constitución establece reglas respecto a las fuentes, esto en realidad comporta un condicionamiento de toda creación de derecho a ella. Estarán formando parte del ordenamiento jurídico entonces sólo las normas que *material y formalmente* sean acordes con los preceptos magnos. Esto implica que la Constitución será condicionamiento *negativo* -en cuanto que excluye la posibilidad de que formen parte del ordenamiento jurídico normas que la contradigan- y *positivo* -estableciendo una disciplina constitucional de las fuentes, al determinar cuáles son los actos normativos y cuál la relación entre ellos-.

Tradicionalmente en el Código Civil se encuentran las reglas que ofician a modo de “código de derecho común” o regulación general de las fuentes. Luego aparecen las leyes básicas de cada sector del ordenamiento. La explicación de este fenómeno radica en el principio de supremacía de la ley del primer período del parlamentarismo británico, y de esa estructura fuertemente centralizada del Estado democrático liberal europeo sin distribución del poder normador. Es en esos años entonces que la Constitución no prestaba demasiada atención al sistema de fuentes como sí lo hacían las reglas dictadas por los propios parlamentos respecto a su creación del derecho. De este modo es que resulta de práctica legislativa en muchos sistemas imponer - ante el silencio de las reglas constitucionales – algún tipo de regulación respecto a las formas de estructuración del esquema normativo infraconstitucional.

⁶⁹ Kelsen, H., cit. ps. 376/7.

Como adecuadamente lo señala Ignacio de Otto, “el que los Códigos Civiles hayan sido la principal normativa sobre las fuentes no se debe sino a que fueron las constituciones las que le han dado ese lugar. El que a la ley se le guarde ese espacio dentro del sistema de fuentes, se ha debido justamente a que la norma constitucional hace de la ley la norma suprema. Esto no hace que la disciplina de las fuentes sea extraconstitucional. Es la norma de máxima jerarquía la que ha establecido la concreta índole del sistema de fuentes constitucionalmente establecido”⁷⁰.

En consecuencia, las reglas del sistema de fuentes tienen base en la Constitución, pero no se agotan allí, pues su regulación general se ha completado desde otros sectores. Hoy de todos modos, la estructura constitucional de fuentes tiene suma relevancia -desde que se ha difundido el sistema americano de supremacía de la Constitución y ha surgido la limitación a la doctrina de la soberanía del parlamento- lo que ha derivado en el nacimiento de complejas reglas en el ámbito de la norma suprema. Mucho de esto ha sido volcado en los artículos del Código Civil y Comercial unificado (ver artículo 1, 2, 3, 4, 5, 7 CU entre otros)⁷¹.

⁷⁰ De Otto, I., *Derecho Constitucional, sistema de fuentes*, Editorial Ariel SA, Barcelona, 1987, p. 83.

⁷¹ Para un análisis respecto a las fuentes del nuevo Código Civil y Comercial se puede consultar Lorenzetti Ricardo (Director), *Código Civil y Comercial comentado*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, Caramelo Gustavo, Sebastián Picasso; Marisa Herrera, Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015; Rivera Julio César, Medina Graciela, Esper Mariano, Armella Cristina Noemí, *Código civil y comercial de la Nación comentado, Volumen 1*, La Ley, 2014. Respecto a la aplicación de las fuentes civiles y las ambientales se puede consultar Esain José Alberto, “La función preventiva ambiental de la responsabilidad civil, en el nuevo código unificado” en *Revista Código Civil y Comercial*, año 2 nro. 9 octubre 2016, Thomson Reuters, p. 181, Cafferatta Néstor A., “Derecho ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial*,

En este lugar avanzaremos sobre reglas y principios que ordenan las fuentes y la interpretación de las mismas en el ámbito del derecho ambiental. Esto posee base en normas constitucionales, pero centralmente los dispositivos se han introducido en el sistema por la ley marco ambiental argentina 25675, es decir por el legislador ordinario. Responde este aspecto al mandato de coordinación que el constituyente ha dado de modo implícito en la cláusula ambiental argentina (art. 41 CN). El concepto que amalgama la idea es el de *funcionamiento estructural para el desarrollo sostenible*. Todo el complejo normativo creado por la norma constitucional debe desarrollarse de modo armonioso. El objetivo califica los mandatos y competencias; y legitima al legislador para incluir en las normas que dicte, sobre todo la LGA, reglas que coordinen los modos de creación del derecho.

3.2 La relación ley marco / leyes sectoriales o específicas.

Existen dos modelos disponibles en derecho comparado para ordenar la estructura normativa ambiental: 1) Ley marco y leyes sectoriales; 2) Codificación.

En la Argentina en el año 2002 con el dictado de la ley 25675 general del ambiente se ha adoptado la primera forma para la órbita del Gobierno Nacional (estructura que en su mayoría se compone de leyes de PMPA aunque no de modo exclusivo). Centro neurálgico de la disciplina que contiene los institutos estructurales, la LGA no agota la regulación de la materia, previendo su *desarrollo* en leyes específicas que se ocuparán de los contenidos especiales (ver las referencias internas al de-

2014 (Noviembre), 17/11/2014, p. 273; Lorenzetti Pablo y Zonis Federico, “La función preventiva de la responsabilidad civil y el daño ambiental”, en Lorenzetti Ricardo (Director), en LORENZETTI RICARDO (Director), *Código Civil cit.*, ps. 276/317.

sarrollo por leyes especiales en los artículos 3, 4, 5, 6, 12 y 34 LGA)⁷².

Un ejemplo de codificación lo encontramos por ejemplo en el caso de Francia con la sanción del Código Ambiental (Ley 2002-276 de 27 de febrero de 2002 art. 132, Diario Oficial de 28 de febrero de 2002). En Argentina la provincia de Chubut ha dictado su Código Ambiental mediante ley 5.439.

Así, el lector y operador jurídico que ingrese en la estructura ambiental notará la existencia por un lado de una ley marco y por el otro, leyes referidas a temas específicos ambientales como las de presupuestos mínimos que se han dictado desde 2002. Enumeramos las leyes 25612 de residuos industriales y de servicios; 25670 de PCBs; 25688 de aguas; 25831 de acceso a la información; ley 25916 de residuos domiciliarios; 26331 de bosques nativos; 26562 de quema de pastizales; 26639 de

⁷² El dictado de leyes generales o marco ha sido la técnica legislativa que han preferido ir adoptando los diferentes países sudamericanos. Anotamos: Colombia: Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente (1974), Venezuela: la Ley Orgánica del Ambiente (1976), Ecuador: la Ley para la Prevención y Control de la Contaminación Ambiental (1976), Brasil: la Ley núm. 6.938 que dispone sobre política nacional del medio ambiente; sus fines y mecanismos de formulación y aplicación y establece otras providencias (1981), Cuba: la Ley núm. 33 sobre Protección del Medio Ambiente y el Uso Racional de los Recursos Naturales (1981), Guatemala: la Ley para la Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente (1986), México: la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (1988), Perú: 185 el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales (1990), Bolivia: la Ley General del Medio Ambiente (1992), Honduras: Ley General del Ambiente (1993), Chile: la Ley núm. 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente (1994), Costa Rica: la Ley Orgánica del Ambiente (1995), Nicaragua: la Ley General del Medio Ambiente y los Recursos Naturales (1996), El Salvador: la Ley del Medio Ambiente (1998), Panamá: la Ley General del Ambiente (1998), República Dominicana: la Ley núm. 64-00, Ley General sobre Medio Ambiente y Recursos Naturales (2000) Uruguay: la Ley núm. 17283, Ley General de Protección Ambiental (2000), Argentina: Ley 25675 general del ambiente (2002), Perú: Ley general del ambiente 28.611 (2005).

protección de glaciares entre otras; o incluso normativa dictada por fuera del formato de los presupuestos mínimos anterior o posterior a la reforma de 1994, como las leyes 20284 de atmósfera; 22421 de fauna; 22428 de suelo; 22351 de parques nacionales; 24922 federal de pesca; 24585 que actualiza el Código de Minería con un título ambiental; 23879 de evaluación de impacto ambiental para represas, entre otras. Todo este enunciado nos muestra un doble nivel de análisis: por un lado, las normas sectoriales y por el otro la ley marco (LGA). Ambos componentes deben conjugarse, para lo que la estructura define pautas de ordenación. Por este motivo nos proponemos identificar la relación entre ambos escenarios (sectorial y marco), compulsar para ello el principio que obliga a integrar la materia ambiental y los contenidos de la LGA en los sectores (principio de integración) y en segundo término la regla hermenéutica que trae la ley marco para ordenar el modo de desembarco de los contenidos nucleares en los espacios específicos (regla de supletoriedad). Finalmente repasaremos la influencia que todo esto trae en casos específicos.

3.3 Principio de Integración.

Este principio es legislado en nuestro sistema en el artículo 5 LGA que dispone: “Los distintos niveles de gobierno integrarán en todas sus decisiones y actividades previsiones de carácter ambiental, tendientes a asegurar el cumplimiento de los principios enunciados en la presente ley”. La fuente de este principio la encontramos en el Tratado de la Comunidad Europea, en su artículo 130.R.2 se señala que las exigencias de protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las demás políticas de la Comunidad.

En política ambiental el *principio de integración* implica reconocer que muchas de las demás políticas

sectoriales tienen también repercusiones ambientales, y constituyen sin duda un factor retardatario de ésta. Nuestra Constitución lo afina en el segundo párrafo del artículo 41 CN cuando regla esa suerte de *crossroads* de competencias para las autoridades. Allí el constituyente obliga a estructurar las fuentes de modo dinámico, no estático. Repasemos el perfil que tiene este principio en el derecho ambiental y finalmente compongamos algunas consecuencias que trae.

Yendo a la *integración* reglada como mandato por el legislador argentino en el artículo 5 LGA y sus consecuencias, ella tiene su ámbito primal de aplicación en los sectores de la Administración Pública. Se propone evitar la *dispersión* de la política ambiental desperdigándola entre las diversas autoridades sectoriales. Es que una enorme cantidad de acciones diversas pueden *atomizar* la política de protección del ambiente. El conflicto que justifica el paradigma ambiental no admite este tipo de déficit. El peligro que se corre es la reinterpretación en cada autoridad sectorial de una política que le es ajena. Por lo tanto, el artículo 5 LGA pretende *coordinar* las funciones de las “diferentes áreas del Estado” e incluso los “diferentes niveles” para que en cada uno de ellos se adopten mecanismos, salvaguardas de protección del ambiente y en concordancia con la LGA. Si uno observa el modo de redacción de nuestro principio de integración, él menciona “todos” los niveles de gobierno, motivo por el cual la nueva melodía debe ser interpretada por toda la orquesta, coordinada por la ley marco como directora.

Quizá el principal fundamento de este principio se encuentra en la naturaleza que posee la ley 25675 derivada de su artículo 1. Es que estamos ante una *ley de contenido constitucional directo*. La base material de la LGA es el artículo 41 CN. Ninguna de las demás leyes de PMPA (25612, 25688, 25670, 25916, 25831, 26331, 26639) tiene este vínculo *directo* con la cláusula ambien-

tal nacional, quizá porque lo desarrollan sólo en aspectos particulares (residuos, aguas, glaciares, bosques, etc.).

El segundo nivel de análisis del texto del artículo 5 LGA se da en el objeto que persigue el principio que es “asegurar el cumplimiento de los principios enunciados en la presente ley”. Cuando se dice principios adoptamos una visión amplia que entiende que los mismos no se limitan a los enumerados en el artículo 4 LGA (principios explícitos) sino todas las normas de la ley general⁷³. Esto provoca que sea la LGA el objetivo de integración, lo que trae como efecto jurídico la necesidad de centralizar en esta norma el sistema de legislación ambiental, así como la autoridad política de aplicación de dicha ley.

Como bien explica el senador Martí⁷⁴ en oportunidad de debatirse el dictado de la ley 25675, las leyes especiales se ocuparán de *implementar* los contenidos específicos que en la ley marco aparecen reglados desde *normas nucleares*. Cada herramienta, cada instrumento, cada instituto incluido en cada uno de esos compartimientos de la ley marco será *desarrollado* mediante leyes especiales. Todas estas son leyes de presupuestos mínimos, con igual jerarquía. La estructura que estamos describiendo tiene fuente en una decisión del legislador que la ha diseñado. El legislador utiliza el verbo “implementar” en su intervención en el Senado, pero creemos es más adecuada la voz “desarrollo”, pues no es necesaria la existencia de la ley sectorial para que los contenidos de la ley 25675 sean operativos.

Desde este abanico surgen expresivas lenguas del derecho ambiental que se extienden *horizontales* sobre

⁷³ Esain, J.A., “La ley general del ambiente 25675”, publicado en *Tratado de derecho federal*, PALACIO DE Caeiro Silvia (directora), Editorial La ley, Buenos Aires, 2013.

⁷⁴ Extracto de la intervención del Senador Martí, párrafo 84 y 85, publicado en *Revista Antecedentes Parlamentarios*, nro. 4, mayo de 2003, Editorial La Ley, Buenos Aires, pp. 655.

cada uno de los ámbitos del Estado que deben funcionar de modo conjugado. Allí la coordinación se impone mediante integración (art. 5 LGA). En paralelo emerge la concertación federal que pretende sistematizar los aspectos normativos hacia el interior del país. Para ello se galvaniza el sistema federal ambiental entre los diversos grados de autonomía territorial, a través del COFEMA.

El desarrollo del *paradigma ambiental* estimuló la necesidad de enfrentar desde el derecho la regulación de las acciones humanas que atacan el bien jurídico colectivo desde variopintos enfoques. El resultado son normas que como el Dr. Jeckyl y el Mr. Hide de Stevenson (*Two timer*, Simmons) son ambivalentes, pues no dejan de pertenecer a ambos espacios. Esa *doble naturaleza significa que son ambientales y sectoriales al mismo tiempo*. Habrá normas de responsabilidad civil por daño al ambiente que serán derecho civil y ambiental, delitos ambientales que serán normas penales y ambientales. Se las verifica en cada hendidura de cada disciplina particular, pero sabiendo que estos contenidos, que en apariencia son derecho administrativo, derecho civil, derecho penal, derecho minero, en realidad son derecho ambiental, por este motivo, ambivalente. Este fenómeno se explica por las características del bien jurídico: expansivo, holístico.

Brañes atacó este tema explicando que cuando el derecho ambiental se ocupa de normas de otro campo de interés, de otras disciplinas, el derecho ambiental hace una "lectura" distinta de esas normas porque su enfoque es diverso al que asumen tales otras disciplinas y la legitimidad de ese enfoque es indiscutible. En consecuencia, para el maestro chileno el derecho ambiental tiene la autonomía que le confiere la especificidad de su objeto, lo que redundará en una nueva forma de analizar materiales

-en muchos casos- ya existentes⁷⁵.

Coincidimos plenamente con Brañes cuando explica que el derecho ambiental no es un “derecho de reagrupamiento” o “derecho horizontal” en los términos en que es presentado; sino algo “nuevo”, porque es el producto de una lectura diversa a la que otras disciplinas pudieran haber hecho *de las mismas normas*. Como la ecología, el derecho ambiental es una disciplina de síntesis, porque recoge conocimientos científicos que se han generado en otros espacios, pero que luego de darles el alcance que corresponde al enfoque propio del derecho ambiental, son re combinados para formar un cuerpo nuevo y unificado de proposiciones jurídicas⁷⁶.

La historia del derecho ambiental está signada por este proceso de síntesis de contenidos dispersos, con enfoque propio. Recordemos que la primera versión (llamada anexionista) de la disciplina la mostraba en total dispersión de aspectos que eran abordados con visiones particularizadas. El derecho ambiental actual es el que trae un nuevo matiz; y como un haz de luz que penetra en cada hendidja, identifica aquellos anexos que pueden ser útiles para abordar el problema ambiental y los re-significa. Este proceso se hace en base al principio de integración, el que resulta entonces una de las columnas centrales de cualquier dogmática que pretenda ordenar al derecho ambiental de modo estructural.

Lo que el legislador pretende con este principio en realidad es integrar la variable ambiental en todas las políticas de gobierno. El resultado del proceso de integración para la fase interna es una *disciplina que sintetiza contenidos, no los agrupa* porque si los agrupara no habrían dejado de pertenecer al espacio sectorial. Volvien-

⁷⁵ Brañes, R., *Manual de derecho ambiental mexicano*, Editorial Fundación Mexicana para la educación ambiental y Fondo de Cultura Económica, México, 2004, p. 49.

⁷⁶ Brañes, R., *Manual... cit.*, p. 50.

do a Brañes, el principio de integración nos recuerda que ninguna norma jurídica pertenece de manera exclusiva y excluyente a una disciplina jurídica determinada. Esto provoca un fenómeno que Brañes describe como la *lectura de las normas ajenas desde un enfoque nuevo*. En este proceso, dado que el derecho ambiental tiene un objeto propio y específico, muestra a la disciplina como “de síntesis” y “no de mero reagrupamiento horizontal”⁷⁷.

En nuestra visión, la estructura de la disciplina nos deja identificar por un lado un núcleo central y ámbitos periféricos. El núcleo central se compone de los institutos estratégicos de la disciplina, en su versión “nuclear” o básica. Aparecerán aquí los instrumentos de gestión enumerados en el artículo 8 LGA, los principios del artículo 4 LGA. En esto un matiz con la tesis de Brañes, en cuanto no consideramos a las normas que ingresan por integración como “ajenas con enfoque nuevo”, sino “de origen ajeno” pero “propias” a partir de todo este proceso de redimensionamiento.

Hemos enumerado como ámbitos sectoriales tres conjuntos: primero los sistemas ambientales (aire, agua, suelo, flora fauna, biodiversidad), segundo las actividades (residuos, pesca, industria, infraestructura, ganadería, agricultura, etc.) y tercero los instrumentos estratégicos (evaluación de impacto ambiental, evaluación ambiental estratégica, ordenamiento ambiental del territorio, etc.). En los entrecruzamientos académicos, el derecho ambiental expande sus contenidos al derecho civil, penal, administrativo, de los recursos naturales, minero, agrario.

La historia del derecho ambiental lo signa como un problema de la realidad abordado en cada espacio específico mediante anexos a sus contenidos neurálgicos, pero sin unicidad estructural. Con el tiempo ese entre-

⁷⁷ Brañes R., Manual..., cit., p. 50.

cruzamiento con otras materias dio por resultado bisoños sectores del saber que se fueron diseccionando -como sucede con esas naves espaciales que van separando parte de sus estructuras a medida que avanzan en sus viajes y superan atmósferas- de los espacios sectoriales para pasar a pertenecer al derecho ambiental. Esto da por resultado *sectores de intersección* que se componen por un lado de contenidos de la disciplina sectorial y por el otro derecho ambiental. El *nomen iuris* que preferimos no es casual, pues de los dos adjetivos que le siguen al sustantivo derecho anteponemos *ambiental* al que se corresponde a la *disciplina integrada* pues consideramos el sector debe ser tributario del núcleo. El modo de expresar esa pertenencia es decir *derecho ambiental civil*, *derecho ambiental penal*, *derecho ambiental administrativo* y no al revés. Todo este problema está signado por la *integración*.

3.4 Instrumentos de coordinación e integración.

Casi al mismo tiempo que percibimos la autonomía del derecho ambiental se muestra necesario pensar en un conjunto de contenidos normativos de aglutinación, integración, coordinación y síntesis. El paradigma ambiental se expresa en una variada cantidad de realidades (en diversas regiones del país/verticalidad//en diversas áreas de un mismo gobierno/horizontalidad) y por este motivo el derecho debe incidir sobre ellas desde una amplia paleta de instrumentos. A modo de panóptico de Foucault, el derecho ambiental está obligado a corregir las acciones que pueden tener consecuencias sobre los sistemas naturales que provengan de la agricultura, la ganadería, la pesca, la industria, y en diversas escalas territoriales. Esta es una característica central de la disciplina, la que parte de uno de los principios de la misma, *el de integración*, pero que evidentemente lo excede.

Visto con esta perspectiva, el principio de *integración* considerado como mandato de coordinación estructural alojado en el artículo 5 LGA provoca cambios en todos los sectores del Estado:

Administración: en el ámbito de las políticas públicas ambientales, la extensión de la ley marco ambiental a las políticas sectoriales implicará que la política ambiental se disperse en sectores ministeriales que no coinciden con este nivel de gobierno. Aparecerá la política ambiental relacionada con el agro y con la ganadería en el ministerio del ramo; con la minería en el área dedicada a esa materia; con los hidrocarburos en el área de energía y combustibles; con la pesca en el área vinculada y así podríamos seguir enumerando espacios sectoriales donde la política ambiental debe estar presente. Como resultado de este fenómeno de filtración emergen dos modelos para organizar la política ambiental en los sectores:

- Dispersión.
- Concentración.

En el primero la toma de decisión política ambiental en el sector integrado la adopta y ejecuta la autoridad sectorial; mientras que en el segundo lo hace la autoridad ambiental.

Entre uno y otro modelo existen espacios intermedios, pero queda claro que la total concentración implicará la aparición de un cuasi super ministerio que acaparará para sí una numerosa cantidad de definiciones sectoriales. El modelo de la EPA en EEUU en los setentas respondía a este espíritu.

El modelo de dispersión extremo conduciría a una autoridad ambiental sólo con el limitado rol de coordinación de las definiciones de los sectores integrados. La

decisión ambiental sectorial integrada en este modelo corresponde a las oficinas ambientales de los ministerios sectoriales. En términos políticos la decisión es adoptada por la autoridad ambiental pero reinterpretada por un funcionario designado, sostenido y removido por la autoridad sectorial. Esto provoca una atomización de la política ambiental.

Como vemos, ni uno ni otro modelo puro son lo recomendable. Se deberá evaluar en cada comunidad jurídica parcial, en qué materias la integración se deba dar con alto grado de concentración y en cuáles adoptar modelos con mayor acercamiento a la dispersión.

- *Legislación:* en la zona legislativa esto obliga a adoptar prevenciones ambientales en las normas sectoriales que regulan actividades con incidencia sobre el entorno o sistemas ambientales. Así las leyes referidas a pesca, ganadería, minería, aguas, aire, suelo, todas deberán adoptar el nuevo enfoque ambiental por lo menos en algún espacio de sus normas. En ese título dedicado al ambiente se debe desperdigar la LGA.

Este principio generará una superestructura normativa en la que el legislador deberá ordenar las fuentes ambientales. La aparición de normas y contenidos de derecho ambiental en *espacios legislativos particularizados* obligará a disciplinar su convivencia con las *reglas estructurales de la materia*. Una agenda legislativa interesante podría ocuparse de revisar las leyes específicas vigentes (Título XIII Código de Minería, ley 23879 de represas, etc.) y su grado de coordinación con la LGA para adaptar sus contenidos. Un ejemplo de normas recientes que siguen este modelo podría ser la ley 27328 de Contratos de Participación Público

- Privada que en su artículo 5 prevé la necesidad de licenciamiento ambiental de proyectos público privados con intervención de la máxima autoridad ambiental nacional.

- *Judicial*: en el ámbito judicial, el proceso referido a la protección del ambiente cobrará nuevos bríos, bisonños perfiles. Se requerirá de un *proceso ambiental* regulado por normas específicas. A eso agreguemos la doctrina judicial que ponga en ejercicio una nueva magistratura para este tipo de procesos, con convocatorias a audiencias públicas, etc. La LGA debe integrarse también aquí. Un buen ejemplo de esto resulta ser la Acordada 8/2015 (fechaada el 08/04/2015) por la que se crea la Secretaría de Juicios Ambientales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 1).

En el ámbito judicial, la integración la encontramos por ejemplo en los mandatos o exhortaciones que se dirigen a los otros poderes, en el modo de enfocar los litigios estructurales. Pensemos en la causa “Mendoza Beatriz” donde la que antes era prueba pericial (un solo perito) se transformó en un dictamen de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y las principales facultades en conjunto, *integrando saberes de modo multidisciplinario*. Esto *a posteriori* la Corte lo refleja en la sentencia que dispone la necesidad de adoptar un nuevo Plan Integrado para el saneamiento de la cuenca (ver sentencia del 8.7.08).

Producto del principio de integración nuestra ley general del ambiente 25675 dispone varias previsiones:

1. La materia de la misma expresada en su artículo 1 LGA (sostenibilidad, expansiva), obliga a la síntesis e integra-

ción.

2. El abanico de objetivos del art. 2 LGA cruza todos los sectores, en una suerte de panóptico.
3. La regla de supletoriedad (art. 3 LGA) dispone que las normas sectoriales mantienen su vigencia en la medida que no contradigan los contenidos de la LGA.
4. El arsenal de principios reglados en el artículo 4 LGA que se esparcen en todos los ámbitos especiales, conforme lo manda el encabezado del mencionado artículo.
5. La manda del artículo 5 LGA que incluye expresamente el principio de integración de la GA en todos los sectores y niveles.
6. El artículo 8 que enumera los instrumentos de gestión, centralizando los mismos en una norma, pero esparciéndolos en los espacios sectoriales, por imperio de los artículos 3, 4, 5 LGA.

Si observamos con detenimiento el principio de integración se dispone en el artículo 5 como obligación (“integrarán” dice) Agrega que la integración se da con el objeto de lograr que esas “previsiones de carácter ambiental” logren “asegurar el cumplimiento de los principios enunciados en la presente ley”. Esto quiere decir que las decisiones que se adopten en el espacio específico por la autoridad *sectorial* deberán tener por objeto introducir el contenido de la LGA. Esto impone la necesidad de compatibilizar la *decisión sectorial integrada* con el contenido de la LGA y hacerlo efectivamente. Porque esto no puede quedar en simples previsiones teóricas, sino que deberían instrumentarse mecanismos de implementación. Para ello se debe pensar en un sistema que torne ejecutivo este mandato. Queda entonces suficientemente expuesto que la integración derivada de este artículo 5 LGA implica la necesidad de agregar al sistema herramientas, rudimentos llamados a tornar reales los

contenidos abstractos.

Uno de los principales que se conocen en derecho comparado es el *principio de compatibilidad* (muy común en el derecho urbanístico y en la planificación). Este principio puede comportarse en sentido vertical u horizontal. En la primera versión significa que, en un Estado con cierto grado de descentralización política interna, el orden central en ejercicio de la competencia de planificación general del territorio interviene en las políticas de los Estados miembros para verificar el modo en que se reinterpretan sus definiciones y a efectos de evitar interferencias sobre intereses federales relevantes por decisiones locales. En la segunda versión, el orden o cartera ministerial de objeto expansivo verifica el modo en que su política es integrada en los sectores (compatibilidad para coordinar). En ambos casos el principio habilita la actuación del orden superior o el sector expansivo a efectos de controlar: a) el grado de concordancia de los aspectos sectoriales con los objetivos y estrategias de la política general; b) si el contenido sectorial se ajusta a los contenidos normativos de la política marco⁷⁸.

Para instrumentar el principio de compatibilidad y así efectivizar la integración se puede contar con dos modalidades:

- *Mecanismo procesal*: una solución es prever la necesidad de intervención y aprobación mediante dictamen vinculante de la autoridad de aplicación de la LGA de las iniciativas y expedientes

⁷⁸ En Argentina ver Scotti Edgardo, *Legislación urbanística de la Provincia de Buenos Aires*, Editorial Scotti, Avellaneda, 2000, p. 9. En Alemania este principio ha sido desarrollado por la doctrina al analizarse en ese modelo federal las competencias del Estado central en los procesos de planificación nacional respecto a los estados miembros (Ver Wahl Rainer, *Herausforderungen und Antworten*, Walter de Gruyter GmGH, Berlin Boston, Traducción de José Carlos Mardomingo para Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales SA Madrid, 2006, ps. 101/102).

sectoriales que traten temas ambientales. El dictamen será vinculante en cuanto a la compatibilidad de la decisión sectorial ambiental con la ley y política marco.

- *Mecanismo orgánico*: otro sistema podría ser la conformación de un órgano, presidido por la autoridad ambiental, que reúna a las diversas autoridades sectoriales que tratan cuestiones ambientales en sus decisiones, para debatir y coordinar los modos en que se adoptarán las decisiones de carácter ambiental lateral. No se debe olvidar que *integración* implica en los términos del artículo 5 LGA *asegurar el cumplimiento de los principios y disposiciones de la ley marco* y la autoridad de aplicación de ella es el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable.

Como conclusión, el principio de integración que ha sido dispuesto como regla en el artículo 5 LGA, es un dispositivo de enorme trascendencia que ha sido diseñado por el legislador para lograr que las previsiones de la ley marco y la política ambiental derivada de la misma se desperdigen en todos los espacios específicos donde se adopten decisiones “tangenciales ambientales”. En una suerte de proceso de “enverdecimiento”, el legislador pretende que los espacios desintegrados por la atomización e hiperespecialización; a partir de la crisis ambiental, sean conjugados nuevamente en “clave ambiental”. El proceso deberá darse a partir de la efectiva aplicación de la ley marco en el contenido de esas decisiones ambientales sectoriales. Para esto deben existir mecanismos que permitan saber primero si la autoridad sectorial decide de modo ambiental y segundo, si lo que decide con carácter ambiental sigue los lineamientos de la ley marco 25675. En cuanto a los rudimentos con que

contamos para hacer realidad este mandato, nos remitimos a los enumerados en este apartado.

Sin “integración”, sin “compatibilidad” de las “decisiones verdes” de los sectores respecto a la norma y política ambiental marco; el mandato de sostenibilidad del constituyente corre serio riesgo de ser un texto efímero, escrito sobre la arena que ante la primera ola se perderá.

3.5 Regla de supletoriedad.

Pasemos ahora a otra regla de ordenación de fuentes horizontales: la supletoriedad alojada derivada del artículo 3 LGA.

La regla de supletoriedad luce en la LGA en su artículo 3 que dice: “La presente ley regirá en todo el territorio de la Nación, sus disposiciones son de orden público, y se utilizarán para la interpretación y aplicación de la legislación específica sobre la materia, *la cual mantendrá su vigencia en cuanto no se oponga a los principios y disposiciones contenidas en ésta*” (el destacado nos permite destacar la regla de supletoriedad). Desde esta norma la LGA esparce sus contenidos a la legislación específica sin verse sometida a derogaciones parciales constantes derivadas del principio *lex specialis*.

La regla de supletoriedad se justifica en la forma radial que pretende adoptar la estructura legislativa en materia ambiental dada la enorme cantidad de materias alcanzadas por la normativa sectorial.

Regular el desarrollo *sostenible* implica pensar en un panorama enorme de materias. Como la cola del pavo real que se despliega a modo de abanico, emergen las temáticas a ser abordadas por la legislación sectorial ambiental. Ensayemos una clasificación en tres grandes conjuntos que compondrían el *sistema normativo sectorial de protección del ambiente*:

a) el que incluye normas referidas a los *sistemas ambientales* (aguas, suelo, aire, flora, fauna, etc.);

b) el que incluye normas referidas a *actividades* que se desarrollan con el ambiente como soporte topográfico (agricultura, ganadería, pesca, minería, gestión de residuos, etc.), o

c) el que incluye normas referidas a *instrumentos de gestión del ambiente* (acceso a la información ambiental, participación, ordenamiento ambiental del territorio, evaluación de impacto ambiental, etc.).

La horizontalidad de la disciplina nos obliga a pensar que esos espacios particulares, tienen reglas que necesariamente serán aplicables para ellos, pero que deben ser tributarias de una normación central y general, que desarrolle directamente los elementos básicos del derecho reglado en el artículo 41CN. Esta transversalidad es la que obliga imperiosamente a que exista una reglamentación del derecho fundamental desde una “ley interpósita” que oficie de puente entre las normas sectoriales y la cláusula ambiental constitucional (artículo 41 CN). No nos referimos a interposición utilizando la *rigidez* por *jerarquía* sino por *contenidos*. Marcel Gauss decía “hay que recomponer el todo”. En esta línea entendemos que será ineludible contar con una ley que abarque -o por lo menos tenga esa vocación- el contenido global y general de la disciplina, que se desarrollará en un segundo paso, en la normativa sectorial. Esta es la clave de los sistemas radiales que se estructuran en ley marco y leyes sectoriales.

Ahora, para que una ley resulte ser holística, debe resistir las derogaciones constantes de las normas especiales.

Dos reglas clásicas de derogación tácita u ordenación de fuentes entre ley general vs. ley especial se presentan como un obstáculo para la adopción de la pretendida forma radial: 1) ley general no deroga las leyes

especiales anteriores, salvo abrogación expresa o manifiesta incompatibilidad; 2) leyes especiales posteriores se imponen a la ley general⁷⁹.

El operador jurídico ambiental entonces se enfrenta a estas dos reglas del derecho civil que le quitan capacidad de ordenación a la ley marco ambiental por falta de “impermeabilidad” frente a derogaciones de leyes especiales. En primer lugar – considerando la regla 1- existen leyes pretéritas referidas a lo ambiental que resultan de imposible identificación para el legislador al momento de dar la ley marco. Hacer un anexo en la ley marco con un *check list* de las leyes o normas que se pretende derogar para ordenar el sistema histórico desde los contenidos de la ley marco es un artificio demasiado complejo y de dificultosa materialización. En segundo lugar al tener por delante un objeto de regulación tan abarcativo se contendrán muchos dispositivos que se repetirán y desperdigarán en páramos sectoriales sin lógica unificante corriendo el peligro de que, con cada uno de esos instrumentos particularizados, la letra de la ley general sea pasible de constantes derogaciones parciales por leyes especiales sobre todo si seguimos las reglas hermenéuticas de derogación tácita que mandan a dar primacía a la *ley especial* posterior sobre la *ley general* anterior. Por este motivo la supletoriedad como mecanismo de interpretación no surge como un ejercicio intelectual, sino que viene precedida de esta *necessitatis*.

El modelo de estructuración de la legislación ambiental obligará a adoptar una técnica particular, para dotar de una determinada *rigidez formal* o *material* a la *ley general*. Esa ha sido la intención del legislador al dic-

⁷⁹ CSJN del 4.6.45, JA 1945-III-69; C. Fed. De Córdoba del 13.11.58, JA 1959-II-682; CCom., 23.3.38, LL 10-32; SCB, 11.11.58, JA 1959-I-503; STSFe, 4.5.54, J 5-13 citado en Salas Ernesto, *Código Civil anotado, y leyes complementarias anotados*, T 1, 2da edición actualizada, Depalma, Buenos Aires 1992, p. 19.

tar la ley general del ambiente argentina 25675, para lo que ha diseñado una serie de dispositivos que la presentan como norma de sensible y trascendente importancia para el resto del esquema normativo. La LGA adopta varias tipologías (es *ley marco*, de PMPA, mixta, norma de fondo, de interpretación, de coordinación, aprobatoria de acuerdos intrafederales, entre otras) todo a efectos de jugar ese papel y dentro de esa sintonía. Pero por sobre todas las cosas se ha diseñado una solución al problema con fuente legislativa atento se adolece de base constitucional expresa para la necesaria “impermeabilidad”⁸⁰. Es que la LGA en la Argentina no tiene fuente constitucional, pues nuestro sistema no posee reglas de especificidad legislativa (material o formal) a efectos de permitir calificar a la ley marco como ley reforzada⁸¹, especial u orgánica⁸², e impedir -por regla de competencia- su derogación por ley especial ordinaria. Tampoco existe regla de *jerarquía* que coloque a la LGA por encima de las leyes sectoriales pues en la Argentina el concepto de ley es unitario, sin peldaños entre las diferentes tipologías. En consecuencia, el legislador ha tenido que indagar más respecto a cómo hacer para evitar esta compleja hermenéutica centralizada en la ley marco. La pregunta es ¿cómo se logra esta impermeabilidad de la ley general frente a las derogaciones parciales de las normas sectoriales, tanto anteriores como posteriores? La cuestión pasará por la *regla de la supletoriedad*, y la centraliza-

⁸⁰ Un autor que ha seguido nuestra tesis expuesta en 2008 es NOGUERA RAMOS GASTÓN, “¿Cómo obtiene la rigidez la Ley General Del Ambiente frente a los embates de las normas sectoriales anteriores y posteriores a su sanción?”, en DPI Cuántico, Suplemento de derecho ambiental, del 16 de octubre de 2014.

⁸¹ Para profundizar sobre estas tipologías de leyes, ver Sagüés Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 361.

⁸² Para profundizar esta categoría recomendamos la lectura de Quiroga Lavié Humberto, *La Potestad Legislativa*, Editorial Zavalía, Buenos Aires, 1993, p. 188.

ción de las pautas de interpretación de la ley general. Todo esto se desprende del artículo 3 LGA. Aquí estamos abordando el primer aspecto.

Vayamos al análisis en detalle del artículo 3 LGA y regla de supletoriedad. Para ello primero caractericemos el material sobre el que trabajaremos para luego considerar sus contenidos.

La norma describe dos tipologías normativas: la propia ley general o marco y la que allí se llama “legislación específica”. La ley marco es aquella que desarrolla el contenido de la cláusula constitucional ambiental y que tiene por ámbito material de aplicación todo el derecho ambiental argentino. Todas las normas que contiene la LGA tienen por supuesto de hecho evitar la ejecución de actos que puedan alterar de modo negativo el ambiente, es decir toda la materia ambiental es alcanzada por estos dispositivos. La *legislación específica* en cambio es equivalente a sectorial o especial, porque se refiere a un tema *particular* ambiental. El supuesto de hecho abarcado por las normas dispuestas en las leyes específicas se vincula a *un solo tema* (aguas, aire, fauna, flora, residuos, pesca, información pública, evaluación de impacto ambiental) o excepcionalmente dos o tres (biodiversidad puede abarcar flora y fauna; residuos puede incluir peligrosos, radiactivos, domiciliarios, electrónicos)⁸³. Esto es

⁸³ Existe una subcategoría de legislación específica y la que hemos denominado *hiperespeciales* o *hipersectoriales* (Esain José Alberto, “Hacia la consolidación de un derecho ambiental autónomo y expansivo. (Resumen de los últimos diez años del derecho ambiental argentino)”, en *Revista de Derecho Público, Diez años de Derecho Público en la Argentina II* Tomos 2013-2). Pertenecen a ella por ejemplo la ley 25670 de PCBs que se ocupa de un residuo peligroso reglado en la ley 24051. Lo mismo sucede con la ley 26639 de glaciares, que son “aguas congeladas” y pueden pensarse inmersos en una legislación de aguas (ley 25688 u otras normas que se encarguen de esa materia). La ley 26331 podría interpretarse como de esta especie también, siendo que trata de los Bosques nativos, y no del sistema flora que es mucho más amplio.

lo que las distingue de las normas de la ley marco o ley general que están dirigidas a regular todos los supuestos de hecho de la disciplina. Pensemos en la evaluación de impacto ambiental (EIA en adelante) que ha sido regulada en la LGA en los artículos 11/13. Son normas desde las que se desprenden los aspectos estructurales del procedimiento⁸⁴ y que tienen como supuesto de hecho de aplicación todos los eventos alcanzados por la disciplina ambiental. En cambio, las normas referidas a EIA (artículos 22/26) en la ley 26331 de bosques nativos (LBN en adelante) sólo son aplicables a ese procedimiento en los casos de bosques nativos (ver arts. 1, 2 y 22 LBN). Lo mismo sucede con los artículos 251/260 del Código de Minería (CM en adelante), introducidos por la ley 24585, que regulan la EIA para las actividades mineras; son normas que tienen un supuesto de hecho limitado (ver arts. 248/9 CM), si se lo compara con los que abarcan los artículos 11/13 LGA.

Sucede en varias de las normas específicas este fenómeno de inclusión de instrumentos estructurales de la materia que provienen de la LGA y son readaptados (ejemplo son el EIA en residuos domiciliarios –art. 18 ley 25916-, en bosques -22/26 ley 26331-, el ordenamiento ambiental del territorio en bosques –arts. 6/9 ley 26331-entre otros).

Los instrumentos estructurales tienen origen en la ley marco, por lo que vistos desde el punto de vista del centro del sistema (ley marco) cuando las leyes específicas los utilizan estamos ante una suerte de *desarrollo normativo específico*. En algunos casos, esto puede ser *intencionado* (cuando la norma específica es posterior a la ley marco), en otros, *espontáneo* (cuando la norma específica es anterior). El primero se da cuando el legislador, utilizando el instrumento estructural ya definido

⁸⁴ A esas normas se le suma los artículos 16, 19/21 LGA, indirectamente aplicables.

por la ley marco, lo termina de moldear para el ámbito particular que está regulando. Un ejemplo de esto es el caso de los artículos 22/26 LBN que mencionáramos, donde el legislador al sancionar esas normas desarrolló con plena intención el procedimiento de EIA de la LGA. En el segundo caso la ley marco es posterior a la ley específica. Aquí, a pesar de que al dictar la norma sectorial no se tuvo la intención de “desarrollo normativo” (por ausencia de ley marco a tiempo de su sanción), lo que sí sucede es que con el dictado de la ley marco, el legislador pretende reordenar la estructura. En ambos casos estamos ante un concepto que hemos tratado en otro trabajo específico: el *desarrollo normativo*, de la LGA en legislación sectorial⁸⁵.

La diferencia entre la ley marco y específicas se expresa también en los formatos de las normas que las componen pues las que integran las segundas suelen poseer un grado de detalle mayor que las alojadas en la primera, las que se rigen por el principio de fundamentalidad⁸⁶. Es que, al tener vocación extensiva, resulta imperioso un texto que permita adaptar las normas a un amplio universo de casos.

Un asterisco debemos hacer respecto a las *leyes específicas* que tratan sobre *instrumentos estratégicos* de la disciplina (como la ley 25831 de acceso a la información pública ambiental, o si la hubiera una ley de EIA, o de OAT) y el ámbito de aplicación de las mismas. Recordemos que según nuestra tesis existen tres tipos de normas específicas: las referidas a *sistemas ambientales*; *actividades con incidencia sobre el ambiente*; e *instru-*

⁸⁵ Esain J.A., *Competencias* cit.; ESAIN JOSÉ ALBERTO, “El derecho ambiental constitucional argentino”, en Cafferatta Néstor, *Revista de Derecho Ambiental de Abeledo Perrot*, nro. 41, Buenos Aires, enero 2015.

⁸⁶ Esain J.A., “La ley general del ambiente 25675”, en Palacio de Caeiro Silvia (directora), *Tratado de derecho federal y leyes especiales*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 550/624.

mentos estratégicos de derecho ambiental. De las tres tipologías, el limitado ámbito de aplicación al que nos hemos referido es aplicable a las primeras dos categorías. Dicha regla no puede aplicarse de modo automático a las leyes enumeradas en tercer lugar. Es que son leyes específicas porque no dejan de referirse a *un tema particular* (información pública ambiental, por ejemplo) pero a diferencia de las normas de las primeras dos categorías, las de esta tipología se parecen bastante a las normas que contiene la ley marco, pues el material que regulan son instrumentos estratégicos, supuesto de hecho que reconduce sus normas a toda la estructura. Si aislamos el artículo 16 LGA y los artículos 1, 2, y 3 ley 25831 todas las normas tienen el mismo supuesto de hecho sin diferencia entre ley específica y ley marco. En este sentido, las leyes específicas de esta tercer categoría (referidas a instrumentos estratégicos) poseen dos características que vale la pena señalar en su relación respecto a la ley marco: a) *el contexto*, porque son normas que se alojan en un instrumento jurídico que posee *todo* un ámbito limitado de aplicación (el instrumento al que se refieren); b) *la perspectiva*, porque si observamos este tipo de leyes específicas, reflejadas en la ley marco, nos percataremos de que las primeras se pueden ver como extensiones que el legislador *desarrolla* de los contenidos internos de la ley marco. De todos modos, son normas donde el matiz está puesto en el instrumento al que se refieren, su haz de luz no es la disciplina toda, sino ese instrumento que luego se reconduce al resto de los sistemas normativo específicos.

Tomemos el único ejemplo que tenemos disponible de esta tipología, la ley 25831 de acceso a la información pública ambiental. Ella tiene idéntico ámbito de aplicación que la ley marco, es decir “a todos los supuestos de hecho de derecho ambiental” (ver la amplitud de los artículos 1 y 2 de la ley 25831) aunque con el matiz del

enfoque en el acceso a la información pública ambiental. Así, la ley se reenvía al resto de las leyes específicas al igual que las normas de la LGA siempre con el enfoque en la información. Son leyes -las referidas a instrumentos estratégicos- que se enfocan en un tema específico de la disciplina (EIA, OAT, seguro ambiental) pero que, por ser un instituto genérico de la gestión, se desperdigan en el resto de los ámbitos, y serán de plena aplicación a todos ellos.

Para concluir este punto de la relación entre ley marco y leyes específicas, hay otro supuesto que debemos considerar, y es aquel en que la ley específica no hace referencia a contenidos de la ley marco, es decir, omite aspectos reglados por ésta. En ese caso, siendo que el supuesto de hecho de las normas marco abarcan toda la disciplina, ellas se aplican de todos modos en la ley específica, a pesar de su silencio. Pensemos por ejemplo lo que sucede en materia de derecho de acceso a la información pública ambiental (DAIPA en adelante). Este derecho -que posee base constitucional en el artículo 41 segundo párrafo- es reconocido en el artículo 16 LGA y desarrollado en la ley específica 25831. Varias de las leyes específicas vigentes no se traen disposiciones específicas que reconozcan el DAIPA y no por ello estos contenidos de la ley 25831 dejarán de aplicarse. Por ejemplo, en materia de aguas la ley 25688 no hace menciones específicas al respecto, pero no por ello el DAIPA ha quedado derogado o excepcionado. Si observamos el artículo 2 ley 25831 cuando define información ambiental e incluye “estado del ambiente o alguno de sus componentes naturales”) abarcará los datos referidos al estado de las aguas, por lo que las normas de la ley 25831 en tándem con la ley marco 25675 (art. 16) le serán plenamente aplicables.

Terminado el análisis respecto a los componentes de la estructura, vayamos ahora al funcionamiento de la

regla de *supletoriedad*. Ella es el producto de una *rigidez formal* -no por jerarquía- atribuida por el legislador a una ley por su *tipología*, creando una *prevalencia* de la ley marco sobre las leyes específicas las que mantienen su vigencia siempre que no alteren los contenidos de la ley marco. Las leyes específicas permanecerán vigentes, pero su pervivencia se da “en cuanto no se oponga a la ley marco” es decir, que los específicos contenidos no entren en conflicto con los contenidos de la ley marco. Ajustemos entonces esta última parte.

El supuesto conflictivo al que se refiere la *regla de supletoriedad* se da entre norma/s *específica/s* y norma/s *marco*.

Habrás así dos tipos de contenidos normativos sectoriales en razón del artículo 3 LGA: a) los contenidos que no se opongan a la LGA; b) los contenidos que se opongan. Respecto a los primeros no existen inconvenientes porque mantendrán su vigencia y serán norma ambiental aplicable al caso concreto, junto a las normas marco o en soledad. Se las puede considerar incluso un desarrollo de la LGA. El inconveniente emerge cuando un contenido sectorial no es conforme a la ley marco. Si la oposición con el contenido de la ley marco es salvable, el operador jurídico deberá practicar la interpretación armonizante y hacer pervivir ambos artículos. En caso de oposición e incompatibilidad, estaremos en lo que Ross denomina *inconsistencia*. Allí el artículo 3 LGA aporta una regla que da prevalencia a la norma general sobre la sectorial relativizando el principio de especialidad normativa (*lex specialis*)⁸⁷. Las normas específicas mantienen su vigencia en la medida que adapten sus contenidos a la LGA.

⁸⁷ Tardío Pato, J.A., “El principio de especialidad normativa (*lex specialis*) y sus aplicaciones jurisprudenciales” en *Revista de Administración Pública* Núm. 162. Septiembre-diciembre 2003, p. 189 y subsiguientes.

Recordemos que para Ross los problemas lógicos que suponen la necesidad de interpretación son la *inconsistencia*, la *redundancia* y las *presuposiciones*. Existe *inconsistencia* entre dos normas cuando se imputan efectos jurídicos incompatibles a las mismas condiciones fácticas. Según el autor son tres los supuestos:

1) *Inconsistencia total-total* cuando ninguna de las normas puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra. Si los hechos condicionantes de cada norma son simbolizados por un círculo hay una inconsistencia de este tipo cuando ambos círculos coinciden. Esta *inconsistencia* es también llamada *absoluta*.

2) *Inconsistencia total-parcial*, esto es, cuando una de las dos normas no puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra, mientras que ésta tiene un campo adicional de aplicación en el cual no entra en conflicto con la primera. Tal inconsistencia se da cuando un círculo se encuentra dentro del otro. En este caso la inconsistencia se genera entre una *regla general y otra particular*. Una regla es particular en relación a otra —explica Ross— si su hecho condicionante es un caso particular del hecho condicionante de la otra regla. Si el hecho condicionante de la última es H (a, b, c), esto es, un hecho definido por las notas a, b, c, entonces el hecho condicionante de la regla particular es H (a, b, c, m, n)⁸⁸. En estos casos la primera regla es general en relación con la segunda y la segunda es particular en relación con la primera.

3) *Inconsistencia parcial-parcial*, esto es, cuando cada una de las dos normas tiene un campo de aplicación en el cual entra en conflicto con la otra, pero tiene también un campo adicional de aplicación en el cual no se producen conflictos. Tal inconsistencia existe cuando los dos círculos son secantes. En este supuesto lo que verificamos es una *inconsistencia parcial*, o

⁸⁸ Ross da como ejemplo si una regla dispone que los extranjeros no tienen derecho a pescar en las aguas territoriales de un país marítimo, y hay otra que establece que los extranjeros con más de dos años de residencia en el país tienen ese derecho entonces la primera regla es general en relación con la segunda, y la segunda es particular en relación con la primera.

*superposición de reglas*⁸⁹.

La hermenéutica clásica explicada por Ross ofrece respuestas que –por influencia de la regla de supletoriedad (arts. 3 LGA)- no coincide con la hermenéutica ambiental.

El caso de *incompatibilidad absoluta* (total-total) -la que para Ross se resuelve por el principio de *lex posterior*- en el derecho ambiental puede tener resultados diferentes por virtud del principio de *progresividad*. Primero debemos aclarar que para que nos encontremos ante un supuesto de esta especie *ambas normas deben superponerse de modo total*, anulándose entre sí. Para ello deben pertenecer a la misma especie, es decir ambas ser normas marco; ambas ser normas sectoriales. Esto veda -en principio- la aplicación de la regla de *supletoriedad*, la que se enfoca en conflictos entre normas de diversa especie (marco vs. sectorial). Es verdad que la primera respuesta la da el principio *lex posterior*. La norma de igual especie posterior deroga a la anterior en caso de incompatibilidad absoluta. Si el legislador dicta una norma general reformando la LGA (en un artículo, varios o todos) la nueva norma marco derogará los aspectos anteriores de la LGA incompatibles con ella. El problema se complejiza cuando la inconsistencia se da entre dos normas específicas. Lo que debemos saber en este punto es que para encuadrar en la *inconsistencia absoluta* ambos supuestos fácticos alcanzados por ambas normas deben coincidir. Ello se da cuando ambas normas se refieren a la misma temática (ambas aguas, ambas bosques, ambas residuos) previendo consecuencias jurídicas opuestas. Nuevamente, *lex posterior* se impone y la segunda de las normas específicas de la misma materia derogará a la anterior.

⁸⁹ Ross, A, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba 2006, ps. 164/165.

De todos modos, este principio *lex posterior* no se aplica de modo automático. Se le debe agregar el *principio de progresividad* (art. 4 LGA) que incluye la *no regresión* y el principio *pro ambiente*. Desde la aplicación del mismo, ante este tipo de conflictos por *incompatibilidad absoluta* la norma que se impone es la de mayor grado de protección ambiental. Se relativiza así el principio *lex posterior*⁹⁰. Recordemos que la *no regresión* –tal como la hemos definido en trabajo específico⁹¹– constituye una limitación sobre los poderes legislativo y ejecutivo a las posibilidades de reglamentación del derecho al ambiente que veda al legislador y al titular del poder reglamentario la adopción de normas que deroguen o reduzcan el nivel de protección del ambiente alcanzado, del que goza la población^{92,93}.

⁹⁰ Hemos dicho “relativizado” porque el principio *lex posterior* se utiliza en el mecanismo hermenéutico de la progresividad para calificar la norma regresiva, que es la de fecha posterior.

⁹¹ Esain, J.A., “El principio de Progresividad en materia ambiental”, en *Revista de Derecho Ambiental*, Cafferatta Néstor (director) Editorial Lexis Nexis número 2, Buenos Aires, octubre 10 de 2007 ps. 11/23; “Progresividad, gradualidad, no regresión y el derecho humano fundamental al ambiente”, en *Revista de derecho ambiental* nro. 35 de Abeledo Perrot, Cafferatta Néstor (director), Julio septiembre 2013, Buenos Aires, ps. 1/49; “Progresividad y no regresión en el nivel de protección del ambiente”, en Peña Chacón Mario (director), *El principio de no regresión ambiental en el derecho comparado latinoamericano*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo San José de Costa Rica, 2013.

⁹² Para la progresividad en materia de derechos humanos ver Courtis Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introducción”, en Courtis Christian (compilador), *Ni un paso atrás, la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores Del Puerto SA, Buenos Aires, 2006, ps. 18/9.

⁹³ Prieur M., “Princípio da proibição de retrocesso ambiental”, publicado em Princípio da proibição de retrocesso ambiental, Editado por Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle del Senado Federal de Brasil, Brasília (DF), p. 11 y subsiguientes; Lloret Juan Sebastián y Giacossa Natalia, “El principio de progresividad ambiental y los horizontes de su aplicación”, JA, 2011, IV, fascículo 13, p. 36; BERROS

Vayamos al caso de *inconsistencia total-parcial*. En general, este es el supuesto al que nos enfrentamos en la estructura de derecho ambiental cuando analizamos la regla de supletoriedad. Se da ante inconsistencia entre dos normas siendo que una de ellas (específica) no puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra (marco), aunque ésta tiene un campo adicional de aplicación en el cual no entra en conflicto con la primera (todo el resto del sistema normativo de derecho ambiental excepto el alcanzado por la materia de la ley especial). Un ejemplo podrían ser la *inconsistencia* entre las normas que regulan el procedimiento de EIA en la ley marco (arts. 11/13 LGA) y las que se ocupan del mismo en la LBN (artículos 22/26 ley 26331) o el Código de Minería (artículos 251/260 CM, introducidos por ley 24585).

La resolución sin supletoriedad tiene dos apartados. Primero el caso en que la regla última sea la particular; supuesto en que la resolución la da el principio *lex posterior* en conjunción con *lex specialis*. Diferente es el supuesto en que la *regla particular* sea *anterior* a la *general*; en este caso *lex specialis* puede, según las circunstancias, prevalecer sobre *lex posterior*. Ross ejemplifica del siguiente modo: “Imaginemos una regla general a la que las leyes posteriores le han introducido excepciones para situaciones particulares. Más tarde la primitiva regla general es reemplazada por otra que no menciona las excepciones. En tal situación, para determinar si las

MARÍA, “Construyendo el principio de no regresión en el derecho argentino”, Publicado en SJA 28/12/2011; Sozzo Gonzalo, “El principio de no regresión del derecho ambiental en el camino de la Conferencia de Río+20”, Publicado en SJA 28/12/2011, (Abeledo Perrot Nro. 0003/015705); CHERU-SE Florencia y Martínez Preciado Natalia, “Los principios de progresividad y no regresión en materia ambiental: diferentes enfoques doctrinarios y su recepción jurisprudencial en nuestro país”, en Cafferatta Néstor (Director) *Revista de Derecho Ambiental de Abeledo Perrot* nro. 49 Buenos Aires, enero marzo 2017.

excepciones anteriores pueden todavía ser consideradas válidas habrá que recurrir a otros datos y a consideraciones valorativas⁹⁴.

En derecho ambiental esta lógica es perniciosa para la pretensión de estructura radial en la que la ley marco ocupa el centro y esparce sus contenidos sobre la totalidad de las normas específicas, sean anteriores o posteriores. Para ello estas reglas de resolución de *inconsistencia total-parcial* deben abandonarse y allí emerge la *supletoriedad* (art. 3 LGA).

Conforme la manda del artículo 3 LGA sea la norma específica *anterior* o *posterior*, si ella se opone a los principios y disposiciones contenidas en la ley marco *pierde vigencia*. La frase “mantendrá su vigencia” que ha utilizado el legislador pareciera hacer referencia a leyes específicas *anteriores* pues las futuras no pueden “mantener vigencia” cuando aún no han sido dictadas. De todos modos, no se puede pensar en una regla estructurante de todas las fuentes del sistema haciendo diferencia entre leyes anteriores y posteriores a noviembre de 2002. Por lo tanto, descartada esa interpretación literal, en materia de *inconsistencia total-parcial*, la regla de supletoriedad obliga a dar primacía a la norma que proviene de la ley marco por sobre la norma específica, sea esta anterior o posterior a la ley general.

Cuando la norma específica es *posterior* la supletoriedad funciona como antídoto ante los principios *lex specialis* y *lex posterior*. Es que la ley marco pretende ser prevalente sobre la legislación específica a la que, sin derogar, condiciona, pues mantendrá su vigencia en tanto no se oponga a aquella.

Cuando la norma específica es *anterior*, la ley marco oficia de ordenador del sistema. Sin derogar la enorme panoplia de leyes pretéritas, sin emprender una

⁹⁴ Ross, A., cit., p. 165.

revisión -a modo de digesto-, la LGA impone sus disposiciones y principios sobre todo el arsenal pasado, sea: a) legislación común de relevancia ambiental (o legislación de relevancia ambiental casual); b) legislación sectorial de relevancia ambiental; c) legislación propiamente ambiental en lenguaje de Brañes⁹⁵.

Existe una aparente excepción a la *supletoriedad*, nuevamente la *progresividad* “mete la cola”. Se da cuando la norma específica dispone de un contenido que posee mayor protección del ambiente que la ley marco. En este supuesto la regla sectorial –sin derogar la ley marco- se aplicará por sobre la que deriva de la ley general. La explicación deriva de que la ley general 25675 contiene entre sus principios el de progresividad (artículo 4 que ya hemos analizado). Por este motivo, una norma sectorial posterior con un grado de protección mayor que la ley marco, obligará al operador jurídico a relativizar el contenido de la segunda, Lo que se hace es aplicar ambos principios –vía supletoriedad la manda de *progresividad* y *pro ambiente*⁹⁶, para tomar como válida la norma de *mayor protección*. La conclusión a la que se podría arribar en este apartado es que, si la diferencia en las dos normas se da porque la específica protege más, ella no se puede calificar de oposición. Para que exista oposición debe haber a) contenidos diferentes, b) disminución del nivel de protección.

La consecuencia en materia de hermenéutica ambiental no será la derogación de normas que no coinci-

⁹⁵ Brañes, R., *Informe sobre el desarrollo del derecho ambiental latinoamericano, su aplicación después de diez años de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, Editada por Programa de Naciones Unidas por el Medio Ambiente (PNUMA), 2001, pp. 11.

⁹⁶ Benjamin Antonio incluye el principio pro natura como uno de los fundamentos conceptuales del derecho ambiental en un trabajo de enorme aporte conceptual para la materia (“Fundamentos conceptuales del derecho ambiental”, en *Revista de derecho ambiental*, nro. 46 abril junio 2016, ps. 2/3.

den con los aspectos contenidos en la ley marco, sino la necesidad de aplicar ambas normas en conjunto.

En esto la ley 25675 viene a marcar una diferencia respecto a otras normas marco, pues ella ni dispone la expresa derogación de leyes especiales anteriores, ni las excepciona totalmente. Establece la prioridad de los contenidos de la LGA respecto a los de la “legislación específica sobre la materia”, los que sólo pervivirán en la medida que “no se opongan a los principios y disposiciones contenidas en la ley marco”. Sin esta regla, cualquier ley marco pierde su principal virtud que es la ordenación de la estructura. En los sistemas provinciales -por ejemplo, la ley general del ambiente 11.723 de la Provincia de Buenos Aires o la ley general del ambiente 4.563 de la provincia Chubut- las que no contienen la regla de supletoriedad. Esto pone a estas estructuras provinciales en una posición débil, al no contener un mecanismo de ordenación de fuentes.

Hay ejemplos de conflictos normativos entre normas marco y sectoriales. Recordaremos algunos.

3.5.1 Supletoriedad e integración en los conflictos por minería ambiental.

Hemos dicho al analizar este entrecruzamiento que el fenómeno de esta nueva subdisciplina –*el derecho ambiental minero*– ya ha tenido desarrollo legislativo. En el año 1995 mediante ley 24.585 se introdujo un capítulo especial en el Código de Minería, referido a la protección ambiental para la actividad minera. Este espacio del Código incluye normas de *derecho ambiental minero*. Las normas comentadas reglan las condiciones que deberán cumplir las explotaciones mineras en materia ambiental. Nadie afectará los derechos del propietario de explotar sus pertenencias, pero lo que sí se solicitará es que se ajuste al mandato de sustentabilidad del artículo

41 CN. De ese modo el título decimotercero del Código de Minería, *integra* (conf. art. 5 LGA) la regulación de la explotación minera y las obligaciones ambientales. Estamos ante un cuerpo de normas específicas, las que adelantamos, presentan algún grado de *inconsistencia* al analizárselas en comparación con las de la ley 25675 por lo que activarán la aplicación de la regla de supletoriedad (art. 3 LGA).

Daremos un ejemplo: la colisión más clara se da en materia de evaluación de impacto ambiental. El procedimiento de EIA para la minería (título XIII del CM) no prevé mecanismos de participación ciudadana, mientras la LGA lo hace como instancia necesaria y obligatoria. Como se puede ver existe una inconsistencia entre el microsistema minero y los institutos neurálgicos ambientales derivados de la LGA, cuestión que la Corte analizó en las causas “Villivar” y “Martínez”. En el primer caso, la causa “Villivar Silvana N. v. Provincia de Chubut y otros”⁹⁷ la Corte sin citar expresamente la supletoriedad, pero mecanizándola dice: “En suma, del cotejo de las normas provinciales y nacionales invocadas no se advierte de qué modo y en qué medida la exigencia de la aprobación expresa, previa audiencia pública, del estudio de impacto ambiental exigido en los arts. 6 y 7 de la ley provincial 4032 antes del inicio de las actividades, *vendría a contradecir lo previsto por las leyes nacionales 24.585 y 25.675*, dictadas con arreglo al art. 41 de la

⁹⁷ CSJN, sentencia del 17/04/2007 en autos “Villivar Silvana N. c/ Provincia del Chubut y otros s/amparo” con notas de José Alberto Esain, “La Corte define el conflicto minero en Esquel: “no todo lo que brilla es oro” y María Cristina Zeballos de Sisto “Nuevos pasos hacia la construcción del derecho ambiental minero”, publicado todo en la Revista de Derecho Ambiental nro. 11, Néstor Cafferatta (Director), octubre/diciembre de 2007, Editorial Lexis Nexis, pp. 179/250, y en Revista de Derecho Administrativo nro. 62, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, con nota de Maximiliano Torricelli “Distintos caminos que conducen hacia la misma meta (comentario al fallo “Villivar””, pp. 1132/1142.

Constitución Nacional” (considerando 7)⁹⁸. A la norma sectorial (24585) la Corte le adhiere la LGA en virtud de la supletoriedad, para desde allí cotejar la validez de las normas locales.

El segundo caso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de supletoriedad es “Martínez”⁹⁹. En el mismo se reflexiona nuevamente sobre el procedimiento de EIA para la minería en una provincia (Catamarca) y para emprender el análisis respecto a la validez de esas normas se parte del título XIII CM, leído desde la LGA. El procedimiento que desentraña los PMPA que como piso obligarán a las normas locales parte con una descripción pormenorizada del contenido, objetivo y naturaleza de las disposiciones normativas del CM disciplinadas desde las normas de la LGA (considerando 8).

En tándem, “Villivar” y “Martínez” concluyen una doctrina contundente: *la norma sectorial (título XIII CM) mantendrá su vigencia en cuanto no se oponga a los principios y disposiciones de la ley marco (ley 25675)*.

3.5.2 Supletoriedad e integración en materia pesquera.

El segundo supuesto de conflicto entre normas sectoriales y ley marco lo encontramos en el ámbito de los recursos ictícolas donde la ley federal de pesca 24922

⁹⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “Villivar, Silvana N. v. Provincia del Chubut y otros”, 17.4.07, publicado con nota de Néstor A. Cafferrata “Minería y presupuestos mínimos del ambiente en un fallo ejemplar de Corte”, en el diario La ley del 27.4.07, pp. 3/7.

⁹⁹ CS, 02/03/2016, “Martínez, Sergio R. c. Agua Rica LLC Sucursal Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros s/ acción de amparo”, publicado con nota Esain José Alberto, “La Corte y el conflicto por la minería en Catamarca. Principio de congruencia e imperatividad de los presupuestos mínimos de protección ambiental” en *La Ley* Tomo 2016-b AÑO LXXX Nro. 64, miércoles 6 de abril de 2016, ps. 6/9.

posee en el Capítulo VII (“Conservación, Protección y Administración de los Recursos Vivos Marinos”) varios instrumentos que se relacionan con los objetivos ambientales, aunque se carece de una lógica que unifique estos aspectos con la ley marco. La justicia federal de Mar del Plata ha dado fructíferas notas en la utilización de la integración y supletoriedad para subsanar este inconveniente.

El caso es “Cámara Pesquera Marplatense v. Estado Nacional (SAGPyA) s/Acción de Amparo” resuelto por la Cámara Federal de Mar del Plata el 12.11.2009. Los hechos son que se presenta la Cámara Pesquera Marplatense (CA. PE.MAR) promoviendo acción de amparo contra el Estado Nacional, Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos de la Nación (SAGPyA en adelante) en los términos del art. 43 de la CN, atento a la ilegalidad e ilegitimidad manifiesta del actuar del Estado Nacional al aplicar las resoluciones 675/2004 y 65/2007 de la SAGPyA y peticionando en consecuencia su inconstitucionalidad, debiendo aplicarse la ley 25.109. Si algo se destaca de la resolución del 12/11/2009 es cómo da tratamiento a la cuestión de la pesca, desde y hacia la Ley General del Ambiente. Dice al respecto: “Sintetizada la pretensión del accionante a la preservación del recurso natural referido ut supra, considero que *debe enmarcarse la presente cuestión dentro de las exigencias de la ley 25.657 (“Ley General del Ambiente”)* cuyas disposiciones son de orden público, operativas y deben utilizarse para la interpretación y aplicación de la legislación específica sobre la materia, *la cual mantendrá su vigencia en cuanto no se oponga a los principios y disposiciones contenidas en ella* (art. 3º). El complejo normativo en cuestión establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sus-

tentable (art. 1º)” (el destacado nos pertenece). Con esta idea la Cámara Federal de apelaciones de Mar del Plata hace efectiva la regla de supletoriedad que marca que todas las leyes sectoriales anteriores a la LGA mantendrán su vigencia, en la medida que se condigan con los contenidos de la ley 25.675, siendo que para la Alzada ello sucede con la LFP¹⁰⁰.

3.5.3 Supletoriedad en materia de campos electromagnéticos.

En materia de externalidades por campos electromagnéticos el debate ha sido parte de una puja jurisprudencial trascendente. Los dos criterios en pugna se diferencian en el modo en que tratan la materia sectorial (marco normativo del servicio eléctrico) y la ambiental. En un caso se hace primar la cuestión eléctrica (federal), siendo la cuestión ambiental atendida por las autoridades federales como un capítulo accesorio al eléctrico. El segundo criterio considera las externalidades ambientales de la electricidad como una cuestión autónoma que no puede ser arrasada por la lógica general del sector eléctrico. En esta visión el espacio sectorial es supletorio de la ley marco (art. 3 LGA).

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la primera década del siglo XXI sigue el *criterio sectorial o federal*, ya que entiende que las causas por este tipo de conflictos son de competencia de la justicia de la Nación. El mismo lo podemos desprender de los dictámenes del Ministerio Público en las causas “CTI PCS S.A. c/Municipalidad de Hurlingham s/amparo”¹⁰¹ y “Telefónica Comunicaciones Personales (T.C.P.)

¹⁰⁰ Para profundizar ver Esain, J.A., *Pesca marítima y medio ambiente*, 1a ed. - Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, ps. 190/195.

¹⁰¹ CSJN Competencia Nro. 780. XXXVII en autos “CTI PCS S.A. c/ Municipalidad de Hurlingham s/amparo”, dictamen del 17/10/2001 y resolución de

c/ Municipalidad de Rosario s/amparo”¹⁰². La base argumental es la siguiente: la competencia federal surge porque están comprometidos en estos conflictos intereses federales, vinculados con las telecomunicaciones, lo que se expresa en la ley 19.778 la que se presenta como *ley federal* susceptible de interpretación por el fuero de excepción en razón de la materia. Este criterio es sectorial porque hace prevalecer la normativa de regulación del marco eléctrico por sobre los contenidos ambientales. Lo sectorial se impone a lo ambiental. El segundo criterio -que adopta los principios de *integración y supletoriedad* como base- desembarca en la doctrina de la Corte en el año 2009, en la causa “Ávila, Clara Rosa y otros c/ Neuquén, Provincia del y otros s/ amparo”¹⁰³, sentencia del 18 de agosto de 2009. En ella el Alto Tribunal adhiriendo al dictamen del procurador entiende que: “Los actores requieren tutela respecto de su derecho a la salud debido a la contaminación electromagnética que -a su entender- ocasiona una antena satelital en el predio de la escuela pública en la que prestan sus funciones, ubicada en la Ciudad de Neuquén, cuya instalación fue autorizada por las autoridades provinciales y que en consecuencia el asunto versa sobre el ejercicio del poder de policía ambiental, asunto que se rige sustancialmente por el dere-

la Corte del 26 de marzo de 2002. Este caso llega a la Corte por conflicto de competencia negativa, es decir, la declaración de incompetencia tanto del Juzgado Federal de San Martín como de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

¹⁰² CSJN T. 205. XXXVII en autos “Telefónica Comunicaciones Personales (T.C.P.) c/ Municipalidad de Rosario s/amparo”, dictamen del 27/12/2002 y sentencia de la Corte del 15/7/2003. En este caso la actora inicia la causa ante la justicia federal de Rosario, siendo que en las dos instancias inferiores del fuero de excepción obtiene una declaración de incompetencia lo que es revocado por la vía del artículo 14 de la ley 48 por la actora.

¹⁰³ CSJN A. 1284. XLIV. ORIGINARIO autos “Ávila, Clara Rosa y otros c/ Neuquén, Provincia del y otros s/ amparo”, dictamen del 21/4/2009 y sentencia del 18 de agosto de 2009.

cho público local y, en principio, es de competencia de las autoridades provinciales, de conformidad con los arts. 41, párrafo 3; 121 y siguientes de la Constitución Nacional”. (CSJN A. 1284. XLIV. ORIGINARIO autos “Ávila, Clara Rosa y otros c/ Neuquén, Provincia del y otros s/ amparo”, dictamen del 21/4/2009 y sentencia del 18 de agosto de 2009).

Como se puede apreciar, en “Ávila” la Corte expresa el criterio ambiental, aplicándole al conflicto por las externalidades ambientales del sistema eléctrico la supletoriedad. Según la doctrina de la Corte expresada en esta sentencia los conflictos derivados de externalidades ambientales originadas en el servicio eléctrico no dejan -por estar inmersos en esa normativa y ámbito- de ser *materia ambiental integrada*, sujeta a las reglas de la ley marco (supletoriedad). *Se impone así lo ambiental sobre lo sectorial que conforme artículo 3 LGA es supletorio.*

3.5.4 Supletoriedad en materia de contaminación por filtraciones en estaciones de servicios.

El caso para comentar respecto a este tipo de conflicto es “SURFRIDER ARGENTINA C/ AXION ENERGY ARGENTINA S.R.L. Y OTROS S/MATERIA A CATEGORIZAR”, sentencia del 15/11/2016, en el que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires dispone nuevamente la primacía de la materia ambiental por sobre la sectorial.

Los antecedentes son que la “Fundación Surfri-der Argentina” inició una acción por recomposición del daño ambiental de incidencia colectiva contra 46 estaciones de servicio y las empresas titulares de banderas: “Esso Petrolera Argentina S.R.L”, “Petrobras”, “Shell C.A.P.S.A.”, “E.G.3”, “Y.P.F.” y “Sol Petróleo”. La Sala III de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del

Departamento Judicial de Mar del Plata revocó la sentencia de primera instancia que -oportunamente- había declarado la incompetencia de la justicia provincial para intervenir en las presentes actuaciones porque entendía que primaba la normativa federal en materia de hidrocarburos.

Los argumentos de la Cámara que son repetidos por la SCBA en su resolución (voto Ministro Lazzari) dicen: “el hecho de que la actora sostenga que el daño ambiental provenga de la actividad de explotación de estaciones de servicio no funda la competencia federal en razón de la materia, pues esta jurisdicción procede tan sólo cuando la acción entablada se basa ‘directa y exclusivamente’ en prescripciones constitucionales de carácter nacional, ley del congreso o tratados, de tal suerte que la cuestión federal sea la predominante en la causa (...) pero no cuando, como sucede en la especie, se incluyen temas de índole local y de competencia de los poderes locales (...) como son los concernientes a la protección ambiental’ (fs. 1956)”.

El criterio para la asignación de competencia considerado por la justicia de segunda instancia y la SCBA demuestra que lo más trascendente está en la normativa ambiental (LGA) y no en la normativa sectorial hidrocarburos que se le integra (art. 5 LGA) y debe hacerlo de modo supletorio (art. 3 LGA). El criterio para definir la competencia es la presencia de un conflicto interjurisdiccional y no la intervención de normativa federal en materia de hidrocarburos, porque priman los aspectos vinculados a externalidades ambientales de esa actividad y el rol de la LGA.

3. 6 La Corte y la falta de integración y supletoriedad de la ley 23879 de represas en la Ley General del Ambiente.

El último conflicto que queremos traer a colación es el conflicto por la construcción de las represas Presidente Kirchner y Cepernic. El mismo tuvo oportunidad de ser debatido ante la justicia en el caso CSJ 5258/2014 ORIGINARIO “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c/ Santa Cruz, Provincia de y otro s/ amparo ambiental” sobre todo en la resolución del 21.12.2016. Este resolutorio es interesante porque la Corte decidió no seguir la supletoriedad cuando se imponía. Expliquemos el punto¹⁰⁴.

Existe en ese conflicto –entre otros temas- una “anomalía legislativa” por la presencia de una ley “dormida”: la ley 23879 de evaluación de impacto ambiental de represas. La llamamos de este modo porque es una ley dictada en años previos incluso a la introducción de la cláusula ambiental de la Constitución nacional. Es una ley que contiene una EIA que se aleja bastante de la letra de la ley marco y con desmedro de derechos contenidos en ella (como acceso a la información y participación ciudadana). Como se puede apreciar es un supuesto en que se imponía la utilización de la supletoriedad. Sin embargo, la Corte en su despacho del 21.12.2016 aplica la ley 23879 de modo directo, sin intermediación de la ley marco.

Para nosotros la ley 23879 mantiene su vigencia siempre que no altere las normas de la LGA sobre EIA y participación ciudadana y acceso a la información. Así, el mecanismo de la ley 23879 debería ser remozado con los artículos 11/13 y 16, 19/21 LGA es decir con acceso a

¹⁰⁴ Hemos anotado esta resolución en Esain J.A., “El estado de derecho ambiental y la necesidad de consolidar una hermenéutica”, en *La Ley*, 2017-B diario del día 11.4.2017, p. 4 y subsiguientes.

la información, participación ciudadana¹⁰⁵.

CONCLUSIONES.

A esta altura del presente aporte podemos decir que el *principio de sostenibilidad en el desarrollo*, desde su *vis expansiva*, obliga una reconsideración de varios aspectos internos de la Constitución federal. Nace de su mano el concepto de *Estado ambiental de derecho* como savia que torna verdes muchos contenidos de la Carta Magna. Muchos de los artículos que ella trae se pueden repensar desde esta clave ambiental mutando el enfoque hacia el modelo de la sustentabilidad. Enumeramos algunos aspectos de enorme importancia:

1. El advenimiento de un **derecho nuevo**, a vivir en un ambiente sano y equilibrado **en el marco del desarrollo sostenible** (art. 41 CN).
2. La nueva **relación prestacional** de este derecho que obliga a las autoridades a la protección del mismo, es decir al desarrollo de políticas de protección del ambiente.
3. Una **nueva relación de limitación a los derechos clásicos** en protección del nuevo bien jurídico —el ambiente— (arts. 14, 28 y 41 CN), el llamado poder de policía ambiental (art. 14 y 240 CCyC).
4. Una **nueva vinculación interna en el rol de los poderes del Estado** que deberán actuar la decisión política ambiental desde nuevos procedimientos de toma de decisión; el llamado debido

¹⁰⁵ Hemos anotado el fallo y opinado en ese sentido en ESAIN JOSÉ ALBERTO, “La nueva corte y el conflicto por las represas en santa cruz. el estado de derecho ambiental y la necesidad de consolidar una hermenéutica en ese sentido”, publicado en La Ley martes 11 de abril de 2017, Tomo La Ley 2017-B.

proceso legal ambiental en el ámbito administrativo (artículo 18, artículo 43 segundo párrafo CN), el que regará los contenidos del reglamento interno de cada cámara dictado conforme la facultad que otorga el artículo 66 CN para mutar el procedimiento de formación y sanción de leyes de los artículos 77/84 CN (capítulo quinto de la Segunda Parte de la Constitución referida a las Autoridades de la Nación; Título Primero, Gobierno Federal; Sección Primera, Del Poder Legislativo). Este desembarco implica la llegada de mecanismos de participación ciudadana y acceso a la información, asegurados por los acuerdos internacionales con jerarquía constitucional y las normas de desarrollo que obligan a asegurar el acceso a la información pública y la participación ciudadana, conforme principio 10 Rio 92).

5. **Mandato de coordinación** que el constituyente ha dado de modo implícito en la cláusula ambiental argentina (art. 41 CN). El concepto que amalgama la idea es el de *funcionamiento estructural para el desarrollo sostenible*. Todo el complejo normativo creado por la norma constitucional debe desarrollarse de modo armonioso. El objetivo califica los mandatos y competencias; y legitima al legislador para incluir en las normas que dicte, sobre todo la LGA, reglas que coordinen los modos de creación del derecho.
6. Una **nueva forma de actuación del poder en el territorio**, con la mutación de las estructuras de toma de decisión en el marco de un **federalismo ambiental** el que se expresa en: a) complementariedad en la legislación (tercer párrafo artículo 41 CN), b) normativa de protección estricta con la regla de separación para establecimientos

de utilidad nacional (75.30 CN), c) activas facultades competenciales para las provincias en el ejercicio de acuerdos interprovinciales, intra-federales, internacionales, creación de regiones, concertación de la gestión de sistemas ecológicos comunes, d) prohibiciones a barreras ambientales internas (arts. 9, 10, 11 y 12 CN), nuevo mecanismo para la solución de quejas o conflictos entre provincias en materia ambiental (art. 126 CN), e) contenidos de educación ambiental que deberán integrarse al programa federal de educación complementario entre la nación y las provincias (conforme art. 75.19 CN), legislación sobre pueblos originarios pero que además debería considerar aspectos ambientales en la gestión de sus recursos naturales (art. 75.17 CN); una reactivación de la competencia del comercio interprovincial e internacional, que faculta a la Nación a la regulación de actividades y sustancias ambientales desde la Federación (art. 75.13 CN); un rol activo en materia de legislación de fondo que integrará contenidos ambientales en el código penal, civil y comercial, de minería, trabajo y seguridad social (art. 75.12 CN). En este esquema de **federalismo ambiental** se debe avanzar en **fortalecimiento** de los órdenes jurídicos **parciales (el central y los locales)** implicados en la gestión del mismo. Así, deben surgir facultades para la Nación de protección de los presupuestos mínimos en razón de fenómenos locales desnaturalizantes del piso normativo, capacidad de ordenamiento del territorio global del Estado, formación de instituciones de control sobre el territorio local en caso de emergencias ambientales detectadas en espacios puntuales, expresadas sobre intereses federales relevantes.

7. Un nuevo rol del **poder judicial en materia ambiental**, donde las garantías del debido proceso se revitalizan (art. 18 CN), con un magistrado activo (art. 18 CN, y una redefinición del concepto de causa judicial del artículo 116 CN, reflejado en el art. 32 LGA) pero que no puede interferir en la división de poderes porque se iría en contra de la forma republicana de gobierno (art. 1) y con nuevos procesos colectivos (art. 43 segundo párrafo CN).
8. La **nueva modalidad de tributación** con tendencias en favor de la protección del ambiente (art. 4 y 75.1 y 75.2 CN).

Pero no sólo estos aspectos. El Estado ambiental de derecho provoca en el ámbito interno la aparición de dos principios de alta trascendencia ambiental: la **integración** y la **supletoriedad** con consecuencias capitales en términos de hermenéutica:

1. Las leyes específicas, especiales o sectoriales (cualquiera sea su denominación) anteriores deben amoldarse a los contenidos de la LGA.
2. Las que se hayan dictado a posteriori del 2002 también deben amoldarse y sumar a sus contenidos los de la LGA, en una suerte de desarrollo normativa de ella.
3. Las nuevas leyes sectoriales que estén por dictarse deberían considerar los aspectos de la LGA para no contradecirla y perder vigencia apenas dictada.

Esto influye la tarea de los diversos operadores del sistema.

Para el **Poder Judicial** porque implicará la necesidad de interpretar dentro de su ámbito específico —las causas judiciales sobre temas de derecho ambiental— las reglas que acabamos de describir. Hemos repasado la aplicación práctica de estas reglas en los casos judiciales que analizamos en materia minera, pesquera, campos electromagnéticos, represas y externalidades y contaminación por filtración de estaciones de servicios.

En el **Poder Ejecutivo**, derivado de este principio emerge la necesidad de disponer políticas de coordinación legislativa, con diversos grados de intensidad en la intervención del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable (MAyDS en adelante). Como defensor de la plena operatividad y aplicación de la LGA, el MADS podría impulsar la interpretación del resto del sistema desarrollando en las políticas sectoriales reformas que dispongan los institutos de la ley marco. Esto se puede hacer:

1. Mediante emisión de dictámenes individuales esclareciendo el punto.
2. Creando una comisión que analice las leyes sectoriales y proponga reformas que las “armonicen” a los contenidos de la LGA.
3. Proponiendo derogaciones y cambios de las leyes sectoriales en temas puntuales cuando emerjan conflictos.
4. Disponiendo la necesidad de integrar los contenidos de política ambiental en las definiciones políticas de los restantes ministerios mediante:
 - a. Dictamen vinculante en las decisiones sectoriales sobre los aspectos referidos a la LGA.

- b. Creando un órgano que reúna periódicamente a las autoridades sectoriales con la autoridad ambiental para coordinar el modo en que se desperdigan los aspectos y contenidos de la ley marco y la política ambiental en sus decisiones.

En el **Poder Legislativo** estos contenidos de integración y supletoriedad obligan a disponer de reformas de las leyes ambientales específicas o sectoriales para darle ingreso a los contenidos de la LGA. Pensemos en los cuatro temas que hemos recorrido: minería (se podría pensar en un reacomodamiento del título ambiental del CM) pesca (se podría pensar en introducir algunas reformas a la ley 24922 federal de pesca), campos electromagnéticos (se podría evaluar una norma que regule las externalidades que estas estructuras producen); represas (se podría programar una nueva ley que readapte los contenidos de la ley 23879 permeándola desde la LGA).

La forma que adopta la organización no es casual. Deriva del mandato de coordinación en el *funcionamiento estructural para el desarrollo sostenible*.

BIBLIOGRAFÍA

BAZÁN, V., *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales, recorrido por el derecho y las jurisprudencias americanas y europeas*, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2014.

BENJAMIN, A., “Fundamentos conceptuales del derecho ambiental”, en *Revista de derecho ambiental*, nro. 46 abril junio 2016, ps. 2/3.

BERROS, V., “Construyendo el principio de no regresión en el derecho argentino”, Publicado en SJA 28/12/2011;

BERTALANFFY, L.V., *Teoría general de los sistemas*, Primera edición en inglés 1968, Primera edición en español 1976, Fondo de Cultura Económica, Universidad de México DF 1976.

BIDART Campos, G., *Tratado elemental de derecho I-B*, Ediar, Buenos Aires, 2000.

BIDART Campos, G., *La interpretación del sistema de derechos humanos*, Ediar, Buenos Aires, 1994.

BRAÑES, R., *Informe sobre el desarrollo del derecho ambiental latinoamericano, su aplicación después de diez años de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, Editada por Programa de Naciones Unidas por el Medio Ambiente (PNUMA), 2001.

BRAÑES, R., *Manual de derecho ambiental mexicano*, Editorial Fundación Mexicana para la educación ambiental y Fondo de Cultura Económica, México, 2004.

CAFFERATTA, N., “Minería y presupuestos mínimos del ambiente en un fallo ejemplar de Corte”, en el diario *La ley* del 27.4.07, ps. 3/7.

CAFFERATTA, N., *Tratado jurisprudencial y doctrinario de derecho ambiental*, Tomo II: textos completos, *La Ley*, Buenos Aires, 2012.

CAMPINS, E., *La gestión de los residuos peligrosos en la Comunidad Europea*, Barcelona, José María Bosch, 1994

CANÇADO, T., “The Parallel Evolutions of International Human Rights Protection and Environmental Protection and the Absence of Restrictions upon the Exercise of Recognized Human Rights” en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 1991, Vol. 13.

CANOSA Usera, R., “Aspectos constitucionales del derecho ambiental”, en Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Núm. 94. Octubre-Diciembre 1996.

CANOSA Usera, R., *Constitución y medio ambiente*, con Prólogo de Lucas Verdú, y presentación y selección de jurisprudencia a cargo de Susana Ynes Castañeda Otsu, Jurista editores, Lima, Perú, 2004.

CHERUSE, F.; Martínez, N., “Los principios de progresividad y no regresión en materia ambiental: diferentes enfoques doctrinarios y su recepción jurisprudencial en nuestro país”, en Cafferatta Néstor (director) *Revista de Derecho Ambiental de Abeledo Perrot* nro. 49 Buenos Aires, enero marzo 2017.

CORIA, S.; Devia, L.; Gaudino, E., *Integración, desarrollo sustentable y medio ambiente*, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997.

COURTIS, C., “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introducción”, en Courtis Christian (compilador), *Ni un paso atrás, la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores Del Puerto SA, Buenos Aires, 2006.

DE OTTO, I., *Derecho Constitucional, sistema de fuentes*, Editorial Ariel SA, Barcelona, 1987.

DI PAOLA, M.E., “El Derecho Humano al Ambiente y la Agenda 2030”, Suplemento derecho ambiental Editorial La Ley, Fundación ambiente y Recursos Naturales, Buenos Aires, 2019 (en prensa)

DI PAOLA, M.E; Canziani, P., “Los desafíos de la Sustentabilidad para el 2016: Laudato SI y Objetivos de Desarrollo Sostenible”, en Informe Ambiental Anual FARN, 2016, p. 87.

DRNAS DE CLÉMENT, Z., “El derecho internacional ambiental como subdisciplina del derecho internacional público en la ‘era global’”, en Integración en ideas, Publicación electrónica cuatrimestral del Instituto para la Integración y el Desarrollo Latinoamericano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Tucumán (IDELA/UNT) director de la publicación: Jorge José Torres Vol. 1 – Abril 2011 25 de Mayo 456 – 4000 – San Miguel de Tucumán, Tucumán, Argentina.

DRNAS DE CLEMENT, Z., “Concepto y elementos jurídicos del desarrollo sostenible” en Anuario Argentino de Derecho Internacional, Vol. VIII, 1998, pp. 163-175.

ESAIN J.A.,

- a. “Aproximaciones para una teoría general de derecho ambiental”, en SJA 2016/11/16-1; JA 2016-IV.
- b. “El principio de integración y regla de supletoriedad en derecho ambiental”, en La Ley martes 6 de junio de 2017, p. 1 y subsiguientes.
- c. “Hacia la consolidación de un derecho ambiental autónomo y expansivo. (Resumen de los últimos diez años del derecho ambiental argentino)”, en Revista de Derecho Público. Diez años de Derecho Público en la Argentina II Tomos 2013-2.
- d. “La Corte y el conflicto por la minería en Catamarca. Principio de congruencia e imperatividad de los presupuestos mínimos de protección ambiental” en La Ley Tomo 2016-b AÑO LXXX Nro. 64, miércoles 6 de abril de 2016, ps. 6/9.
- e. “El derecho ambiental constitucional argentino”, en Cafferatta Néstor, Revista de Derecho Ambiental de Abeledo Perrot, nro. 41, Buenos Aires, enero 2015.

- f. “El Estado ambiental de derecho”, en *Revista Juris Plenum Direito Administrativo*, Plenum, Año IV, nro. 13 (jan./mar. 2017), Caxias do Sul, RS: Editora Plenum, 2017.
- g. “El estado de derecho ambiental y la necesidad de consolidar una hermenéutica”, en *La Ley, 2017-B* diario del día 11.4.2017, p. 4 y subsiguientes.
- h. “El paradigma ambiental”, en Cafferatta Néstor (director), *Revista de derecho ambiental de Abeledo Perrot*, nro. 43 Buenos Aires, Julio/septiembre de 2015, ps. 229/264.
- i. “El principio de Progresividad en materia ambiental”, en Cafferatta Néstor (director) *Revista de Derecho Ambiental*, Editorial Lexis Nexis número 2, Buenos Aires, octubre 10 de 2007 ps. 11/23;
- j. “La Corte define el conflicto minero en Esquel: “no todo lo que brilla es oro” Cafferatta Néstor (director), *Revista de Derecho Ambiental* nro. 11, octubre/diciembre de 2007, Editorial Lexis Nexis.
- k. “La Corte Suprema, el principio de desarrollo sostenible y el estado ambiental de derecho” en Justicia y transparencia, justicia y división de poderes, justicia y federalismo, justicia y desarrollo humano, Rosatti Horacio (et. al.), Asociación Argentina de derecho constitucional, Resistencia, 2017, ps. 457/484.
- l. “La función preventiva ambiental de la responsabilidad civil, en el nuevo código unificado” en *Revista Código Civil y Comercial*, año 2 nro. 9 octubre 2016, Thomson Reuters, p. 181.
- m. “La ley general del ambiente 25675”, en Palacio de Caeiro Silvia (directora), *Tratado de derecho federal y leyes especiales*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 550/624.
- n. “La nueva corte y el conflicto por las represas en Santa Cruz el estado de derecho ambiental y la necesidad de

consolidar una hermenéutica en ese sentido”, publicada en La Ley martes 11 de abril de 2017, Tomo La Ley 2017-B.

- o. “Progresividad y no regresión en el nivel de protección del ambiente”, en Peña Chacón Mario (director), El principio de no regresión ambiental en el derecho comparado latinoamericano, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo San José de Costa Rica, 2013, ps. 199/256.
- p. “Reseña histórica del nacimiento del derecho ambiental en las conferencias internacionales y su vinculación con los modelos de desarrollo” en Revista de Derecho ambiental, Cafferatta Néstor (director) Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, nro. 39, julio septiembre 2014, ps. 167/196.

ESAIN J.A., Competencias ambientales, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008

ESAIN J.A., Pesca marítima y medio ambiente, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

ESPINOSA González, A., Derechos humanos y medio ambiente: el papel de los sistemas europeo e interamericano (tesis doctoral), Getafe, mayo, 2015 Universidad Carlos III de Madrid.

GOMES Canotilho, J.J., “Principios y ‘nuevos constitucionalismos’. El problema de los nuevos principios”, en ReDCE. Año 7. Núm. 14. julio-diciembre/2010, ps. 321-364.

GOMES Canotilho, J. J., Estudos sobre Direitos Fundamentais, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

HÄBERLE, P., El Estado constitucional, (Primera edición 2001), Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídica, México, 2003.

HELLER, H., *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, SA de CV, (primera edición en alemán 1934), Quinta reimpresión Buenos Aires, 1992.

JORDANO Fraga, J., La protección del derecho a un medio ambiente adecuado, Bosch, Barcelona, 1995.

KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, traducción Eduardo García Maynez, Imprenta Universitaria de México, D.F., 1958.

KISS, A., «Le droit á la conservation de l'environnement ?», en *Revista IIDH*, 1991, Vol. 13.

KRÄMER, L., *Derecho ambiental y Tratado de la Comunidad Europea*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

LLORET, J.S., Giacossa, N., “El principio de progresividad ambiental y los horizontes de su aplicación”, *JA*, 2011, IV, fascículo 13, p. 36;

LOPERENA Rota, D., “Los derechos al Medio Ambiente adecuado y a su protección”, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/17126a.pdf>

LÓPEZ Ramón, F., “Caracteres del derecho comunitario europeo ambiental”, en *Revista de Administración Pública* Núm. 142. Enero-abril 1997, p. 53.

LORENZETTI, R., (director), *Código Civil y Comercial comentado*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014.

MARRACO Espinós, J.M., “El estado ecológico de derecho”, 30.11.2015 (<http://www.abogacia.es/2015/11/30/el-estado-ecologico-de-derecho/>)

MORATO LEITE, J.R., Germana Parente, N., Peralta, C., “Derecho constitucional ambiental brasileño a la luz de una posmodernidad”, em *Revista catalana de Dret ambiental* Vol. V Núm. 1 (2014): 1 – 36 -Estudi-

NOGUERA Ramos, G., “¿Cómo obtiene la rigidez la Ley General Del Ambiente frente a los embates de las normas sectoriales anteriores y posteriores a su sanción?”, en DPI Cuántico, Suplemento de derecho ambiental, del 16 de octubre de 2014.

PRIEUR, M., “Princípio da proibição de retrocesso ambiental”, publicado em *Princípio da proibição de retrocesso ambiental*, editado por Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle del Senado Federal de Brasil, Brasília (DF), p. 11 y subsiguientes;

QUIROGA, H., “El estado ecológico de derecho en la Constitución nacional”, en *La ley* 1996-B-950, también publicado en Cafferatta Néstor, *Tratado jurisprudencial y doctrinario de derecho ambiental*, Tomo II: textos completos, La Ley, 2012, ps. 535/6.

QUIROGA, H., *La Potestad Legislativa*, Editorial Zavaía, Buenos Aires, 1993, p. 188.

ROBLES, N., Adobatti, G., Blanco, J.C., Genovese, A., y Acosta, J.F., “El principio de supletoriedad de la LGA y su efecto respecto de la ley nacional de fauna 22.421”, en Cafferatta Néstor (director) *Revista de Derecho Ambiental de Abeledo Perrot* nro. 49 Buenos Aires, enero marzo 2017.

ROSATTI, H., *Derecho ambiental constitucional*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004.

ROSS, A., *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba 2006.

SABSAY, D., Di Paola, M.E., “El Federalismo y la Nueva Ley General del Ambiente”, *Doctrina Judicial*, ADLA LXIII-A.

SABSAY, D., “El modelo de desarrollo sustentable”, en Sabsay Daniel (director) Manilli Pablo (coordinador), *Constitución de la Nación Argentina Tomo 2*, Hammurabi Depalma José Luis, Buenos Aires, 2010,

SABSAY, D., “El modelo de desarrollo sustentable”, en Sabsay Daniel (director) Manilli Pablo (coordinador), *Constitución de la Nación Argentina Tomo 2*, Hammurabi Depalma José Luis, Buenos Aires, 2010,

SABSAY, D., “El modelo de desarrollo sustentable”, en Sabsay Daniel (director) Manilli Pablo (coordinador), *Constitución de la Nación Argentina Tomo 2*, Hammurabi Depalma José Luis, Buenos Aires, 2010, ps. 207/218.

SABSAY, D., “El Desarrollo Sustentable en un Fallo de la Justicia Federal”; Publicado en *El Derecho. Diario de Jurisprudencia y Doctrina*. Año XXXV 9355 (10/10/97), Buenos Aires, p. 1.

SABSAY, D., López, M., “Derecho y protección del medio ambiente. Los intereses difusos de la Constitución Nacional, la protección legal del medio ambiente”, en *Leyes reglamentarias de la reforma Constitucional, Pautas su-gerencias fundamentales*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 1996, p. 149.

SAGÜÉS, N.P., *Teoría de la Constitución*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004.

SALAS, E., *Código Civil anotado, y leyes complementarias anotados*, T 1, 2da edición actualizada, Depalma, Buenos Aires 1992.

SCOTTI, E., *Legislación urbanística de la Provincia de Buenos Aires*, Editorial Scotti, Avellaneda, 2000, p. 9.

SERRANO, J.L., *Principios de derecho ambiental y ecología jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2007.

SOZZO, G., “El principio de no regresión del derecho ambiental en el camino de la Conferencia de Rio+20”, Publicado en SJA 28/12/2011, (Abeledo Perrot Nro. 0003/015705);

TARDÍO Pato, J.A., “El principio de especialidad normativa (lex specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales” en Revista de Administración Pública Núm. 162. Septiembre-diciembre 2003, p. 189 y subsiguientes.

TORRICELLI, M., “Distintos caminos que conducen hacia la misma meta (comentario al fallo “Villivar””, en Revista de Derecho Administrativo nro. 62, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

WAHL, R., Herausforderungen und Antworten, Walter de Gruyter GmbH, Berlin Boston, Traducción de José Carlos Mardomingo para Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales SA Madrid, 2006.

ZEBALLOS DE SISTO, M.C., “Nuevos pasos hacia la construcción del derecho ambiental minero”, publicado todo en Cafferatta Néstor (director), Revista de Derecho Ambiental nro. 11, octubre/diciembre de 2007, Editorial Lexis Nexis.

PARTICIPACIÓN CIUDADANA AMBIENTAL EN LATINOAMÉRICA:

UNA ESTRUCTURA EN CONSTRUCCIÓN.

Dr. Ezio Costa Cordella^{1 2}

Resumen: La participación ciudadana, como mecanismo de legitimación democrática, actúa en la toma de decisiones dentro de distintos ámbitos e instituciones. En el presente artículo se busca conceptualizar la manera en que opera la participación ciudadana en materia ambiental en América Latina, y en particular, se busca definir la función de la participación ciudadana en esta área del derecho, de forma de identificar y revisar si existen las estructuras necesarias para hacerla efectiva.

Palabras clave: Participación ciudadana, Democracia, Forma del derecho, Derecho ambiental

ABSTRACT: Public participation main function, in decision making, is to serve as a mechanism of democratic legitimation. In this article, we try to conceptualize the way in which participation operates on environmental matters in Latin America, and in particular, it seeks to define the role of participation in this area of law, so that we can identify and review if there are the necessary structures to make it effective.

¹ Abogado, Universidad de Chile. Msc. en Regulación, London School of Economics and Political Science. Doctor (c) en Derecho, Universidad de Chile. Investigador del Centro de Regulación y Competencia (RegCom) y del Instituto Milenio para la Investigación de Imperfecciones de Mercado y Políticas Públicas (MIPP), ambos de la Universidad de Chile. Director Ejecutivo de la ONG FIMA.

² Agradezco la ayuda de Naiara Susaeta Herrera

Key words: Citizen participation, Public Participation, Democracy, Environmental law

INTRODUCCIÓN³

Hablar de la participación ciudadana en materia ambiental nos transporta rápidamente a dos cuerpos conceptuales distintos, que parecieran cruzarse en este espacio de conocimiento: la tradición democrática por una parte, que es la gran base de la propia idea de participación ciudadana, y la protección del medio ambiente por otra, donde la participación ha tomado un rumbo propio que, partiendo de las mismas bases de conceptualización democrática, ha seguido creciendo al alero de diversos estatutos jurídicos y en una complejidad propia.

En este crecimiento desordenado, que a veces pareciera tender a la hipertrofia, la participación ciudadana en materia ambiental enfrenta retos considerables. Mientras por una parte es entendida como el input democrático en la toma de decisiones técnico-ambientales, por otra parte, se ha convertido en el espacio de contradicción entre las comunidades, los territorios y los poderes centrales. A su vez, mientras por una parte es considerado un derecho procedimental al servicio del derecho a vivir en un medio ambiente sano, por otra es un derecho en sí mismo y por lo tanto debiera tener un contenido propio.

Este trabajo busca configurar una primera mirada sobre ese contenido. Basándonos en la teoría de la forma del derecho de Fernando Atria, entenderemos que la participación ciudadana en materia ambiental es una institución que debiera tener una estructura y una función, y que dicha función tendría que ser la de “hacer probable lo

³ El presente artículo contiene ideas que son desarrolladas principalmente en la tesis del autor, para optar al grado de Doctor en Derecho de la Universidad de Chile.

improbable”, que es lo que el derecho tiende a buscar de acuerdo al autor (ATRIA, 2016, p. 154). Pero, además, si queremos conceptualizar adecuadamente el derecho a la participación ciudadana en materia ambiental, se hace totalmente necesario distinguirlo del derecho a la participación ciudadana en materia política y en la gestión pública, por lo que planteamos acá una breve conceptualización de ambos y de las diferencias y semejanzas que tendrían con el derecho a la participación ciudadana en materia ambiental, así como los efectos de ello.

Por último, nos interesa saber cuáles son los caminos por lo que podría avanzar este derecho en materia ambiental y cuál es el rol que jugará en la determinación de las políticas y normas futuras, que tendrán la responsabilidad de hacer frente a una creciente crisis ambiental que amenaza seriamente el modo actual de vida de la humanidad.⁴

1. La Participación Ciudadana y su estado actual.

Sobre la participación ciudadana, su contenido y sus modos pueden decirse muchas cosas desde diversas perspectivas. Por supuesto, podemos decir que la participación es una propiedad de la democracia y que ella se representa a nivel político en formas distintas pero que están todas en un espectro que abarca desde la democracia representativa absoluta, hasta la más radical democracia representativa. En esa discusión, habitual del derecho constitucional, podemos estudiar sistemas en que el pueblo sólo se manifiesta y participa en contadas oportunidades y para elegir representantes en un extre-

⁴ Esta crisis está representada principalmente en las amenazas que supone el cambio climático y las graves consecuencias que enfrentaremos de ser incapaces de disminuir nuestras emisiones de gases de efecto invernadero. A su vez, el cambio climático importa desafíos y crisis diversos en cada país, de acuerdo a sus vulnerabilidades geográficas, económicas y sociales.

mo, y en el otro la democracia asambleísta de los griegos, en que todas las decisiones son tomadas de manera conjunta por el pueblo, el que pasa de ser una presencia permanente pero abstracta, a ser una efectiva instancia de decisiones. Los modos en que un ciudadano participa en ambos tipos ideales son, por supuesto, también muy divergentes.

Ahora bien, más allá de la discusión abstracta sobre ambos sistemas y sus consecuencias, en la realidad material del mundo occidental actual pareciera que todas las democracias utilizan algún sistema mixto entre representación y democracia directa, de modo que si bien la mayoría de las decisiones son tomadas por los representantes, esto no obsta que algunas puedan ser tomadas directamente por el pueblo a través del uso de los diversos medios que las normas disponen para ello, típicamente plebiscitos y referendos sobre un número determinado de temas (SOTO y WELP, 2017, p.34).

Este vínculo entre participación ciudadana y la toma de ciertas decisiones, como decíamos, remite inmediatamente a una conexión entre la participación y la manifestación de la voluntad soberana: sería a través de la participación ciudadana que el pueblo, efectivamente, se manifestaría. Pero lo anterior es solo parcialmente cierto y vale la pena detenerse en ello. Primero, señalamos que sólo es parcialmente cierto porque sólo podría tener lugar en la participación política, puesto que en los demás casos (participación en la gestión pública y en materia ambiental) la participación está principalmente asegurada para un grupo de personas que se verán afectadas directamente por la toma de una decisión pública. Esto sin perjuicio de que ciertas decisiones que se tomen puedan afectar derechos o bienes colectivos y sin perjuicio de que los procesos de participación en algunos casos sean más abiertos. En todos los casos, deberá enfrentarse una tensión intrínseca entre, por una parte, la volun-

tad del pueblo manifestada en la ley y en la elección de los políticos representantes que conducen los organismos públicos, y por la otra los resultados de la participación ciudadana. Así, por ejemplo, una ley que simplifique el procedimiento de aprobación de proyectos mineros será, en la ficción legal en la que vivimos, una manifestación de la voluntad del pueblo por acelerar ese tipo de inversiones. Por otra parte, sin embargo, es perfectamente probable que una comunidad de un territorio donde se proyecte una minera, se manifieste abiertamente en contra de dicho proyecto, por las afectaciones a su salud, sus recursos naturales o sus sistemas de vida. En un caso como el anterior entonces, la participación ciudadana más que ser una manifestación de la democracia en la clave de construcción de la voluntad popular, lo será en el sentido que Rosanvallón llama contrademocracia (ROSANVALLÓN, 2008).

El concepto de Rosanvallón es interesante por su propio contenido, pero se construye sobre uno de los pilares de la democracia liberal, que es la protección de las minorías mediante diferentes instituciones, entre las que notablemente debemos contar a los derechos humanos, que han sido el freno institucional al poder durante el siglo XX y que a pesar del ataque constante de parte de sectores radicales en ascenso, gozan de buena salud como contrapesos al poder, de suerte que incluso hoy los podemos posicionar como un contrapeso no sólo al poder estatal, sino también a los grandes poderes privados. (RUIZ TAGLE, 2016, p. 42 y 43).

La divergencia conceptual que enfrentamos, sobre el valor de la participación ciudadana en la toma de decisiones públicas como un valor democrático o contrademocrático, puede ser analizada también desde la lectura que Habermas hace sobre la institucionalización de la esfera de la opinión pública (*Offentlichkeit* en lenguaje original, a veces traducido como “publicidad” o esfera

pública). Repara el autor en que hay una pretensión del Estado de Derecho burgués de principios del siglo XIX de alcanzar una especie de continuidad entre la esfera de la opinión pública y la conformación de la ley, que de alguna manera es paralela a la pretensión de la política económica de la época, que supone una autorregulación que va haciendo menos necesario al Estado en la medida de que se disuelve el poder y se intercambia por la coordinación natural de las personas en torno a las ideas de mercado (HABERMAS, 1994, p. 115 -118).

Esa institucionalización se produciría en la conceptualización del poder legislativo y su representación de la voluntad popular, por una parte, y en el aseguramiento de los derechos fundamentales de libertad de expresión, reunión, opinión, prensa y asociación, por otra. Este movimiento habría convertido entonces a la esfera de la opinión pública en un modo de ordenación de la actividad estatal (HABERMAS, 1994, p. 118 y 119).

En lo que nos interesa, es posible apreciar en esta institucionalización que se produce una especie de escisión de la esfera de la opinión pública, pues como Habermas reconoce, ella no es ni busca ser un poder (HABERMAS, 1994, p. 115-118). Podríamos decir que, al intentar institucionalizarla en la forma de un poder, lo que se produce en realidad no es una transformación de la esfera en poder, sino la creación de un poder que se vincula con la esfera de una manera diferente a como se entendía previamente. La esfera en tanto, sigue existiendo y operando en buena parte como dispositivo de contrademocracia.

En esta línea entonces, no es posible entender la participación ciudadana sin conceptualizarla a la vez como un derecho colectivo y un derecho subjetivo. El que sea un derecho colectivo tiene que ver con que se le reconoce a un cuerpo colectivo la posibilidad de participar y de tomar decisiones (o influir en ellas) y se le otorga el

deber al Estado de propiciar esa participación y facilitar-la. Mientras, la categoría de derecho subjetivo está dada por la posibilidad que tiene cada persona de participar, y la obligación del Estado de no impedir esa participación. El propio Habermas entiende que la consagración de derechos fundamentales vinculados a la esfera de la opinión pública importa reconocer tanto derechos colectivos de las personas que raciocinan en torno a lo público, como un derecho individual de los sujetos para hacerlo (HABERMAS, 1994, p.118).

La determinación del colectivo al que apunta la participación ciudadana será extremadamente relevante para entender también con qué tipo de participación lidiamos. Si el colectivo es el pueblo en su conjunto, normalmente estaremos ante participación política propiamente tal. No sucede lo mismo con la participación en gestión pública o en materia ambiental, donde el colectivo al que se apunta es generalmente los regulados de un área, las comunidades afectadas o “los interesados”.

Pero sin perjuicio de lo anterior, en el estado actual de la democracia, el resultado de los procesos de participación, en cualquier nivel, es entendido como el input democrático en la toma de decisiones por parte del Estado. Para algunos, esto es el resultado de una supuesta crisis de la democracia representativa, que requeriría entonces de la incorporación de mayores mecanismos de democracia directa para volver a legitimarse. Lo anterior nos parece parcialmente cierto, pero de cualquier modo fuera del foco principal de la participación.

Si bien es cierto que las democracias están en cierto nivel deslegitimadas, ello pareciera no tener tanto que ver con el factor de representatividad o democracia directa, sino mucho más con dos fenómenos paralelos: la pérdida de poder del Estado Nación frente a las diversas esferas transnacionales y la transferencia de poder desde el poder legislativo hacia las agencias técnicas y autó-

nomas de la Administración del Estado. Este proceso ha dejado entre sus daños principales, la impotencia de la ciudadanía para dirigir sus propios destinos colectivos, entregados a poderes más o menos invisibles.

La deslegitimación de las decisiones públicas, producida en ese traspaso del poder hacia lo técnico no ha sido combatida entonces con mecanismos de participación ciudadana, los que supuestamente vendrían a incorporar una variable democrática a esas decisiones. (MAJONE, 1999, p.10)

Esto ayudaría a explicar, también, una mayor preocupación por la participación en la gestión pública, que en el siglo que comenzamos se ha traducido, entre otras cosas, en la conceptualización de ella a nivel internacional. Así, por ejemplo, en la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública, la que notablemente viene en conceptualizarla y darle contenido.

La Carta establece en su Capítulo Primero, Punto 2, que *“A los efectos de la presente Carta Iberoamericana, se entiende por participación ciudadana en la gestión pública el proceso de construcción social de las políticas públicas que, conforme al interés general de la sociedad democrática, canaliza, da respuesta o amplía los derechos económicos, sociales, culturales, políticos y civiles de las personas, y los derechos de las organizaciones o grupos en que se integran, así como los de las comunidades y pueblos indígenas.”* (Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública).

Además, la misma Carta señala de manera sucinta varias de las funciones que se le atribuyen a la participación ciudadana, dando cuenta de las principales lógicas por las que los mecanismos de participación se han relativamente expandido, a propósito de cumplir con dichas funciones. En un trabajo anterior hicimos una tipología que resume las funciones de la participación en

la gestión pública, entendiendo que ella tiene funciones de carácter comunitario, público y privado. La función comunitaria *“tiene que ver con la vida en comunidad y la dimensión social de la participación, donde lo importante es el hecho de que la misma participación permita desarrollar o densificar el tejido social. Un segundo grupo de funciones, al que denominaremos privadas, está relacionado con los intereses privados, tanto de las personas que participan como eventualmente de quien se ve afectado por dicha participación. En este segundo grupo de funciones, lo relevante es que existen intereses particulares que en algunos casos serán transables y posibles de satisfacer mediante negociación u otros mecanismos del tipo. Finalmente, existe una función propiamente pública de la participación, que la Carta Iberoamericana identifica con la legitimidad y la efectividad de las decisiones.”* (COSTA y BELEMMI, 2017, p. 15)

De esas funciones, además, desprendemos una cuarta (COSTA, en prensa) que es la función de control y que versa sobre la posibilidad de que en los procedimientos de participación ciudadana o a propósito de ellos, se produzca un control de la actividad de la Administración, cuestión que puede ocurrir por la necesidad de transparentar el proceso, por la de argumentar en relación con las observaciones ciudadanas o por la de someter la decisión a un control externo, normalmente jurisdiccional.

Ahora bien, aun cuando ellas son las que se le reconocen a la participación en la gestión pública y en cierto sentido todas ellas son reconocibles en la participación en materia ambiental, ello no obsta que en esta área la participación tiene ciertas características especiales que hacen necesario distinguirla como una institución en sí misma.

2. La Participación Ciudadana en materia ambiental

2.1 La Forma de la Participación Ciudadana en Materia Ambiental

Además del reconocimiento de la participación como un derecho, e incluso como un derecho fundamental, podemos también abordarla desde una visión más positivista. Explicar una institución jurídica, de acuerdo al concepto de Atria, equivale a ser capaces de describir su función y su estructura. La función será siempre el objetivo buscado por la institución, declarado en ella misma. Es el resultado improbable que sólo puede generarse en base a la existencia de la propia institución, que la hace más probable. (ATRIA, 2016, p. 154). En la conceptualización de la función, la mirada puede ser puesta en lo extra-normativo. La norma va a intentar producir un efecto deseado que está anclado en un valor que es pre-institucional. Se diferencia así, la función en términos de la teoría de Atria, de las funciones de la participación, como fueron revisadas anteriormente.

En el caso de la función de la participación en materia ambiental entonces, lo improbable en el caso es que los ciudadanos sean oídos y puedan incidir, antes de que el Estado tome una decisión en estos asuntos. Esa función está claramente estipulada en el principio 10 de la Declaración de Río e incluso tiene concreciones normativas, doctrinales y jurisprudenciales que la explicitan y la explican.

Señala la Declaración de Río en su principio 10, que:

“El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacio-

nal, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que ofrecen peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación del público poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.”

Por su parte, de manera reciente la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado sobre la participación que:

“226. La participación pública representa uno de los pilares fundamentales de los derechos instrumentales o de procedimiento, dado que es por medio de la participación que las personas ejercen el control democrático de las gestiones estatales y así pueden cuestionar, indagar y considerar el cumplimiento de las funciones públicas. En ese sentido, la participación permite a las personas formar parte del proceso de toma de decisiones y que sus opiniones sean escuchadas” (CORTE IDH Opinión Consultiva, OC 23/17)

La función, en términos arianos, de la participación ciudadana en materia ambiental, es relativamente evidente: busca la incorporación de las visiones de los ciudadanos en la toma de decisiones ambientales. Ahora bien, existe también una función más sutil que no es expresadamente propiamente en las normas, pero que aparece de manifiesto en la práctica, esta es, la participación ciudadana en materia ambiental busca darles legitimidad a las decisiones en la materia.

En lo que se refiere a su estructura, esta se identifica con la manera en que lo improbable se hace probable, entendiendo por lo tanto Atria en este punto que la estructura de la norma es lo que media entre el deseo, expresado en la función, y la realidad material en la que esa función debe concretarse. (ATRIA, 2016, p. 154). La participación, por supuesto, tiene una diversidad de estructuras de acuerdo a los derechos nacionales y también de acuerdo al espacio en el que se genere la participación ciudadana (regulaciones, planes, proyectos, sanciones, etc.), pero debiéramos entender que la estructura tendría que hacer posible esa incidencia. Por lo mismo, aunque la estructura pueda ser variada, debemos entender que hay ciertos mínimos conceptuales que la harán posible de cumplir con su función.

Esto, porque entendemos que en general las estructuras que se han producido en América Latina son más bien de corte general y no tienen por lo tanto una configuración específica que permita que la incidencia que busca la institución, se produzca efectivamente. Este vacío ha intentado ser llenado con *soft law* por los organismos internacionales y la doctrina, principalmente. Esos estándares no han sido tan discutidos suficientemente desde lo ambiental, pero, como veremos más adelante, pareciera que varios de los que se han establecido para otras materias debieran aplicarse en materia ambiental. Son los estándares entonces los que conformarán el mínimo esperable de la estructura de la participación.

2.2 Participación ambiental y participación en gestión pública.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante entender (aunque para Atria sería un ejercicio extrajurídico) por qué este improbable resultado es querido por la institución y buscado por ella. Además de las funciones de

la participación que se reconocen a la participación en la gestión pública, debemos entender que, en materia ambiental, existen otras variables que hace que la participación se genere de manera diferente que en la mayoría de los espacios en los que existe participación en la gestión pública propiamente tal.

En un trabajo anterior (SOTO y COSTA, en prensa), dimos una primera mirada a cuáles podrían ser las tensiones teóricas entre la participación en la gestión pública y la participación en materia ambiental, explicando que esta última más que una subcategoría de la primera, es una institución jurídica diferente que ha tenido una evolución propia y paralela. Esto no obsta que comparta una importante serie de lógicas, pero entendemos que los dispositivos conceptuales de la participación en la gestión pública no alcanzan a cubrir su complejidad.

En este sentido, identificamos cuatro variables propias de la participación ambiental, que provocan una tensión con la participación en gestión pública. En primer lugar, se encuentra el hecho de que la participación en materia ambiental está íntimamente vinculada a la justicia ambiental y esta, a su vez, es un principio del derecho ambiental. En este sentido, la participación ambiental tiene una función de redistribución del poder que le es central, de suerte que su establecimiento incluso ha sido llamado de “justicia participativa” (HERVÉ, 2015, p.66).

La sinergia entre el concepto de justicia ambiental y la institución de la participación ambiental es, en cierto sentido, revolucionaria. Visto desde acá, el derecho ambiental en sí mismo contiene un mandato de distribución que no es posible ver en otras áreas del derecho. Ese mandato, entre otras cosas, se lleva a la práctica con los procedimientos de participación ciudadana, que adecuadamente llevados serán un espacio de distribución del

poder entre los ciudadanos habitantes de los territorios, los capitales que desarrollan proyectos y el Estado.

Una segunda variable es la que se relaciona con los riesgos. Tanto la creación de normas ambientales como la decisión sobre desarrollo de proyectos lleva implícita una definición sobre riesgos tolerables y nuevamente con esto se toca una de las características fundamentales del derecho ambiental, como un área del derecho que entre sus funciones principales tiene la de definir esos umbrales en un diálogo entre la técnica y la democracia representada en la participación ciudadana.

En seguida, identificamos una relación más profunda entre deliberación y participación ambiental, en cuanto si bien esta característica sería deseable para todo tipo de participación, la conceptualización de ella en materia ambiental se ha producido de manera más cercana con esta idea deliberativa, donde precisamente la distribución de poder y el diálogo en torno a los riesgos tolerables se hace posible solo en la medida que se cumplen ciertos requisitos que impone la deliberación, especialmente el diálogo entre iguales, abierto a tomar decisiones en torno a una racionalidad común.

Por último, relacionado con la función de control de la participación ciudadana, consideramos que en materia ambiental se da un vínculo especial entre ella y el acceso a la justicia, cuestión que está en parte reflejada en la posición que ambos derechos tienen en el Principio 10 de la Declaración de Río y que además se vincula con algunas disposiciones específicas que hacen posible la justiciabilidad de un acto administrativo de carácter ambiental cuando han existido procesos de participación ciudadana inadecuados o que no han recogido de manera correcta los resultados de dicha participación. Desde el derecho administrativo general debiéramos decir que, existiendo participación relevante, ésta al menos debería verse reflejada en las motivaciones del acto adminis-

trativo, modificándolo o descartando lo observado. En el caso del derecho ambiental chileno, la relación es más expresa, siendo los ciudadanos que participan en decisiones ambientales legitimados activos para reclamar respecto de ellas si su observación no es debidamente considerada.

3. Avances del derecho a la participación en materia ambiental.

La conciencia de la participación ambiental como un espacio de desarrollo propio se ve alimentado, especialmente en América Latina, por el hecho de que durante 2017 y 2018 se hayan logrado avances sustantivos en términos de su comprensión y estándares. Este avance conjunto –aunque no uniforme– de la participación ambiental en la región, viene a abonar la idea de que hay una unidad en el derecho ambiental de América Latina, cuestión que ha sido planteada, entre otros por Antonio Herman Benjamin (BENJAMIN, III Foro internacional de Justicia Ambiental).

Dichos avances están plasmados principalmente en dos instrumentos; La Opinión Consultiva OC 23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por una parte, y el Acuerdo de Escazú, por la otra. En ambos se trata a la participación ciudadana en materia ambiental de forma especial y relativamente pormenorizada. En lo que respecta a la OC 23/17, el tratamiento se hace en relación con la participación en la gestión pública y en relación con el derecho a vivir en un medio ambiente sano, siendo por lo tanto más descriptiva. Mientras tanto, el Acuerdo de Escazú viene en definir en su artículo 7º, cuáles serían los mínimos a los que se comprometen los países adherentes. Por su naturaleza, es más normativo, pero tiene un valor considerable en entender el contenido de la participación en materia ambiental, puesto que

su novedad no proviene de la consagración del derecho, sino que del desarrollo del mismo.

3.1 La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los fundamentos de la Participación en materia ambiental

En lo que respecta a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su OC 23/17 ha señalado que

“226.La participación pública representa uno de los pilares fundamentales de los derechos instrumentales o de procedimiento, dado que es por medio de la participación que las personas ejercen el control democrático de las gestiones estatales y así pueden cuestionar, indagar y considerar el cumplimiento de las funciones públicas. En ese sentido, la participación permite a las personas formar parte del proceso de toma de decisiones y que sus opiniones sean escuchadas. En particular, la participación pública facilita que las comunidades exijan responsabilidades de las autoridades públicas para la adopción de decisiones y, a la vez, mejora la eficiencia y credibilidad de los procesos gubernamentales. Como ya se ha mencionado en ocasiones anteriores, la participación pública requiere la aplicación de los principios de publicidad y transparencia y, sobre todo, debe ser respaldado por el acceso a la información que permite el control social mediante una participación efectiva y responsable.” (CORTE IDH Opinión Consultiva, OC 23/17)

De lo dicho por la Corte, no estamos de acuerdo, como ya manifestamos, en que la participación sea vista solamente como un derecho instrumental o procedimental, e incluso creemos que la propia Corte tampoco es consistente con dicho predicamento, pues luego de expresar esta supuesta naturaleza jurídica del derecho, de todas maneras, desarrolla un contenido del mismo en

un sentido distinto a su mera instrumentalización. No deja de ser cierto que la participación es un instrumento para la satisfacción de otros derechos, pero no es menos cierto que envuelve un fin en sí misma relacionada con la soberanía popular y la democracia.

El contenido, en el párrafo citado, es en primer lugar el derecho a formar parte del proceso de toma de decisiones, lo que se traduce en un mínimo lógico que es ser escuchadas en dicho proceso. Agregariamos que ser escuchadas significa, sin dudas, ser consideradas en la toma de la decisión, existiendo un mínimo nivel de incidencia sobre la decisión, que es el de que las opiniones y observaciones de la ciudadanía sean sopesadas en la decisión.

En seguida, la Corte reconoce el ejercicio de control de la participación. Lo expresa fuertemente al decir que la participación *“facilita que las comunidades exijan responsabilidades de las autoridades públicas para la adopción de decisiones”* (CORTE IDH Opinión Consultiva, OC 23/17, párrafo 232), cuestión que luego abona cuando expresa que entre los mecanismos de participación ciudadana se incluyen los de revisión judicial.

Por último, en este párrafo la Corte reconoce lo que llamamos función pública de la participación, cuando expresa que este derecho sirve, pues *“a la vez, mejora la eficiencia y credibilidad de los procesos gubernamentales”* (CORTE IDH Opinión Consultiva, OC 23/17, párrafo 232). Esto es, a su vez, refrendado en el párrafo 228, cuando la Corte señala que la participación *“aumenta la capacidad de los gobiernos para responder a las inquietudes y demandas públicas de manera oportuna, construir consensos y mejorar la aceptación y el cumplimiento de las decisiones ambientales”* (CORTE IDH Opinión Consultiva, OC 23/17, párrafo 228).

3.2 Estándares de la participación en materia ambiental

Tanto la OC 23/17, como el Acuerdo de Escazú, tienen una preocupación por establecer los estándares de la participación ciudadana, entendiendo que esos estándares son un elemento central del contenido del derecho. En un trabajo anterior definimos cuales eran los estándares generales de la participación ciudadana, en base a los principios y recomendaciones de la OCDE, la CEPAL y la doctrina relevante en la materia (COSTA, CAORSI, ORTUZAR, 2017, p. 55-83). Llegamos a establecer como estándares, los siguientes;

- a) Compromiso y coordinación: referido a la voluntad de recepción de la participación y a la coordinación entre organismos públicos encargados de asuntos similares.
- b) Formalidad y recursos: versa sobre la necesidad de existencia de un procedimiento claro y formal de participación que sea posible llevar a cabo con los recursos humanos y financieros suficientes.
- c) Fortalecimiento de la sociedad civil: Entendido como la necesidad de que las instancias de participación sean también de utilidad para la formación y vinculación de las organizaciones sociales.
- d) Transparencia y acceso a la información: vinculado a que exista información completa, clara y oportuna que permita una participación significativa.
- e) Diseño y oportunidad: los procedimientos de participación debieran estar diseñados de una forma que permitan cumplir con sus objetivos de incidencia, de manera oportuna.
- f) Apertura e inclusividad: relativo al esfuerzo que debe realizarse para que los procedimientos de participación incorporen a los grupos menos representados y

especialmente a los más vulnerables.

- g) Receptividad y nivel de incidencia: cualquier participación debiera tener un nivel de incidencia predeterminado y claro, que permitiese efectivamente la incorporación de las observaciones generadas desde la ciudadanía.
- h) Rendición de cuentas: referido a que la participación le sea exigible a las autoridades para tomar decisiones, y a que se informe los resultados de la participación.
- i. Evaluación: sobre la conveniencia de que los procedimientos de evaluación sean evaluados regularmente por los organismos públicos, de manera de observar cómo se encuentran cumpliendo con los objetivos que se les trazaron, y perfeccionarlos.

Consideramos que estos estándares de participación en la gestión pública son aplicables a la participación en materia ambiental como un mínimo, sin perjuicio de que ellos no estén específicamente pensados para esta materia y que, por lo tanto, requieran de un perfeccionamiento, en proceso, en ese sentido. Dicho perfeccionamiento debiera construirse desde estos mínimos, así como desde los mínimos que son expresados por la Corte IDH y especialmente por el Acuerdo de Escazú.

Señala la Corte IDH, que;

“231. Por tanto, esta Corte estima que, del derecho de participación en los asuntos públicos, deriva la obligación de los Estados de garantizar la participación de las personas bajo su jurisdicción en la toma de decisiones y políticas que pueden afectar el medio ambiente, sin discriminación, de manera equitativa, significativa y transparente, para lo cual previamente deben haber garantizado el acceso a la información relevante.”
(CORTE IDH Opinión Consultiva, OC 23/17, párrafo 231)

En este párrafo, por lo tanto, encontramos los estándares mínimos que la Corte considera. La participación debe ser sin discriminación, equitativa, significativa y transparente. Se agrega que debe existir una garantía previa de acceso a la información. Entendemos que la no discriminación se refiere a la inclusividad de los grupos y personas vulnerables, la equitatividad a la apertura del procedimiento y a su coordinación, la significatividad a que exista la posibilidad efectiva de influir en el procedimiento en el que se participa (receptividad e incidencia) y la transparencia a la apertura del procedimiento y la comunicación efectiva de sus metas, sus pasos y sus resultados.

Se adiciona por la CIDH una mención específica a la participación indígena, la que debe tener una expresión específica de los riesgos que una determinada decisión tiene para la subsistencia de los pueblos, sus tradiciones, territorios, culturas y modos de vida, estableciendo otros estándares mínimos que no viene al caso tratar ahora (CORTE IDH Opinión Consultiva, OC 23/17, párrafo 227).

En lo que se refiere al Acuerdo de Escazú, este es mucho más extenso en referirse a los estándares que contiene el derecho a la participación ciudadana en materia ambiental, pero podríamos resumirlos en;

- a) Implementación de participación abierta e inclusiva. (Art. 7° N°1)
- b) Garantía de participación en decisiones, revisiones, re-examinaciones y actualizaciones que afecten la salud y el medio ambiente. (Art. 7° N°2 y 3)
- c) Asegurar participación desde etapas iniciales y asegurar la consideración adecuada de las mismas. (Art. 7° N°4)

- d) Plazos razonables, medios apropiados de información y participación e información clara, oportuna y comprensible. (Art. 7º N°4, 5, 6 y 7)
- e) Fundamentación, publicidad y difusión apropiada de las decisiones ambientales. (Art. 7º N°8 y 9)
- f) Adecuación de la participación a las características sociales, económicas, culturales, geográficas y de género y valoración del conocimiento local. (Art. 7º N°10 y 13)
- g) Promoción de la participación en foros internacionales. (Art. 7º N° 12)
- h) Esfuerzos para inclusión de los grupos vulnerables y a los directamente afectados (Art. 7º N° 14 y 16)
- i) Información mínima para participación en proyectos: área de influencia, descripción del proyecto, descripción de impactos, descripción de medidas, resumen de lo anterior en lenguaje no técnico, informes públicos sobre el proyecto, descripción de tecnologías y lugares alternativos, y, acciones de monitoreo. (Art. 7º N°17)

Como vemos, en general estos estándares se conciben con los que anteriormente revisamos como los estándares de la participación ciudadana en la gestión pública, aunque hacen un mayor énfasis en una variable de distribución de poder con comunidades vulnerables y directamente afectadas, cuestión que tiene que ver entre otras cosas con el hecho de que la participación ciudadana en materia ambiental está fuertemente marcada por la participación en la aprobación de proyectos de inversión.

Lo otro que llama mucho la atención es la preocupación por la participación en materia internacional, cuestión que probablemente se explica en el hecho de que la creación y redacción del Acuerdo de Escazú está marcada por la participación ciudadana en el proceso, que tuvo a las organizaciones de la sociedad civil de

América Latina y el Caribe presentes de manera permanente en las negociaciones y siendo un importante aporte a la hora de redactar el Acuerdo.

4. La importancia del contenido de la participación en materia ambiental

Volviendo a Atria, nos parece relevante destacar que, para él;

“Una explicación de un concepto jurídico es una especificación de: a) una idea pre-institucionalmente identificable, cuyo desempeño es naturalmente improbable; b) las razones por las que ese desempeño es naturalmente improbable, y c) el modo en que una estructura neutraliza o compensa las causas de esa improbabilidad identificadas en b) y hace así probable el desempeño de la idea pre-institucional identificada en a)” (ATRIA, 2016, p. 154).

Habiendo hecho el ejercicio de explicar el devenir de la participación ciudadana ambiental en América Latina, nos parece adecuado ahora seguir este formato de concepto jurídico que propone Atria.

La idea identificable, a la que se denomina luego función, nos parece en términos generales más sencilla de reconocer en la participación ciudadana. La estructura en cambio, recién empieza a tomar una forma determinada, siendo muy relevante en ese proceso el aporte que el Acuerdo de Escazú y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han hecho.

Sobre la función, nos queda poco que agregar a lo dicho anteriormente, salvo una simplificación: la participación ciudadana en materia ambiental pretende hacer probable la incidencia de los ciudadanos en la toma de decisiones sobre el medio ambiente, ejecutada principalmente por el poder público, pero muchas veces alineado

con el poder privado. Esa incidencia importa la incorporación en la decisión de sus preocupaciones en términos comunitarios, de interés público y de interés privado.

Si volvemos al concepto de estructura de Atria, podemos reconocer que él se concreta en procedimientos específicos. En efecto, el autor ejemplifica con el concepto de ley señalando que su estructura sería el procedimiento de aprobación de la misma.

“Por consiguiente, “ley” en el sentido de norma que vincula al juez o al policía o al ciudadano no es un concepto a ser individuado funcional sino estructuralmente: ley no es lo que sustantivamente va en interés de todos, sino lo que ha sido aprobado mediante cierto procedimiento por el parlamento, sancionado y promulgado por el presidente de la República, y publicado en el Diario Oficial.” (ATRIA, 2016, p.147)

La estructura tiene una función institucional insoslayable, como hemos señalado, “facilita el desempeño de una función que sin ellas es improbable”. (ATRIA, 2016, p.149).

El caso de la participación ciudadana en materia ambiental es muy relevante en este sentido. La función de la participación como espacio de incidencia (por diversas razones) de los ciudadanos en la toma de decisiones ambientales, es clara. Sin embargo, la manera en que esa función se materializa se mantiene aún en tensión. Esto en parte obedece a que, en general, los sistemas jurídicos de América Latina han garantizado la participación ciudadana estableciendo estructuras particularmente livianas.

En este sentido, el levantamiento hecho por CEPAL en 2013, da cuenta de una serie de desafíos para las normas que consagran la participación ciudadana en los diversos países, y muestra además que es más común que exista participación ciudadana en lo que se re-

fiere a la evaluación de proyectos, que en lo relativo a las normas, reglamentos, políticas y programas. (TORRES, 2013). Pero, además, de la lectura comparada de las normas sobre participación ciudadana es posible colegir que en todos los casos sus estructuras consisten básicamente en la posibilidad de los ciudadanos de expresar sus opiniones, a lo que se agrega en algunos casos la obligación de la autoridad de responderlas o considerarlas de alguna forma.

La estructura debiera compensar o neutralizar las causas que llevan a la improbabilidad del resultado buscado. ¿Por qué es improbable la incidencia de los ciudadanos en las decisiones ambientales? La respuesta, si bien compleja, podemos decir desde el inicio y por la propia formulación de la participación, que está vinculada al desbalance de poderes entre quienes toman la decisión y quienes se ven afectados por ella. A esto, se suma muchas veces un desbalance entre quien solicita la decisión (el inversionista, en los casos de un proyecto) y quien se verá afectado por la misma.

En línea con lo anterior, entonces lo que la estructura de la participación debiera hacer es propender a una modificación de ese desbalance, convirtiéndose en una institución distributiva de poder, y a su vez, en un freno a la posibilidad de arbitrariedades por parte de la Administración del Estado y de los grandes poderes privados.

Las livianas estructuras disponibles, por ahora no parecen ser suficientes para dar curso a esa pretensión. Así, no es raro entonces que frente a dicha carencia y subsistiendo la necesidad de dar cabida a la función de la participación ciudadana, se venga produciendo una creciente presión por darle mayor estructura a la institución. Esa estructura se manifiesta en los estándares que hemos revisado hasta el momento, pues son ellos los que de alguna forma tienden a hacer probable lo impro-

bable, a permitir que los ciudadanos incidan en las decisiones que toman las autoridades en materia ambiental.

El amplio reconocimiento que tiene la participación ciudadana como un derecho que cumple a su vez con una serie de funciones, parece haber sido insuficiente para moldear un escenario en que los tomadores de decisiones se vean compelidos a considerar a quienes participan en los procesos de participación. Esto nos parece que fortalece la participación adversarial que supone el litigio de interés público.

BIBLIOGRAFÍA

ATRIA, F., La forma del derecho. Primera edición. Madrid. Editorial Marcial Pons. 2016, p. 147, 149, 154

BENJAMIN, A., III Foro de Justicia Ambiental. Panel I. Video disponible en <https://www.tribunalambiental.cl/iii-foro-internacional-de-justicia-ambiental/>. Consultado por última vez el 28 de diciembre de 2018.

COSTA, E., en prensa. “La litigación ambiental de interés público como mecanismo de participación ciudadana”. Artículo del libro Desafíos Globales de la Democracia. Editorial Tirant Lo Blanch, a publicarse el año 2019.

COSTA, E., y Belemmi, V. “¿Susurros al viento?: Desempeño de la participación ciudadana en el SEIA”. *Revista de Derecho Ambiental*. 2017, (8), p.15

COSTA, E., Caorsi, C. y, Ortúzar, L., Ministerio de Desarrollo Social de Chile, 2017, Pp. 55-83. Referencia a propósito de estándares que fueron definidos en un informe realizado para el Ministerio de Desarrollo Social de Chile, como resultado del trabajo desarrollado en el marco de la licitación Diagnóstico y propuestas de mejora respecto a los niveles de participación ciudadana en la acción y oferta pública del Ministerio de Desarrollo

Social, (730566-43-LE16). Disponible en http://www.academia.edu/36670184/Informe_Final_Participaci%C3%B3n_Ciudadana_en_el_Ministerio_de Desarrallo_Social_Est%C3%A1ndares_Indicadores_y_Recomendaciones. Consultado por última vez el 28 de diciembre de 2018.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva, OC 23/17, de fecha 15 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Colombia.

HABERMAS, J., Historia y crítica de la opinión pública. 1era edición, 12º tirada (2014), Barcelona. Editorial Gustavo Gili. 1994, p.115-119.

HERVÉ Espejo, D., Justicia Ambiental y Recursos Naturales, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2015, p.66.

MAJONE, G., “The regulatory estate and its legitimacy problems”. West European Politics. 1999, 22, p. 10.

ROSANVALLÓN, P., Counter democracy policy in the age of distrust. Primera Edición, Cambridge University Press, Cambridge. Cambridge, 2008.

RUIZ Tagle, P., Cinco Repúblicas y una tradición. Constitucionalismo chileno comparado. Primera edición. Santiago. LOM ediciones. Año 2016. P. 42 y 43.

SOTO, F., y Costa, E., en prensa. “Tensiones y desafíos de la participación ciudadana en materia ambiental”. Artículo aceptado en la revista *Revista Derecho del Estado* Universidad Externado de Colombia, a publicarse el año 2019.

SOTO, F., y Welp, Y., Los diálogos ciudadanos. Primera edición. LOM, Santiago, 2017. P.34

TORRES, V., Acceso a la información, participación y justicia en temas ambientales en América Latina y el Caribe. Serie medio ambiente y desarrollo N°151. Santiago. CEPAL. 2013. Disponible en <http://portal.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2014/08/Acceso-informacion-participacion-justicia-temas-ambientales-América-Latina-y-el-Caribe.pdf>. Consultado por última vez el 28 de diciembre de 2018.

APUNTES SOBRE EL RÉGIMEN LEGAL DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA AMBIENTAL Y EL CAMBIO CLIMÁTICO¹

MSc. Jorge Cabrera Medaglia²

Resumen. Este artículo analiza el marco jurídico y jurisprudencia relevante nacional e internacional aplicable al acceso a la información pública ambiental con énfasis en la temática del cambio climático. Se describen las principales disposiciones constitucionales aplicables, los instrumentos internacionales (incluidos los de soft law) y las leyes y decretos ambientales y administrativos que regulen el acceso a la información, los datos y el gobierno abierto y los límites relacionados con la tutela de la intimidad y los datos personales, entre otros.

Palabras clave: acceso a la información pública ambiental, datos abiertos, régimen de cambio climático, tutela de la información privada, datos personales.

Abstract. This article explores the national and international legal regimen and jurisprudence on access to public environmental information focused on climate change. It describes the main constitutional provisions,

¹ Este artículo ha sido adaptado, ampliado, actualizado y mejorado de un Informe preparado por el autor sobre datos abiertos e información climática, elaborado para la Dirección de Cambio Climático y Fundecooperación en el 2018.

² Abogado especialista en derecho ambiental. Profesor de Derecho Ambiental de la licenciatura y Posgrado en Derecho Agrario y Ambiental y de la Maestría en Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica. Investigador Principal en Derecho de la Biodiversidad del Centro de Derecho Internacional del Desarrollo Sostenible, Montreal, Canadá. Miembro del Comité de Recursos Naturales de la Asociación de Derecho Internacional (ILA). Consultor internacional en derecho ambiental. Contactos: tel. 83260907., jorgecmedaglia@hotmail.com

international instruments (including those of soft law) and the environmental and administrative laws and regulations governing access to information, open data and the limits foreseen to protect the right of intimacy and personal data, among others.

Keywords: access to public environmental information, open data, climate change regimen, protection of the right of intimacy and personal data.

INTRODUCCIÓN

Este artículo presenta las disposiciones jurídicas-nacionales e internacionales- más relevantes en materia de acceso a la información pública ambiental con énfasis en la relativa al cambio climático.

Para una mejor comprensión del marco legal e institucional sobre acceso a la información pública se ha dividido el análisis en el marco internacional (Convenios y procesos), constitucional y legal.

1. Nivel Internacional

1.1 Instrumentos generales y de derechos humanos

A nivel interamericano, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) ha emitido varias resoluciones sobre el derecho de acceso a la información pública, entre estas, la resolución 2288 de 2007³. En el mismo sentido pueden verse las resolucio-

³ AG/RES. 2288 (XXXVII-O/07). Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia. 5 de junio de 2007

nes 2418⁴ de 2008 y 2514⁵ de 2009. La resolución 2418 ha sido citada por la Sala Constitucional en su sentencia 2018- 8196.

La Carta Internacional de Datos Abiertos fue creada en el 2015 y tuvo sus inicios en el marco de la Conferencia Internacional de Datos Abiertos en Ottawa. Posteriormente, estuvo disponible para su firma en distintos foros internacionales. A la fecha se cuentan con 19 Estados signatarios, incluyendo a Costa Rica en el 2016.

La Carta establece en su preámbulo que:

*“Los datos abiertos pueden empoderar a los gobiernos, ciudadanos y organizaciones de la sociedad civil y del sector privado para trabajar hacia mejores resultados para los servicios públicos en áreas como salud, educación, seguridad pública, **protección del medio ambiente**, derechos humanos y desastres naturales”.*

La Declaración Universal de Derechos Humanos establece en su art.19 que:

*“Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, **el de investigar y recibir informaciones** y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.*

Por otra parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece en su art. IV que:

*“Toda **persona tiene derecho a la libertad de investigación**, de opinión y de expresión y difusión del*

⁴ AG/RES. 2418 (XXXVIII-O/08). Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia. 3 de junio de 2008

⁵ AG/RES. 2514 (XXXIX-O/09). Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia. 4 de junio de 2009.

pensamiento por cualquier medio”.

El principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de 1992 señala que:

“El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”.

El principio 10 de Río ha adquirido tal relevancia en el contexto internacional que ha motivado la adopción de dos acuerdos internacionales sobre acceso a la información en materia ambiental; el Convenio sobre Acceso a la Información, Participación del Público en la Toma de Decisiones y Acceso a la Justicia en Materia de Medio Ambiente, conocido como Convenio de Aarhus y el Acuerdo Regional sobre Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y El Caribe, conocido como Acuerdo de Escazú.

En el primer caso (Aarhus), Costa Rica no es parte del tratado, mientras que el segundo (Escazú), fue firmado por el país el 27 de setiembre del 2018, siendo necesarias 11 ratificaciones para su entrada en vigor.

Por su parte, el Capítulo 17 del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y

los Estados Unidos establece obligaciones para las Partes a mantener, desarrollar y mejorar las metas e indicadores utilizados para medir el desempeño ambiental. Lo anterior, es congruente con la construcción de Sistema Nacional de Métrica del Cambio Climático (SINAMECC).

En cuanto a las fuentes vinculantes del derecho internacional para Costa Rica en materia de derechos humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José es una referencia de suprema relevancia. La Convención Americana fue ratificada por Costa Rica mediante la Ley No.4534 de 1970, mientras que el convenio de sede para ubicar la Corte Interamericana de Derechos Humanos en San José fue aprobado mediante la Ley No.6889 de 1983.

El artículo 13 del Pacto de San José, establece lo siguiente:

Libertad de Pensamiento y de Expresión:

*“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. **Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.**”*

No obstante, si bien este derecho no puede ser objeto de censura previa, el mismo no es absoluto y puede generar responsabilidades las cuales *“deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”* (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art.13.2.a y art. 13.2.b).

Asimismo, Costa Rica ratificó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos mediante la Ley No. 4229 de 1968, cuyo art. 19.2 sobre la libertad de expresión establece que:

*“Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; **este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole**, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, o por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*

*3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, pueden estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar **expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:***

- a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
- b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

Estas normas internacionales presentan elementos comunes de relevancia para el ejercicio del derecho de la libertad de expresión. 1. Ambas coinciden en que la libertad de expresión incluye la **libertad de buscar, recibir y divulgar información** de toda índole, 2. Que la responsabilidad por ejercer ese derecho es ulterior, 3. Que las restricciones a **este derecho deben de estar expresamente contenidas en una ley**, 4. Que esas restricciones legales deben de ser necesarias para asegurar, el respeto a **la reputación de otras personas, la seguridad nacional, el orden público, la moral pública y/o la salud pública**.

Quedan exceptuados de esta libertad la propaganda bélica, las apologías del delito, los discursos del odio

por motivos de raza, religión, origen nacional, idioma, etc. Al respecto, deben verse los arts. 13.5 de la Convención Americana y 20.1 y 20.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

1.2 Instrumentos de derecho internacional ambiental: Convenio Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC), Protocolo de Kioto y Acuerdo de París.

Si bien existen múltiples convenios ambientales (multilaterales y regionales) que requieren de generar distintos tipos de datos e información, este artículo únicamente abarcará los relacionados con el Régimen del Cambio Climático.

La Ley No 7414 ratifica la Convención Marco de Cambio Climático, el 13 de junio de 1994 y Ley No 8219 que ratifica el Protocolo de Kioto, publicado en La Gaceta del 3 de julio del 2002. Por su parte la Ley No 9405 de octubre del 2016 ratifica el Acuerdo de París.

El Convenio Marco de Cambio Climático tiene por objetivo, según el Artículo 2, *“lograr, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Convención, la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropogénicas peligrosas en el sistema climático. Ese nivel debería lograrse en un plazo suficiente para permitir que los ecosistemas se adapten naturalmente al cambio climático, asegurar que la producción de alimentos no se vea amenazada y permitir que el desarrollo económico prosiga de manera sostenible”*.

Son compromisos específicos derivados de la Convención:

- **Presentar inventarios de emisiones de gases de efecto invernadero por fuente y su absorción por sumideros y actualizar periódicamente.**
- Fortalecer programas nacionales y o regionales para mitigar el cambio climático y adaptarse a sus potenciales efectos.
- **Fortalecer la investigación científica y técnica, la observación del sistema climático y fomentar el desarrollo de tecnologías, prácticas y procesos para controlar, reducir y prevenir las emisiones antropogénicas de gases de efecto invernadero.**
- Promover programas de educación y sensibilización pública acerca del cambio climático y sus efectos.

Los países desarrollados adquirieron, además, otros compromisos, como adoptar políticas y medidas para reducir las emisiones de los gases de efecto invernadero a la altura del año 2000 y estabilizarlas a los niveles de 1990; fortalecer la transferencia de tecnología y recursos financieros a los países en desarrollo, apoyándolos en sus esfuerzos por cumplir los compromisos de la Convención y ayudar a los países en desarrollo, particularmente vulnerables a los efectos del cambio climático a costear los gastos de su adaptación.

Obligaciones de información más relevantes del Régimen de cambio climático:

La CMNUCC dispone en su **Artículo 4**. Compromisos

Todas las Partes, teniendo en cuenta sus responsabilidades comunes pero diferenciadas y el carácter específico de sus prioridades nacionales y regionales de desarrollo, de sus objetivos y de sus circunstancias, deberán:

- a) Elaborar, actualizar periódicamente, publicar y facilitar a la Conferencia de las Partes, de conformidad con el artículo 12, inventarios nacionales de las emisiones antropógenas por las fuentes y de la absorción por los sumideros de todos los gases de efecto invernadero no controlados por el Protocolo de Montreal, utilizando metodologías comparables que habrán de ser acordadas por la Conferencia de las Partes.
- b) *Formular, aplicar, publicar y actualizar regularmente programas nacionales y, según proceda, regionales, que contengan medidas orientadas a mitigar el cambio climático, tomando en cuenta las emisiones antropógenas por las fuentes y la absorción por los sumideros de todos los gases de efecto invernadero no controlados por el Protocolo de Montreal, y medidas para facilitar la adaptación adecuada al cambio climático.*
- c) *Promover y apoyar con su cooperación el desarrollo, la aplicación y la difusión, incluida la transferencia, de tecnologías, prácticas y procesos que controlen, reduzcan o prevengan las emisiones antropógenas de gases de efecto invernadero no controlados por el Protocolo de Montreal en todos los sectores pertinentes, entre ellos la energía, el transporte, la industria, la agricultura, la silvicultura y la gestión de desechos.*

- d) *Promover la gestión sostenible y promover y apoyar con su cooperación la conservación y el reforzamiento, según proceda, de los sumideros y depósitos de todos los gases de efecto invernadero no controlados por el Protocolo de Montreal, inclusive la biomasa, los bosques y los océanos, así como otros ecosistemas terrestres, costeros y marinos.*
- e) *Cooperar en los preparativos para la adaptación a los impactos del cambio climático; desarrollar y elaborar planes apropiados e integrados para la ordenación de las zonas costeras, los recursos hídricos y la agricultura, y para la protección y rehabilitación de las zonas, particularmente de África, afectadas por la sequía y la desertificación, así como por las inundaciones.*
- f) *Tener en cuenta, en la medida de lo posible, las consideraciones relativas al cambio climático en sus políticas y medidas sociales, económicas y ambientales pertinentes y emplear métodos apropiados, por ejemplo evaluaciones del impacto, formulados y determinados a nivel nacional, con miras a reducir al mínimo los efectos adversos en la economía, la salud pública y la calidad del medio ambiente, de los proyectos o medidas emprendidos por las Partes para mitigar el cambio climático o adaptarse a él.*
- g) ***Promover y apoyar con su cooperación la investigación científica, tecnológica, técnica, socioeconómica y de otra índole, la observación sistemática y el establecimiento de archivos de datos relativos al sistema climático, con el propósito de facilitar la comprensión de las causas, los efectos, la magnitud y la distribución cronológica del cambio climático, y de las consecuencias económicas y sociales de las distintas estrategias de respuesta y de reducir o eliminar los elementos de incertidumbre que aún subsisten al respecto.***

- h) *Promover y apoyar con su cooperación el intercambio pleno, abierto y oportuno de la información pertinente de orden científico, tecnológico, técnico, socioeconómico y jurídico sobre el sistema climático y el cambio climático, y sobre las consecuencias económicas y sociales de las distintas estrategias de respuesta.*
- i) *Promover y apoyar con su cooperación la educación, la capacitación y la sensibilización del público respecto del cambio climático y estimular la participación más amplia posible en ese proceso, incluida la de las organizaciones no gubernamentales.*
- j) *Comunicar a la Conferencia de las Partes la información relativa a la aplicación, de conformidad con el Artículo 12.*

Artículo 5. Investigación y observación sistemática.

Al llevar a la práctica los compromisos a que se refiere el inciso g) del párrafo 1 del Artículo 4 las Partes:

- a) *Apoyarán y desarrollarán aún más, según proceda, los programas y redes u organizaciones internacionales e intergubernamentales, que tengan por objeto definir, realizar, evaluar o financiar actividades de investigación, recopilación de datos y observación sistemática, tomando en cuenta la necesidad de minimizar la duplicación de esfuerzos.*
- b) *Apoyarán los esfuerzos internacionales e intergubernamentales para reforzar la observación sistemática y la capacidad y los medios nacionales de investigación científica y técnica, particularmente en los países en desarrollo, y para promover el acceso a los datos obtenidos de zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional, así como el intercambio y el análisis de esos datos. Y,*
- c) *Tomarán en cuenta las necesidades y preocupaciones particulares de los países en desarrollo y cooperarán con el fin de mejorar sus medios y capacidades endó-*

genas para participar en los esfuerzos a que se hace referencia en los apartados a) y b).

Según lo dispuesto en el artículo 4 de la Convención Marco, las Partes Contratantes pusieron en marcha un proceso de negociación para establecer un instrumento legalmente vinculante que estableciera compromisos específicos para alcanzar la meta de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero (llevar al 2000 las emisiones al nivel de 1990). Este proceso condujo al Protocolo de Kioto fue aprobado el 11 de diciembre de 1997 y entró en vigencia el 16 de febrero 2005.

Por su parte el **Acuerdo de París** (vigente para Costa Rica desde el 5 de octubre del 2016), según su artículo 2 busca mejorar la aplicación de la Convención, incluido el logro de su objetivo. Tiene por objeto reforzar la respuesta mundial a la amenaza del cambio climático, en el contexto del desarrollo sostenible y de los esfuerzos por erradicar la pobreza, y para ello a) mantener el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de los 2 grados centígrados con respecto a los niveles pre-industriales, y proseguir los esfuerzos para limitar ese aumento de la temperatura a 1,5 con respecto a los niveles pre-industriales; b) aumentar la capacidad de adaptación a los efectos adversos del cambio climático y promover la resiliencia; c) situar los flujos financieros en un nivel compatible con una trayectoria que conduzca a un desarrollo resiliente y con bajas emisiones de gases de efecto invernadero. El Acuerdo se aplicará de modo que refleje el principio de equidad y las responsabilidades comunes pero diferenciadas.

El artículo 12 se refiere al deber de cooperar de las Partes para mejorar la educación, formación, sensibilización y participación del público y el acceso público a la información sobre el cambio climático.

Asimismo, el acuerdo de París, en su artículo 13, crea el Marco Reforzado de Transparencia para la Acción y el Apoyo⁶, el cual *solicita*⁷ a los países en desarrollo declarar un inventario nacional de gases de efecto invernadero siguiendo las metodologías, directrices y buenas prácticas del Panel Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC, por sus siglas en inglés), así como información adicional para conocer el avance hacia el cumplimiento de la contribución nacional determinada (NDC). Además, se *fomenta* a los países en desarrollo a declarar información sobre los impactos del cambio climático, sobre sus acciones en la adaptación al cambio climático y a proveer información sobre el apoyo requerido y recibido en cuanto a recursos financieros, transferencia de tecnología y la creación de capacidades.

Para efectos de la conformación del Marco Reforzado de Transparencia, la CMA⁸ decidió que las modalidades, procedimientos y directrices deben construir sobre, y eventualmente avanzar, los sistemas de medición, reporte y verificación existentes bajo la Convención. En la próxima Conferencia de las Partes (COP 24) se espera tener como resultado los libros de reglas para la implementación del Acuerdo de París, en los cuales es posible que se detalle lo anteriormente mencionado.

⁶ El Marco Reforzado de Transparencia para la Acción y el Apoyo se define en el Artículo 13 del Acuerdo de París, como parte de la decisión 1/CP.21 de la Conferencia de las Partes a la Convención Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático.

⁷ Se utiliza *solicitar* como sinónimo de “*shall*” y *fomentar* como sinónimo de “*should*”, siendo el primero de acatamiento obligatorio y el segundo no, bajo la práctica común de la Convención.

⁸ La CMA es la Conferencia de las Partes que sirve como reunión de las Partes al Acuerdo de París.

2. Nivel constitucional

A continuación, se describen las principales normas constitucionales relevantes sobre acceso a la información pública ambiental.

Art. 9: *“El Gobierno de la República es popular, representativo, **participativo**, alternativo y responsable. Lo ejercen el pueblo y tres Poderes distintos e independientes entre sí. El Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial”.* (Así reformado por la Ley No. 8364 de 01 de julio de 2003).

La reforma del 2003 que dispuso que el Gobierno es participativo y ya no solamente representativo. El componente de participación requiere- como lo indica en Principio 10 de la Declaración de Río- del acceso a información veraz y oportuna.

Art.11: *“Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal por sus actos es pública.”*

La Administración Pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes. La ley señalará los medios para que este control de resultados y rendición de cuentas opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas”.

La norma es clara, en cuanto a la Administración Pública está llamada y obligada a rendir cuentas y que dicha obligación cubre a todas las instituciones públi-

cas. La rendición de cuentas, conlleva necesariamente la entrega de información, sea por solicitud ciudadana u oficiosamente por parte de la Administración Pública.

Art.24 (párrafo primero): *“Se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto a las comunicaciones. Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales o de cualquier otro tipo de los habitantes de la República...”*

En los párrafos siguientes, la norma desarrolla que dicha inviolabilidad no es absoluta y que leyes especiales podrán legislar sobre las excepciones que tendrán los tribunales de justicia, la Contraloría General de la República (CGR) para acceder a información relacionada con fines judiciales y tributarios respectivamente.

Art. 27: *“Se garantiza la libertad de petición, en forma individual o colectiva, ante cualquier funcionario público o entidad oficial, y el derecho a obtener pronta resolución”.*

Mayores consideraciones sobre el derecho de petición pueden hacerse a la luz de la jurisprudencia constitucional y de la Ley de Regulación del Derecho de Petición No.9097.

Art. 30: *“Se garantiza el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público. **Quedan a salvo los secretos de Estado”.***

La salvedad sobre los secretos de Estado es reiterada en distintas normas analizadas en este documento.

Art.46 (párrafo tres): *“Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos, **a recibir información adecuada y veraz;** a la libertad de elección, y a*

un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La ley regulará esas materias”.

Finalmente, el derecho constitucional a un ambiente sano (artículo 50 de la Constitución), es un punto de partida para entender el derecho de acceso a la información y la participación ciudadana como un mecanismo o instrumento para hacer valer el mismo:

ARTÍCULO 50.- El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.

Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado.

El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes.

(Así reformado por el artículo 1º de la Ley No.7412 de 3 de junio de 1994)

De estos preceptos la jurisprudencia constitucional ha establecido varios principios de interés.

En primer lugar, el acceso a la información pública como un medio para garantizar la participación ciudadana.

La jurisprudencia constitucional ha determinado de manera general sobre el derecho de acceso a la información que:

“El derecho a la información es uno de los derechos del ser humano y está referido a una libertad pública individual cuyo respeto debe ser propiciado por el propio Estado. Este derecho, es a la vez, un derecho social cuya tutela, ejercicio y respeto se hace indispensable para que el ciudadano tome parte activa en las tareas públicas y pueda así participar en la toma de decisiones que afectan a la colectividad. En ese sentido, es un derecho humano inalienable e indispensable en la medida en que se parte de que información significa participación. De esta manera, si la información es requisito para que el ciudadano individualmente considerado adopte decisiones, informar, a la vez, es promover la participación ciudadana. Sentencia: 3074-02, 2515-07, 13943-11. “

Al respecto, la Sala Constitucional ha indicado (Voto 6322-03) que ésta configura uno de los principios del derecho constitucional ambiental:

11.- Participación ciudadana en los asuntos ambientales: La participación ciudadana en los asuntos ambientales abarca dos puntos esenciales: el derecho a la información relativa a los proyectos ambientales, o que puedan causar una lesión a los recursos naturales y al medio ambiente, y la garantía de una efectiva participación en la toma de decisiones en estos asuntos. Por ello, el Estado costarricense no sólo debe invitar a la participación ciudadana, sino que debe promoverla y respetarla cuando se produzca (Sentencias número 2001-10466, supra citada). De esta suerte, resulta de gran importancia la puesta a disposición de los interesados de la información que en la materia tengan en las oficinas públicas.

De manera reciente ha indicado: “...**Estado se encuentra obligado a informar debida y certeramente a la comunidad de aquellos proyectos que puedan tener un impacto –positivo o negativo– en**

este ámbito, propiciando, más que la simple información, la realización de un diálogo primario que permita a la comunidad aportar insumos que deben ser conocidos por la administración, teniendo ésta la obligación de otorgar este espacio y valorar las posiciones de la comunidad...” (Voto de la Sala Constitucional (2009-262).

Se ha pronunciado la Sala Constitucional al respecto:

*“Es por ello, que por Ley 7412 del 03 de junio de 1994, la Asamblea Legislativa reformó el artículo 50 de la Constitución Política, garantizando a toda persona el derecho al ambiente sano y ecológicamente equilibrado. En esta materia, entonces, existe la legitimación para denunciar actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado, a través del acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos. De esta manera, cuando la Constitución Política hace mención de que el Gobierno de la República es popular, representativo, alternativo y responsable, hemos de tener claro que la participación ciudadana no se limitaría al mero ejercicio del derecho al voto, o a la aspiración de alcanzar un cargo público de elección popular, sino, además y en esta nueva visión, a la de que a las personas se les ofrezca la oportunidad real de contribuir a la toma de las decisiones políticas del Estado, especialmente cuando éstas tengan trascendencia nacional, o eventualmente pudieren afectar los derechos fundamentales de ciertos sectores de la población. **De los artículos 1 y 50 Constitucionales se rescata pues, la consideración que los ciudadanos merecen en un estado democrático, en el cual puedan al menos tener acceso a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, tal y como lo señalan los recurrentes.** El precepto comentado, entonces, recoge el principio citado a través del acceso a la información*

de que se dispone y a la divulgación de ella, para que la toma de decisiones no se circunscriba a un limitado grupo de intereses”.

Sobre el tema de información en materia de ambiente, se ha indicado:

*“En materia del medio ambiente debemos trasladar este concepto sobre el derecho de información a una nueva perspectiva que tiene **todo individuo o colectividad de solicitar información y de ser informado por cualquier ente estatal [información] que no puede ser obstruida por las instituciones estatales referentes a cualquier proyecto que pueda afectar el goce de su derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.** Es entonces esta, la **garantía que permitirá participar** a cualquier individuo o colectividad, haciendo uso de los intereses difusos del acceso a la participación, dentro de los procesos de toma de decisiones que afecten ese derecho, pues lo contrario sería ilusorio y la norma constitucional resultaría superflua [...]” (sentencia número 2331-96, supra citada).*

Igualmente, reconociendo que existen límites a este derecho ha expresado que:

*“Si bien se reconoce en nuestro ordenamiento jurídico la importancia esencial que posee el derecho de acceso a la información y, en este caso, a la información de índole ambiental, como un instrumento para garantizar la adecuada protección del medio ambiente –pues su conservación es una obligación que comparten los poderes públicos y la sociedad en su conjunto–, lo cierto es que, también, **el ejercicio de dicho derecho se encuentra sujeto a límites. Resulta imposible predicar, respecto del derecho de acceso a la información ambiental, un derecho absoluto, puesto que, como el resto de derechos, posee un ca-***

rácter relativo. De modo tal que, los límites que se le impongan a dicho derecho, se justifican en cuanto habrá situaciones en que la transparencia o publicidad puede causar serios perjuicios o trastornos a los intereses generales o particulares que la sociedad estime dignos de protección o prevalecientes. De ahí que, dicho derecho debe ceder ante las exigencias de una convivencia pacífica y democrática, objetivo prioritario de la sociedad y de su organización política y, desde luego, también, ante el derecho a la intimidad y reserva del resto de los administrados. Desde esa perspectiva, resulta factible señalar, de conformidad, a su vez, con lo dispuesto por la Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales o Convenio de Aarhus, adoptada en la Conferencia Ministerial “Medio Ambiente para Europa”, celebrada en Dinamarca el 25 de junio de 1998, que una solicitud de información sobre el medio ambiente podrá denegarse en los siguientes supuestos: a) Cuando la solicitud se refiere a documentos que están elaborándose y b) cuando la divulgación de tal información tenga efectos desfavorables sobre los siguientes aspectos: b.1.) La buena marcha de la justicia, posibilidad que toda persona pueda ser juzgada, equitativamente, o la capacidad de una autoridad pública para efectuar una investigación de orden penal o disciplinario y b.2.) el carácter confidencial de los datos y de los expedientes personales respecto de una persona física si esta persona no ha consentido la divulgación de esas informaciones al público, cuando dicho carácter confidencial de este tipo de información esté previsto por el derecho interno.

Con respecto al acceso a la información debe distinguirse entre aquella fuera y dentro de un procedimiento administrativo. Así ha indicado la Sala Constitucional lo siguiente:

“(…) III.- TIPOLOGIA DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA. Se puede distinguir con claridad meridiana entre el derecho de acceso a la información administrativa (a) ad extra –fuera– y (b) ad intra –dentro– de un procedimiento administrativo. El primero se otorga a cualquier persona o administrado interesado en acceder una información administrativa determinada –utiuniversi– y el segundo, únicamente, a las partes interesadas en un procedimiento administrativo concreto y específico –utisinguli–. Este derecho se encuentra normado en la Ley General de la Administración Pública en su Capítulo Sexto intitulado “Del acceso al expediente y sus piezas”, Título Tercero del Libro Segundo en los artículos 272 a 274. El numeral 30 de la Constitución Política, evidentemente, se refiere al derecho de acceso ad extra, puesto que, es absolutamente independiente de la existencia de un procedimiento administrativo. Este derecho no ha sido desarrollado legislativamente de forma sistemática y coherente, lo cual constituye una seria y grave laguna de nuestro ordenamiento jurídico que se ha prolongado en el tiempo por más de cincuenta años desde la vigencia del texto constitucional.” (Voto 7789-2010).

Finalmente, con respecto al tema del cambio climático recientemente (Voto 15104-2018 de setiembre del 2018) la Sala Constitucional se pronunció específicamente sobre el acceso información relativa a datos meteorológicos y emisiones en manos del Instituto Meteorológico Nacional (IMN)⁹. La Sala concluyó que la protección informática de los datos que son públicos, resulta irrazonable, injustificada y es violatoria del derecho de acceso a la información. Ello en razón de que es deber de las administraciones públicas **facilitar en general, los contenidos de información en formatos**

⁹ Cfr. Peña, Mario, el Derecho de Acceso a la Información Pública Climática, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, octubre del 2018.

no protegidos, debiendo por tanto el IMN procurar levantar las trabas de acceso informático de la información pública contenida en las páginas de Excel e implementar un formato abierto que autorice el ingreso, la visualización, almacenamiento, descarga, impresión y conversión de los textos, mediante la utilización de los softwares que permitan su transformación.

Por otra parte, los recurrentes también consideraron vulnerado su derecho de acceso a la información ambiental a raíz de la denegación del IMN de brindarles los datos crudos sobre precipitación y temperatura en Costa Rica e información sobre las emisiones de gases de efecto invernadero del país, específicamente los datos diarios de precipitación de todas las estaciones meteorológicas del IMN desde que existan registros, datos diarios de temperatura recopilados en todas las estaciones meteorológicas del IMN y los datos de inventarios de emisiones de gases de efecto invernadero. Sobre este punto se determinó que tal información, en los términos solicitados por el recurrente, no es de acceso público, pues no es elaborada por el IMN y es calificada por las empresas que colaboran con ella para el Proyecto de Elaboración del Inventario Nacional de Gases de Efecto Invernadero **como secreto industrial, comercial o económico; lo que hace que por motivos estratégicos y comerciales sea tratada como información no divulgada y no resulte conveniente su divulgación a terceros.** En cuando a la negativa a revelar los datos generados por las distintas empresas privadas, resulta válido que la información estrictamente privada, protegida por convenios de confidencialidad por el IMN que no fue dada al recurrente se conserve sin acceso público, para proteger datos sensibles y de acceso restringido tutelados por el artículo 24 de la Constitución Política. Sin embargo, la información pública del IMN deberá ser brindada de

manera que pueda disponerse de ésta libremente en formato abierto.

En segundo lugar, el Voto No. 6322-03 del 2003, en el cual la Sala Constitucional presenta los que, a su juicio, constituyen los principios del derecho ambiental, incluye expresamente el deber de **coordinación intra e interinstitucional para la protección del ambiente que se aplica de manera preventiva y como respuesta a una situación de infracción a la legislación ambiental**:

“8. Coordinación entre las diversas dependencias públicas a fin de garantizar la protección del medio ambiente: En diversas oportunidades, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la protección del medio ambiente es una tarea que corresponde a todos por igual, es decir, que existe una obligación para el Estado –como un todo– de tomar las medidas necesarias para proteger el ambiente.”

Este deber de coordinación obliga a las diferentes instituciones –en el ámbito de sus competencias– a colaborar para conseguir fines o intereses públicos, entre ellos claramente el generar y diseminar información de carácter ambiental, lo cual también responde a una obligación constitucional derivada del artículo 50 de la Constitución Política.

Por su parte, la Procuraduría General de la República respecto a este deber de coordinación, ha sostenido que (C-272-2011):

*“Indudablemente existe un principio de coordinación que debe articular la actividad administrativa y que vincula con especial intensidad a los órganos administrativos integrados dentro del Poder Ejecutivo, pero que también alcanza a la Administración Descentralizada. Este **principio de coordinación** tiene su base constitucional en diversas disposiciones de la Ley Fun-*

damental.”

El Dictamen, sin embargo, es claro respecto a que el principio de coordinación **no implica que la autoridad rectora deba o pueda sustituir a los otros órganos o entes en el ejercicio de las competencias que le son propias.**

Por su claridad, se transcribe el dictamen C-156-2005 de 28 de abril de 2005:

“Sobre el deber de coordinación, en el dictamen C-070-2004 de 26 de febrero del 2004, indicamos lo siguiente:

“(…) En primer término, debemos agregar que la Procuraduría General de la República no desconoce la actividad de coordinación que le impone el ordenamiento jurídico a los órganos y entes públicos. Esta potestad y actividad está reconocida en nuestra Ley General de la Administración Pública, entre otros, en los numerales 26, 27 y 28. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha desarrollado el concepto, aunque referido al ámbito municipal, al indicar, en el voto N° 5445-99, lo siguiente:

*“Definida la competencia material de la municipalidad en una circunscripción territorial determinada, queda claro que habrá cometidos que por su naturaleza son exclusivamente municipales, a la par de otros que pueden ser reputados nacionales o estatales; por ello es esencial definir la forma de **coparticipación** de atribuciones que resulta inevitable, puesto que la capacidad pública de las municipalidades es local, y la del Estado y los demás entes, nacional; de donde resulta que el territorio municipal es simultáneamente estatal e institucional, en la medida en que lo exijan las circunstancias. Es decir, las municipalidades pueden compartir sus competencias con la Administración Pública en general, relación que debe*

*desenvolverse en los términos como está definida en la ley (artículo 5 del Código Municipal anterior, artículo 7 del nuevo Código), que establece la obligación de 'coordinación' entre la municipalidades y las instituciones públicas que concurren en el desempeño de sus competencias, para evitar duplicaciones de esfuerzos y contradicciones, sobre todo, porque sólo la coordinación voluntaria es compatible con la autonomía municipal por ser su expresión. En otros términos, la municipalidad está llamada a entrar en relaciones de cooperación con otros entes públicos, y viceversa, dado el carácter concurrente o coincidente -en muchos casos-, de intereses en torno a un asunto concreto. En la doctrina, la coordinación es definida a partir de la existencia de varios centros independientes de acción, cada uno con cometidos y poderes de decisión propios, y eventualmente discrepantes; pese a ello, debe existir una comunidad de fines por materia, pero por concurrencia, en cuanto sea común el objeto receptor de los resultados finales de la actividad y de los actos de cada uno. De manera que la coordinación es la ordenación de las relaciones entre estas diversas actividades independientes, que se hace cargo de esa concurrencia en un mismo objeto o entidad, para hacerla útil a un plan público global, sin suprimir la independencia recíproca de los sujetos agentes. Como no hay una relación de jerarquía de las instituciones descentralizadas, ni del Estado mismo en relación con las municipalidades, no es posible la imposición a éstas de determinadas conductas, con lo cual surge el imprescindible **'concierto' interinstitucional**, en sentido estricto, en cuanto los centros autónomos e independientes de acción se ponen de acuerdo sobre ese esquema preventivo y global, en el que cada uno cumple un papel con vista en una misión confiada a los otros.*

Adicionalmente, la Contraloría General de la República, cuyos informes son vinculantes a tenor de lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Contraloría No. 7428, artículos 12 y 21 y de la Ley de Control Interno No. 8292, artículo 12 inciso C, ha dispuesto en el Informe de Fiscalización No. DFOE-AE-IF-12-2014 lo siguiente al Ministro de Ambiente y Energía en su condición de Ministro Rector:

*“Lograr que se integre en el Sistema Nacional de Información Territorial toda la información georeferenciable estandarizada **que genere, administre y gestione el Poder Ejecutivo y aquella que convenga con otras instituciones** relativa al proceso de elaboración y aprobación de planes reguladores, y dar acceso a los usuarios a ello, conforme el propósito establecido en el artículo 5 del Decreto Ejecutivo No. 37777-JP-H-MI-NAE-MICITT.”*

En tercer lugar, existe un principio constitucional que deviene también aplicable al caso de la información sobre cambio climático, denominado el de **objetivación de la tutela ambiental o vinculación entre la ciencia y la técnica** (Votos No. 17126-2006, 11562-2006, 3684-2009, entre otros).

Resulta un claro ejemplo de esta línea de pensamiento la sentencia 3684-2009 que indicó:

“De la objetivación de la tutela ambiental: (...) el cual, tal y como lo señaló este Tribunal en sentencia número 14293-2005, de las catorce horas cincuenta y dos horas del diecinueve de octubre del dos mil cinco, es un principio que en modo alguno puede confundirse con el anterior [refiriéndose al principio precautorio], en tanto, como derivado de lo dispuesto en los artículos 16 y 160 de la Ley General de la Administración Pública, se traduce en la necesidad de acreditar con estudios técnicos la toma de decisiones en esta

materia, tanto en relación con actos como de las disposiciones de carácter general –tanto legales como reglamentarias–, de donde se deriva la exigencia de la “vinculación a la ciencia y a la técnica”, con lo cual, se condiciona la discrecionalidad de la Administración en esta materia.

De manera que en atención a los resultados que se deriven de esos estudios técnicos –tales como los estudios de impacto ambiental–, si se evidencia un criterio técnico objetivo que denote la probabilidad de un evidente daño al ambiente, los recursos naturales o a la salud de las personas, es que resulta obligado desechar el proyecto, obra o actividad propuestas; y en caso de una “duda razonable” resulta obligado tomar decisiones en pro del ambiente (principio pro-natura), que puede traducirse en la adopción, tanto de medidas compensatorias como precautorias, a fin de proteger de la manera adecuada el ambiente.”

Art.11: “Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal por sus actos es pública.

La Administración Pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes. La ley señalará los medios para que este control de resultados y rendición de cuentas opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas”.

La norma es clara, en cuanto a la Administración Pública está llamada y obligada a rendir cuentas y que

dicha obligación cubre a todas las instituciones públicas. La rendición de cuentas, conlleva necesariamente la entrega de información, sea por solicitud ciudadana u oficiosamente por parte de la Administración Pública.

De las normas constitucionales **citadas es posible concluir que:**

1. Los documentos privados son inviolables, salvo las excepciones dadas en el propio art.24. De esta manera se garantiza el derecho a la privacidad e intimidad;
2. Existe el derecho de petición de información ante toda entidad oficial;
3. El acceso a la información de interés público está garantizado, salvo la información protegida bajo el secreto de Estado y otras circunstancias previstas en las leyes especiales;
4. Existe un deber de coordinación interinstitucional reconocido constitucionalmente de manera específica para la temática ambiental;
5. El acceso a la información como condición para la participación ciudadana en materia ambiental posee indudable asidero constitucional.

3. Nivel legal

A continuación, se presentan algunas disposiciones de relevancia incluidas en legislación ambiental que establecen obligaciones de generar información y permitir su uso. Lo anterior únicamente a título de ejemplo dado que existen muchas otras disposiciones contempladas en leyes sectoriales.

3.1 Normativa ambiental nacional

- **Ley Orgánica del Ambiente No.7554 de 1995**

La Ley Orgánica prevé en su artículo 2 párrafo final que el Estado propiciará por medio de sus instituciones, la puesta en práctica de un sistema de indicadores ambientales¹⁰ destinados a medir la evolución y correlación con los indicadores económicos y sociales del país.

La Ley en su art.6 con respecto a la participación ciudadana indica que: *“El Estado y las municipalidades, fomentarán la participación activa y organizada de los habitantes de la República, en la toma de decisiones y acciones tendientes a proteger y mejorar el ambiente”*.

Como se ha comentado previamente, la participación ciudadana en la toma de decisiones conlleva necesariamente el ejercicio del derecho del acceso a la información.

Una relación similar se encuentra en el tema de investigación establecido en el art. 15, cuya letra señala: *“El Estado y sus instituciones promoverán permanentemente la realización de estudios e investigaciones sobre el ambiente. Se ocuparán de divulgarlos y apoyarán el desarrollo y la aplicación apropiados de tecnologías modernas y ambientalmente sanas”*. **Entendiendo que estas investigaciones y sus resultados serán de acceso público**, siempre resguardando los derechos de propiedad intelectual, tal y como se señala en el art.16.

Con respecto a las evaluaciones de impacto ambiental (EIA), el art. 22 define que la SETENA remitirá un extracto de estas a las municipalidades en cuya jurisdicción se prevean las obras, actividad o proyecto y que se *“le dará profusa divulgación por los medios de comunicación colectiva, a la lista de estudios sometidos*

¹⁰ Se trata de indicadores diferentes a los establecidos en el contexto de la normativa del Instituto Nacional de Estadística y Censo (INEC).

a su consideración”. Lo anterior dentro de los cinco días hábiles siguientes de haber recibido la EIA.

Con mayor explicitud sobre la publicidad de la información de las EIA, el art. 23 señala:

“La información contenida en el expediente de la evaluación de impacto ambiental será de carácter público y estará disponible para ser consultada por cualquier persona u organización.

*No obstante, los interesados podrán solicitar que se mantenga en reserva información integrada al estudio, si de publicarse afectare **derechos de propiedad industrial**”.*

El artículo recién mencionado refuerza el carácter público de la información en materia ambiental, manteniendo armonía con la excepción que revisten los derechos de propiedad industrial.

En el mismo sentido, el art. 24 sobre la consulta de los expedientes de EIA, señala que: *“Los criterios técnicos y los porcentajes de ponderación para analizar los estudios de impacto ambiental por parte de la Secretaría Técnica Nacional Ambiental, deben ser de conocimiento público”.*

Finalmente, el artículo 78 inciso h indica como una de las funciones del Consejo Nacional Ambiental “preparar el informe anual del estado del ambiente costarricense”.

- **Decreto Ejecutivo No. 4052- MINAE de 2018¹¹ Reglamento al inciso h) del artículo 78 de la Ley Orgánica del Ambiente para la Elaboración del Informe del Estado del Ambiente**

¹¹ Publicado en La Gaceta No. 63 del 12 de abril de 2018

El decreto regula lo relativo al Informe del Estado del Ambiente¹², el informe final será presentado cada cuatro años (art.2), además serán elaborados informes parciales anuales (arts.3 y 4). El art. 8 sobre información estadística establece que CENIGA será responsable de recopilar y sistematizar los datos, estadísticas e indicadores para elaborar el informe. Mientras que el art.7 indica que para elaborar éste podrá contarse con el apoyo de SEPLASA.¹³

- **Ley Orgánica del Ministerio de Ambiente y Energía (MINAE) No. 7152 de 1990 y sus reformas**

La ley en su art.2.a establece que el MINAE “*deberá realizar y supervisar las investigaciones, las exploraciones técnicas y los estudios económicos del sector*”. Mientras que el inciso d, define que entre sus funciones se encuentra “*promover la investigación científica y tecnológica relacionada con las materias de su competencia, en coordinación*”.

- **Ley de Biodiversidad, No. 7788 de 1998 y sus reformas (Ley No.8632 de 2008 y Ley No.8686 de 2008)**

La Ley de Biodiversidad tiene la particularidad de crear un marco legal para implementar el Convenio sobre Diversidad Biológica en su totalidad. Establece como sus objetivos la promoción de la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad y asegurar la justa y equitativa distribución de sus beneficios derivados de ésta. La Ley de Biodiversidad de Costa Rica se aplica “*...sobre los elementos de la biodiversidad que se encuentren bajo*

¹² <http://informe-ambiente.minae.go.cr/>

¹³ El primer Informe Nacional del Ambiente coordinado por el Centro Nacional de Información Geoambiental (CENIGA) fue finalizado en el año 2017.

la soberanía del Estado, así como sobre los procesos y las actividades realizados bajo su jurisdicción o control, con independencia de aquellas cuyos efectos se manifiestan dentro o fuera de la jurisdicción nacional. Esta Ley regulará específicamente el uso, manejo, el conocimiento asociado y la distribución de los beneficios y costos derivados del aprovechamiento de los elementos de la biodiversidad” (artículo 3).

Dentro de los objetivos de la Ley se mencionan (artículo 10):

- Promover **la educación y la conciencia pública** sobre la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad;
- **Mejorar la administración para una gestión efectiva y eficaz de la biodiversidad;**
- Reconocer los derechos que provienen **de la contribución del conocimiento científico para la conservación y el uso sostenible;**
- Establecer **un sistema de conservación de la biodiversidad** que logre la coordinación entre el sector privado, los ciudadanos y el Estado, entre otros.

El MINAE, y los demás entes públicos pertinentes, tomando en cuenta la legislación específica vigente, dictarán las normas técnicas adecuadas y utilizarán los mecanismos para su conservación, tales como ordenamiento territorial y evaluaciones de impacto ambiental, evaluaciones ambientales, auditorías ambientales, vedas, permisos, licencias ambientales e incentivos, entre otros (art. 49). Las actividades humanas **deberán ajustarse a las normas científico-técnicas emitidas por el MINAE para el mantenimiento de los procesos ecológicos vitales**, dentro y fuera de las áreas protegidas, especialmente actividades relacionadas con asen-

tamientos humanos, agricultura, turismo e industria u otra que afecte dichos procesos (art. 50). Particularmente, el artículo 51 (Identificación de ecosistemas) indica que el Ministerio de Ambiente, en colaboración con otros entes públicos y privados, **dispondrá de un sistema de parámetros que permita la identificación de los ecosistemas y sus componentes**, para tomar medidas apropiadas, incluso la mitigación, el control, la restauración, la recuperación y la rehabilitación.

- **Decreto Ejecutivo No.34433 – MINAE de 2008¹⁴ Reglamento a la Ley de Biodiversidad**

Asimismo, el Reglamento a la Ley de Biodiversidad No. 34433 (RLB) considera como parte de las definiciones¹⁵(artículo 3.d) al Enfoque por Ecosistemas indicando que se trata de una gestión adaptativa e integrada de tierras, extensiones de aguas y recursos vivos, **basada en la aplicación de metodologías científicas adecuadas**, en las que se brinda especial atención a los niveles de organización biológica que abarcan los procesos esenciales, las funciones y las interacciones entre los organismos y su medio ambiente, y por medio de la cual se promueve la conservación y la utilización sostenible de modo equitativo, al tiempo que se reconoce que los seres humanos con su diversidad cultural, constituyen un componente integral de muchos ecosistemas y son esenciales para la aplicación del Enfoque. Está basado en los 12 principios que se describen en propio artículo 3 que incluyen algunos importantes de mencionar, como, por ejemplo, el Principio 12: en el enfoque por ecosistemas deben **intervenir todos los sectores de la sociedad y las disciplinas científicas pertinentes**.

¹⁴ Publicado en La Gaceta No.68 del ocho de abril de 2008

¹⁵ El decreto No. 35369-MINAET y sus reformas que reglamenta las categorías de ASP marinas, contemplan en su definición el Enfoque por Ecosistemas (artículo 2).

Específicamente, el artículo 62 del RLB sobre los principios, criterios de indicadores para la identificación de ecosistemas dispone que, para aplicar el artículo 51 de la Ley de Biodiversidad, el SINAC **preparará los principios, criterios e indicadores para la identificación de ecosistemas y sus componentes** con la finalidad de tomar las medidas apropiadas para la mitigación, el control, la restauración, la recuperación y la rehabilitación de los ecosistemas.

Entre las funciones dadas a la Secretaría Ejecutiva del SINAC en el art.15, inciso l del reglamento se encuentra “Crear y dar mantenimiento a un centro de documentación y sistemas de información que permitan la generación de estadísticas periódicas para la toma de decisiones”.

También en relación con el acceso a la información y la transparencia, el art.42 del reglamento, sobre las funciones del Secretario Ejecutivo del Consejo Regional establece en su inciso h: *“Facilitar la transferencia de información entre toda la estructura del Área de Conservación”*.

- **Decreto Ejecutivo No. 40616 de 2017¹⁶ Creación del Consejo Consultivo Ciudadano de Cambio Climático.**

El considerando de mención señala:

“Que el Principio 10 de la Declaración de Río establece que el mejor modo de tratar las cuestiones del desarrollo sostenible, es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. “En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades

¹⁶ Ibidem

que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”. Este principio fue reafirmado mediante la Ley 7414 del 13 de junio de 1994 (artículo 4, inciso i)”.

Art. 1. Créase el Consejo Consultivo Ciudadano de Cambio Climático (en adelante 5C), como una plataforma de participación ciudadana que se enmarca en la política nacional de gobierno abierto, con la que se procura reforzar los mecanismos **de rendición de cuentas, de disposición y acceso a la información.**

- **Política Nacional de Adaptación al Cambio Climático 2018 -2030**

Entre los principios rectores de la Política se enuncian participación y la inclusión (4), la transparencia y la rendición de cuentas (5); ambas estrechamente relacionadas con el acceso a la información, como explícitamente se reconoce en el documento.

La Política se compone de seis ejes: 1. **Gestión del conocimiento**, servicios climáticos y desarrollo de capacidades locales e institucionales, 2. Planificación territorial, marina y costera para la adaptación, 3. Gestión de la biodiversidad, ecosistemas, cuencas hidrográficas y espacios marino - costeros para la adaptación y el bienestar de las comunidades locales, 4. Servicios públicos adaptados e infraestructura resiliente, 5. Sistemas productivos adaptados y eco –competitivos, y 6. Inversión y seguridad financiera para la acción climática.

- **El Sistema Nacional de Métrica del Cambio Climático (SINAMECC)**

Constituye un esfuerzo para establecer un sistema de información en materia de cambio climático con el fin de cumplir con obligaciones de transparencia y reporte tanto nacionales como internacionales. Si bien existen diferentes documentos que describen el mismo, sus objetivos, componentes y requerimientos de datos¹⁷, el presente artículo parte de lo estipulado en el Decreto No. 41127-MINAE publicado en La Gaceta del 25 de mayo del 2018, debido a que este constituye el fundamento normativo inmediato de la creación y operación del SINAMECC. El Decreto según su artículo 1 crea el Sistema Nacional de Métrica de Cambio Climático (SINAMECC) que constituye la plataforma oficial de coordinación y vinculación institucional y sectorial del Estado costarricense para facilitar la gestión y distribución del conocimiento e información en materia de cambio climático. El SINAMECC operará como un submódulo del Sistema Nacional de Información Ambiental (SINIA) y estará vinculado al Sistema de Estadística Nacional (SEN). **La coordinación, operación y ejecución estará bajo la responsabilidad de la Dirección de Cambio Climático (DCC).** El SINAMECC permitirá la compilación y gestión de los datos e información producidos por el Estado en la materia cubierta por este decreto y, cuando sea pertinente, del sector privado, la academia y la sociedad civil y garantizará su divulgación, **respetando la confidencialidad de información que posea dicho carácter, de conformidad con la normativa vigente.**

¹⁷ Se ha utilizado, además la “Nota de concepto para informar los términos de referencia: *“Design and testing of a cross-sectorial Measurement, Reporting, Verification and Registry framework for Costa Rica’s National Climate Change Metrics System”* Julio del 2017.

El SINAMECC será una herramienta para medir, reportar y verificar, según corresponda, las emisiones por fuentes y absorciones por sumideros a nivel nacional, en todos los sectores de la economía, en línea con la Contribución Nacionalmente Determinada ante la Convención y otros compromisos nacionales e internacionales del país. Igualmente, permitirá evaluar y dar seguimiento a las acciones de mitigación y adaptación, así como los medios de implementación y los co-beneficios asociados a la implementación de las acciones climáticas. De esta disposición genérica se deduce la información a ser requerida que comprende estas 4 áreas (posteriores módulos): adaptación, mitigación, co-beneficios y medios de implementación. Lo anterior según las definiciones contempladas en el artículo 3 del Decreto.

El primer módulo en entrar en funcionamiento será Mitigación. Se incluirán los sectores Procesos Industriales y Uso de Productos (IPPU), Agricultura, Silvicultura y otros usos de la tierra (AFOLU), Energía y Residuos se prevé la existencia de 4 niveles de información o niveles de métrica: Nacional, Sectorial, Territorial y Acciones específicas.¹⁸

El SINAMECC proveerá insumos para que los tomadores de decisiones de distintos niveles puedan realizar mejoras basadas datos a políticas públicas nacionales y sectoriales, a acciones existentes, o bien, establezcan nuevas políticas y acciones adicionales y complementarias para la consecución de las metas nacionales en mitigación y adaptación al cambio climático. Además, el SINAMECC contará con información de utilidad del seguimiento de las metas país y de las acciones climáticas, entre otros para apoyar los procesos de rendición de cuentas tanto a nivel nacional como internacional, incluyendo sobre el progreso del cumplimiento de la Contribución

¹⁸ Comunicación personal de Ana Lucía Moya.

Nacionalmente Determinada.

Para tal efecto, se adoptarán protocolos, estándares, metodologías y herramientas que deberán cumplirse para incorporar en el Sistema la información. El Artículo 8 del decreto anteriormente mencionado aclara que se desarrollarán Guías específicas para regular y homologar el ingreso de datos al SINAMECC.

Respecto al ámbito de información a ser integrada en el SINAMECC, este considera la información relevante de los cuatro módulos que lo conforman (adaptación, mitigación, co-beneficios y medios de implementación), así como **registros pertinentes asociados a los módulos, entre estos** los registros de Programa País para la Carbono Neutralidad, transacciones internacionales bajo la CMNUCC y el Acuerdo de París y del Mecanismo de Compensación de Costa Rica (MCCR). La DCC deberá desarrollar y gestionar una plataforma para la compilación y difusión de la información aquí contemplada (artículo 4), la cual está actualmente en construcción.

Asimismo, se dispone que **los órganos del Poder Ejecutivo, dentro del marco de sus competencias legales, deberán poner a disposición y compartir con el SINAMECC la información que generen y gestionen**, relacionada con mitigación y adaptación, así como con medios de implementación y co-beneficios de conformidad con las Guías. Asimismo, el SINAMECC, por medio de la DCC o el MINAE, **podrá celebrar convenios de cooperación para la generación y suministro de información con otros actores institucionales, sociedad civil, centros de investigación y academia, sector privado, organizaciones no gubernamentales, entidades de cooperación internacional, municipalidades y comunidades locales, entre otros**, los cuales contendrán las cláusulas y disposiciones necesarias para permitir la operación y funcionamiento del Sistema y para **resguardar los in-**

tereses legítimos y los derechos de las contrapartes (artículo 4).

De esta manera, se establece la obligación vía decreto de los órganos del Poder Ejecutivo de poner a disposición la información, consistente en los deberes de coordinación interinstitucional señalados por la Sala y que se explican más adelante y de las políticas nacionales de Datos y Gobierno Abierto. Para los supuestos de entidades descentralizadas y otros actores, dicha obligación no se establece, debido a los límites establecidos para la acción del Poder Ejecutivo mediante el uso de los decretos y su falta de obligatoriedad para las instituciones descentralizadas. Para los supuestos de instituciones descentralizadas y otros actores no cubiertos por la obligación anterior la formalización de convenios de cooperación e instrumentos similares se presenta como el mecanismo idóneo para facilitar el flujo de datos.

No obstante, el alcance de esta obligación pasa por precisar las disposiciones jurídicas que tutelan la confidencialidad de la información recibida por los órganos del Poder Ejecutivo, por las demás instituciones del estado (descentralizadas incluyendo municipalidades) y los privados (empresas y otras organizaciones de la sociedad civil).

Dentro de los principios y características de operación se cuentan (artículo 6): transparencia, consistencia, exactitud, precisión, exhaustividad, integridad ambiental, evitar la doble contabilidad o conteo y comparabilidad. **Además, deberá procurar amplia y eficiente coordinación inter e intra- institucional, el libre acceso a la información**, la permanencia y sostenibilidad en el tiempo de los flujos de información, evitar duplicar esfuerzos en la medición y la mejora continua. Desde esta perspectiva, el Sistema tiene como una de sus características o principios procurar tanto la coordinación interinstitucional como el libre acceso a la infor-

mación.

Será un sistema de acceso libre, en cuanto a sus datos, procesos y resultados, así como en su código fuente con el fin de ofrecer el mayor acceso a la información contenida en el Sistema para los tomadores de decisiones y al público general, considerando lo dispuesto en el artículo 10 de este decreto (relativo a la confidencialidad). En este orden de ideas, si bien el Sistema pretende un amplio acceso a la información debe ser consistente con las potenciales restricciones asociadas a datos que eventualmente genere que reciba de terceros (fundamentalmente entidades públicas pero también sujetos de derecho privado), de conformidad con el marco jurídico que se analiza en los siguientes puntos (políticas y normativa de datos abiertos, obligaciones y restricciones para el acceso a la información pública y protección y tutela de aquella de naturaleza privada). No obstante, es claro que el Sistema-en consonancia con obligaciones nacionales e internacionales- debe procurar el libre acceso a la mayor cantidad de la información que posea, a menos que existan disposiciones legales o constitucionales en contrario.

En este sentido, el SINAMECC además podrá integrar información **proveniente de otros sistemas, sean estos públicos o privados**, que produzcan datos, utilizando para ellos los protocolos, lineamientos y orientaciones establecidas por el Sistema (artículo 8). Esta integración debe igualmente tomar en consideración lo indicado respecto a posibles restricciones de divulgación de datos basadas en confidencialidad u otros motivos siempre que sean congruentes con lo establecido en el ordenamiento jurídico.

Según el artículo 7, el SINAMECC será coordinado por la DCC. La DCC será la responsable de validar, elaborar-en este caso en coordinación y comunicación con las entidades públicas y privadas competentes-, reportar

y comunicar ante los instrumentos internacionales de los cuales sea Punto Focal, la información relacionada con cambio climático cubierta por el decreto.

La DCC producirá las Guías necesarias para facilitar la participación de los diferentes actores en el desarrollo del Sistema y **para definir los procesos y procedimientos fundamentales del SINAMECC** con el fin de asegurar el buen funcionamiento del mismo. Estas Guías, **serán obligatorias para quienes provean información al SINAMECC** y podrán ser accedidas en la página web de la DCC. Además, se definirán protocolos y se **desarrollarán los arreglos inter e intrainstitucionales necesarios** para asegurar el flujo óptimo de la información entre las diferentes entidades involucradas.

El SINAMECC se declara de interés público (artículo 9).

Finalmente, el artículo 10 indica que la “... información y productos incluidos en el SINAMECC **serán de carácter público y acceso libre y gratuito, con las excepciones previstas en la Constitución Política y la normativa legal vigente**, siempre que el acceso a dicha información no ponga en riesgo o amenace el ambiente.

La información de carácter confidencial según lo previsto por el ordenamiento jurídico nacional no será divulgada ni hecha accesible a terceros. En caso de denegar el acceso se emitirá un acto fundamentado (es decir motivado y razonado), conforme lo dispuesto por el artículo 274 de la Ley General de la Administración Pública N° 6227. Se respetará en todo caso la autoría de la información incluida en el Sistema de conformidad con lo dispuesto en la normativa aplicable”. Esta disposición no impediría hacer pública información agregada donde no se identifique una persona física o jurídica en específico.

En virtud de lo anterior surge la importancia de determinar los alcances y contornos del acceso a la información pública y sus límites, aplicables por igual a las otras instituciones (del Poder Ejecutivo o fuera de éste) que generan información relevante según el ámbito y objetivos antes descritos. Lo anterior tanto en los casos de datos directamente generados o levantados por el Sistema-cuando proceda- como de aquellos que proveídos por terceros sean públicos o privados.

El marco jurídico del SINAMECC debe complementarse con lo indicado en el Decreto ejecutivo No. 40710 del 4 de agosto del 2017¹⁹ Reglamento Operativo de la Secretaría de Planificación Sectorial de Ambiente, Energía Y Mares. (SEPLASA). Mediante este decreto se crea la SEPLASA (art.8). Dentro de la conformación de la SEPLASA se incluye a un coordinador sectorial de cambio climático (art.10.d).

El SINAMECC se plantea a nivel funcional como una estructura formada por cuatro módulos:

- **Módulo de Mitigación:** registra y mide los esfuerzos en la mitigación de gases de efecto invernadero (GEI) que Costa Rica realiza, de manera tal que se le dé seguimiento con transparencia a la NDC y a las políticas climáticas del país. Para tal fin, el módulo establece lineamientos y directrices para el registro de las acciones de mitigación y su armonización con el inventario nacional de gases de efecto invernadero.
- **Módulo de Adaptación:** mide los riesgos y la vulnerabilidad del país al cambio climático, así como las pérdidas y daños ocasionados por el cambio climático en el territorio. Además, registra y mide el impacto de las acciones de adaptación al cambio climático. Este módulo es la prin-

¹⁹ Publicado en La Gaceta No.207 del dos de noviembre de 2017

cipal herramienta para el seguimiento integral del Plan Nacional de Adaptación.

- **Módulo de Finanzas Climáticas (Nota: en el decreto de creación del SINAMECC ahora se emplea la terminología de Medios de Implementación):** mide los flujos de fondos públicos tanto nacionales como internacionales para la identificación, desarrollo e implementación de proyectos climáticos (por ejemplo, responde las preguntas: ¿cuántos fondos tenemos, necesitamos, podemos movilizar?, ¿cómo influye la disponibilidad de fondos en la priorización de proyectos?), además es una herramienta para la rendición de cuentas (por ejemplo, ¿cuánto se ha invertido en Costa Rica?, ¿cuál es la contribución de Costa Rica en términos monetarios a fondos de acuerdos internacionales?) y de aprendizaje para la creación e implementación de acciones climáticas futuras (por ejemplo, ¿qué acciones climáticas son más costo eficientes?).
- **Módulo de Co-beneficios:** registra y mide los co-beneficios de las acciones climáticas de Costa Rica realiza tanto en mitigación como en adaptación, de manera tal que se involucren las agendas de diferentes actores y se evidencien los múltiples beneficios de las acciones climáticas.

3.2 Normativa administrativa sobre derecho de petición, acceso a la información, datos y gobierno abierto.

- **Ley de Regulación del Derecho de Petición No.9097 de 2013**

La Ley establece en su art.1 que todo ciudadano es titular del derecho de petición en atención del art. 27

de la Constitución. Asimismo, el art.2 señala que este derecho podrá ser ejercido

“...ante cualquier institución, administración pública o autoridad pública, tanto del sector centralizado como descentralizado del Estado, así como aquellos entes públicos, con personalidad jurídica y capacidad de derecho público y privado, respecto de las materias de su competencia, cualquiera que sea el ámbito institucional, territorial o funcional de esta.

Procederá, además, el derecho de petición ante sujetos de derecho privado cuando estos ejerciten alguna actividad de interés público, administre y/o manejen fondos públicos o ejerzan alguna potestad pública de forma temporal o permanente”.

Así, la Ley reafirma que el derecho de petición es procedente ante toda la Administración Pública tal y como se establece en la Constitución Política en los artículos señalados en el capítulo sobre normas constitucionales.

El art.4 establece formalidades en la petición, mientras que el art.5 rige lo concerniente a las peticiones de los pueblos indígenas. Como regla general el art 6 establece un plazo de respuesta improrrogable de 10 días hábiles. No obstante, el art.11 establece la posibilidad excepcional en casos de complejidad de extender el plazo de respuesta por un máximo de cinco días hábiles.

El art. 12 reconoce explícitamente el derecho constitucional de petición del art. A su vez, el art. 13 impone las sanciones por incumplimiento de los funcionarios públicos.

- **Decreto ejecutivo No. 38994 – MP –PLAN –MICITT de 2015²⁰ Fomento del Gobierno Abierto en la Administración Pública y Creación de la Comisión Nacional por un Gobierno Abierto**

Este decreto derogó el Decreto Ejecutivo No. 38276 de 2014²¹ (Fomento del Gobierno abierto en las instituciones pública y creación de la Comisión Intersectorial de Gobierno Abierto).

El Decreto tiene por objeto (artículo 1) “.....*fomentar los principios del Gobierno Abierto en la Administración Pública de Costa Rica, principios que se manifiestan en: mejorar los niveles de **transparencia, garantizar el acceso democrático a la información pública, promover y facilitar la participación ciudadana e impulsar la generación de espacios de trabajo colaborativo interinstitucional y ciudadano; mediante la innovación y aprovechando al máximo las facilidades que brindan las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC).***”

Según el ámbito de aplicación, definido en el art.2 el decreto **comprende la administración pública, tanto centralizada como descentralizada y para los sujetos de derecho privado que brinden servicios públicos.** Esto último podría incluir a actores privados que, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Creación de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos No. 7593 de 1996 (ARESEP, artículo 5) brinden los mismos e incluiría la distribución de hidrocarburos, generación de electricidad, suministro de agua potable, entre otros).

Crea la Comisión Nacional de Gobierno Abierto (CNGA) y actualmente mediante la reforma operada por el Decreto No. 41190 publicado el 11 de julio del 2018, el

²⁰ Publicado en la Gaceta No.91 del 13 de mayo de 2015

²¹ Publicado en la Gaceta No.66 del tres de abril de 2014

Ministro de la Comunicación. La Comisión está adscrita al Ministerio de la Comunicación quién deberá facilitar los recursos humanos y materiales para la gestión de la misma y de sus subcomisiones.

La CNGA puede contar con el apoyo de subcomisiones, cuyos miembros serán nombrados por periodos de dos años, pudiendo ser renovados de manera consecutiva con el aval de la CNGA (artículo 6).

Son de interés público las actividades que se realizan para el fomento del Gobierno Abierto en las instituciones públicas (artículo 9).²²

Igualmente, Costa Rica se incorporó en enero del año 2012 a la iniciativa multilateral Alianza para el Gobierno Abierto²³ (Open Government Partnership), la cual busca promover un estilo de gobernanza basado en la transparencia, la participación ciudadana y el trabajo colaborativo interinstitucional y ciudadano.

En resumen, el Gobierno Abierto, constituye un concepto mucho más amplio y comprensivo pero que incluye como parte del mismo a la transparencia y el acceso a la información pública. La ejecución del SINAMECC debe ser vista como una de las formas de implementar los mandados de Gobierno Abierto en lo tocante a la información y datos climáticos.

- **Decreto Ejecutivo 39372 - MP- MC del 7 de diciembre de 2015²⁴ Declara de Interés Público la Estrategia Nacional para un Gobierno Abierto**

Presentada en diciembre de 2015, la Estrategia se basa en tres ejes: participación ciudadana, lucha contra

²² **Nota: Todas las actas de la CNGA se encuentran disponibles al público en este enlace:** <http://gobiernoabierto.go.cr/estrategia/cnga/actas/>

²³ <https://www.opengovpartnership.org/>

²⁴ Publicado en la Gaceta No. 241 del once de diciembre de 2015

la corrupción y **acceso a la información**. Se compone de 17 metas específicas. El documento es bastante general. Incluye la presentación de un proyecto de ley de acceso a la información pública que a la fecha aún no se ha aprobado.

En su art. 3 establece que las dependencias del sector público y del sector privado dentro del marco legal respectivo, podrán contribuir con recursos económicos, en la medida de sus posibilidades y sin perjuicio del cumplimiento de sus propios objetivos, para la exitosa ejecución de dicha estrategia y actividades conexas.

La Estrategia Nacional para un Gobierno Abierto 2015-2018 abarca las acciones estatales que se previstas por la Administración Solís Rivera, entre instituciones públicas, sector empresarial, academia y sociedad civil, las cuales estarán dirigidas a modernizar el Estado a través del **fortalecimiento de los niveles de transparencia, el acceso democrático a la información pública**, la participación ciudadana y la generación de espacios de trabajo colaborativo, interinstitucional y ciudadano; mediante la innovación y aprovechando al máximo las facilidades que brindan las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) (disponible en gobiernoabierto.go.cr)

La Estrategia reafirma los compromisos en materia de transparencia y acceso a la información contemplados como parte de la iniciativa de Gobierno Abierto, otorgándole a estas temáticas un impulso y apoyo político y estratégico.

- **Decreto ejecutivo No. 40199 – MP de 2017²⁵
Establece la Apertura de los Datos Públicos**

Esta normativa es de particular relevancia para entender el concepto de Datos Abiertos. El decreto esta-

²⁵ Publicado en la Gaceta No. 89 del 12 de mayo de 2017, alcance 102.

blece la forma mediante la cual, los datos de carácter público, se ponen a disposición de la población como **datos abiertos, con el propósito de facilitar su acceso, uso, reutilización y redistribución para cualquier fin lícito** (artículo 1).

Específicamente se prevén los siguientes objetivos (artículo 2):

- Establecer los lineamientos para la publicación de bases de datos de carácter público en formato abierto y la promoción de su uso.
- Fortalecer la cultura de transparencia, acceso a la información, rendición de cuentas y participación.
- Fomentar la generación de valor social y económico mediante el desarrollo y uso de nuevas tecnologías, procesos de colaboración y espacios de innovación a partir del uso de los datos públicos abiertos. Promover la generación, el almacenamiento y la publicación de bases de datos de carácter público en forma automatizada, como parte de la gestión documental ordinaria de las instituciones.
- Fomentar los esfuerzos para mejorar la armonización de los conjuntos de datos de las instituciones públicas para evitar la duplicidad de esfuerzos y el desperdicio de recursos en el intercambio y difusión de datos, así como para propiciar su mayor aprovechamiento.

El instrumento además contempla una serie de definiciones de interés para comprender los alcances del mismo y el concepto de Datos Abiertos como tal y su relación y diferencias con la información o datos públicos.

El decreto prevé una serie de principios que rigen su aplicación, entre ellos (artículo 4):

“1. **Abiertos por Defecto:** Todos los datos públicos serán dispuestos en formatos abiertos estructurados, con la capacidad de ser procesados e interpretados por equipos electrónicos de manera automática. Deberán realizarse las acciones necesarias para que esta condición se dé desde el momento en que los datos son generados o recolectados.

2. **Oportunos y Exhaustivos:** Los datos públicos abiertos se pondrán a disposición en forma oportuna, completa, precisa y exhaustiva. Además, se mantendrán versiones históricas de los datos para garantizar su permanencia.

3. **Accesibles y Utilizables:** Los datos públicos abiertos deben ser fácilmente visibles y accesibles, poniéndose a disposición de forma gratuita y sin barreras.

4. **Comparables, Neutrales e Interoperables:** los datos públicos abiertos deben estar disponibles en su fuente primaria, con el más alto grado posible de desagregación, o hacer referencia a la base principal cuando se disponga de forma agregada; deben ser fáciles de comparar dentro y entre sectores, a través de localizaciones geográficas y del tiempo. Además, deben ser presentados en formatos estructurados y armonizados que faciliten su comparación, intercambio, trazabilidad y reutilización efectiva.

5. **Mecanismo para fortalecer la Gobernanza y la Participación Ciudadana:** Los datos públicos abiertos deberán fortalecer la confianza en las instituciones públicas y la gobernanza, entendida esta última como la gestión institucional y su relación con los actores

sociales. De manera tal que provean un fundamento para la transparencia y la rendición de cuentas que mejore la toma de decisiones, incremente la demanda y prestación de servicios públicos; así como la formulación y evaluación de programas y políticas para satisfacer las necesidades de la sociedad.

6. Fomento del desarrollo incluyente y la innovación: La disponibilidad de datos abiertos debe estimular la creatividad y la innovación, generando procesos y espacios para identificar desafíos sociales y económicos, así como el monitoreo de programas de desarrollo sostenible con participación de todos los sectores involucrados.

7. Respeto de los derechos fundamentales: La recolección, publicación y uso de datos de gobierno deberá respetar la normativa y los principios generales en materia de derechos humanos expresados en tratados internacionales y la Constitución política.”

Estos atributos se asocian entonces con la creación y gestión de Sistemas de Datos Abiertos. Es posible que muchas de las instituciones públicas que manejen información de naturaleza pública no cumplan con todos los requerimientos estipulados para los Datos Abiertos.

Según el artículo 5, **el ámbito de aplicación se limita a la administración central**. Sin embargo, el decreto hace un llamado para que de manera facultativa otras instituciones apliquen el decreto como marco de referencia al indicar:

“Sin perjuicio del principio de separación de poderes consagrado en la Constitución Política y el régimen de autonomía que corresponda de conformidad con las disposiciones legales y constitucionales pertinentes, los Poderes Legislativo y Judicial, el Tribunal Supremo de Elecciones, sus dependencias y órganos auxiliares, municipalidades, universidades estatales, institucio-

*nes autónomas, semiautónomas, empresas públicas, así como las empresas privadas que administran bienes públicos o ejecutan potestades públicas, **podrán aplicar la presente normativa como marco de referencia para el fomento de la Apertura de Datos Públicos***”.

Las instituciones públicas a las que refiere el ámbito de aplicación, observarán las disposiciones que, en su caso, emita Secretaria Técnica de la política Nacional de Apertura de Datos Públicos, en las que se establecerán las directrices para los datos abiertos en sus procesos de generación, recolección, conversión, publicación, administración y actualización en formatos abiertos (artículo 6).

No obstante, la aplicación de la Política Nacional de Apertura de Datos Públicos será realizada de manera progresiva (art.16).

Para la aplicación e implementación de la Política Nacional de Apertura de Datos de Carácter Público se crean (artículo 7):

1. La Comisión Nacional de Datos Abiertos;
2. Secretaria Técnica de la Política Nacional de Apertura de Datos Públicos; y
3. Grupo de Enlaces Institucionales para la Apertura de Datos Públicos.

El Grupo de Enlaces Institucionales estará conformado por las personas funcionarias designadas como oficiales de acceso a la información, según el Decreto Ejecutivo número 40200-MP-MEIC-MC del 27 de abril de 2017. Dichos oficiales tendrán la función de liderar el proceso de publicación de datos abiertos con un equipo multidisciplinario de la institución, de conformidad con la demanda tanto de sociedad civil como de otras institu-

ciones públicas, y además promover el reuso de los datos publicados (artículo 10).

El proceso de apertura de datos de carácter público en formato abierto, neutral e interoperable se abordará bajo la coordinación del enlace institucional quien debe planificar con el equipo multidisciplinario de la institución y de acuerdo a sus funciones, de conformidad con un conjunto de factores y etapas listados en el artículo 11.

El decreto establece una medida de protección de datos personales en el art.13 en atención de la legislación aplicable al indicar:

*“Cuando se publiquen conjuntos de datos en formato abierto deberán omitirse aquellos **datos personales protegidos por la normativa vigente. Por lo tanto, los datos deben someterse a procesos de anonimización que garanticen la no identificación posterior del titular de los datos personales**”.*

Por su parte, el artículo 15 (Procedimiento para solicitar datos abiertos), indica que cualquier persona podrá solicitar a la institución respectiva la liberación de un conjunto de datos de su interés, en formato abierto, neutral e interoperable. Para este efecto la Secretaría Técnica de la Política Nacional de Apertura de Datos Públicos establecerá un mecanismo digital, ágil y no discriminatorio para procesar las solicitudes y donde el solicitante brinde la descripción lo más clara posible de lo que se solicita, así como un medio para recibir notificaciones. Dicho mecanismo debe estar disponible en el mismo lugar en el que se publican los datos. Las instituciones públicas deberán responder en un plazo de entre diez y treinta días hábiles contados a partir del día siguiente de su recepción por parte de la respectiva institución pública. En caso de negación total o parcial de la apertura del conjunto de datos en cuestión, la institución pública deberá explicar por escrito al solicitante

y con copia a la secretaria el motivo de su actuación, así como el fundamento jurídico respectivo.

El transitorio IV establece que el decreto deberá de ser revisado una vez cumplidos dos años de su vigencia. Dada su entrada en vigencia en mayo de 2017 (Gaceta No. 89, alcance 102 del doce de mayo de 2017), su revisión deberá de ocurrir en mayo de 2019.

Finalmente, se ha elaborado un Plan de Acción Nacional 2018-2019 sobre Datos Abiertos, que contiene algunos objetivos marcadamente generales. Por su potencial interés el mismo se suministra conjuntamente con este Informe.

- **Directriz Ejecutiva No. 074- MP del Presidente de la República y del Ministerio de la Presidencia, sobre datos abiertos y dirigida a la Administración Pública descentralizada**

Tiene una vigencia de dos años a partir de mayo de 2017 y es de aplicación progresiva. Contempla las definiciones, principios y lineamientos del Decreto No. 40199 antes explicado. Esta directriz va dirigida a las instituciones que conforman la **Administración Pública Descentralizada**²⁶(artículo 5). Se indica que las instituciones públicas a las que refiere el ámbito de aplicación, **procurarán** observar las disposiciones que, en su caso, emita Secretaria Técnica de la Política Nacional de Apertura de Datos Públicos, en las que se establecerán las directrices para los datos abiertos en sus procesos de generación, recolección, conversión, publicación, administración y actualización en formatos abiertos (artículo 6).

Igualmente prevé que cuando se publiquen conjuntos de datos en formato abierto se procurará omitir

²⁶ Es decir, las instituciones autónomas fuera del Poder Ejecutivo.

aquellos **datos personales protegidos por la normativa vigente. Por lo tanto, los datos deben someterse a procesos de anonimización que garanticen la no identificación posterior del titular de los datos** (artículo 9).

- **Decreto Ejecutivo No. 40200-MP-MEIC-MC de 2017²⁷ Transparencia y Acceso a la Información Pública**

Este decreto se enmarca en el contexto del derecho de acceso a la información pública que se trata en la siguiente sección. No obstante, se ha preferido incluirlo en este acápite inmediatamente después de las regulaciones sobre Datos Abiertos. Su objeto es que el Estado garantice el cumplimiento efectivo del derecho humano de acceso a la información pública, de forma proactiva, oportuna, oficiosa, completa y accesible (artículo 1). Se entiende por “Información de acceso público: cualquier tipo de dato que sea generado o resguardado por quien ejerza una función o potestad pública **y que no tenga su acceso restringido por ley (artículo 2)**. Se prevé el procedimiento y requisitos de la solicitud de acceso (artículo 3), el acuso de recibo (artículo 4), el plazo de respuesta (artículo 5 diez días hábiles que pueden ser ampliados previa justificación de la administración), el traslado de oficio de la solicitud si corresponde a otra entidad resolverla (artículo 6), los costos de reproducción (artículo 7 a cargo del solicitante pero que no deben exceder el costo de reproducción y envío), entre otros aspectos.

Si la información solicitada está cubierta de alguna prohibición legal, la gestión puede ser rechazada, indicándose las limitaciones legales que fundamentan la decisión (art.9). No obstante, el so-

²⁷ Publicado en la Gaceta No. 104 del dos de junio de 2017, alcance 122

licitante podrá apelar la decisión en el plazo de tres días contados a partir de la notificación. La autoridad tendrá ocho días hábiles contabilizados a partir de la recepción del escrito para resolver el recurso (art.10).

Cada jerarca institucional deberá designar en su dependencia a un Oficial de Acceso a la Información, en adelante OAI. Dicha designación recaerá sobre la Contraloría de Servicios de la institución, o en su defecto, sobre otro funcionario de la institución (artículo 12), el cual tendrá la competencia para atender las quejas relacionadas con la falta de atención de las solicitudes de información pública presentadas.

El decreto prevé la publicación oficiosa de información en el sitio web (artículo 17).

- **Directriz Ejecutiva No. 073-MP-MEIC-MC del Presidente de la República y los Ministerios de la Presidencia, Economía, Industria y Comercio; y Comunicación**

Dirigida a la administración pública descentralizada “sobre la transparencia y el acceso a la información pública”. Debido a la imposibilidad jurídica de vincular por la vía del decreto ejecutivo a estas entidades, se instruye a las instituciones que conforman la Administración Pública Descentralizada para que adopten todas las acciones necesarias para garantizar ejercicio efectivo del derecho humano de acceso a la información pública, de forma proactiva, oportuna, oficiosa, completa y accesible (artículo 1). Para efectos de la presente Directriz se entenderá por información de acceso público cualquier tipo de dato que sea generado o resguardado por quien ejerza una función o potestad pública **y que no tenga su acceso restringido por ley** (artículo 2). Para asegurar el pleno ejercicio del derecho de acceso a la información pública, las instituciones vinculadas por esta Directriz

procurarán regir su actuación por los principios de máxima divulgación, transparencia, participación ciudadana, celeridad, informalismo y no discriminación (artículo 3). Las instituciones descentralizadas contemplarán que el derecho de acceso a la información comprende el derecho de solicitar la información de acceso público sin que se deba exigir al administrado motivar tal solicitud, a recibir la contestación en el plazo establecido por la ley y a obtener la información requerida, en forma íntegra y veraz, **salvo que lo requerido esté protegido por la normativa**(artículo 4).

Se insta a la Administración Pública Descentralizada para que adopte las acciones que aseguren la accesibilidad a la información de interés público mediante medios manuales y electrónicos, **así como en formato abierto que permita el uso ágil y eficiente de la información.** Así también, de manera gratuita, a menos que cuando corresponda la reproducción de lo solicitado implique un costo, el cual será mínimo y correrá por cuenta del solicitante. Otros elementos contemplados en el Decreto No. 40200 antes citado se reproducen en la Directriz, incluyendo los Oficiales (funcionarios) de Acceso a la Información y la transparencia activa/oficiosa.

El elemento clave con respecto al decreto es que la directriz va dirigida a la Administración Pública descentralizada.

- **Decreto Ejecutivo No. 39753-MP de 2016²⁸ Deber de la Administración Central de cumplir con las obligaciones derivadas del Sistema de Control Interno**

Con respecto al sistema de control interno, el art.2 establece que: “la Administración Pública Central deberá adoptar los mecanismos de control, planificación y

²⁸ Publicado en la Gaceta No. 116 del 16 de mayo de 2016

verificación pertinentes que contribuyan a la evaluación del desempeño institucional, a garantizar la eficiencia y eficacia de sus operaciones y **el manejo transparente de toda la información que forma parte de este sistema**".

Por su parte, el art.6 estipula que "La Administración Central tiene el deber de publicar en el sitio web oficial o la plataforma electrónica análoga, los informes emitidos por la Auditoría respectiva, preservando cuando sea necesario la confidencialidad que dispone el artículo 6° de la Ley General de Control Interno".

El art.7 es reflejo de la oficiosidad que debe de primar en materia de datos abiertos y acceso a la información indicando:

"Las instituciones sujetas a este Decreto tienen el deber de publicar de forma oficiosa sus informes de desempeño en el sitio web oficial o la plataforma electrónica análoga, para que las personas puedan acceder a estos sin necesidad de solicitud previa. En dichos informes deben considerarse las recomendaciones giradas por la Auditoría Interna y las acciones de implementación de las mismas. Para cumplir con este deber, las autoridades competentes deberán asegurar la confidencialidad de la información, según el ordinal 6° de la Ley General de Control Interno". (Énfasis añadido).

Para dar seguimiento a esta obligación, la Unidad de Control Interno o la oficina equivalente deberá informar cada 6 meses a la Presidencia de la República sobre la actualización del listado de informes de Auditoría publicitados.

- **Plan de Acción de Costa Rica 2017-2019 para la Alianza para un Gobierno Abierto**

Su antecedente es el II Plan de Acción de Gobierno Abierto 2015-2017, el plan se compone de 12 compromisos que constituyen la Estrategia Nacional de Gobierno Abierto, entre ellos la creación de la Política Nacional de Apertura de Datos Públicos. Uno de estos compromisos expresamente menciona a los datos públicos en materia de cambio climático:

“ Compromiso IV: Apertura de datos públicos en materia de cambio climático y su financiamiento. Institución responsable: MINAE.”

CONCLUSIONES.

Desde el punto de vista constitucional, convencional y legal existe un sólido marco jurídico- tanto ambiental como administrativo- que establece y garantiza el derecho de petición y el derecho a contar con información ambiental. Numerosa jurisprudencia constitucional así lo ha expresado.

De las normas constitucionales existentes (artículos 24, 27, 30, 46 y 50) e instrumentos y jurisprudencia internacional es posible concluir que: los documentos privados son inviolables, salvo las excepciones dadas en artículo 24, de manera que se garantiza el derecho a la privacidad e intimidad; existe el derecho de petición de información ante toda entidad oficial; el acceso a la información de interés público está garantizado, salvo la información protegida bajo el secreto de Estado y otras circunstancias previstas en las leyes especiales; existe un deber de coordinación interinstitucional de manera específica para la temática ambiental; y el acceso a la información como condición para la participación ciudadana en materia ambiental posee indudable asidero constitucional.

Las políticas, estrategias y regulaciones sobre datos abiertos y sobre acceso a la información pública (especialmente los decretos No. 40199 y No. 40200) posee un indiscutible espíritu de promover el acceso a la información pública de la manera más amplia y sencilla posible y de limitar el mismo solo por motivos calificados y a título de excepción, entre ellas por la protección de información personal.

Debido a la potencial complejidad de las características y principios de los Datos Abiertos su aplicación ha sido declarada progresiva.

Este derecho conlleva dos obligaciones estatales: a) facilitar y propiciar el libre acceso a la información ambiental, con las excepciones de ley; y, b) generar (obligación activa) datos ambientales de distinta naturaleza, incluidos sobre cambio climático.

Existen excepciones constitucionales y legales debidamente reconocidas por la jurisprudencia constitucional con respecto al libre acceso a la información pública. Específicamente debe considerarse lo dispuesto en la Ley de Información No Divulgada y la Ley de Protección de Datos Personales. No obstante, en tesis de principio ello no impide la generación de datos o resultados agregados mientras no se individualice a las personas físicas o jurídicas.

BIBLIOGRAFÍA

CABRERA Medaglia, J., “Diagnóstico sobre el Régimen Legal de Acceso a la información Pública Ambiental y los Datos Abiertos”, Dirección de Cambio Climático y Fundecooperación, noviembre de 2018

PEÑA Chacón, M., “El Derecho de Acceso a la Información Pública Climática,” Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, número 29,

octubre 2018, consultado el 09 de enero de 2019, https://ar.ijeditores.com/articulos.php?Hash=00c2b-60b2698978b7f78b1d9beb8caa8&hash_t=88340585c-50f799f25284c900b134deb

Nota de concepto “Design and testing of a cross-sectorial Measurement, Reporting, Verification and Registry framework for Costa Rica’s National Climate Change Metrics System”, DCC, Julio del 2017.

Anexo I. Algunas disposiciones sobre excepciones al acceso a la información pública

En el siguiente cuadro se presentan algunas de las excepciones del derecho de acceso a la información pública.

Algunas restricciones aplicables al acceso a la información pública

1. Secreto de Estado – art. 30 de la Constitución.

Al respecto pueden verse las sentencias de la Sala Constitucional 1989-148, 1993- 2636, 1999- 7918, 2003-1518, 2005- 6683, 2008-4460, 2014-4037, 2015-15074 y 2018- 8196.

La excepción sobre el secreto de Estado se encuentra también en las siguientes leyes:

- a.** Ley del Sistema Nacional de Archivos, No. 7202 de 1990, artículo 10,
- b.** Ley General de Policía, No. 7410 de 1994, artículo 16,
- c.** Ley General de la Administración Pública, No. 6227 de 1978 y sus reformas, art. 273.1,
- d.** Ley del Sistema de Estadística Nacional, No. 7839 de 1998 y sus reformas (Ley No. 7963 de 1999, art.5.

2. La seguridad nacional

Al respecto puede verse la sentencia constitucional 2015-5616. En el mismo sentido pueden verse las ex-

cepciones en el acceso a la información dado en el art.1 de la Ley de protección al ciudadano del exceso de requisitos y trámites administrativos, No. 8220 del 2002 y su reforma No. 8990 del 2011; el art.8 de la Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales, Ley No. 8968 del 2011; y en el art.14 del Decreto Ejecutivo No.37554 - JP del 2012 Reglamento a la Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Formales.

3. Procedimientos administrativos bajo investigación, que no hayan sido resueltos

Ver Ley General de la Administración arts. 217, 240.1, 272, 273, 274.

4. Art.203 del Código Penal, Ley No.4753 y sus reformas

“Será reprimido con prisión de un mes a un año o de treinta a cien días multa, el que teniendo noticias por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revele sin justa causa. Si se tratare de un funcionario público o un profesional se impondrá, además inhabilitación para el ejercicio de cargos y oficios públicos, o de profesiones titulares, de seis meses a dos años”.

5. Expedientes penales en la fase de investigación según el 295 del Código Procesal Penal, Ley No.7594 de 1998 y sus reformas.

Al respecto, la norma citada indica:

“Privacidad de las actuaciones El procedimiento preparatorio no será público para terceros. Las actuaciones sólo podrán ser examinadas por las partes, directamente o por medio de sus representantes. Los abogados que invoquen un interés legítimo serán informados por el Ministerio Público sobre el hecho que se investiga y sobre los imputados o detenidos que existan, con el fin de que decidan si aceptan participar en el caso. Las partes, los funcionarios que participen de la investigación y las demás personas que, por cualquier motivo, tengan conocimiento de las actuaciones cumplidas, tendrán la obligación de guardar secreto. El incumplimiento de esta obligación será considerado falta grave.”

6. Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales, Ley No. 8968 del 2011.

Datos personales definidos por la PRODHAB en la Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales, Ley No. 8968 del 2011.

7. Secreto profesional

Código de Normas y Procedimientos Tributarios, No. 4755 de 1971 y sus reformas, art.105.b y Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales, Ley No. 8968 del 2011, art.18.

8. Secreto industrial

La confidencialidad del secreto industrial se encuentra dada en las siguientes leyes y decretos:

Ley No. 6867 Patentes, Dibujos y Modelos Industriales, art.13.2, Ley Orgánica del Ambiente No.7554 art.23, Ley de Información No Divulgada, Ley No. 7975 de 2000 y sus reformas (Ley No.8686 de 2008) art 1.a, art 2, Decreto Ejecutivo No. 34927-J-COMEX-S-MAG de 2008 Reglamento a la Ley de Información No Divulgada, art.5, Ley de Biodiversidad, No. 7788 de 1998 y sus reformas (Ley No.8632 de 2008 y Ley No.8686 de 2008), art.67, Decreto Ejecutivo No. 32333 de 2005, Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, art.7, Ley de Fortalecimiento y modernización de las entidades públicas del Sector Telecomunicaciones, Ley No. 8660 del 2008 y sus reformas (Ley No.9046 de 2012), art.35.

9. Secreto bancario

Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, No. 7428 de 1994 y sus reformas, art.4.

El levantamiento del secreto bancario se permite a la luz del art.18 Ley No.8754 Ley contra la Delincuencia Organizada de 2009 y el art. 13 de la Ley No.9481 Creación de la Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada de 2017.

10. Información médica

En lo respectivo a la confidencialidad del historial clínico, Ley de Derechos y deberes de las personas usuarias de los servicios de salud públicos y privados, Ley No. 8239 del 2 de abril del 2002.

11. Confidencialidad del denunciante

Ley General de Control Interno art.6 y art.32.

INSTITUCIONES DE CAMBIO CLIMÁTICO EN MÉXICO.

PLANEACIÓN, IMPLEMENTACIÓN Y PROSPECTIVA

Dr. Benjamín Revuelta Vaquero¹

Dra. Claudia Alejandra Verduzco Moreno²

Resumen. Considerando el marco internacional, este artículo revisa los instrumentos de planeación sobre cambio climático que se vienen ejecutando en México. Analiza los principales reportes que se han emitido sobre los avances en el Programa Especial de Cambio Climático, PECC 2014-2018; y, realiza un análisis crítico de las limitaciones institucionales. Ello, con la esperanza de que las observaciones puedan impactar favorablemente en la reconstrucción y ajuste de las políticas nacionales de cambio climático, y con ello contribuir más efectivamente a controlar el fenómeno planetario.

Palabras clave: Adaptación, Mitigación, Cambio Climático, Planeación, México

¹ Licenciado en Derecho por la UMSNH. Maestro en Políticas Públicas por el ITAM. Doctor en Política y Gobierno por la Universidad de Essex, Inglaterra. Profesor Investigador de División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UMSNH. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI). Miembro del Núcleo Académico Básico del Doctorado Interinstitucional en Derecho DID de la Región Centro-Occidente de la ANUIES. Correo: benreva@hotmail.com

² Doctora en Derecho por la Universidad de Guanajuato, Miembro de la Asociación Civil Mojo. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI). Abogada postulante. Autora de una diversidad de artículos en materia de daño ambiental. Correo: direccion@orz.org.mx

Abstract. Considering the international framework, this article reviews the planning instruments regarding climate change that are being implemented in Mexico. It analyzes the main reports that have been issued on the progress of the Special Climate Change Program (PECC 2014-2018); and, it performs a critical analysis of its institutional limitations. We expect that the observations featured here can impact positively in the reconstruction and adjustment of national climate change policies, in order to help control more effectively this planetary phenomenon.

Keywords: Adaptation, Mitigation, Climate Change, Planning, Mexico

INTRODUCCIÓN

México ha tenido una participación internacional activa en materia de cambio climático. Fue uno de los signatarios de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático en 1992; fue sede de la Conferencia de las partes de la Convención en 2010; y el segundo país en establecer una legislación específica sobre cambio climático en 2012. México fue el primer país en entregar sus Contribuciones Previstas y Determinadas a nivel Nacional; y participó en el Acuerdo de París sobre Cambio Climático en 2015.

Un año después, en el contexto de la Conferencia de las Partes COP 22 realizada en Marrakech en noviembre de 2016 México, presentó junto con otros países, la estrategia de medio siglo y anunció estrategias ambiciosas frente al cambio climático de ese momento y hasta el 2050. Entre ellas, el compromiso por reducir los gases de efecto invernadero hasta en un 50% en el año 2050, respecto del año 2000.³

³ En relación a la Estrategia de México de Medio Siglo para el Cambio Climático, se recomienda ver comunicado de prensa final en www.newsroom.

A nivel interno, México, además de impulsar la Ley General de Cambio Climático LGCC, aprobó la Estrategia Nacional de Cambio Climático (ENCC) y el Programa Especial de Cambio Climático (PECC) 2014-2018.

En todos estos documentos se identifica la importancia y el reto de la articulación de acciones, para atender esta problemática compleja. Específicamente, la Estrategia de México de Medio Siglo para el Cambio Climático (2016) señala:

Climate change is identified as a crosscutting challenge because of the variety of stakeholders from the public and private sectors that interact, make decisions, and ultimately drive climate change mitigation and adaptation in the country. The country envisioned by the Strategy considers that society sectors such as non-governmental organizations or interest-based groups, together with private sector and the institutions and organizations from three levels of government play a role. Thus, the fight against climate change implies and requires dialogue, information generation and dissemination, and decision-making. The government has instruments that require recognizing regional, state, and local realities. To date, however, only one fourth of the Mexican states have completed their State Climate Change Programs; five states have enacted state legislation on climate change; and at the municipal level, the creation of climate change programs has begun. (SEMARNAT-INECC 2016, p. iii)

Lamentablemente, los acuerdos internacionales no han sido suficientes. En la visión nacional se percibe desarticulación de esfuerzos y visiones entre dependencias e instituciones de gobiernos de los tres órdenes, así como de éstos con las universidades y la sociedad. Igualmente se identifica la falta de presupuestos y recursos, todo lo cual inhibe la construcción e implementación

exitosa de políticas públicas en materia de mitigación y adaptación al cambio climático. Estos postulados que sirven como hipótesis inicial de nuestro trabajo, habrán de ser analizados en este artículo.

En este panorama, la visión y la acción principalmente de las autoridades federales no es suficiente para alcanzar los resultados anhelados. Las acciones exitosas para la mitigación y adaptación al cambio climático requieren de una amplia participación de: gobiernos, universidades, sociedad civil. Asimismo, se requiere una mayor coordinación entre gobiernos e instituciones, una priorización de acciones, con pleno involucramiento a nivel municipal y un acompañamiento presupuestal específico, entre otros temas.

1. Los Instrumentos Internacionales

Haciendo un breve recuento de los esfuerzos internacionales por el cambio climático, sabemos que los esfuerzos internacionales por el cambio climático comenzaron con la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y su Desarrollo, conocida posteriormente como la Cumbre de la Tierra de Estocolmo en 1972. Veinte años más tarde, en 1992, se llevó a cabo la segunda Cumbre de la Tierra en Río de Janeiro. En este se aprobó específicamente la Convención Marco sobre el Cambio Climático, de la que nos ocupamos más adelante.

La tercera Cumbre de la Tierra tuvo como sede Johannesburgo en 2002, con una serie de planteamientos y compromisos que mostraban la buena disposición de la comunidad internacional. Sin embargo, para la Cumbre Río+20 ocurrida en 2012, se empezaron a evidenciar las decepciones.⁴

⁴ A pesar de haber logrado una buena concurrencia de Jefes de Estado y de Gobierno -aún con ausencias notables de algunas potencias- los acuerdos fue-

- Convención Marco sobre el Cambio Climático

La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) de 1992, cuyos principios entraron en vigor en 1994, tiene como finalidad estabilizar las concentraciones de los gases de efecto invernadero (GEI) contenidos en la atmósfera, siendo éstos los causantes del cambio del clima que provoca el alza de la temperatura de la tierra.

La Convención tenía un horizonte ambicioso al buscar la reducción voluntaria de los GEI a los niveles de 1990 antes del año 2000. Un compromiso universal, aún y cuando la propia Convención reconocía la responsabilidad principal del cambio climático de los países desarrollados.

A efecto de dar seguimiento, facilitar y promover el intercambio de información sobre las acciones de cambio climático adoptadas por las partes, promover y dirigir el perfeccionamiento de la metodología, examinar los informes periódicos, procurar la movilización de recursos financieros y otras acciones, la Convención estableció la Conferencia de las Partes (COP) como la máxima autoridad que se encarga de supervisar su cumplimiento, desde 1995.

A partir de ese momento, la COP se ha reunido anualmente. Entre las reuniones más significativas al momento, en las que se han logrado acuerdos sustantivos para el cambio climático, se pueden mencionar: la COP 3, la COP 15, la COP 18 y la COP 21. Veamos:

En 1997, en el marco de la COP 3 se adopta por primera vez un acuerdo que compromete a los países industrializados a reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero y promover el progreso sustentable de los países en desarrollo, de manera más específica. A este acuerdo, como se sabe, se le conoce como el Protocolo de

ron mínimos. Para detalles ver El País, (22-06-2012)

Kioto, mismo que entraría en vigor para 2005.⁵

En la COP 15, de 2009, en Copenhague se intenta la sustitución del Protocolo de Kioto a fin de renovar los intereses climáticos en un nuevo acuerdo, pero sin resultados positivos, lo que para muchos significó un fracaso. Por otra parte, si bien se estableció el objetivo de mantener la temperatura global por debajo del aumento de los 2°, no se establecieron compromisos concretos que lo garantizaran. Se estima que el mayor logro de esta COP fue la creación del Fondo Verde para el Clima.

Años más tarde, en la COP 18 de 2012 en Doha (Qatar) se ratificó el segundo periodo de vigencia del Protocolo de Kioto que habrá de durar desde el 1 de enero de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2020.

Posteriormente, durante la COP 21 celebrada en 2015 en París, Francia, se adopta un acuerdo nuevo: el Acuerdo de París, con el objetivo de ser la herramienta de apoyo para impulsar los objetivos del CMNUCC. Participaron 195 Naciones. En el Acuerdo se consolidan los principios para la mitigación, adaptación, así como la resiliencia de los ecosistemas que han sido afectados por el calentamiento global. Se confirma el compromiso para mantener el aumento de la temperatura mundial por debajo de 2° C con respecto a la era preindustrial.

En la misma tendencia de los antecedentes, el Acuerdo de París no precisa metas específicas para cada país, ya que son éstos quienes deben establecer sus propias metas para reducir sus emisiones presentando informes sobre adaptación, especificando sus necesidades

⁵ El objetivo del Protocolo de Kioto, en su primera etapa, era reducir en un 5,2% las emisiones de gases de efecto invernadero en el mundo, con relación a los niveles de 1990, durante el periodo 2008-2012. Con ese fin, el Protocolo contiene objetivos para que los países industrializados reduzcan las emisiones de los seis gases de efecto invernadero originados por las actividades humanas: dióxido de carbono (CO₂), metano (CH₄), óxido nitroso (N₂O), hidrofluorocarbonos (HFC), perfluorocarbonos (PFC) y hexafluoruro de azufre (SF₆). ([Protocolo de Kioto] s.f.)

ambientales, sus planes para cubrir las prioridades y las necesidades que esos planes representan.⁶

Se estableció que los países en desarrollo deben recibir mayor apoyo financiero para implementar sus acciones de adaptación y mitigación.⁷

- Complejidad internacional

El marco internacional ha significado un planteamiento muy importante que identifica la problemática, construye principios, establece compromisos y fija objetivos. Sin embargo, el dejar su cumplimiento a la buena voluntad de las partes, ha ocasionado debilidad en su instrumentación.

Desde el inicio, algunos países poderosos e industrialmente contaminantes han evitado comprometerse y mantener los estándares previstos. Por ejemplo, Estados Unidos no ratificó el Protocolo de Kioto, argumentando que un acuerdo como éste supone un riesgo para su economía. Esta misma postura asumió Australia.⁸

Canadá abandonó el Protocolo en 2011.⁹ Japón

⁶ El Acuerdo incluye un mecanismo de cumplimiento, supervisado por un comité de expertos que opera de una manera no punitiva, de acuerdo a la página oficial (CMNUCC, 1992)

⁷ Se señaló una cifra de 100,000 millones de dólares para 2020. Para mayor detalle ver: <https://unfccc.int/es/news/final-cop21>

⁸ Para mayor detalle ver Rodríguez (2007). Discursivamente, Estados Unidos argumentaba: “*Estados Unidos desea un tratado en el que todos, sin excepción, estén sometidos a las mismas reglas; ricos y pobres, desarrollados y no desarrollados. Por ello este país rechazó el Protocolo de Kioto, en la medida que obligaba al mundo industrializado a reducir sus emisiones de GEI, al tiempo que establecía solo medidas voluntarias para los no industrializados.*” (Lezema, 2014, p.114)

⁹ El Ministro Peter Kent señaló: “... como Canadá no iba a poder cumplir con sus compromisos con Kioto, el país norteamericano hubiera tenido que transferir 14.000 millones de dólares de los contribuyentes canadienses a otros países, el equivalente de 1.600 dólares canadienses por cada familia”. (La Vanguardia, 2012)

y Rusia, se unieron a la postura de Canadá durante la COP 18 en 2012 y se volvieron opositores a participar en un segundo periodo del Protocolo.¹⁰

Para 2017 el Presidente de Estados Unidos, decide retirarse del acuerdo con la supuesta intención de cumplir su deber como presidente y proteger a Estados Unidos y a sus ciudadanos. La decisión detonó un alarmante declive para el Acuerdo, pues *“Estados Unidos contribuye con alrededor del 15% de las emisiones de carbono mundiales, pero también es una fuente significativa de financiamiento y de tecnología en países subdesarrollados que llevan adelante esfuerzos para luchar contra la subida de las temperaturas”*. (BBC, Mundo 2017)

Así, la CMNUCC para 2019, sigue siendo un buen discurso, pero su implementación se debilita, se tambalea. Varios de los países industrializados, responsables principales de las emisiones no tienen un compromiso real para reducir las y prefieren seguir apostando a su desarrollo económico, a costa del medio ambiente planetario.¹¹

Parece que el único discurso positivo sobre la CMNUCC proviene de la misma comunidad de las Nacio-

¹⁰ Esta negativa a participar y adoptar compromisos resulta muy significativa, considerando que en 2009 Japón, Rusia y Canadá representaban el 40% del total de las emisiones de los países del Anexo B del Protocolo. (SEAN-CC, 2012)

¹¹ Múltiples personajes, ambientalistas y periodistas han ejercido una crítica de los avances internacionales. Por ejemplo, Naomi Klein, activista y periodista canadiense, conocida por su escepticismo contra las negociaciones climáticas internacionales asegura que *“Es un error poner demasiado énfasis en la importancia de las cumbres. (...) Las conversaciones sobre el clima se hacen a puerta cerrada y las emisiones han subido un 60% en las últimas décadas”*. (El País, 2015). Por su parte, el climatólogo estadounidense, pionero del Cambio Climático, James Hansen, declaró sobre el Acuerdo de París que *“es un fraude y una farsa”* ... *“Una suma de palabras y de promesas, sin acciones concretas”*, *“... Mientras los combustibles fósiles parecen ser los combustibles más baratos que existen, los seguirán quemando”*. (The Guardian, 2015)

nes Unidas. Fuera de ahí, los países potencia sienten que cumplir con los acuerdos de manera rigurosa genera distorsiones económicas severas que restan su competitividad.

Así, podemos apuntar que la Convención Marco de las Naciones Unidas, a pesar de ser un plan muy ambicioso -teniendo en cuenta que los objetivos y acuerdos que en ella se establecen- no ha logrado mayores avances, tanto por la falta de disposición de los países desarrollados y no desarrollados, como por la falta de cumplimiento de los acuerdos, pues éstos resultan ser totalmente débiles: con ambiciones fuertes, pero un rigor laxo.

Analizando la tendencia internacional, lamentablemente debemos reconocer que no hay certeza de que se pueda lograr un cambio significativo en las acciones en favor del clima en los próximos años. Varios de los países poderosos -que tienen la posibilidad para liderar las acciones para enfrentar el problema- no tienen la disposición, y en su análisis costo-beneficio siguen priorizando el desarrollo económico.

2. Los Instrumentos Nacionales

Una revisión breve de los instrumentos nacionales para la atención al cambio climático nos permite identificar: por un lado, el marco jurídico; y por el otro, los instrumentos de planeación.

- Marco Jurídico

El marco jurídico que regula el cambio climático en México, básicamente se compone de cuatro ordenamientos: La Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente de 1988; La Ley de Promoción y Desarrollo de los Bioenergéticos de 2008; La Ley General de Cam-

bio Climático de 2012; y la Ley de Transición Energética de 2015.

La Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente (LGEEPA) es el ordenamiento eje para la regulación del tema medioambiental. En realidad, es una ley que es producto de la evolución legislativa del tema en México. Ahí se establecen los temas medioambientales centrales. Cabe advertir que la referencia concreta a las acciones de mitigación y adaptación al cambio climático son breves y se incorporan hasta el año 2011. No obstante, la ley marco regula específicamente diversos temas centrales para el cambio climático, como la prevención de la contaminación atmosférica, la contaminación del agua y ecosistemas; la contaminación del suelo, los materiales y actividades riesgosas, etc.

La Ley de Promoción y Desarrollo de Bioenergéticos establece la producción de insumos para Bioenergéticos, a partir de las actividades agropecuarias, forestales, algas, procesos biotecnológicos y enzimáticos del campo mexicano. Ello con la idea de promover la diversificación energética y el desarrollo sustentable.¹²

La Ley General de Cambio Climático (LGCC) establece las acciones de mitigación y adaptación al cambio climático. En sus artículos transitorios establece la meta aspiracional de reducir para el año 2020 un 30% de las emisiones con respecto a la línea base y para el 2050 un cincuenta por ciento en relación con las emitidas en el año 2000.¹³ la LGCC también da vida a diversos instru-

¹² Se trata de un tema que por un momento parecía muy atractivo. Sin embargo, la problemática de alimentos para satisfacer las necesidades humanas y la falta de una política definida para apoyar el tema, ha ocasionado una desatención del asunto en México. Para mayor detalle de parte de la problemática se recomienda ver: Ruiz (2017) y Alanís (s.f.)

¹³ Señala que la reducción del 22% de las emisiones de Gases Efecto Invernadero GEI se conseguirá a través del compromiso de los sectores participantes: transporte 18%; generación eléctrica 31%; residencial y comercial 18%; petróleo y gas 14%; industria 5%; agricultura y ganadería 8%; y, residuos

mentos como la Estrategia Nacional de Cambio Climático (ENCC) y el Programa Especial de Cambio Climático (PECC); asimismo, identifica a diversas instancias que constituyen el Sistema Nacional de Cambio Climático (SINACC).¹⁴

La Ley de Transición Energética regula el aprovechamiento sustentable de la energía, así las obligaciones en materia de energías limpias y de reducción de emisiones contaminantes de la industria eléctrica. El artículo tercero transitorio establece la meta del 25% de energías limpias para 2018, el 30% para 2021 y el 35% para 2024. Asimismo, establece la Estrategia de Transición para Promover el Uso y Tecnologías más Limpias, así como el Programa Especial de Transición Energética. Asimismo, los artículos 35 y 36 regulan el Programa Nacional para el Aprovechamiento Sustentable de Energía.

- Sistema Nacional de Cambio Climático

El Sistema Nacional de Cambio Climático (SINACC) está integrado por la Comisión Intersecretarial de Cambio Climático (CICC); El Instituto Nacional de Ecología y Cambio Climático (INECC); el Consejo de Cambio Climático (C3); las entidades federativas; las asociaciones de autoridades municipales; y el Congreso de la Unión.¹⁵

En este punto es muy relevante observar que existe una grave omisión al no contemplar a las universidades públicas, como parte del SINACC. Las universidades tienen recursos humanos de la más alta calidad en las diversas áreas del conocimiento. Un gran potencial

28%. (LGCC, 2018).

¹⁴ Dichos instrumentos e instancias resultan centrales para la implementación de las acciones, por lo que vale la pena un comentario particular más adelante.

¹⁵ Se recomienda revisar la LGCC para conocer las atribuciones de las diferentes autoridades participantes.

que podría venir a contribuir con la armonización de acciones, con el acompañamiento de los gobiernos estatales y municipales; y con ello aportar significativamente al impulso local a las políticas públicas en materia de cambio climático.

El trabajo coordinado de las universidades públicas con las autoridades estatales y municipales, puede venir a realizar una aportación significativa al SINACC, a la ENCC, al Programa Especial de Cambio Climático (PECC), y a nivel local fortalecer y enriquecer los Programas Estatales y Municipales de Cambio Climático, así como su implementación y evaluación. Se requiere más trabajo local de apoyo, de recomendación, de acompañamiento para que los postulados internacionales y los compromisos nacionales -que son técnicos y cognitivamente complejos- pueden aterrizar en acciones concretas al alcance de estados y municipios. En esta importantísima tarea, las universidades públicas estatales y las Instituciones de Educación Superior (IES) locales tienen un enorme potencial.

3. Revisión crítica de los Instrumentos Nacionales de Planeación

Los instrumentos de planeación en materia de cambio climático, básicamente son: la Estrategia Nacional de Cambio Climático,¹⁶ el Programa Especial de Cambio Climático¹⁷ y los Programas Estatales de cambio climático.¹⁸ Toda vez que éstos constituyen la parte nodal de las políticas, es conveniente realizar un breve análisis de los mismos.

¹⁶ Regulada por los artículos 58-64 de la LGCC.

¹⁷ Se trata de un programa sexenal vinculado al Plan Nacional de Desarrollo, PND, y en el caso que nos ocupa es el PECC 2014-2018. En realidad, es el primer programa de su naturaleza en México.

¹⁸ Todos estos regulados por los artículos 65-73 de la LGCC.

El breve ejercicio que hacemos en este artículo no pretende constituirse en una evaluación puntual de los resultados de los instrumentos de planeación. Está muy lejos de ello, ya que se requeriría mucho tiempo, esfuerzos multidisciplinarios y mucha mayor profundidad para un ejercicio de tal naturaleza.

Lo que ofrece este artículo, es una revisión crítica de algunos rubros que resultan relevantes y que constituyen áreas de oportunidad en la construcción de instrumentos y políticas públicas para que efectivamente logren mayor impacto en México.

- Estrategia Nacional de Cambio Climático

La Estrategia Nacional de Cambio Climático (ENCC) establece lo que denomina Pilares de la Política Nacional de Cambio Climático. La revisión de esta estructura nos muestra que, sin lugar a dudas, se trata de un planteamiento integral, completo, realizado por expertos¹⁹. En la parte baja de la estructura aparecen 6 Pilares que en su conjunto agrupan 83 líneas de acción. En la parte superior, considera: por un lado, 3 grandes rubros de acciones de Adaptación, que en su conjunto agrupan 41 líneas de acción. Por otro lado, aparecen 5 rubros de acciones de Mitigación, que en su conjunto agrupan 76 líneas de acción.²⁰

Sin embargo, un análisis crítico sobre el contenido de las líneas de acción de estos pilares de la ENCC, nos arroja la identificación de una problemática de complejidad que podemos agrupar en los siguientes rubros:

A. No existe una priorización de las Líneas de Acción. De tal suerte que el universo conjunto de

¹⁹ Se recomienda ver el diagrama que se presenta en la Estrategia Nacional de Cambio Climático.

²⁰ Ver (SEMARNAT, ENCC, 2013)

200 Líneas de Acción propicia un universo complejo que dificulta las labores de identificación de logros, resultados y su seguimiento.

- B. No existe la identificación de actores, gobiernos, dependencias o instituciones, responsables del cumplimiento en cada una de las Líneas de Acción.
- C. No se le da la importancia que requiere a los gobiernos estatales y primordialmente a los municipales.
- D. No existen pautas que indiquen los mecanismos de coordinación que deban ejecutar las dependencias o los órdenes de gobierno en todas aquellas Líneas de Acción en que existe concurrencia.
- E. No existen etapas para el avance en el cumplimiento de las líneas de Acción. De tal suerte que se genera confusión en los distintos agentes para el cumplimiento de las Líneas de Acción. Por ejemplo, claramente los gobiernos municipales se pueden sentir abrumados de tener que cumplir con un cúmulo de Líneas de Acción en que directamente se ven involucrados. Esto se agrava cuando los temas de cambio climático no están en la agenda, no se tienen recursos financieros, ni humanos y se enfrenta una demanda ilimitada de servicios públicos.²¹
- F. No existe vinculación con fondos especiales nacionales o internacionales a mediano plazo que sirvan de soporte financiero y técnico para el cumplimiento de las Líneas de Acción. Es decir, para aspirar que las Líneas de Acción se conviertan o

²¹ Para revisar la problemática que enfrentan los gobiernos municipales, se recomienda ver Revuelta y Valls (2012)

formen parte de políticas públicas.

G. La vinculación con la sociedad civil en la construcción de acciones aparece muy débil. En el caso de la colaboración con las universidades públicas y otras instituciones de educación es, lamentablemente, inexistente. Esta visión reduce a la esfera gubernamental los esfuerzos para atender la problemática del cambio climático, lo cual -como bien sabemos- es totalmente insuficiente. Se necesitan muchos más aliados.

Todo ello, ocasiona que muchas de las Líneas de Acción sean meros postulados de escenarios deseables, pero desarticulados. Desafortunadamente, las Líneas de Acción, tal y cual hoy están contempladas no se convierten en objetivos programáticos que puedan ser medibles y evaluables en el tiempo. Es decir, estamos ante un listado completo, que técnicamente se escucha bien, pero que no logra sistematizar un plan de acción. En otras palabras, estamos ante un listado de buenas intenciones, pero carente de instrumentos para su implementación, para su operatividad.

Si bien la lógica indica que la Estrategia es descriptiva, -para dar vida al Programa Especial que sea el operativo- sí resultaría deseable y necesario que se incorporen principios relativos a los siete rubros identificados arriba. Ello, generaría una visión más estable y una prospectiva clara en términos de políticas públicas. Es un buen momento para la revisión y la reconstrucción de la ENCC. Recordemos que las políticas públicas son un proceso continuo de mejoramiento a través de la repetición de toma de decisiones, implementación, evaluación, toma de decisiones, implementación, evaluación, etc., etc.

- Programa Especial de Cambio Climático.

El Programa Especial de Cambio Climático (PECC) 2014-2018, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 28-04-2014. El PECC se convierte realmente en el instrumento eje para la planeación y ejecución de las políticas de adaptación y mitigación al cambio climático en cada gobierno. Así, en el marco de la CICC vincula el trabajo y los programas sectoriales de las Secretarías de Estado involucradas.

El PECC 2014-2018 inicia con una pequeña complejidad: en lugar de mantener el acomodo establecido en la ENCC sobre los pilares de la política nacional de cambio climático (3 de adaptación, 5 de mitigación y 6 pilares para la construcción); el PECC fusiona algunos rubros y construye 5 OBJETIVOS:²²

Objetivo 1. Reducir la vulnerabilidad de la población y sectores productivos e incentivar su resiliencia y la resistencia de la infraestructura estratégica.

Objetivo 2. Conservar, restaurar y manejar sustentablemente los ecosistemas garantizando sus servicios ambientales para la mitigación y adaptación al cambio climático.

Objetivo 3. Reducir emisiones de gases efecto invernadero para transitar a una economía competitiva y a un desarrollo bajo en emisiones.

Objetivo 4. Reducir las emisiones de contaminantes climáticos de vida corta, propiciando cobeneficios de salud y bienestar.

²² Para mayor detalle, revisar (PECC, 2014-2018)

Objetivo 5. Consolidar la política nacional de cambio climático mediante instrumentos eficaces y en coordinación con entidades federativas, municipios, Poder Legislativo y sociedad.

Es preciso hacer notar que dentro de cada objetivo se establecen estrategias y líneas de acción. Lamentablemente, muchas de estas líneas son enunciados “paraguas”. Es decir, postulados imprecisos, que suenan bien, pero que no contienen ninguna precisión cualitativa o cuantitativa, (cuántas acciones, cuándo) que permita en algún momento darle seguimiento o evaluar el grado de cumplimiento. Veamos:

Dentro del Objetivo 1, que contiene 4 estrategias y 32 líneas de acción aparecen enunciados tales como: 1.1.4 Desarrollar instrumentos regulatorios para promover la construcción y el desarrollo urbano resiliente.

1.2.9 Emitir recomendaciones a reglamentos de construcción con visión de cambio climático. También se habla de muchos diagnósticos.

Dentro del Objetivo 2, que contiene 6 estrategias y 45 líneas de acción se ven enunciados tales como: 2.1.1. Reforestar y restaurar integralmente zonas forestales deterioradas dando prioridad a las ANPs; 2.3.1 Evitar emisiones de GEI derivadas de la deforestación y degradación de bosques a través de acciones tempranas en el territorio; promover una producción pecuaria con prácticas y obras de manejo sustentable de tierras y ganado; 2.6.2 Realizar acciones para incrementar la recarga de acuíferos; 2.6.4 Fomentar acciones para restablecer el balance del ciclo del agua en los destinos turísticos prioritarios. Dentro del Objetivo 3, que contiene 6 estrategias y 52 líneas de acción se observa: instrumentar prácticas agrícolas sustentables, aprovechamiento, generación y uso de energías renovables, eficiencia energética, y ge-

neración y aprovechamiento de biomasa; 3.1.5. apoyar la sustitución de motores de embarcaciones pesqueras por motores más eficientes; varios puntos sobre el fomento al uso de biocombustibles; diversos rubros para impulsar la transición energética; 3.5 impulso a transporte y movilidad sustentable; el punto 3.6 impulsar la realización de proyectos NAMA (Acciones Nacionales Apropriadas de Mitigación) para diferentes sectores.

Dentro del Objetivo 4, que contiene 5 estrategias y 29 líneas de acción se observa: 4.1.6 sustituir fogones abiertos tradicionales por estufas ahorradas de leña en viviendas ubicadas en territorios con marginación y pobreza; 4.2.2 Promover manejo apropiado de residuos sólidos mediante clausura de tiraderos, apoyos a construcción de rellenos sanitarios, biodigestores y organismos operadores; 4.4. Desarrollar Normas Oficiales Mexicanas sobre diversos rubros; 4.5.3 Impulsar la realización de proyectos de NAMA para tratamiento de aguas residuales.

Dentro del Objetivo 5, que contiene 5 estrategias y 41 líneas de acción se observa: 5.1.2. Desarrollar y consolidar el Sistema de Información sobre el Cambio Climático; 5.2.2. Convocar a los sectores social y privado a concertar acciones que apoyen el cumplimiento de metas nacionales de cambio climático; 5.2.5. Incorporar criterios de adaptación al cambio climático en los Convenios Marco y Planes de Desarrollo Urbano Estatales y municipales; Crear un esquema integral de incentivos económicos para las ANPs para el fomento de acciones de mitigación y adaptación; 5.3. utilizar diversidad de instrumentos económicos; 5.4.5 Desarrollar metodologías e indicadores para fortalecer capacidades a nivel local para reducir vulnerabilidad hídrica frente al cambio climático;

En algunos objetivos se construyen porcentajes o índices que son fórmulas, algunas muy complejas, relativas y obscuras para medir los avances. En otros casos se trata de toneladas o millones de toneladas de CO₂, metano, o carbono negro mitigadas o emitidas. En la mayoría de los casos se trata de información demasiado técnica que está fuera de la comprensión del ciudadano común y corriente. Es decir, la información resulta poco útil para generar mayor conciencia sobre el cambio climático, de tal suerte que genere una mayor participación ciudadana.

En muchos otros casos, los objetivos, estrategias y líneas de acción refieren reglamentos, planes, instrumentos o convenios suscritos. En términos de políticas públicas, -ver Birkland (2015)- la autoridad confunde el *output* con el *outcome*. Es decir, en muchas de las líneas de acción lo que se establece son resultados burocráticos, mismos que no representan, necesariamente, acciones concretas o resultados tangibles netos. Se podría argumentar que son acciones preparatorias. Sin embargo, una planeación adecuada tendría que priorizar y separar los objetivos mediatos de los inmediatos; los dependientes de los independientes; los objetivos de infraestructura administrativa o jurídica, de los objetivos e impactos reales sobre acciones de mitigación y adaptación al cambio climático.

Como se puede apreciar en esta breve referencia, muchas de las líneas de acción son postulados imprecisos. Por ejemplo, los temas de la restauración o conservación del capital natural. Reforestación, establecimiento de reservas de aguas nacionales superficiales, etc. Incluso los temas de eficiencia del transporte masivo y movilidad. No puntualiza metas. No hay prioridad de recursos destinados a estos temas y varios de ellos muestran un constante deterioro.

Otras líneas de acción no soportan un escrutinio puntual. Por ejemplo, el tema de la reforestación que resulta inconsistente con los datos oficiales de CONAFOR. Lo mismo podríamos decir del impulso a la regulación de los residuos y rellenos sanitarios en los municipios. Salvo casos de excepción, las 100 ciudades medias, que muchas de ellas son polos turísticos, tienen severos problemas de residuos y de contaminación de aguas. No hay políticas nacionales prioritarias para atender estos temas. Lo anterior, puede constatarse en el propio Sistema Nacional de Información sobre Cambio Climático.

- Sistema Nacional de Información sobre Cambio Climático.

El Sistema Nacional de Información sobre el Cambio Climático (SICC) es una plataforma que intenta poner al alcance de todos los ciudadanos y autoridades la información relevante sobre el cambio climático. En tiempos modernos, con nuevos paradigmas como el del Gobierno Abierto, la información, su disponibilidad, actualización y accesibilidad, resultan fundamentales para construir ciudadanía.

El SICC puede consultarse en gaia.inegi.org.mx/sicc/. Se trata de un catálogo amplio de temas agrupados en 9 rubros: Clima, población, ecosistemas-biodiversidad, recursos hídricos, población, energía, infraestructura, adaptación, vulnerabilidad, y emisiones-mitigación.

El Sistema ofrece información general que tiene que ver con el medio ambiente y los recursos naturales. Sin embargo, no existe una referencia a los objetivos específicos del PECC. Es decir, no existe una correlación que permita ver los avances del Programa Especial de Cambio Climático. Los datos que se presentan son diversos y se presentan de manera aislada. No existen referentes, ni metas en los diversos rubros, que permitan

contrastar los logros alcanzados, con las metas previstas. En la mayoría de rubros de competencia municipal que son relevantes para el cambio climático -como agua y residuos-, no se observa ninguna tendencia, ni la página brinda información en ese sentido. Tampoco se observa ninguna prioridad de acciones de conformidad con la ENCC, ni con el PECC.²³

Sin lugar a dudas el Sistema en su conjunto es un buen esfuerzo, pero falta concreción para vincularlo con los instrumentos de planeación y para lograr difundir el grado de avance en los indicadores específicos. Un tema que deberá ser subsanado en la próxima administración federal, ya que la información ambiental no sólo es un derecho básico, sino que resulta fundamental para la construcción de políticas públicas exitosas como lo señalan Revuelta y Sereno (2015).

4. Evaluación PECC 2014-2018

Más allá de lo que en este artículo ha identificado -hasta el momento- como limitaciones y áreas de oportunidad del PECC, resulta interesante contrastar algunos datos relevantes del Informe Especial sobre los logros del PECC de 2015, así como del Informe Final de la Evaluación Estratégica al PECC de 2017.

- Informe Especial PECC

Vinculado al Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, el Gobierno de la República construyó un Informe del Programa Especial de Cambio Climático PECC 2014-2018, Logros 2015 (PECC, 2015).

²³ Ninguno de los instrumentos considera principios que deban ser aplicados en el territorio nacional ante el creciente número de casos de daño ambiental. Para una revisión de daño ambiental se recomienda ver Revuelta y Verduzco (2015)

En lo general el Informe Especial tiene la estructura de un informe de gobierno. Emplea una política discursiva, en lugar de constituir un instrumento de evaluación de avances y tareas pendientes. Por ejemplo, entre los aspectos más destacables señala: “En este contexto, y en aras de fortalecer la adaptación ante el incremento y recurrencia de fenómenos hidrometeorológicos, se pusieron en operación 13 estaciones meteorológicas y se elaboraron 13 programas de prevención contra contingencias hidráulicas para los organismos de cuenca y 27 programas a nivel de localidades.” (PECC, 2015, p.5)

Ante ello, cualquiera se pregunta: ¿cuál era la meta en estos rubros?; ¿Qué significan 27 programas a nivel de localidades, en un País que tiene varios miles de localidades?

Más adelante se señala: “Con el fin de proteger, conservar y restaurar los ecosistemas y biodiversidad de México, se llevó a cabo la reforestación de 8,233 hectáreas de superficie forestal en el País.... Y se incorporaron 937,354 (hectáreas) a un sistema de manejo forestal sustentable.” (PECC, 2015, p.5)

¿Cómo debe interpretarse dicha información cuando hay datos que señalan otras tendencias? Por ejemplo, el propio SICC establece una tasa negativa, en porcentaje, de cambio de uso de suelo en los bosques y selvas.²⁴ El mismo SICC ofrece un reporte anual de los estados y una cifra anual nacional sobre incendios forestales. La suma de la superficie afectada en el periodo 2012-2018 alcanza las 2’468,824 hectáreas. Algo totalmente desproporcionado a la reforestación de 8,233 hectáreas, que presume el informe de logros del PECC para 2015.²⁵

²⁴ Incluso se debe hacer notar la desactualización de la información, pues el último dato que aparece en el portal es del periodo 2007-2011.

²⁵ Incluso, debemos mencionar que organismos ambientalistas como Green Peace (2018), con información del Instituto de Geografía de la UNAM, pu-

Otro problema del Informe Especial de Logros 2015 del PEEC, es que resulta evidente -desde la construcción del PECC y ahora en el Informe Especial- que los responsables de la planeación e informes pretendieron meter en “El Cajón” de cambio climático una serie desarticulada, desorganizada y des-priorizada de acciones de políticas públicas que de cualquier manera tenían programadas las diversas Secretarías, Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal. Así, cada Secretaría o área incorporó al PECC y después al Informe Especial todo aquello que de alguna manera u otra “oliera” a medio ambiente y a cambio climático.

Lo anterior, confirma que está faltando planeación puntual y priorización de las acciones específicas de cambio climático en México. Un asunto que este artículo identifica y que hacemos votos que sea considerado a efecto de poderlo subsanar en las siguientes administraciones. Los reportes que se dan por Secretaría son discursivos, vagos y muy relativos. Veamos tan sólo dos ejemplos de las decenas que hay:

EJEMPLO 1. Estrategia 1.3 Fortalecer la infraestructura estratégica e incorporar criterios de cambio climático en su planeación y construcción. “La SCT realizó obras de sustitución de drenajes en la red de carreteras federales libres y avanzó en la reconstrucción de dos puentes.” (PECC, 2015, p.7) Ante ello, cualquiera se puede preguntar: ¿cuántas obras? cuántos metros de drenajes? ¿cuántos miles o millones de kilómetros tiene la red de carreteras federales libres? ¿cuántos miles de puentes tiene la red? ¿cuál era la meta? ¿cuál es el impacto real de estas acciones?, etc.

blican en su página web que cada año en México se pierden 500,00 hectáreas de bosques y selvas (para mayor detalle ver: <https://www.greenpeace.org/archive-mexico/es/Campanas/Bosques/La-deforestacion-y-sus-causas/>

EJEMPLO 2. Estrategia 1.2 Instrumentar acciones para reducir los riesgos ante el cambio climático de la población rural y urbana. “La SEDESOL proveyó de 19 sistemas captadores de agua pluvial para uso doméstico a viviendas ubicadas en territorios con marginación y pobreza, contando hasta el día de hoy con 11,651.” (PECC, 2015, p.6) Dicho reporte es algo chusco. ¿Qué significan 19 sistemas captadores, en un País con varios millones de viviendas en territorios con marginación y pobreza? Lo más seguro es que una cifra de estas debería avergonzar a los funcionarios responsables.

Como se puede ver, parte de la información resulta vulnerable, parcial, marginal en muchos casos, y amontonada para pretender engrosar las acciones de adaptación y mitigación al cambio climático.

- Informe Final de la Evaluación Estratégica 2017 del PECC 2014-2018

La Evaluación Estratégica del Programa Especial de Cambio Climático 2014-2018, Informe Final de septiembre de 2017 (INECC, 2017) elaborado por la Coordinación de Evaluación del PECC²⁶ es un documento muy interesante, ya que se observa que se trata de un documento elaborado por un equipo multidisciplinario, con mucha información y con todo el apoyo institucional.

Este Informe Final identifica como aspectos conclusivos, entre otros puntos, lo siguiente:

Punto 3. El PECC satisface los elementos formales de la LGCC. “Sin embargo, la ausencia de presupuestos específicos, de responsables por línea de acción y de un sistema robusto de medición

²⁶ Mandatada por la propia LGCC.

(en particular metodologías de medición) reporte y verificación de resultados en mitigación y adaptación, limita su eficacia.” (INECC, 2017, p. 56)

Punto 4. “El diseño del PECC no permite conocer de manera integral los resultados de su implementación.... Lo que limita la comunicación y la difusión de sus avances y resultados entre las dependencias participantes y el público en general.” (INECC, 2017, p. 56).

Punto 12. “La información pública gubernamental disponible sobre el PECC no permite identificar con oportunidad los espacios para la participación social informada sobre el diseño, la implementación, el seguimiento y los resultados de este programa.” (INECC, 2017, p. 57).

Ante ello, la evaluación recomienda, entre otros rubros: vincular las acciones con los presupuestos necesarios; fortalecer la coordinación entre las autoridades participantes en el SINACC; poner a disposición del público (y en forma adecuada) los avances y resultados; fortalecer el seguimiento de los objetivos, estrategias, indicadores y líneas de acción; propiciar una mayor participación de los sectores social, privado y académico.

5. Acceso a la Información

Para robustecer las perspectivas sobre las acciones u omisiones que se han realizado vinculadas al cambio climático, se decidió construir un cuestionario para las autoridades. Así, durante los meses de agosto y septiembre de 2018, se realizó solicitud de acceso a la información a diversas dependencias responsables y relacionadas con el cambio climático en México. Las respuestas obtenidas vienen a confirmar nuestros hallazgos y a

brindar mayor evidencia.

Se realizaron 9 preguntas. La información fue proporcionada por:

AUTORIDAD 1) La Dirección General de Políticas para el Cambio Climático, de la Subsecretaría de Planeación y Política Ambiental de SEMARNAT. Instancia que funciona como Secretaría Técnica y, consecuentemente, como responsable de la coordinación de la Comisión Intersecretarial de Cambio Climático (CICC).²⁷

AUTORIDAD 2) La Coordinación General de Mitigación del Cambio Climático del Instituto Nacional de Ecología y Cambio Climático (INECC).²⁸

AUTORIDAD 3) La Coordinación General de Adaptación al Cambio Climático del INECC.²⁹

AUTORIDAD 4) La Coordinación General de Cambio Climático para la Evaluación de las Políticas de Mitigación y Adaptación del INECC. Instancia facultada por la LGCC para evaluar las políticas de cambio climático.³⁰

²⁷ La solicitud tiene folio 0001600317718 y fue contestada el día 21 de agosto de 2018.

²⁸ Mediante oficio RJJ.500.405/2018 de fecha 04 de septiembre de 2018.

²⁹ Mediante Oficio RJJ.400.354, de fecha 17 de septiembre de 2018.

³⁰ Mediante Oficio RJJ.800.188/2018 de fecha 11 de septiembre de 2018.

Cuadro 1				
RESPUESTAS DE CAMBIO CLIMÁTICO				
PREGUNTA	AUTORIDAD 1	AUTORIDAD 2	AUTORIDAD 3	AUTORIDAD 4
1. ¿Qué Estados cuentan con Programa Estatal de Cambio Climático, PEACC?	21 Entidades Federativas	Refiere a página web	Sólo tiene registro de Estados que han solicitado apoyo	24 Entidades Federativas

Se observa información dispar, lo que muestra la inexistencia de una base de datos común.

PREGUNTA	AUTORIDAD 1	AUTORIDAD 2	AUTORIDAD 3	AUTORIDAD 4
2. ¿Cuáles son los mecanismos para evaluar el grado de cumplimiento o avance de los PEACC?	La CICC no está facultada para evaluar cumplimiento o avance de los PEACC... Sin embargo, la Coordinación de Evaluación del INECC que es la entidad encargada, por lo que se sugiere contactar directamente.	Es omisa	No es competencia	Refiere el artículo 8 Fracc. IV y V de la LGCC que señala facultad de entidades federativas para instrumentar programas de CC y evaluar. "No es competencia de la autoridad federal."

Estas respuestas muestran claramente la desvinculación de la autoridad federal con los estados, con los territorios. Un problema muy serio que contradice el espíritu de la ENCC y uno de los postulados centrales de la Estrategia de México de Medio Siglo para el Cambio Climático: la lógica del Crosscutting Challenge.³¹ No se puede construir una estrategia, ni políticas públicas exitosas de País, sin tener una clara coordinación y conjunción de esfuerzos en la misma dirección con las entidades federativas (y desde el luego otras autoridades y otros actores).

³¹ Citada en la Introducción de este artículo.

PREGUNTA	AUTORIDAD 1	AUTORIDAD 2	AUTORIDAD 3	AUTORIDAD 4
3. ¿Cuáles son las acciones concretas que ha realizado cada Estado en materia de Adaptación y Mitigación de CC, que tiene registradas la CICC y el INECC?	La CICC no está facultada, ni tiene registro de dichas acciones. Se sugiere contactar a la Coordinación de Evaluación del INECC a ver si ellos cuentan con tal registro.	Ofrece un listado de acciones en algunos estados, que resulta vago (sin datos concretos), desarticulado e inconsistente en lo que muestra cada Estado.	El INECC en materia de Adaptación, no cuenta con información puntual.	Se recomienda que la pregunta se haga a la CICC, y a las entidades federativas, ya que esta Coordinación General no tiene facultad para llevar registro de acciones de los municipios.

Se evidencia, nuevamente, que no existe coordinación. No hay un adecuado seguimiento. Pero sobre todo, se evidencia que no existen ACCIONES PRIORIZADA, de tal suerte que los estados y municipios puedan ir avanzando en los logros -subiendo de nivel, digamos- y todos los actores y los ciudadanos podamos conocer fácilmente el grado de avance.

Las respuestas de las autoridades en esta y otras preguntas, muestran una exacerbada rigidez competencial. En lugar de colaboración, parece que buscan deslindarse de los temas rápidamente, aduciendo que no tienen facultades; y con ello evidencian falta de información conjunta y falta de esfuerzos compartidos.

DERECHO AMBIENTAL DEL SIGLO XXI

PREGUNTA	AUTORIDAD 1	AUTORIDAD 2	AUTORIDAD 3	AUTORIDAD 4
4. ¿Qué municipios cuentan con el Programa Municipal de Acción ante el Cambio Climático PMACC?	Se tiene registrado que el ICLEI ha apoyado a 447 municipios de acuerdo a listado anexo. (el resumen del listado señala que sólo 112 tienen sus Plan de Acción Climática Municipal, PACMUN, concluidos.	Señala que de la 6ª Comunicación Nacional, 7 Estados reportaron en conjunto 78 PMACC.	El INECC no cuenta con la información concreta sobre el tema. De acuerdo al art. 9 fracc. I de la LGCC es una atribución conferida a las unidades administrativas municipales.	Esta Coordinación General no cuenta con la información solicitada. La facultad se encuentra en las leyes estatales de CC.

PREGUNTA	AUTORIDAD 1	AUTORIDAD 2	AUTORIDAD 3	AUTORIDAD 4
5. ¿Cuáles son las acciones concretas que ha realizado cada Municipio en materia de CC que tiene registradas la CICC y el INECC?	La CICC no está facultada para tener ni llevar un registro. Se sugiere contactar a la Coordinación de Evaluación del INECC a fin de conocer si ellos cuentan con tal registro.	De conformidad con la 6ª Comunicación Nacional los Estados reportaron: Inventarios de emisiones en 16 municipios de Veracruz.	No se tienen registradas todas las acciones concretas en el país, a nivel municipal	Esta Coordinación no tiene facultad para llevar a cabo un registro de acciones de los municipios. Se sugiere consultar a la Dirección General de Políticas para el cambio climático de la SEMARNAT.

PREGUNTA	AUTORIDAD 1	AUTORIDAD 2	AUTORIDAD 3	AUTORIDAD 4
6. Cuáles son los mecanismos para evaluar el grado de cumplimiento y/o avance de los PMACC que ha implementado la CICC y el INECC?	La CICC no está facultada. Es atribución de los municipios de conformidad con el artículo 9º de la LGCC.	Es omisa	Este tema no es competencia de esta Coordinación General.	Se recomienda revisar leyes estatales en materia de CC para determinar si establecen algún mecanismo.

Las respuestas de las autoridades de cambio climático en México, a las preguntas 4, 5 y 6 muestran una lamentable falta de información, discrepancia y desinterés evidente hacia los municipios. Una gran paradoja, pues si se analiza el contenido de las Líneas de Acción de la ENCC y del PECC fácilmente se puede observar la importancia de la autoridad municipal en la ejecución de muchas de las acciones de adaptación y mitigación al cambio climático. De tal suerte que es un grave olvido.

La implementación de políticas públicas de cambio climático aparece cupular -a nivel federal-, sin tener bases sólidas en los municipios, que constituyen una estructura política, administrativa y territorial fundamental para el éxito de las políticas públicas. De tal suerte que, en este sentido, México debe evolucionar en la concepción e implementación de los esfuerzos de políticas, pasando de una estrategia Top-down, a una estrategia tipo “sandwich”, que incluya acciones y esfuerzos de tipo

Bottom-up.³²

Es muy importante hacer notar que los gobiernos municipales, requieren de apoyo estatal y federal, así como de las universidades. No obstante que son un eslabón esencial para la implementación exitosa de las políticas públicas, -en este caso de mitigación y adaptación al cambio climático- enfrentan una problemática diversa entre la que destaca: recursos públicos insuficientes, cobertura limitada de acciones, escasos recursos humanos con perfil adecuado, limitada experiencia en temas técnicos -en este caso ambientales-, reducida participación ciudadana, politización de las principales decisiones públicas, etc.³³

PREGUNTA	AUTORIDAD 1	AUTORIDAD 2	AUTORIDAD 3	AUTORIDAD 4
7. ¿Existe un listado de recomendaciones concretas o de acciones básicas que promueva la CICC o el INECC que deben realizar los municipios para responder de manera puntual a los desafíos y requerimientos de las acciones de adaptación y mitigación ante el cambio climático?	La CICC no está facultada para emitir recomendaciones. La Estrategia Nacional de Cambio Climático es el instrumento rector de la política nacional, junto con la LGCC, el Programa Especial de CC y los Programas de las Entidades y los municipios.	Refiere la impartición de un curso en línea del 3 de septiembre al 5 de octubre de 2018 denominado "Mitigación del Cambio Climático" Y la publicación de documento: "Elementos mínimos para la elaboración de los programas de Cambio Climático en las Entidades Federativas."	Refiere el documento: "Elementos mínimos para la Elaboración de los Programas de Cambio Climático de las Entidades Federativas."	Refiere el documento: "Elementos mínimos para la Elaboración de los Programas de Cambio Climático de las Entidades Federativas."

³² Postulados planteados por Bardach. Para una revisión de los enfoques de implementación de políticas públicas, se recomienda ver Revuelta (2009)

³³ Para mayor detalle sobre la problemática municipal en México, ver Revuelta y Valls (2012)

En un país con gran riqueza ambiental -como México- pero también con escasez de recursos económicos, graves inequidades sociales, activa alternancia política y discrecionalidad en el ejercicio de gobierno, sobre todo a nivel municipal, resulta fundamental construir una ruta priorizada de acciones que deban hacer los municipios. La política nacional de cambio climático debe establecer puntualmente las acciones que se van a impulsar en el sexenio en los municipios y brindar apoyo financiero y acompañamiento técnico para la ejecución de esas acciones concretas. Por ejemplo. Primer paso: sanear todos los ríos y arroyos de México. Segundo paso. Controlar los tiraderos a cielo abierto en todos los municipios, etc. (la priorización debe ser un ejercicio muy bien pensado y dimensionado en términos de viabilidad).

No hacerlo así, significa dejar a la buena voluntad, a la percepción, al interés o al capricho de los 2,458 alcaldes que existen en México, las acciones que puedan o deban ejecutarse en materia de adaptación y mitigación al cambio climático. Si no se corrige esta visión y coordinación, entonces seguiremos teniendo lo que hoy tenemos en los municipios: prácticamente nada, omisión, discrecionalidad, falta de orden y seguimiento, dispersión. Las respuestas a la pregunta 7 identifican y confirman esta omisión de las autoridades federales de cambio climático en México.

PREGUNTA	AUTORIDAD 1	AUTORIDAD 2	AUTORIDAD 3	AUTORIDAD 4
8. ¿Cuáles son los mecanismos que emplea la CICC y el INECC para “socializar” las acciones exitosas de los municipios con otros municipios en materia de adaptación y mitigación ante el Cambio Climático?	La CICC no está facultada para “socializar”. Sin embargo, en coordinación con el INECC ha llevado a cabo talleres para fortalecer la participación de los gobiernos subnacionales...	Refiere que entre 2016 y 2017 realizó cuatro eventos del Taller: “Elementos mínimos para la elaboración de Programas de Cambio Climático en las Entidades Federativas.” Y un Encuentro Nacional en 2018.	Una de las acciones para socializar el trabajo de la INECC es la difusión de las acciones que se lleva a cabo en la página https://www.gob.mx	La Coordinación General no posee información al respecto, ya que cada municipio es responsable de realizar campañas de educación e información...

Las respuestas a la pregunta 8 muestran que varias autoridades ni siquiera la entendieron. Por un lado, quizá porque los municipios no les representan interés (visión centralista lamentable); y, por otro lado, porque no se le ha dado importancia al tema de “casos de éxito” que al ser identificados en un municipio puedan replicarse en otros que tengan contextos similares.

Las respuestas muestran que en materia de cambio climático no se ha pensado en mecanismos institucionales para crear esta sinergia tan importante para un país, como México.

PREGUNTA	AUTORIDAD 1	AUTORIDAD 2	AUTORIDAD 3	AUTORIDAD 4
9. ¿Qué apoyos otorgó la CICC, el INECC y/o SEMARNAT a los municipios de México para instrumentar medidas concretas de adaptación y mitigación al cambio climático durante los años 2015, 2016, y 2017? ¿Cuáles fueron los resultados alcanzados con esos apoyos?	No se tiene registro de apoyos otorgados por la CICC ni esta Dirección General de Políticas para el Cambio Climático hacia los municipios de México para instrumentar medidas concretas de adaptación y mitigación al cambio climático.	Refiere acciones de capacitación, talleres, así como un estudio de Mejoras metodológicas para los inventarios estatales de emisiones y absorciones de GEI por uso de suelo; y otros dos estudios en 2016.	El INECC asesora técnicamente cuando se le solicita por parte de entidades de gobiernos, sociedad civil o privados. No se cuenta con una medición de los resultados de los apoyos que se han proporcionado.	El INECC tiene la facultad de brindar apoyo técnico y emitir opinión respecto a las consultas que le formulen otras dependencias o entidades. Así como ayudar a construir capacidades de entidades federativas y municipios cuando lo soliciten. No es posible determinar los resultados alcanzados por las acciones de capacitación.

Fuente: Elaboración propia en base a las respuestas de las autoridades de cambio climático en México, a solicitudes de acceso a la información, durante los meses de agosto y septiembre de 2018.

En esta pregunta cabe la posibilidad de que no hubiese sido bien entendida. Es posible que algunas autoridades entendieron el tema de apoyos en lo general y dieron algunas respuestas que resultan muy reducidas. Lo que resulta claro es que ninguna autoridad vinculó los apoyos financieros otorgados por esas instancias a los municipios, porque seguramente éstos no existieron. En este caso se estaría confirmando la percepción de los autores de este artículo, así como los puntos de recomendación de la evaluación del PECC, que comentamos arriba, y que identifica la falta de congruencia entre las Líneas de Acción y los recursos presupuestales. En el mismo sentido, cabe resaltar, que ni las autoridades consultadas, ni la Evaluación Final del INECC 2017 sobre el PECC hacen referencia a fondos internacionales de apoyo a las acciones de adaptación y mitigación al cambio climático en México.³⁴

CONCLUSIONES

Los acuerdos internacionales para el cambio climático constituyen una extraordinaria perspectiva e impulso al tema. Sin embargo, el retiro de varias potencias, la falta de mecanismos para forzar el cumplimiento de los acuerdos y la poca solidaridad internacional, provocan un debilitamiento de las acciones efectivas de adaptación y mitigación al cambio climático.

En México, después de los primeros años de su implementación y habiendo identificado en la operación las limitaciones y áreas de oportunidad -algunas de ellas mencionadas en este artículo- resulta conveniente revisar y reconstruir la ENCC y el PECC del próximo sexenio.

³⁴ Lo cual contraviene el anuncio de los 100,000 millones de dólares que se anunciaron en París en 2015, como se comentó en la nota de pie 7.

El PECC 2014-2018 no resulta espejo de la ENCC. Plantea una serie de acciones que contienen enunciados de buena fe, pero carentes de especificidad, que permita dar seguimiento y evaluar puntualmente el grado de cumplimiento.

El Informe Especial 2015 del PECC 2014-2018 aparece como un documento discursivo, que simplemente trata de agregar acciones dispersas e inconexas realizadas por las diversas Secretarías de Estado, pero carentes de horizontes y metas.

La Evaluación Final 2017 del PECC 2014-2018 es un instrumento sólido, elaborado por expertos, seguramente en un equipo multidisciplinario, y contando con toda la información y apoyo institucional. Identifica rubros muy relevantes para el proceso de mejora continua de los instrumentos de planeación y ejecución de políticas públicas ante el cambio climático. Entre ellos: la carencia de presupuestos específicos para acciones determinadas; la ausencia de responsables por línea de acción; la falta de medición efectiva; y una información pública inadecuada.

Desafortunadamente, la Evaluación Final 2017 del PECC 2014-2018 tiene 3 debilidades: 1) identifica sólo tímidamente la falta de participación de las universidades públicas y el sector social, cuando debe ser un asunto muy destacable, de la mayor prioridad para cumplir con el espíritu del “Crosscutting Challenge” establecido prácticamente en todos los documentos de cambio climático, y dado el enorme potencial que tienen las universidades. Al respecto, es urgente construir un nuevo paradigma desde el SINACC, donde las universidades, atendiendo a su responsabilidad social, a la riqueza de los perfiles profesionales, científicos y humanos con los que cuentan en diversas áreas del conocimiento y a su liderazgo social y regional, deban participar más decididamente en el impulso y articulación exitosamente diversas políticas

públicas de mitigación y adaptación al cambio climático. 2) No identifica, ni vincula la participación de las Entidades Federativas, ni de los Programas Estatales de Cambio Climático. 3) No identifica, ni vincula a los gobiernos municipales, ni a los Programas Municipales de Cambio Climático. Es decir, la evaluación muestra una estrecha visión centralista, que requiere ser ampliada para constituirse en una verdadera estrategia nacional.

Precisamente en esta lógica, se recurrió a solicitud de acceso a la información en cuatro áreas fundamentales para las tareas de cambio climático en México. Las respuestas dan evidencia de lo siguiente: A) Falta de coordinación institucional y carencia de bases de datos comunes. B) Desvinculación de autoridades federales con entidades federativas. C) Descuido, desatención de las autoridades federales con los municipios. Una gran paradoja por la importancia central que tienen estas autoridades para impulsar y ejecutar muchas de las acciones de adaptación y mitigación al cambio climático. D) Inexistencia de acciones prioritarias para cambio climático, fijadas como política nacional. Lo que existe es un libre albedrío de las acciones en municipios y estados, lo que genera desatención, desorden, dispersión y desarticulación.

Confiamos en que la identificación de esta problemática, sirva para para la reflexión y la reconstrucción de los principales instrumentos de planeación ante el cambio climático en México. Igualmente, aspiramos a que motive la actividad de los funcionarios que tienen a su cargo lograr un mayor impacto en las acciones de adaptación y mitigación al cambio climático en México, pues su labor es fundamental para construir una mejor vida planetaria.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALANÍS, Ortega Gustavo y Tania Mijares García (s.f.) Ley de Promoción y Desarrollo de los Bioenergéticos ¿La verdadera solución al desarrollo energético?, Centro Mexicano de Derecho Ambiental, CEMDA, http://www.ceja.org.mx/IMG/pdf/Art_Alanis_CEJA-ART-BIO-COMB-08.pdf. Consultado 15 de noviembre 2018.

BBC Mundo (2017) British Broadcasting Corporation, Acuerdo de París: 5 cifras que muestran la magnitud de la contaminación que genera Estados Unidos en el planeta <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-40126746>

BIRKLAND, Thomas A. (2015) An introduction to the Policy Process: Theories, Concepts and Models of Public Policy Making, Routeledge, USA.

Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC, 1992) https://unfccc.int/files/essential_background/background_publications_htmlpdf/application/pdf/convsp.pdf

INECC, (2017) Instituto Nacional de Cambio Climático, Evaluación Estratégica del Programa Especial de Cambio Climático 2014-2018, Informe final, septiembre de 2017, consultado en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/261388/Informe_evaluacion_PECC_final_limpio_1_.pdf el 10 de noviembre de 2018.

El País, Diario 22-06-2012, “La cumbre verde acaba en decepción”, Francho Barón, España, en https://elpais.com/sociedad/2012/06/22/actualidad/1340388426_988566.html

La Vanguardia (2012) Canadá confirma que ya no forma parte del Protocolo de Kioto <https://www.lavanguardia.com/medio-ambiente/20121218/54356446854/cana>

[da-protocolo-kioto.html](#)

LEZAMA, José Luis (2014) La política Internacional del cambio climático. Sociedad y Ambiente, en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=455745077006>

PECC, 2014-2018, Programa Especial de Cambio Climático, SEMARNAT, Diario Oficial de la Federación 28-04-2014, consultado en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=534249&fecha=28/04/2014&print=true.

PECC, (2015) Programa Especial de Cambio Climático. Logros 2015. Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, Gobierno de la República, consultado en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/314951/Logros_PECC_2015.pdf

Protocolo de Kioto (s. f.) <https://www.foronuclear.org/misite/energia2013/cap.9/09.01.htm?ml=1&iframe=1>

REVUELTA, Vaquero, Benjamín (2009) The Process of Rule Implementation, Presidentialism and the Rural Sector in the 1980's, Verlag Dr. Muller, Germany.

REVUELTA, Vaquero, Benjamín y Jaime Valls Esponda (2012) El Gobierno Municipal en la Era Global, Editorial Porrúa, México.

REVUELTA, Vaquero, Benjamín y Claudia Alejandra Verduzco Moreno (2015) “El Daño Ambiental y los Mecanismos de Protección”, publicado en la revista De Jure, año 12, número 11: noviembre, disponible en la Web <http://dejure.ucol.mx/antecedentes.php?revista=68&articulo=522&page=4,2013>.

REVUELTA, Vaquero, Benjamín y César Arturo Sereno Marín (2015), “El derecho de acceso a la información ambiental”, en Benjamín Revuelta Vaquero y Celia América Nieto del Valle (coordinadores), La Línea

Ambiental, Doctorado Interinstitucional en Derecho, Editorial Fontamara, México 2015.

RODRÍGUEZS., Liliana, (2007) Protocolo de Kioto: Debate Sobre Ambiente y Desarrollo en las Discusiones Sobre Cambio Climático. Gestión y Ambiente. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=169419816010>

RUIZ Rodríguez, Celia Joselin (2017). Tendencias del uso de bioenergéticos en el estado de Tabasco, México. Tesis para obtener el grado de Maestría en Gestión y Auditorías Ambientales, Instituto Politécnico Nacional, Centro Interdisciplinario de Investigaciones y Estudios sobre Medio Ambiente y Desarrollo. <https://tesis.ipn.mx/bitstream/handle/123456789/22716/Celina%20Joselin%20Ruiz%20%20Rodriguez.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

SEAN-CC, traducción por PNUMA-REGATTA (2012) Documento Informativo Segundo Período de Compromiso del Protocolo De Kioto (KP2) , en: segundo período de compromiso del protocolo de kioto - Regattawww.cambioclimatico-regatta.org/index.../negociaciones-cm-nucc?...

SEMARNAT, ENCC, (2013) Estrategia Nacional de Cambio Climático visión 10-20-40, Gobierno de la República, consultado en: http://semarnat.gob.mx/archivosanteriores/informacionambiental/Documents/06_otras/ENCC.pdf Publicado en el Diario Oficial de la Federación 03/06/2103.

SEMARNAT-INECC (2016), Mexico's Climate Change Mid-Century Strategy. Ministry of Environment and Natural Resources (SEMARNAT) and National Institute of Ecology and Climate Change (INECC), Mexico. Consultado en https://unfccc.int/files/focus/long-term_strategies/application/pdf/mexico_mcs_final_cop22nov16_red.

pdf

The Guardian (2015), Milman, Oliver: James Hansen, father of climate change awareness, calls Paris talks 'a fraud', en <https://www.theguardian.com/environment/2015/dec/12/james-hansen-climate-change-paris-talks-fraud>

LEYES

Ley General de Cambio Climático, consultada en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGCC_130718.pdf

Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente, consultada en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/148_050618.pdf

Ley de Promoción y Desarrollo de los Bioenergéticos, consultada en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lpdb.htm>

Ley de Transición Energética, consultada en: https://www.google.com.mx/search?q=ley+de+transici%C3%B3n+energ%C3%A9tica+2018&rlz=1C5CHFA_enMX777MX777&oq=ley+de+transici%C3%B3n+energ%C3%A9tica&aqs=chrome.2.69i57j0l5.7205j1j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8

SOLICITUDES DE ACCESO A LA INFORMACIÓN*

AUTORIDAD 1) La Dirección General de Políticas para el Cambio Climático, de la Subsecretaría de Planeación y Política Ambiental de SEMARNAT. Instancia que funciona como Secretaría Técnica y, consecuentemente, como responsable de la coordinación de la Comisión Intersecretarial de Cambio Climático (CICC). La solicitud tiene folio 0001600317718 y fue contestada el día 21 de agosto de 2018.

AUTORIDAD 2) La Coordinación General de Mitigación del Cambio Climático del Instituto Nacional de Ecología y Cambio Climático (INECC). Contestación mediante oficio RJJ.500.405/2018 de fecha 04 de septiembre de 2018.

AUTORIDAD 3) La Coordinación General de Adaptación al Cambio Climático del INECC. Contestación mediante oficio RJJ.500.405/2018, de fecha 04 de septiembre de 2018

AUTORIDAD 4) La Coordinación General de Cambio Climático para la Evaluación de las Políticas de Mitigación y Adaptación del INECC. Instancia facultada por la LGCC para evaluar las políticas de cambio climático. Contestación mediante Oficio RJJ.800.188/2018 de fecha 11 de septiembre de 2018.

*Todos los documentos con las respuestas obran en poder de los autores.

**COMPETENCIA CONCURRENTENTE DE
LA SALA CONSTITUCIONAL Y DE
LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA
ADMINISTRATIVA, CUANDO SE TRATA DE
LA DEFENSA DEL DERECHO PROTEGIDO
EN EL ARTÍCULO 41 CONSTITUCIONAL,
EN CASOS DE DENUNCIAS O
PROCEDIMIENTOS AMBIENTALES.**

Dr. Víctor Orozco Solano¹.

Resumen: En estas líneas se desarrolla la competencia compartida de la Sala Constitucional de Costa Rica, por medio del recurso de amparo constitucional y del Tribunal Contencioso Administrativo, mediante el recurso de amparo de legalidad, para conocer de las posibles lesiones del derecho a un procedimiento administrativo pronto y cumplido, proclamado en el artículo 41 constitucional, relacionados con omisiones de resolver denuncias, quejas o reclamos ambientales.

Palabras claves: Ambiente, Sala Constitucional, Jurisdicción Contenciosa Administrativa, Recurso de Amparo.

Abstract: In these lines the shared competence of the Constitutional Court of Costa Rica is developed, through the appeal of constitutional protection and the Administrative Contentious Court, through the recourse of protection of legality, to know of the possible injuries of the right to a procedure administrative soon and fulfil-

¹ Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Coordinador de la Maestría en Justicia Constitucional de la Universidad de Costa Rica. Juez Contencioso Administrativo.

lled, proclaimed in the article 41 constitutional, re
to omissions to resolve complaints, complaints or
ronmental claims.

Keywords: Environment, Constitutional Court,
Contentious Administrative Jurisdiction, Remedy of a
ro.

INTRODUCCIÓN.

En términos generales, el propósito de esta
tas es demostrar la existencia de una competencia
partida o concurrente entre la Sala Constitucional
Jurisdicción Contenciosa Administrativa, vía ampa
legalidad, en lo que atañe a la tutela del derecho
grado en el artículo 41 constitucional, cuando se c
la omisión de las autoridades públicas de resolver
llas quejas o denuncias relacionadas con el plene
del derecho contemplado en el artículo 50 de la Con
ción Política, sobre el derecho a un medio ambiente
y ecológicamente equilibrado. Con el propósito ant
se examinará los alcances del recurso de amparo
tramita ante la Sala Constitucional, en la conocid
jurisdicción Constitucional de la Libertad, para la de
de los derechos de carácter fundamental que la C
tución protege o contempla, así como, los configu
en los Instrumentos Internacionales en materia d
rechos Humanos, los cuales, aún hoy, tienen alcan
praconstitucional.

También se examinará la creación jurisprud
del amparo de legalidad, el cual, ha sido desarro
mediante una serie de sentencias, con contenido sin
de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de
cia y de la Sala Primera, de la misma Corte, en e
tido de remitir, con algunas excepciones, entre ella
principio, la materia ambiental, a la Jurisdicción

tenciosa Administrativa, de aquellos asuntos donde se alegue vulnerada la garantía prevista en el artículo 41 constitucional. En este orden de ideas, a pesar de esas excepciones, en donde la Sala Constitucional, todavía hoy, conoce de esos recursos de amparo constitucionales, lo cierto es que en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa se conocen todo proceso de amparo en donde se alegue violado el derecho protegido en el artículo 41 constitucional, sin importar la materia que se trate². De ahí que el particular ostente, hoy día, dos vías concurrentes de protección para la salvaguardia del derecho a un procedimiento administrativo pronto y cumplido, cuando se ventile la omisión de una autoridad pública de resolver una queja, denuncia o procedimiento ambiental.

Lo anterior nos obliga a repasar con doctrina nacional, de manera muy breve, los alcances del derecho contemplado en el artículo 50 de la Constitución Política, sobre el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado. En este orden, es claro que, en esta materia, la Sala Constitucional costarricense tiene una jurisprudencia consolidada en que desarrolla los alcances de este derecho, del cual, justamente, el derecho protegido en el artículo 41 constitucional, sobre el derecho a un procedimiento pronto y cumplido, tiene un carácter instrumental.

² En este orden de consideraciones, es preciso tener en consideración que la Sala Constitucional, desde la sentencia No. 2017-17948, de 8 de noviembre de 2017, remite a la Jurisdicción Laboral los recursos de amparo relacionados con la materia de empleo público y fueros especiales de protección. Lo anterior, teniendo en consideración los alcances de la Reforma Procesal Laboral, Ley No. 9343 de 25 de enero de 2006.

1. Sobre el recurso de amparo constitucional.

La mayor parte de la doctrina dedicada al estudio de la “*jurisdicción constitucional de la libertad*” ha considerado que el amparo es una institución de origen mexicano, al ser previsto por primera ocasión en los artículos 8º, 9º y 12 de la Constitución yucateca de 1841, mientras que en el ámbito federal en la Constitución Mexicana de 1857 y en los artículos 103 y 107 de la Constitución de 1917³. Desde ahí la institución del amparo fue acogida por varios países latinoamericanos y europeos, aunque con notables diferencias del antecedente mexicano. En este sentido, mientras el amparo mexicano comprende 5 funciones elementales (entre ellas, el amparo contra leyes, el amparo casación, el amparo libertad (hábeas corpus), la jurisdicción contencioso administrativa y la protección de los derechos fundamentales) sólo la última ha sido invocada en otros ordenamientos como el español, el venezolano, el colombiano y el costarricense como exclusiva de esta institución⁴.

En el ordenamiento jurídico brasileño, por ejemplo, la institución del amparo está contemplada en el artículo 5-LXIX de la Constitución de 1988, que prevé el “*mandado de segurança*”, para proteger derechos no tutelados por el hábeas corpus o el hábeas data, cuando el responsable de la ilegalidad o el abuso de poder sea una autoridad pública, o agente de persona jurídica en

³ Dejando de lado sus antecedentes remotos en el derecho romano (homine libero exhibendo e intercessio tribunicia), en el inglés (habeas corpus) y en el español (procesos aragoneses del medioevo). Al respecto, se puede analizar Ferrer Mac-Gregor, E., Del amparo nacional al amparo internacional, 27 de octubre 2018, en <http://realidadjuridica.uabc.mx/realidad/files/amparo.doc.>, págs. 3-4.

⁴ Véase Tócora, L. F., *Control Constitucional y Derechos Humanos*, primera edición, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1992, págs. 108-109.

ejercicio de atribuciones del poder público⁵. Ahora bien, en el ordenamiento jurídico costarricense, con anterioridad a la reforma de los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución Política (realizada por medio de la Ley No. 7128 de 18 de agosto de 1989) y de la entrada en vigencia de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (Ley No. 7135 de 11 de octubre de 1989) el recurso de amparo estaba regulado por la Ley de Amparo, No. 1161 de 2 de junio de 1950⁶. En esta Ley se atribuía a la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, el conocimiento de los recursos de amparo cuando el acto impugnado provenía del Presidente de la República, los Ministros de Gobierno, los Gobernadores de Provincia, los Comandantes de Plaza o el Director de la Guardia Civil, mientras que en los casos de las otras autoridades administrativas la competencia se asignaba a los jueces penales del lugar donde se verificaba la vulneración de los derechos. Lamentablemente, no era eficiente el mecanismo implementado en esta ley, en la medida en que se asignaba el conocimiento de la mayoría de estos asuntos a los jueces penales, quienes no estaban acostumbrados a realizar interpretación constitucional, ni a tratar sobre la validez de los actos administrativos. Otro obstáculo que la doctrina ha señalado fue el requisito del agotamiento de la vía administrativa para acceder al amparo⁷.

Es, precisamente, con la mencionada reforma a la Carta Magna y con la entrada en vigencia de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que se encomienda a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia la potestad de conocer con exclusividad los recursos de

⁵ Ver Tócora, L. F., Control Constitucional y ..., op. cit., pág. 113.

⁶ Al respecto, se puede consultar: Carvajal Pérez, M., “O recurso de amparo na Costa Rica”, Revista jurídica de Macau, Número especial, O direito de amparo en Macau e em direito comparado, 1999, pág. 273.

⁷ Ver Carvajal Pérez, M., “O recurso de amparo na Costa Rica”, op. cit., pág. 11.

amparo, entendiéndose como un instrumento procesal y sustantivo para la defensa efectiva de los derechos consagrados en la Constitución Política, como en los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos aplicables en la República⁸. En este orden, es preciso tener en consideración los alcances del derecho protegido en el artículo 48, en que se consagra el recurso de amparo, para la defensa de los derechos supra mencionados, así como los actos y las situaciones susceptibles de impugnación (ver los artículos 29 y 30 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), dentro de lo que se encuentra, justamente, y a partir del derecho protegido en el artículo 41 constitucional, las omisiones de los poderes públicos y, de las autoridades administrativas, de resolver, en tiempo y oportunamente, los reclamos, quejas o denuncias que planteen los particulares, sobre todo si se trata, como en el caso presente, de reclamaciones relacionadas con el pleno goce del derecho protegido en el artículo 50 constitucional.

2. Sobre el recurso de amparo de legalidad y la tutela del derecho protegido en el artículo 41 de la Constitución Política.

Como es conocido, se ha sostenido que el derecho protegido en el artículo 41 constitucional, sobre el derecho a un procedimiento administrativo pronto y cumplido, comprende, justamente, el derecho de plantear quejas, denuncias o reclamos ante las autoridades administrativas, así como, de resolverlas, en un plazo razonable. En este orden, y aunque guarda cierta similitud, no debemos confundir este derecho con el goce de la tutela contemplada en los artículos 27 de la Constitu-

⁸ Sobre lo anterior se puede consultar Orozco Solano, V., La fuerza normativa de la Constitución, segunda edición, Ciudad de México, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, No. 134, págs. 73-75.

ción Política y 32 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, sobre el derecho de petición y pronta resolución, así como, el derecho de acceso a la información pública, previsto en el artículo 30 constitucional, del cual, el derecho de petición reviste un carácter instrumental. En este orden, a diferencia del derecho protegido en el artículo 41 de la Constitución Política, referido, como se dijo, a quejas, reclamos o denuncias administrativas, que normalmente, requieren cierta actividad agravada de la administración y, de mayor complejidad o extensión para su resolución, el derecho protegido en el artículo 27 constitucional se refiere, única y exclusivamente, a la falta de respuesta de las gestiones puras y simples de información. De ahí que, en este último caso, la Sala Constitucional conserva, aún hoy, su competencia para conocer de los recursos de amparo donde se alegue vulnerado el derecho de petición, frente a las omisiones administrativas de contestar, en el plazo de diez días, del artículo 32 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en tanto, sobre el derecho a un procedimiento pronto y cumplido, la Sala ha conferido la competencia para la resolución de esos reclamos, en principio y, con algunas salvedades, a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, vía recurso de amparo de legalidad, aunque como se sabe, esta última Jurisdicción conoce, en la práctica, cualquier tipo de queja del particular vinculada con la omisión de resolución del derecho protegido en el artículo 41 constitucional, con independencia de la materia que se trate (por ejemplo, pensiones, solicitudes de migración y residencia, ambiente, entre muchos otros). Por lo anterior, es claro que existe, entonces, una competencia concurrente o compartida de la Sala Constitucional y de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, para conocer las omisiones de la Administración Pública, de resolver los reclamos, quejas o denuncias donde se alegue vulnerado el derecho proclamado en el artículo

50 constitucional, sobre el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Así, a partir de la sentencia 2008-02404, de 15 de febrero, entre otras, la Sala Constitucional comenzó a delegar en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa el conocimiento de los asuntos relacionados con la garantía prevista en el artículo 41 constitucional⁹. Por su parte,

⁹ Una explicación detallada sobre el tema puede ser hallada en Orozco Solano V., Patiño Cruz, S. y Salazar Murillo, R., *El recurso de amparo en Costa Rica*, Segunda Edición, San José, Investigaciones Jurídicas, 2011, págs. 237-263. Así, por ejemplo, en la sentencia No. 2008-011455, de 23 de julio se dijo: *“Primeramente cabe indicarle a la recurrente que deben diferenciarse las peticiones puras y simples de información, los reclamos administrativos, las denuncias y otras solicitudes. En el primer caso, normalmente la respuesta deberá darse dentro de los diez días siguientes a la recepción de la petición, como lo ordena el artículo 32 de la Ley de Jurisdicción Constitucional. Excepcionalmente, si la contestación no puede brindarse dentro de ese término por razones justificadas, la Administración está obligada a explicar, dentro del plazo exigido por la Ley, cuáles son los motivos por los que no puede atender la petición en ese momento —obviamente, en el entendido de que más adelante, cuando pueda hacerlo, deberá responder cabalmente la petición—. La explicación correspondiente deberá ser clara, profunda y detallada, con el objeto de que el petente quede debidamente informado y pueda ejercer las acciones legales que juzgue apropiadas. En el segundo caso, cuando se trata de reclamos o recursos —en que el particular pide la declaración o restitución de un derecho subjetivo—, como lo ha señalado esta Sala, no es el artículo 27 Constitucional el aplicable, sino el 41: “Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibida en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes”. Lo anterior, por cuanto los reclamos y recursos administrativos, a diferencia de las peticiones puras, requieren un procedimiento para verificar los hechos que han de servir de motivo al acto final, así como adoptar las medidas probatorias pertinentes (véase la sentencia N° 2002-03851 de las 14:56 horas del 30 de abril de 2002). Usualmente, el término para resolver está dado por el artículo 261, párrafo 1°, de la Ley General de la Administración Pública, que establece que el procedimiento administrativo ordinario debe ser concluido, por acto final, dentro del plazo de dos meses posteriores a su iniciación (véase la sentencia número 759-93 de las 16:39 horas del 15 de febrero de 1993). En la hipótesis del procedimiento sumario, el artículo 325 de esa misma ley dispone un plazo de un mes —a partir de su inicio— para que la Administración concluya la tramitación. Además, en lo tocante a la fase re-*

cursiva o procedimiento de impugnación, el numeral 261, párrafo 2° del mismo cuerpo legal fija también el término de un mes para resolver. Lo anterior se afirma en el entendido de que, en virtud del principio del debido proceso que rige en la vía administrativa, la autoridad recurrida está obligada no sólo a resolver dentro del período conferido por la ley para tal efecto, sino también a notificar la resolución respectiva dentro de ese mismo lapso de tiempo. En el tercer caso, cuando se trata de denuncias, la Sala ha reconocido y declarado que, como instituto jurídico utilizado por los administrados para poner en conocimiento de la Administración hechos que el denunciante estima irregulares, ilegales o contrarios al orden público, ésta deviene en un modo de participación en asuntos que conciernen al interés público, perfectamente compatible y, de hecho, fundamentada en el principio democrático, por lo que se ubica —al igual que las peticiones de información, los reclamos administrativos y las solicitudes de otorgamiento de ciertos derechos—, dentro del concepto genérico de petición establecido en el artículo 27 constitucional, con su correlativo derecho de obtener resolución. Por esa razón, si bien el denunciante no es parte en el procedimiento y no existe un plazo legalmente establecido para resolver al efecto, esta Sala ha sostenido reiteradamente que aquel, si así lo desea, tiene derecho a que se le comunique el resultado de su gestión en un término razonable (véase la resolución N° 2002-06543 de las 08:57 horas del 5 de julio de 2002). Por último, en tratándose de solicitudes para obtener autorizaciones, permisos y/o licencias, los artículos 330 y 331 de la Ley General de Administración Pública disponen que la Administración cuenta con el plazo de un mes, contado a partir del momento en que recibe la solicitud, para resolver lo que en derecho corresponda (véase las resoluciones N° 171-89 de las 09:30 horas del 15 de diciembre de 1989, y N° 3072-93 de las 16:00 horas del 30 de junio de 1993). En caso de que la solicitud no reúna todos los requisitos necesarios, lo propio es que la Administración haga la prevención correspondiente, a fin de que los defectos sean subsanados (sentencia N° 2001-01116 de las 17:21 horas del 7 de febrero de 2001). **II.-** Cuando un órgano o ente público se excede en estos plazos, en tesis de principio, se produce un quebranto del derecho a una justicia administrativa pronta y cumplida establecido en el artículo 41 de la Constitución Política. No obstante, lo anterior en modo alguno implica una constitucionalización de los plazos legales, pues lo que se tutela es el derecho que toda persona tiene a que su causa se resuelva dentro de un plazo razonable; plazo que ha de ser establecido en cada caso concreto, atendiendo a la complejidad técnica del asunto del que se trate, la amplitud de la prueba por evacuar, las consecuencias para las partes de la demora o el grado de afectación a la persona o al ambiente del acto impugnado, la conducta de los litigantes y de las autoridades involucradas, las pautas y márgenes ordinarios del tipo de procedimiento en cuestión y el estándar medio para la resolución de asuntos similares por las autoridades de la misma materia (véase la

sentencia N° 2003-13640 de las 13:50 horas del 28 de noviembre del 2003). Por lo tanto, un incumplimiento de los términos legales, puede, a veces, no entrañar una violación los artículos 27 y 41 de la Constitución. En efecto, el quebrantamiento de los ordinales constitucionales, en estos casos, se constata al ponderar —de conformidad con la prueba que obra en autos— que la substanciación del procedimiento se produjo sin dilaciones indebidas (véase la sentencia N° 2002-09041 de las 15:02 horas del 17 de setiembre de 2002).

III.- NUEVA JUSTICIA ADMINISTRATIVA MECANISMO CELERE Y CUMPLIDO PARA LA PROTECCIÓN DE SITUACIONES JURÍDICAS SUSTANCIALES DE LOS ADMINISTRADOS. *Ahora bien, como la solicitud de la parte amparada que todavía no ha sido resuelta no puede encuadrarse en los supuestos de peticiones puras y simples de información ya que constituye un reclamo administrativo, la Sala Constitucional, desde su fundación, ha utilizado criterios amplios de admisibilidad en vista de la ausencia de cauces procesales expeditos y céleres para la protección de las situaciones jurídicas sustanciales que tienen asidero en el ordenamiento jurídico infra-constitucional o parámetro de legalidad, que guardan conexión indirecta con los derechos fundamentales y el Derecho de la Constitución. Sobre el particular, no debe perderse de perspectiva que la Constitución por su supremacía, súper-legalidad y eficacia directa e inmediata da fundamento indirecto a cualquier situación jurídica sustancial imaginable de las personas. No obstante, bajo una mejor ponderación y ante la promulgación del Código Procesal Contencioso-Administrativo (Ley No. 8508 de 24 de abril de 2006) y su entrada en vigencia a partir del 1° de enero de 2008, ha quedado patente que ahora los justiciables cuentan con una jurisdicción contencioso-administrativa plenaria y universal, sumamente expedita y celeres por los diversos mecanismos procesales que incorpora al ordenamiento jurídico esa legislación, tales como el acortamiento de los plazos para realizar los diversos actos procesales, la amplitud de la legitimación, las medidas cautelares, el numerus apertus de las pretensiones deducibles, la oralidad —y sus subprincipios concentración, intermediación y celeridad—, la única instancia con recurso de apelación en situaciones expresamente tasadas, la conciliación intra- procesal, el proceso unificado, el proceso de trámite preferente o “amparo de legalidad”, los procesos de puro derecho, las nuevas medidas de ejecución (multas coercitivas, ejecución sustitutiva o comisarial, embargo de bienes del dominio fiscal y algunos del dominio público), los amplios poderes del cuerpo de jueces de ejecución, la extensión y adaptación de los efectos de la jurisprudencia a terceros y la flexibilidad del recurso de casación. Todos esos institutos procesales novedosos tienen por fin y propósito manifiesto alcanzar la economía procesal, la celeridad, la prontitud y la protección efectiva o cumplida de las situaciones jurídicas sustanciales de los administrados, todo con garantía de derechos fundamentales básicos como el debido proceso, la defensa y el contradictorio. En suma, la nueva jurisdicción contencioso-*

la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia No. 10-A-S1-2010, de 6 de enero, ha sostenido: *“En realidad, la figura del “juicio preferente”, no se aviene a la naturaleza de este tipo de procesos, pues sea como fuere, el procedimiento o trámite previsto en el numeral 60 de cita, está incardinado en el modelo de conocimiento (plenario), con requisitos, etapas y recursos incompatibles con la sumariedad e informalismo del amparo de legalidad. En la estructura normativa del Código Procesal Contencioso Administrativo no está ningún régimen o vía en las condiciones propicias para albergar este tipo de asuntos. Esta laguna del ordenamiento infraconstitucional debe ser colmada mediante las reglas usuales de integración del bloque de legalidad; lo que obliga, en el caso, a aplicar analógicamente todas las reglas del recurso de amparo que se tramita ante la Sala Constitucional, es decir, la Ley de Jurisdicción Constitucional, con sus reglas, plazos y principios. A más de la congruencia*

administrativa es un cauce idóneo, por sus nuevas características de simplicidad, celeridad y prontitud para el amparo y protección efectiva de las situaciones jurídicas sustanciales de los administrados en las que se requiera recabar prueba o definir algunas cuestiones de legalidad ordinaria.

IV.- VERIFICACIÓN DE LOS PLAZOS PAUTADOS POR LEY PARA RESOLVER LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS: CUESTIÓN EVIDENTE DE LEGALIDAD ORDINARIA. *Es evidente que determinar si la administración pública cumple o no con los plazos pautados por la Ley General de la Administración Pública (artículos 261 y 325) o las leyes sectoriales para los procedimientos administrativos especiales, para resolver por acto final un procedimiento administrativo –incoado de oficio o a instancia de parte- o conocer de los recursos administrativos procedentes, es una evidente cuestión de legalidad ordinaria que, en adelante, puede ser discutida y resuelta ante la jurisdicción contencioso-administrativa con la aplicación de los principios que nutren la jurisdicción constitucional, tales como los de la legitimación vicaria, la posibilidad de la defensa material –esto es de comparecer sin patrocinio letrado- y de gratuidad para el recurrente. Consecuentemente, se impone el rechazo de plano e indicarle al gestionante que si a bien lo tiene puede acudir a la jurisdicción contencioso- administrativa. En consecuencia, el recurso es improcedente y así se declara. V.- El Magistrado Vargas Benavides salva el voto y ordena darle curso al amparo.*

*que como sistema tiene, es clara la intención de la propia Sala Constitucional de que así fuera, tal y como puede verse con facilidad en el segundo de los votos transcritos. “Es evidente –dijo- que determinar si la administración pública cumple o no con los plazos pautados por la Ley General de la Administración Pública (artículos 261 y 325) o las leyes sectoriales para los procedimientos administrativos especiales, para resolver por acto final un procedimiento administrativo –incoado de oficio o a instancia de parte- o conocer de los recursos administrativos procedentes, es una evidente cuestión de legalidad ordinaria que, **en adelante, puede ser discutida y resuelta ante la jurisdicción contencioso- administrativa con la aplicación de los principios que nutren la jurisdicción constitucional, tales como los de la legitimación vicaria, la posibilidad de la defensa material –esto es de comparecer sin patrocinio letrado- y de gratuidad para el recurrente.**” (El destacado no es del original). De esta forma, queda de manifiesto que, éste no estará sujeto a mayores formalidades, como tampoco lo están los amparos que conoce la Sala Constitucional. Importa aclarar sin embargo, que en esa misma integración normativa, podrá acogerse aquellos preceptos del Código Procesal Contencioso Administrativo, que aceleren, beneficien o permitan concluir de mejor manera el diferendo o la lesión producida, como es el caso de las reglas previstas para la conciliación (artículos 72 y siguientes) o las que se prevén para la subsanación de la inactividad administrativa (artículos 35 y concordantes del mismo Código). “*

Ciertamente, el trámite del recurso de amparo de legalidad es distinto al del recurso de amparo constitucional, en la medida en que, en el primero, se otorga a la autoridad recurrida el plazo previsto en el artículo 35, párrafo 2º del Código Procesal Contencioso Administrativo, a efecto que repare la omisión acusada, en cuyo

caso se archiva el expediente, además del instituto de la conciliación, lo que no se produce en el recurso de amparo constitucional. En lo demás, los jueces contenciosos administrativos reiteradamente han señalado que, en esta materia, se aplican, salvo norma expresa sobre el particular, de manera supletoria, las disposiciones de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, como por ejemplo, la omisión de envío de los informes o las contestaciones de las autoridades recurridas (artículo 45 ídem), la falta de impugnación de las decisiones del Juez Contencioso Administrativo (artículo 11 ídem), la solicitud de prueba para mejor proveer (artículo 47 ídem), la estimatoria automática del amparo, para efecto del cobro de daños y perjuicios, ante el cumplimiento tardío de la administración con respecto a la omisión reprochada (artículo 52 ídem). Mucho queda por hacer en esa Jurisdicción. En la actualidad lo que se discute es la posible aplicación de los artículos 34 y 43 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (posible cambio de criterio) a efecto de tener por recurrido, directamente, al funcionario omiso, sin necesidad de dirigir el amparo de legalidad contra la Procuraduría General de la República, como representante estatal, si el amparo es planteado contra un órgano de la Administración Central.

3. Sobre la competencia concurrente de la Sala Constitucional y de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, en los casos de falta de resolución de denuncias o procedimientos ambientales.

En lo que atañe a la defensa del derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, Jurado Fernández nos aclara que: *“el ambiente lo regula la constitución costarricense. Lo hace como derecho fundamental. Esto quiere decir que se trata de una norma que*

consagra un derecho fundamental cuya estructura es la de un derecho subjetivo; pero también se trata de un derecho fundamental que se expresa como principio, o que tiene la naturaleza un principio que, por su ubicación en la Constitución, calificamos como constitucional. Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado y concretado el contenido del derecho fundamental a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Es decir, de la formulación genérica de derecho a que el estado tutele el ambiente se ha pasado a determinar las áreas específicas en que esa obligación se concreta¹⁰. De lo anterior se concluye que el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, en el sistema de justicia costarricense, es un derecho fundamental, susceptible de tutela y protección por los diversos mecanismos de control de constitucionalidad, así como por el recurso de amparo, y en la práctica es objeto de un juicio de ponderación frente al goce de otros derechos, como la libertad de comercio, el derecho de acceso a la información pública, entre otros valores que también tutela la Norma Fundamental. Dicho derecho fundamental se desprende de la interpretación armónica de los artículos 21, 46, 50 y 89 constitucionales. Sobre el particular, sin duda excede el objeto y el propósito de estas líneas desarrollar la manera en que este derecho ha sido tratado, jurisprudencialmente, por la Sala Constitucional y por la doctrina nacional, de manera progresista y proactiva¹¹. Es distinto, en este orden de consideraciones, la manera en que, por

¹⁰ Ver Jurado Fernández, J., “La regulación constitucional del ambiente en Costa Rica”, en Peña Chacón M., El derecho al ambiente en la Constitución Política. Alcances y Límites, San José, Maestría en Derecho Ambiental, Programa de Posgrado en Derecho, Sistema de Estudios de Posgrado, Universidad de Costa Rica, Editorial Isolma, 2016, págs. 39-40.

¹¹ Véase, por ejemplo, los aportes de don Rafael González Ballar, Mario Pena Chacón, Jorge Cabrera, Carlos Peralta y Maikol Andrade, por mencionar algunos, todos de gran valor.

ejemplo, se regula el ambiente en el contexto español, en el cual, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Español, en la sentencia No. 106/2014, de 24 de junio, ha sostenido: *“Atendiendo a su objetivo y finalidad, según resulta de su exposición de motivos y se desprende de su articulado, podemos concluir que la Ley impugnada, aunque invoca diversos títulos competenciales, entre ellos el referido al “régimen minero y energético” (materia en la que la Comunidad Autónoma de Cantabria ostenta las competencias de desarrollo legislativo de las bases estatales y de ejecución, conforme al art. 25.8 EACant), pretende ante todo ampararse en la competencia relativa a la protección del medio ambiente; esta incluye la protección de la salud, pues, como este Tribunal ha tenido ocasión de señalar, la protección medioambiental (que constituye una obligación para todos los poderes públicos, conforme al art. 45 CE) está íntimamente unida a la protección de la salud de las personas (que constituye igualmente un mandato para todos los poderes públicos ex art. 43 CE), “pues como se ha dicho en la STC 64/1982 (FJ 1), la ‘calidad de vida’ que cita el art. 45 CE y uno de cuyos elementos es la obtención de un medio ambiente adecuado para promoverla ‘está proclamada en el preámbulo de la Constitución y recogida en algún otro artículo, como el 129.1” (STC 329/1993, de 12 de noviembre, FJ 4). En materia de protección medioambiental corresponde a la Comunidad Autónoma de Cantabria la competencia de desarrollo y ejecución de la legislación básica del Estado ex art. 149.1.23 CE, en los términos que la misma establece (art. 25.7 EACant), lo que significa, como ya se indicó, que la Comunidad Autónoma puede establecer normas adicionales de protección, conforme a la consolidada doctrina constitucional al respecto. Si bien la finalidad primordial de la Ley del Parlamento de Cantabria 1/2013 es la protección medioambiental, como se ha visto, es lo cierto que también fundamenta la prohibición de*

la técnica de la fractura hidráulica en los riesgos para la salud de las personas que, junto a los riesgos para el medio ambiente, se presumen asociados a esta técnica de investigación y explotación de hidrocarburos. Por lo que toca a la protección de la salud, a la que todos los poderes públicos quedan obligados (art. 43.2 CE) y sin perjuicio de su conexión, ya señalada, con la protección del medio ambiente (art. 45 CE), conviene recordar que en materia de protección de la salud corresponde al Estado el establecimiento de la legislación básica (art. 149.1.16 CE), mientras que a la Comunidad Autónoma de Cantabria le corresponden las competencias que le atribuye su Estatuto, con arreglo a lo previsto en el art. 148.1.21 CE, esto es, el desarrollo legislativo y la ejecución, en el marco de la legislación básica del Estado y en los términos que la misma establezca (art. 25.3 EACant)”¹². Con lo cual, en el reparto de competencias entre el Estado Constitucional Español y las Comunidades Autónomas, le corresponde al Estado, inicialmente y conforme al artículo 45 de la Constitución dictar la normativa básica en materia de protección al ambiente, sin perjuicio que cada Comunidad Autónoma amplíe el alcance de la protección con arreglo a las potestades que le atribuye su propio Estatuto Comunitario.

Pero el desarrollo del derecho al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado también es objeto de una tutela multinivel, con lo cual, es posible encontrar diversos ámbitos de protección de este derecho, tanto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹³ y

¹² Un análisis relevante sobre el derecho de acceso a información pública en materia ambiental, en el contexto español, puede ser encontrado en Casado Casado, L., “El derecho de acceso a la información ambiental a través de la jurisprudencia”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 178, enero-abril (2009), págs. 281-322.

¹³ Ver Miranda Bonilla H. y otro, La tutela del ambiente en el espacio jurídico interamericano, en Peña Chacón M., *El derecho al ambiente en la Constitu-*

en el Derecho Comunitario, como lo es, en nuestro contexto, algunas normas del Sistema de Integración Centroamericana¹⁴.

En este orden de consideraciones, sin duda es relevante el criterio expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva No. OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Colombia, acerca del medio ambiente y los derechos humanos. En esta opinión, que es vinculante en el sistema de justicia constitucional costarricense, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que *“ha reconocido la existencia de una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos, en tanto la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático afectan el goce efectivo de los derechos humanos. Asimismo, el preámbulo del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante “Protocolo de San Salvador”), resalta la estrecha relación entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales -que incluye el derecho a un medio ambiente sano - y la de los derechos civiles y políticos, e indica que las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros”*. En este sentido, ha dicho que la Corte IDH que el goce del derecho a un medio ambiente sano está relacionado con el pleno goce

ción Política, Alcances y Límites, op. cit., págs. 283 y ss.

¹⁴ Un estudio relevante sobre el Sistema de Integración Centroamericana puede ser hallado en Salazar Grande C. y Ulate Chacón E., *Manual de Derecho Comunitario Centroamericano*, Segunda Edición, San Salvador, Talleres de Impresiones, 2013.

de los derechos de las minorías indígenas, y que un mínimo de disfrute de éste supone una base esencial para el goce de otros derechos. También menciona la Corte IDH, en el marco de un diálogo entre Tribunales, como en el ámbito europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *“ha reconocido que la degradación severa del medio ambiente puede afectar el bienestar del individuo y, como consecuencia, generar violaciones a los derechos de las personas, tales como los derechos a la vida¹⁵, al respeto a la vida privada y familiar¹⁶ y a la propiedad privada¹⁷. De manera similar, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha indicado que el derecho a un “medio ambiente general satisfactorio, favorable al desarrollo” está estrechamente relacionado con los derechos económicos y sociales en la medida en que el medio ambiente afecta la calidad de vida y la seguridad del individuo¹⁸.*

Sobre el particular, sostiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la mencionada opinión consultiva, que en el sistema interamericano de derechos humanos el derecho a un medio ambiente sano goza de protección a la luz del artículo 11 del Protocolo de San Salvador y del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de tal modo que *“reitera la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y cul-*

¹⁵ Véase TEDH, Caso Öneriyildiz Vs. Turquía [GS], No. 48939/99. Sentencia de 30 de noviembre de 2004, entre otros.

¹⁶ Véase TEDH, Caso López Ostra Vs. España, No. 16798/90. Sentencia de 9 de diciembre de 1994, párrs. 51, 55 y 58, entre otros.

¹⁷ Véase TEDH, Caso Papastavrou y otros Vs. Grecia, No. 46372/99. Sentencia de 10 de abril de 2003, párrs. 33 y 36 a 39, entre otros.

¹⁸ Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Caso Centro de Acción por los Derechos Sociales y Económicos y Centro de Derechos Económicos y Sociales Vs. Nigeria. Comunicación 155/96. Decisión de 27 de octubre de 2001, párr. 51.

turales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello” De esta forma, la Corte consideró importante resaltar que el derecho al medio ambiente sano es un derecho autónomo, a diferencia de otros derechos, protege los componentes del medio ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos. En este sentido, la Corte advierte una tendencia a reconocer personería jurídica y, por ende, derechos a la naturaleza no solo en sentencias judiciales, sino incluso en ordenamientos constitucionales¹⁹. De esta manera, el derecho a un medio ambiente sano como derecho autónomo es distinto al contenido ambiental que surge de la protección de otros derechos, tales como el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal.

Ahora bien, en lo que atañe a las obligaciones estatales que la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirma en esta opinión consultiva, es posible mencionar las siguientes:

¹⁹ De manera distinta piensan otros profesores como Garzón Valdés, quien inspirado en las ideas de Kant sobre el principio de dignidad humana y la titularidad de derechos humanos, advierte que únicamente los seres humanos vivientes, en cuanto poseedores de dignidad, tienen derechos. Véase, por ejemplo, Garzón Valdés, E., Dignidad, Derechos Humanos y Democracia, 21 octubre 2018 <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/dignidad-derechos-humanos-y-democracia>.

- a) *Los Estados tienen la obligación de prevenir daños ambientales significativos, dentro o fuera de su territorio, de conformidad con los párrafos 127 a 174 de esta Opinión.*
- b) *Con el propósito de cumplir la obligación de prevención los Estados deben regular, supervisar y fiscalizar las actividades bajo su jurisdicción que puedan producir un daño significativo al medio ambiente; realizar estudios de impacto ambiental cuando exista riesgo de daño significativo al medio ambiente; establecer un plan de contingencia, a efecto de tener medidas de seguridad y procedimientos para minimizar la posibilidad de grandes accidentes ambientales; y mitigar el daño ambiental significativo que se hubiere producido, aun cuando hubiera ocurrido a pesar de acciones preventivas del Estado, de conformidad con los párrafos 141 a 174 de esta Opinión.*
- c) *Los Estados deben actuar conforme al principio de precaución, a efectos de la protección del derecho a la vida y a la integridad personal, frente a posibles daños graves o irreversibles al medio ambiente, aún en ausencia de certeza científica, de conformidad con el párrafo 180 de esta Opinión.*
- d) *Los Estados tienen la obligación de cooperar, de buena fe, para la protección contra daños al medio ambiente, de conformidad con los párrafos 181 a 210 de esta Opinión.*
- e) *Con el propósito de cumplir la obligación de cooperación, los Estados deben notificar a los demás Estados potencialmente afectados cuando tengan conocimiento que una actividad planificada bajo su jurisdicción podría generar un riesgo de daños significativos transfronterizos y en casos de emergencias ambientales, así como consultar y negociar, de buena fe, con los Estados potencialmente afectados por daños transfronterizos significativos, de conformidad con los párrafos 187 a*

210 de esta Opinión.

- f) Los Estados tienen la obligación de garantizar el derecho al acceso a la información relacionada con posibles afectaciones al medio ambiente, consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana, de conformidad con los párrafos 213 a 225 de esta Opinión;
- g) *Los Estados tienen la obligación de garantizar el derecho a la participación pública de las personas bajo su jurisdicción, consagrado en el artículo 23.1.a de la Convención Americana, en la toma de decisiones y políticas que pueden afectar el medio ambiente, de conformidad con los párrafos 226 a 232 de esta Opinión, y*
- h) Los Estados tienen la obligación de garantizar el acceso a la justicia, en relación con las obligaciones estatales para la protección del medio ambiente que han sido enunciadas previamente en esta Opinión²⁰, de conformidad con los párrafos 233 a 240 de esta Opinión.

Las obligaciones anteriormente descritas fueron desarrolladas en relación con los deberes generales de respetar y garantizar los derechos a la vida e integridad personal, al ser estos los derechos a los cuales hizo referencia el Estado en su solicitud (supra párrs. 37, 38, 46 y 69). No obstante, lo anterior no significa que estas obligaciones no existan con respecto a los demás derechos que esta Opinión previamente mencionó como particularmente vulnerables a la degradación del medio ambiente (supra párrs. 56 a 69)".

Por su parte, en el Acuerdo regional sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el

²⁰ Un análisis detallado sobre cómo funciona el acceso a la justicia en temas ambientales puede ser hallado en González Ballar, R., y Peña Chacón M, El proceso ambiental en Costa Rica, San José, Maestría en Derecho Ambiental, Sistema de Estudios de Posgrado, Universidad de Costa Rica, Editorial Isolma, 2015.

Caribe (adoptado en Escazú (Costa Rica), el 4 de marzo de 2018), se desarrollan varios estándares en materia de acceso a la justicia en materia ambiental que deben ser implementados tanto por la Sala Constitucional, en el recurso de amparo constitucional, y la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, en el proceso de amparo de legalidad. Así, dentro de los objetivos de estos acuerdos tenemos “*garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible*”. De igual modo, dentro de los principios que informan esta normativa, es preciso mencionar: a) el principio de igualdad y principio de no discriminación; b) principio de transparencia y principio de rendición de cuentas; c) principio de no regresión y principio de progresividad; d) principio de buena fe; e) principio preventivo; f) principio precautorio; g) principio de equidad intergeneracional; h) principio de máxima publicidad; i) principio de soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales; j) principio de igualdad soberana de los Estados; y k) principio pro persona. Ahora bien, en lo que atañe al acceso a la justicia en asuntos ambientales, el artículo 8 de los mencionados acuerdos reconoce la obligación estatal de garantizar el derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales de acuerdo con las garantías del debido proceso. Además:

“Cada Parte asegurará, en el marco de su legislación nacional, el acceso a instancias judiciales y administrativas para impugnar y recurrir, en cuanto al fon-

do y el procedimiento: a) cualquier decisión, acción u omisión relacionada con el acceso a la información ambiental; b) cualquier decisión, acción u omisión relacionada con la participación pública en procesos de toma de decisiones ambientales; y c) cualquier otra decisión, acción u omisión que afecte o pueda afectar de manera adversa al medio ambiente o contravenir normas jurídicas relacionadas con el medio ambiente.

3. Para garantizar el derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales, cada Parte, considerando sus circunstancias, contará con: a) órganos estatales competentes con acceso a conocimientos especializados en materia ambiental; b) procedimientos efectivos, oportunos, públicos, transparentes, imparciales y sin costos prohibitivos; Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación... 29 c) legitimación activa amplia en defensa del medio ambiente, de conformidad con la legislación nacional; d) la posibilidad de disponer medidas cautelares y provisionales para, entre otros fines, prevenir, hacer cesar, mitigar o recomponer daños al medio ambiente; e) medidas para facilitar la producción de la prueba del daño ambiental, cuando corresponda y sea aplicable, como la inversión de la carga de la prueba y la carga dinámica de la prueba; f) mecanismos de ejecución y de cumplimiento oportunos de las decisiones judiciales y administrativas que correspondan; y g) mecanismos de reparación, según corresponda, tales como la restitución al estado previo al daño, la restauración, la compensación o el pago de una sanción económica, la satisfacción, las garantías de no repetición, la atención a las personas afectadas y los instrumentos financieros para apoyar la reparación. 4. Para facilitar el acceso a la justicia del público en asuntos ambientales, cada Parte establecerá: a) medidas para reducir o eliminar barreras al ejercicio del derecho de acceso a la justicia; b) medios de divulgación del derecho de acceso a la justicia y los procedimientos para hacerlo efectivo; c) mecanismos de sistematización y difusión de las decisiones judicia-

les y administrativas que correspondan; y d) el uso de la interpretación o la traducción de idiomas distintos a los oficiales cuando sea necesario para el ejercicio de ese derecho. 5. Para hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia, cada Parte atenderá las necesidades de las personas o grupos en situación de vulnerabilidad mediante el establecimiento de mecanismos de apoyo, incluida la asistencia técnica y jurídica gratuita, según corresponda. 30 Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) 6. Cada Parte asegurará que las decisiones judiciales y administrativas adoptadas en asuntos ambientales, así como su fundamentación, estén consignadas por escrito. 7. Cada Parte promoverá mecanismos alternativos de solución de controversias en asuntos ambientales, en los casos en que proceda, tales como la mediación, la conciliación y otros que permitan prevenir o solucionar dichas controversias”.

Tales son algunos criterios que, en materia de justicia ambiental, deben ser implementados y desarrollados tanto por la Jurisdicción Constitucional y la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. En este orden de consideraciones, lo importante, sin duda, es resaltar la existencia de la competencia compartida de la Sala Constitucional y del Tribunal Contencioso Administrativo, en sus respectivos procesos de amparo de constitucionalidad y de legalidad, para conocer sobre las posibles afectaciones del derecho a un procedimiento pronto y cumplido, proclamado en el artículo 41 constitucional, relacionados con el pleno goce del derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

CONCLUSIONES.

En estas líneas se ha desarrollado los alcances del derecho protegido en el artículo 41 constitucional, sobre el derecho a un procedimiento administrativo pronto y

cumplido, y su tutela compartida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, vía recurso de amparo de legalidad, cuando se trata de omisiones de resolver y conocer denuncias, quejas o reclamos en materia ambiental. También se ha desarrollado, con alguna profundidad, los alcances del derecho protegido en el artículo 50 constitucional, el cual, como se advirtió, disfruta de una protección multidimensional o multinivel. Agradezco, sinceramente, a los coordinadores de este libro por su gentil invitación. Espero que estas líneas contribuyan en la tutela efectiva y goce oportuno de los derechos *supra* mencionados.

BIBLIOGRAFIA.

CARVAJAL Pérez, M., “O recurso de amparo na Costa Rica”, Revista jurídica de Macau, Número especial, O direito de amparo em Macau e em direito comparado, 1999.

CASADO Casado, L., “El derecho de acceso a la información ambiental a través de la jurisprudencia”, Revista de Administración Pública, Madrid, núm. 178, enero-abril (2009).

FERRER Mac-Gregor. , E., Del amparo nacional al amparo internacional, 27 de octubre 2018, en <http://realidadjuridica.uabc.mx/realidad/files/amparo.doc>.

GARZÓN Valdés, E., Dignidad, Derechos Humanos y Democracia, 21 octubre 2018 <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/dignidad-derechos-humanos-y-democracia>.

GONZÁLEZ Ballar, R., y Peña Chacón M., El proceso ambiental en Costa Rica, San José, Maestría en Derecho Ambiental, Sistema de Estudios de Posgrado, Universi-

dad de Costa Rica, Editorial Isolma, 2015.

JURADO Fernández, J., “La regulación constitucional del ambiente en Costa Rica”, en Peña Chacón M., El derecho al ambiente en la Constitución Política, Alcances y Límites, San José, Maestría en Derecho Ambiental, Programa de Posgrado en Derecho, Sistema de Estudios de Posgrado, Universidad de Costa Rica, Editorial Isolma, 2016.

MIRANDA Bonilla H. y otro, La tutela del ambiente en el espacio jurídico interamericano, en Peña Chacón M., El derecho al ambiente en la Constitución Política, Alcances y Límites, San José, Maestría en Derecho Ambiental, Programa de Posgrado en Derecho, Sistema de Estudios de Posgrado, Universidad de Costa Rica, Editorial Isolma, 2016.

OROZCO Solano V., Patiño Cruz, S. y Salazar Murillo, R., El recurso de amparo en Costa Rica, Segunda Edición, San José, Investigaciones Jurídicas, 2011.

OROZCO Solano, V., La fuerza normativa de la Constitución, Segunda Edición, Ciudad de México, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, No. 134.

SALAZAR Grande C. y Ulate Chacón E., Manual de Derecho Comunitario Centroamericano, Segunda Edición, San Salvador, Talleres de Impresiones, 2013.

TÓCORA, L. F., Control Constitucional y Derechos Humanos, primera edición, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1992.

GOVERNANÇA DA ÁGUA: UM DEBATE CONSTRUTIVO A PARTIR DE DIFERENTES MODELOS DE PARTICIPAÇÃO

Dra. Natália Jodas¹

RESUMO

Com o propósito de discutir em que medida a governança da água pode ser uma ferramenta efetiva a proporcionar uma gestão mais plural e participativa no Brasil, a presente pesquisa problematiza os modelos de gerenciamento hídrico desenvolvidos nos Estados Unidos e França, países que apresentam distintas formas de ingerência estatal nessa matéria. Paralelamente, são investigadas as principais características da Política Nacional de Recursos Hídricos brasileira com a finalidade de refletir criticamente sobre sua efetividade na condução de um processo de tomada de decisão mais equitativo e socialmente justo. Debate-se, ao final, os pontos fracos e fortes dos modelos de gerenciamento de água trabalhados, com vistas a enriquecer o debate teórico sobre as potencialidades da governança da água nos diferentes contextos e localidades. Adota-se como metodologia de pesquisa a revisão bibliográfica da literatura nacional e estrangeira, bem como a pesquisa documental a instrumentos normativos brasileiros e internacionais.

Palavras-chave: Governança da água; EUA; França; Política Nacional de Recursos Hídricos brasileira;

¹ Doutoranda em Direito na área do Direito Ambiental pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) e Professora da Universidade de Guarulhos (UNG). E-mail: najodas@gmail.com. Currículo Lattes acessível em: <http://lattes.cnpq.br/1837664238865270>

Abstract: With aims to analyze in what measure water governance can be an effective tool in enabling a more plural and participatory management in Brazil, this essay studies the management models in the United States and France, countries that show distinct means of government regulation in this matter. Alongside this, the article examines the main characteristics of the Brazilian Water Resources National Policy, with the purpose of pondering which elements of social participation bring about a larger or smaller effectiveness for the construction of a real governance of water. In the end, the pros and cons of each model are talked about, as a way of enriching the theoretical debate about the potential of water management in these different contexts and places. The methodology used in this article is literature review both national and international, and also document analysis to national and international laws.

Keywords: Governance of water; United States; France; Brazilian Water Resources National Policy;

INTRODUÇÃO

O conceito de governança tem ganhado espaço no campo das ciências sociais e nos debates políticos. Dentro de um novo contexto no qual as formas tradicionais de governo vêm sendo questionadas quanto à sua capacidade de gerenciar as ações coletivas e prover decisões satisfatórias em termos sociais, ecológicos e culturais, a governança envereda para uma ótica voltada à compreensão da pluralidade e da diversidade de sujeitos.

Diante de um cenário em que o gerenciamento das águas encontra dificuldades de afixar um único modelo a ser considerado como paradigma de uma verdadeira governança da água, o presente trabalho tem a pretensão de discutir algumas características presentes nas realidades norte-americana, francesa e brasileira e, assim,

refletir suas potencialidades, bem como seus aspectos fortes e fracos.

Para tanto, a primeira parte deste trabalho foi dedicada à compreensão da governança e de sua evolução na esfera internacional para apreender sua incidência no campo ambiental. A partir daí, são esboçadas as definições e aplicabilidades da governança ambiental e, mais especificamente, da governança da água, objeto precípuo da pesquisa.

Em um segundo momento, foram desenhadas as principais características identificadas na gestão de águas dos Estados Unidos e da França, a partir da revisão bibliográfica das obras de Paul Sabatier et al.; e Kate Berry e Eric Mollard, respectivamente. A escolha dos contextos norte-americano e francês justifica-se pelo fato do primeiro ser marcado fortemente pela pouca intervenção estatal e, o segundo, pela delimitação de uma estrutura “mista” no gerenciamento hídrico. Além disso, a descrição de uma realidade anglo-saxônica, uma europeia e outra latino-americana tem um potencial maior de contribuir para o debate teórico acerca da governança da água.

Na sequência, são tecidos alguns aspectos da Política Nacional dos Recursos Hídricos do Brasil, por meio do exame analítico da legislação ambiental brasileira, notadamente da Constituição Federal e da Lei n.º 9.433/1997, e do levantamento quantitativo dos comitês de bacia existentes no território brasileiro. A problematização do modelo participativo de gerenciamento hídrico brasileiro foi realizada mediante a revisão bibliográfica nacional encontrada em periódicos das áreas da Sociologia, Geografia e outras ciências humanas.

Ficou a cargo da última parte a reflexão crítica, sob a perspectiva da participação e mobilização sociais, sobre os três formatos de gestão hídrica analisados, com a finalidade de colaborar às construções teóricas relativas

à efetividade da governança da água.

1. Discutindo Governança, Governança Ambiental e Governança da Água

A complexidade, inerente à sociedade do presente, tem gerado reflexões sobre a real capacidade dos governos, tomados na sua estrutura tradicional, enfrentarem os múltiplos desafios e as crescentes mudanças de ordem social, econômica, ecológica, científica, tecnológica, entre outras. A abertura da “rígida” estrutura governamental à maior participação de atores não estatais ganhou espaço nos debates internacionais do final do século XX, o que foi determinante para o surgimento da ideia de “governança”.

A princípio, pode-se atribuir o nascimento do conceito formal de governança a uma publicação do Banco Mundial (BM) datada de 1992. Este documento definiu a governança como “a maneira pela qual o poder é exercido na administração dos recursos econômicos e sociais de um país para o seu desenvolvimento”², tendo como dimensões-chave a administração do setor público; a participação e prestação de contas (*accountability*); a estrutura legal para o desenvolvimento; a informação e a transparência³. Segundo o BM, a boa governança seria indispensável à criação e sustentação de uma estrutura funcional capaz de promover um desenvolvimento eficiente, forte e equitativo, daí a necessidade de que os governos contassem com sistemas de prestações de contas com informações adequadas e confiáveis (*accountability*), com eficiência na gestão dos recursos e no forne-
cimento dos serviços públicos e com processos decisórios

² WORLD BANK. **Governance and Development**. Washington: The World Bank, 1992. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/1992/04/440582/governance-development>>. Acesso em: 08 de set. 2017.

³ WORLD BANK. op. cit. p. 6.

mais transparentes e participativos.

Nota-se que a percepção de governança construída pelo BM atine-se a uma noção de organização governamental hábil a propiciar bens, serviços e mecanismos de regulação de mercado mais eficientes e efetivos para fins de desenvolvimento de uma nação. A concepção de governança, de forma gradual, passou a abarcar elementos relacionados à participação, articulação e cooperação entre atores sociais não estatais.

Foi particularmente no final dos anos 90 que, diante das críticas dos movimentos sociais aos preceitos liberais do Consenso de Washington, abriu-se espaço para a defesa de uma maior arena democrática e participativa aos cidadãos e agentes locais no processo de desenvolvimento⁴. Na verdade, a agenda do BM imprimiu uma nova estratégia de desenvolvimento, na medida em que seus relatórios publicados posteriormente (como o Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial de 2000/2001) intensificaram o foco na redução da pobreza⁵. Essa nova abordagem sustentou-se na ideia de que as mudanças necessárias ao desenvolvimento deveriam partir de dentro de cada localidade, por meio da transformação de mentalidades, construída por via de processos abrangentes de debates⁶.

⁴ Nusdeo, Ana Maria de Oliveira; JODAS, Natália. Pagamento por Serviços Ambientais (PSA) no Brasil e sua governança: experiências e reflexões. In: Carli, Ana Alice de; Aydos, Elena; Avzaradel, Pedro C. S. (Org.). **O Estado Regulador no cenário ambiental**. 1ed. São Paulo: O Direito por um Planeta Verde, 2017, v. 1, p. 72-103. p. 74.

⁵ Maranhão, Tatiana de Amorim. **Governança Mundial e Pobreza**. Do consenso de Washington ao consenso das oportunidades. 2009. 148f. Tese (Doutorado em Sociologia). Universidade de São Paulo (USP), São Paulo. 2009. p. 108 e 109.

⁶ *Ibid.* p. 112.

Dentro de uma nova acepção, a governança passou a ser empregada para designar um novo modo de governar, muito diferente dos modelos hierárquicos tradicionais, os quais as autoridades estatais exercem um poder soberano sobre os grupos e cidadãos integrantes da sociedade civil⁷. Distintamente, a governança pode ser conceituada como o conjunto de iniciativas, regras, instâncias e processos que permitem às pessoas, por meio de suas comunidades e organizações civis, exercer o controle social, público e transparente das estruturas estatais e das políticas públicas, e da dinâmica e das instituições de mercado, visando atingir objetivos comuns⁸.

No âmbito dos sistemas de governança, a resolução de problemas não é a preservação de uma autoridade central apta a impor soluções para agências e indivíduos subordinados, mas o resultado da interação entre uma pluralidade de atores, os quais têm, muitas vezes, interesses, valores, orientações cognitivas e recursos financeiros diferentes⁹. A autoridade central, notadamente o Estado-nação, considerado o ator dominante da arena política, torna-se um ator entre muitos outros, sendo a arena política visivelmente mais lotada e contestada, as fronteiras entre as esferas públicas e privadas menos precisas e o comando do governo sobre o processo político transformado¹⁰.

⁷ Mayntz, Renate. El Estado y la sociedad civil en la gobernanza moderna. **Revista del CLAD Reforma y Democracia**, n. 21, p. 7-22, 2001. p. 7.

⁸ Jacobi, Pedro Roberto; Sinisgalli, Paulo Antonio de Almeida. Governança Ambiental e Economia Verde. **Ciência & Saúde Coletiva**, 17 (6), p. 1469-1478, 2012. p. 1471.

⁹ Koenig-Archibugi, M. Global Governance. In Mitchie, J. (ed.) *The Handbook of Globalization*. Cheltenham: Edward Elgar, 2003. p. 319 apud Kennett, Patricia. Global perspectives on governance. In: Osborne, Stephen. **The new public governance?** Emerging perspectives on the theory and practice of public governance. New York: British Library, 2010. p. 19 e 20.

¹⁰ Kennett, Patricia. Global perspectives on governance. In: Osborne, Stephen. **The new public governance?** Emerging perspectives on the theory and

A governança “desloca” o protagonismo do processo decisório dos governos e suas instituições reguladoras para uma gama de atores sociais representantes dos mais distintos interesses relacionados a uma determinada questão (social, econômica, política, ambiental, etc.). Discutir a governança significa também refletir se sistemas mais descentralizados podem ser necessariamente mais eficazes e, nessa esfera, o que funcionaria melhor num cenário particular (a governança ou o modelo tradicional de regulamentação, ou mesmo ambos).

Nesse passo, é relevante ter em vista que muitos modelos e manuais construídos em torno da governança precisam ser analisados de forma crítica, na medida em que podem, não raras vezes, desconsiderar as características locais, como as desigualdades e os conflitos sociais que permeiam os contextos considerados. Por esta razão, a participação pode se tornar “uma panaceia se não houver a garantia de um mínimo de igualdade entre os grupos sociais, do contrário, serve para legitimar decisões que beneficiam grupos privados fortes”¹¹.

Sublinha-se que a visão dicotômica sobre os fundamentos presentes na governança e nos modelos tradicionais de regulamentação legal (via controle *top down*, estatutos fixos, regras detalhadas, etc.) também não deve ser tomada como absoluta. Há inúmeros casos em que se percebe a nova governança atuando junto com leis e regras rígidas, o que foi definido por David Trubek e Louise Trubek como “coexistência”¹². Desse modo, a nova governança pode estar integrada a um sistema regulatório tradicional, no qual o funcionamento de cada

practice of public governance. New York: British Library, 2010. p. 20.

¹¹ Nusdeo, Ana Maria de Oliveira; JODAS, Natália. op. cit. p. 77.

¹² Trubek, David; Trubek, Louise. New governance & legal regulation: Complementarity, rivalry and transformation. **Columbia Journal of European Law Summer**, 2007. p. 5. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=988065>>. Acesso em 27/10/2017.

elemento é necessário para o êxito de todo o sistema. Por isso, é relevante construir uma visão ampla e não bifurcada sobre os institutos.

A Avaliação Ecosistêmica do Milênio (*Millennium Ecosystem Assessment*)¹³, amplo estudo encomendado pela ONU em 2001, indicou como uma de suas respostas para o gerenciamento sustentável dos ecossistemas a governança ambiental¹⁴. A partir daí, constantemente a governança passou a ser debatida no âmbito da implementação das políticas públicas ambientais. A governança ambiental pode ser compreendida como “o arcabouço institucional de regras, instituições, processos e comportamentos que afetam a maneira como os poderes são exercidos na esfera de políticas ou ações ligadas às relações da sociedade com o sistema ecológico”¹⁵.

Nota-se que a participação, a colaboração, a descentralização, os mecanismos de resolução de conflitos e a pluralidade de atores atrelados à formulação e execução das políticas públicas ambientais configuram elementos centrais da governança ambiental.

Pode-se dizer que desde a Conferência de Dublin, em 1992, foram estabelecidos importantes objetivos internacionais atinentes à governança da água propriamente dita. Todavia, o Fórum Mundial da Água de Haia, em 2000, afirmou, mais claramente, que a crise hídrica estaria relacionada a uma crise de governança, o que

¹³ Teve por objetivo avaliar as consequências das mudanças dos ecossistemas para o bem-estar humano e de criar uma base científica com a finalidade de melhorar a conservação e uso sustentável desses sistemas. A Avaliação Ecosistêmica envolveu o trabalho de mais de 1.360 especialistas de todo o mundo. Cf. Disponível em: <<http://millenniumassessment.org/en/About.html#1>>. Acesso em 27 de out. de 2017.

¹⁴ LEMOS, Maria Carmem; AGRAWAL, Arun. Environmental Governance. **Rev. Environ. Resour.**, v. 31, p. 297-325, 2006. p. 298.

¹⁵ Cavalcanti, Clóvis. Economia e Ecologia: problemas da governança ambiental no Brasil. **Revista Iberoamericana de Economía Ecológica.** vol. 1, 1-10, 2004. p. 1.

tornaria a governança uma das maiores prioridades de ação¹⁶. No ano seguinte, na Conferência de Água Doce de Bonn, os ministros recomendaram ações em três áreas, sendo a governança a mais importante delas¹⁷.

Segundo a *Global Water Partnership (GWP)*¹⁸, a governança da água refere-se a “um feixe de sistemas políticos, sociais, econômicos e administrativos que tomam lugar para desenvolver e gerenciar os recursos hídricos e a alocação dos serviços de água em diferentes níveis da sociedade”¹⁹. Dada a complexidade do uso da água dentro da sociedade, desenvolvê-la, gerenciá-la e alocá-la de forma equitativa, eficiente e que assegure a sustentabilidade ambiental requer que vozes díspares sejam ouvidas e respeitadas nas decisões sobre os usos e os recursos financeiros e humanos a ela atrelados²⁰.

A *governança da água* consiste, segundo José Esteban Castro, na interação entre governos, grandes empresas, partidos políticos, organizações civis e outros detentores de poder relevantes. Tais atores estão envolvidos em debates contínuos e em conflitos sócio-políticos sobre como governar a água e os serviços essenciais da água²¹. Por isso, o nível de alcance da participação popular nas

¹⁶ Rogers, Peter; Hall, Alan W. **Effective Water Governance**. Sweden: Global Water Partnership Technical Committee, 2003. p. 15

¹⁷ Ibid. Ibidem.

¹⁸ A GWP, estabelecida em 1996, é uma rede internacional aberta a todas as organizações envolvidas com o gerenciamento de água: instituições governamentais dos países desenvolvidos e em desenvolvimento, agências das Nações Unidas, bancos de desenvolvimento bi e multilaterais, associações profissionais, instituições de pesquisa, organizações não-governamentais e o setor privado. A GWP foi criada com o objetivo de promover o gerenciamento integrado dos recursos hídricos. Cf. Rogers, Peter; Hall, Alan W. op. cit. p. 2.

¹⁹ Rogers, Peter; Hall, Alan W. op. cit. p. 16.

²⁰ Ibid. p. Ibidem.

²¹ op. cit. p. 107.

instâncias de discussão e decisão referentes à questão hídrica é um importante indicador quanto a uma maior proximidade da noção de governança da água.

Exatamente pelo fato de a água constituir-se um bem indispensável à sobrevivência de todas as espécies e ecossistemas e, ao mesmo tempo, ser o suporte de todo o sistema econômico vigente, não restam dúvidas de que ela seja constantemente alvo de disputas, conflitos e de estratégias vinculadas aos interesses mercantis. Desse modo, quanto maior a pluralidade de vozes nas arenas de tomada de decisão sobre o seu uso, disposição, alocação e planejamento, maior o controle coletivo sobre sua conservação e o acesso equitativo e, por outro lado, menor a tendência à sua escassez e mercantilização.

A governança da água refere-se, portanto, a um processo de tomada de decisões que envolve necessariamente a participação de uma diversidade de atores sociais, sobretudo, os direta e indiretamente afetados por determinada política pública sobre a gestão aquífera, todos interessados ou mesmo os usuários de uma bacia hidrográfica ou de um recurso hídrico. Parece claro, nesse sentido, que a efetividade da governança da água dependente eminentemente do acesso à informação precisa, imediata e difusa à sociedade, sob pena de desvirtuar a participação social, tornando-a uma mera formalidade dentro desses processos.

2. Breves aspectos do gerenciamento hídrico norte americano e francês

Com a proposta de enriquecer o debate teórico acerca do gerenciamento da água estabelecido em diferentes contextos, este tópico pretende traçar breves considerações sobre a gestão hídrica executada nos Estados Unidos e na França, países que apresentam distintos formatos e linhas de atuação do Poder Público nesta ma-

téria. A eleição dos modelos norte-americano e francês embasa-se no fato de o primeiro optar por um arranjo essencialmente descentralizado da ingerência estatal; e o segundo adotar uma estrutura “mista”, na medida em que amoldou, dentro da organização estatal, uma significativa participação coletiva.

A descrição e análise dos principais atributos diagnosticados nestas distintas realidades servirão de suporte para o fechamento do escopo deste trabalho, isto é, refletir quais aspectos dessas fisionomias podem propiciar uma maior ou menor proximidade à concepção de *governança* da água. A esse respeito, parte-se do fundamento de que a *governança* define uma função, ou seja, a função de coletivamente resolver problemas sociais – em contraposição ao governo (local, nacional e de uma maneira limitada internacional), que define uma estrutura²².

2.1 Abordagens colaborativas nos Estados Unidos

Nos últimos trinta anos tem emergido uma nova tipologia de gerenciamento de águas nos EUA, a qual se contrasta significativamente com o formato tecnocrata (“abordagem tradicional”) desenvolvido até então. Essa nova abordagem foi denominada de “abordagens colaborativas” (*collaborative approaches*), cujo foco desprende-se das fronteiras políticas arbitrárias representadas pelos estados e municípios e considera todas as fontes de poluição existentes dentro da bacia hidrográfica como um todo, ao invés de concentrar-se em fontes pontuais²³.

²² Finger, Matthias; Ludvine, Tamiotti; Allouchem Jeremy. **The Multi-Governance of Water: Four Case Studies**. Albany, NY: SUNY Press, 2006. p. 1.

²³ Sabatier, Paul A.; WILL, Focht; LUBELL, Mark; Trachtenberg, Zev; Vedlitz, Arnold; Matlock, Marty. *Collaboratives Approaches to Watershed Management*. In: Sabatier, Paul A., et al. **Swimming Upstream**. Collaborative

O interesse pelas abordagens colaborativas cresceu no meio dos anos 1990, período em que se registraram 346 parcerias de bacias hidrográficas no oeste do rio Mississippi e 150 iniciativas somente na Califórnia. Esses formatos têm sido comuns também no leste dos EUA, assim como no Canadá e na Austrália. Muitos estados americanos, como Massachusetts, Oregon, Washington, Wisconsin, Pennsylvania e California estabeleceram programas para encorajar as parcerias de bacias hidrográficas²⁴.

As abordagens colaborativas promoveram uma “abertura” no processo de gerenciamento hídrico, com o objetivo de impulsionarem decisões mais democráticas que levem em consideração a opinião dos *stakeholders*²⁵. Isto representa deslocar o gerenciamento de “cima para baixo” (*top-down*) para um modelo de “baixo para cima” (*bottom-up*), envolvendo negociações e soluções de problemas entre uma variedade de *stakeholders* governamentais e não governamentais²⁶.

Ao invés de cada agência norte-americana ter um mandato legal singular, a nova abordagem procura soluções “ganha-ganha” para um conjunto interligado de problemas sociais, econômicos e ambientais que se confrontam na bacia hidrográfica²⁷. Trata-se de uma ampla estratégia de solução complexa que procura interrelacionar problemas presentes no espaço de uma bacia hidrográfica, em que serão priorizadas as decisões envolvendo negociações entre os diferentes atores sociais.

Pode-se dizer que o surgimento dessa abordagem

Approaches to Watershed Management. Cambridge: The MIT Press, 2005. p. 3 e 4.

²⁴ Sabatier, Paul A.; et al. op. cit. p. 48.

²⁵ No presente ensaio, o termo *stakeholders* será empregado com o sentido de “partes interessadas”.

²⁶ Sabatier, Paul A., et al. Op. Cit. p. 4.

²⁷ Ibid.

está associado com: (a) a emergência da mediação ambiental e das resoluções alternativas de conflitos, como as alternativas à litigação; (b) a insatisfação com a implementação das emendas à Lei federal do Controle da Poluição da Água (1972), particularmente no que se refere a fontes não pontuais e à Carga Diária Máxima Total (TMDL - *Total Maximum Daily Load*); e (c) ao crescimento do senso de que grande parte da política ambiental atinente à Lei de Espécies em Extinção não era nem democraticamente legítima e nem efetiva para resolver os problemas ambientais²⁸. Tais fatores impeliram a construção do gerenciamento colaborativo das águas com propósitos democráticos: qualquer um pode se envolver e as decisões são tomadas pelo consenso, de modo a respeitar todos os interesses e direitos incluídos.

A escala geográfica de atuação é pequena, baseada em locais e ocorre em sub-bacias hidrográficas ou biorregiões, mas não em bacias inteiras. Os grupos procuram resolver um conjunto de problemas ambientais, econômicos e sociais, sendo que as agências estatais envolvidas participam como consultoras técnicas e partes interessadas, e não como tomadoras de decisão. O processo colaborativo envolve negociações extensivas face a face entre os *stakeholders* e, muitas vezes, pode ser gerido por um facilitador profissional ou mediador qualificado em técnicas de resolução de conflitos²⁹.

Um elemento-chave presente nas abordagens colaborativas é a construção de confiança entre os atores envolvidos. Isso porque, a confiança desencadeia a legitimidade da decisão construída, na medida em que os *stakeholders* confiam nos meios de tomada de decisão, eles passam a aceitar mais facilmente o parecer contrário ao seu ponto de vista. A confiança reproduz um senso

²⁸ Ibid. p. 43-44.

²⁹ Sabatier, Paul A., et al. Op. Cit. p. 47.

de equidade fundamental à continuidade do processo de participação social.

Trachtenberg e Focht³⁰ pontuam que a participação pública pode contribuir diretamente à consecução da legitimidade política, entendida como a condição por meio da qual um uso de poder do governo é moralmente correto. Acredita-se que os valores fundamentais a justificar um sistema político moral nos EUA seriam a autonomia, o bem-estar e a justiça, valores estes que devem ser buscados no processo colaborativo de gerenciamento da água. Nesse sentido, a *autonomia* consistiria no fato de as pessoas escolherem as regras sob as quais elas vivem; o *bem-estar* seria a melhoria das condições de vida; e a *justiça* refere-se à distribuição de bem-estar, como este pode ser distribuído o máximo possível (igualdade).

Os atores envolvidos na discussão da gestão local da água são os afetados e os interessados pela política em consideração (*stakeholders* não-governamentais), além dos *stakeholders* governamentais (agências públicas, universidades públicas, entre outros). A legitimidade procedimental da tomada de decisão levará em conta a representação adequada dos *stakeholders* não-governamentais e governamentais e o real consentimento dos mesmos sobre a posição implementada.

No que se refere à *representação* das partes interessadas, sublinha-se que a composição de um conselho de bacia, por exemplo, é limitada, já que é impraticável incluir todos os atores sociais de determinada região nas cadeiras dessa instância. Para tanto, algumas pessoas deverão exercer o papel de representantes de determinados grupos, por exemplo, dos pescadores, dos ribeirinhos, dos agricultores, dos ambientalistas, dos fazendeiros,

³⁰ Legitimacy and Watershed Collaborations: The Role of Public Participation. In: SABATIER, Paul A., et al. **Swimming Upstream**. Collaborative Approaches to Watershed Management. Cambridge: The MIT Press, 2005. p. 53.

etc. Logo, o espaço decisório é composto paritariamente entre membros governamentais e civis, de sorte que tal representividade é realizada de forma voluntária, por meio da “auto-seleção”³¹.

Importante aspecto a ser ponderado é a necessidade de que o consentimento dos *stakeholders* seja genuíno, sem que haja coerção e compulsoriedade. Nesse ponto, o acesso à informação cumpre a finalidade de garantir a autonomia da participação: “regras auto-impostas são escolhidas livremente somente se elas são verdadeiramente entendidas”³². O livre consentimento depende diretamente da plena compreensão da pauta debatida que, por sua vez, vincula-se à informação corretamente transmitida.

No campo da legitimidade substantiva, importa verificar se o efeito político da medida adotada traz, por consequência, resultados positivos em termos de condições físicas aos recursos hídricos e também socioeconômicos à localidade abarcada. A política substancialmente legítima deve ser aquela que torna as pessoas em melhor situação.

O sopesamento desses resultados também é matéria a ser considerada pelos *stakeholders*, conforme trazido pelo exemplo de Trachtenberg e Focht³³ no contexto de uma determinada bacia hidrográfica: à medida que a melhoria da qualidade da água exige regulamentação da aplicação de fertilizantes, o bem-estar será reduzido para outros, porque o aumento dos custos para os fazendeiros afetados no seu bem-estar econômico e a elevação dos custos agrícolas para produzir comida será mais caro para todos. Em outras palavras, regras que melhoram a

³¹ Sabatier, Paul A., et al. op. cit. p. 60-61.

³² Livre tradução: “[...] self-imposed rules are chosen freely only if they are truly understood”. Cf. Trachtenberg, Zev; Focht, Will. op. cit. p. 63.

³³ Op. cit. p. 65.

qualidade da água poderiam ser muito boas para pessoas que pescam e nadam, mas podem ser muito ruins para fazendeiros e seus clientes.

O exemplo demonstra que uma mesma política a ser consentida tem distintos efeitos sobre diferentes interesses, uma vez que ganhar a vontade de determinado grupo implica a perda do interesse de outro. Nesse caso, a compensação é a forma utilizada para assegurar que os *stakeholders* cujos interesses são prejudicados não tenham seus direitos preteridos. A criação de políticas numa dada gestão hídrica deve tomar nota dos seus efeitos a todos os *stakeholders*, na ordem de determinar quem pode necessitar ser mais compensado e em que medida³⁴.

Elucida-se que a sobrevivência das abordagens colaborativas na realidade norte-americana dependerá da configuração das legitimidades procedimental e substancial, tendo em vista que a crença de que estes mecanismos estejam alcançando uma meta significativa é o que tem motivado os participantes a continuarem envidando esforços³⁵. Na verdade, a participação democrática corrente dos *stakeholders* nas colaborações de bacia pode fornecer uma fonte de boas evidências se os resultados das políticas públicas implantadas melhoraram ou não o bem-estar de forma justa e equilibrada.

A partir desses breves traços acerca das abordagens colaborativas nos EUA, passa-se à análise do modelo francês, com a finalidade de, mais à frente, estabelecer um debate construtivo a partir dos modelos cotejados.

³⁴ Trachtenberg, Zev; FOCHT, Will. op. cit. p. 71.

³⁵ Ibid. p. 74.

2.2 Gestão hídrica francesa

A participação social foi introduzida na política hídrica francesa pela Lei da Água de 1964 e, depois, com a Lei da Água de 1992, que criou procedimentos de planejamento colaborativos, vistos como o traço chave do sistema francês de gestão de bacias hidrográficas. A participação tem sido correlacionada ao desenvolvimento de procedimentos contratuais e impulsionada localmente no âmbito de procedimentos *ad hoc*³⁶.

A França conta com agências de água responsáveis pela arrecadação de taxas e captação dos recursos provenientes da outorga do seu uso para atores públicos e privados. Além dessas funções, as agências de água possuem um papel técnico na realização das metas estabelecidas pelos Comitês de Bacia franceses, vale dizer, realizam estudos qualitativos e quantitativos relativos aos recursos hídricos, além de assumirem um papel central tocante à ordem financeira, uma vez que estão habilitadas, por lei, a definirem os valores sobre o uso da água³⁷.

Essas agências de água são guiadas por um quadro de diretores (um órgão que emana decisões) e um diretor (executivo), sendo que o quadro de diretores é um corpo multipartite, composto não somente por representantes públicos, mas também por *stakeholders* privados e organizações não governamentais³⁸. O ponto distintivo está no fato dos membros do quadro de diretores serem escolhidos pelo e entre um corpo político, o *comité de bacia*, o qual reúne representantes de três grupos: 1) as

³⁶ Allain, Sophie. Social Participation in French Water Management: contributions to River Basin Governance and New Challenges. In: Berry, Kate; Mollard, Eric. **Social Participation in Water Governance and Management**. Critical and Global Perspectives. London: Earthscan, 2010. p. 95-96.

³⁷ Martins, Rodrigo Constante. Sociologia da Governança Francesa das Águas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. Vol. 23, n. 67, 2008. p. 85

³⁸ Ibid. p. 96.

autoridades locais eleitas; 2) as agências estatais; 3) os usuários de água e as organizações não-governamentais ambientalistas ou consumidoras³⁹. Implica dizer que os comitês de bacias franceses, integrados por uma significativa parte da sociedade civil, podem indicar membros para a composição do quadro de diretores das agências de água que, por sua vez, são responsáveis por importantes decisões sobre outorga e usos da água.

Respalda-se que desde os anos 1980 vem decrescendo o número de participantes provenientes das agências estatais no âmbito do corpo de diretores das agências de água e também no dos comitês de bacias, sendo que hoje esta categoria representa apenas 20% do total. A composição paritária acaba ficando entre os representantes das autoridades locais e dos usuários e organizações não-governamentais.

Para Allain, a Lei da Água de 1992 fortaleceu a participação social na gestão de água francesa porque inseriu dois instrumentos de planejamento colaborativos, quais sejam: o Plano Diretor de Gestão da Água, que tem o escopo de determinar objetivos qualitativos e quantitativos de gerenciamento e linhas gerais de ação a nível do território das agências de águas; e o Plano de Gerenciamento de Água, o qual deve verificar aqueles objetivos e definir regras e planos de gestão a um nível menor de bacias hidrográficas, de forma a compatibilizar com o primeiro plano⁴⁰. Ressalta-se ainda que o Plano de Gerenciamento de Água, embora seja definido pelo comitê de bacia, pode ser desenhado por uma comissão multipartite específica, a ser criada de acordo com a norma francesa.

Outro formato de gerenciamento hídrico aplicado na França é a contratualização, mecanismo que segue a

³⁹ Ibid. p. 96.

⁴⁰ Ibid. p. 97.

linha da Política Ambiental francesa. Criada em 1971, a contratualização (também denominada de “contrato”, “alvará”, “acordo”) é considerada uma maneira prática de introduzir medidas de proteção ambiental em face de poderosos interesses organizados. No caso do gerenciamento dos recursos hídricos, já na década de 1970 foi assinado um contrato bilateral entre o estado e os interesses econômicos, em que aquele aceitou adiar os controles e sanções em troca do compromisso dos industriais de reduzir a poluição hídrica. Muitos contratos também vêm sendo assinados com os agricultores de irrigação com o intuito de reduzir o uso da água para a irrigação em momentos de escassez⁴¹.

Como notado, a participação social acaba sendo mais restrita nas esferas da contratualização, muito embora pareça certa incerteza quanto ao grau de envolvimento dos *stakeholders* nos processos de tomada de decisão em relação aos quadros diretores (agências de águas)⁴².

Com o intuito de examinar criticamente as duas estruturas de gerenciamento hídrico acima narradas, discorre-se, no próximo tópico, sobre as características do modelo de águas brasileiro. A problematização da gestão das águas no Brasil irá dialogar, na última parte deste trabalho, com os paradigmas dissertados no presente tópico.

2.2 Gestão das águas no Brasil

As experiências de deliberação participativa no Brasil engataram-se nos anos 1980 durante o processo de redemocratização do país, notadamente com a queda do governo militar (1984) e no decurso do processo cons-

⁴¹ Ibid. p. 98.

⁴² Ibid. p. 100.

tituinte (1988). A própria Constituição Federal de 1988 consagrou ferramentas de ampliação do acesso à informação (art. 5º, XIV) e de participação democrática (art. 1º, § único), inclusive com a consolidação inédita do meio ambiente como direito fundamental (art. 225).

A Constituição brasileira atribuiu novos poderes a estados e municípios, com o objetivo de favorecer um modelo mais descentralizado (e participativo) de gestão. Não é por menos que diversos setores da vida social (meio ambiente, saúde, educação, cultura, etc.) receberam do texto constitucional o aval para que os governos locais pudessem criar conselhos, fundos, apoiar projetos, elaborar legislação especial⁴³.

Também foi no bojo do texto constitucional que “os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio” foram determinados como bens da União (art. 20, III), enquanto que ficaram no domínio dos Estados as águas superficiais e subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito (art. 26, I). Os municípios não são detentores do domínio hídrico.

A disposição normativa das águas ganhou destaque no país antes mesmo da carta constitucional: o Código das Águas (Decreto nº. 26.643/1934) representou um marco na legislação brasileira, posto que foi o primeiro diploma federal a tratar especificamente da água. Embora esta norma vigore até o presente, alguns de seus dispositivos encontram-se incompatíveis constitucionalmente. A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº. 6.938/1981) também prevê a tutela da água, estabelecendo como princípio a “racionalização do uso do solo, subsolo, da água e do ar” (art. 2º, II), além de enquadrar as águas interiores, superficiais e subterrâneas no conceito de “recursos ambientais” (art. 3º, V).

⁴³ Cavalcanti, Clóvis. op. cit. p. 5.

Sem dúvida alguma, foi a Lei n.º. 9.433/1997 (Lei da Política Nacional dos Recursos Hídricos – LPNRH) a responsável por instituir a mudança mais expressiva na temática. Além de regulamentar a gestão das águas doces no território brasileiro, estabeleceu um projeto descentralizado de ações, instituições e articulações para os recursos hídricos. Explicam Jacobi e Barbi⁴⁴:

Esta reorganização do sistema substitui práticas profundamente arraigadas de planejamento tecnocrático e autoritário. Devolve-se o poder para as instituições descentralizadas de bacia, e isto implica em promover processos de negociação entre os diversos agentes públicos, usuários e sociedade civil organizada.

A PNRH edificou uma gestão sistêmica dos recursos hídricos, cujo escopo é integrá-la a outros instrumentos da gestão ambiental brasileira (art.3º). A bacia hidrográfica foi contemplada como unidade territorial para a implementação da PNRH e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento dos Recursos Hídricos – SNGRH (art. 1º, V). O SNGRH (art. 33 e incisos), por seu turno, é integrado pelo Conselho Nacional de Recursos Hídricos; pela Agência Nacional de Águas (órgão federal criado pela Lei n.º. 9.984/2000); pelos Conselhos de Recursos Hídricos dos Estados e do Distrito Federal; pelos *Comitês de Bacias Hidrográficas*; pelos órgãos dos poderes públicos federal, estaduais, do Distrito Federal e municipais, cujas competências se relacionem com a gestão dos recursos hídricos; e, por fim, pelas Agências de Água.

Pode-se afirmar que a norma inovou ao trazer a figura do comitê de bacia hidrográfica, órgão colegiado com função consultiva e deliberativa, cuja importância reside em procurar garantir a maior participação social no campo da gestão hídrica. O Poder Público é o responsável pela criação dos comitês de bacia, tarefa designada

⁴⁴ Democracia e Participação na gestão dos recursos hídricos do Brasil. **Revisita Katalysis**, v. 10, p. 237-244, 2007. p. 240-241.

ao Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH), o qual aprova as propostas de sua instituição e estabelece critérios gerais para a elaboração dos seus regimentos (art. 35, VII, Lei nº. 9.433/97). São atribuições dos comitês de bacia, no âmbito de sua respectiva área de atuação: promover o debate das questões relacionadas a recursos hídricos e articular a atuação das entidades intervenientes; arbitrar, em primeira instância, os conflitos relacionados aos recursos hídricos; aprovar o Plano de Recursos Hídricos da bacia; acompanhar a execução deste plano e sugerir providências necessárias ao cumprimento de suas metas; estabelecer os mecanismos de cobrança pelo uso de recursos hídricos e sugerir os valores a serem cobrados, entre outros⁴⁵.

O Brasil conta, no presente, com 201 (duzentos e um) comitês de bacias hidrográficas instituídos no seu território, sendo a região Sudeste a líder no ranking de comitês constituídos (77) e a região Norte aquela com menor número (5). Minas Gerais é o estado brasileiro que apresenta o maior número de comitês de bacia (35), enquanto que o Amazonas, estado marcado pela elevada riqueza de biodiversidade e rios, é o expressa o menor número de comitês de bacia: apenas 1 (um)⁴⁶.

Pode-se dizer que a gestão integrada dos recursos hídricos no Brasil emergiu de forma tardia. Por isso a PNRH procurou trazer um marco legislativo moderno e pautado na gestão por bacia hidrográfica, de maneira compartilhada, participativa e descentralizada. Todavia, PNRH acabou não ganhando o respaldo fático correspondente à sua proposta normativa, na medida em que o sistema ambiental colegiado possibilitou um envolvimento desigual dos movimentos sociais e das or-

⁴⁵ BRASIL, Lei n. 9.433 de 8 de janeiro de 1997. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9433.htm>.

⁴⁶ Dados levantados pela autora em consulta à plataforma “Comitês de Bacia Hidrográficas”. Cf. <<http://www.cbh.gov.br/Default.aspx>>.

ganizações comunitárias em relação ao Poder Público, posto que ainda prevalecem as decisões definidas pela presença, muitas vezes majoritária, da representação governamental⁴⁷.

Por essa razão e outras, a efetivação do processo de gestão de bacias hidrográficas ainda é embrionária, tendo em vista que o princípio da gestão descentralizada, integrada e participativa encontra entraves significativos e diferenciados de acordo com o seu contexto⁴⁸. Na prática, é perceptível que os comitês de bacias encontram dificuldades de se apresentarem como verdadeiros espaços consultivos e decisórios à gestão das águas.

O déficit institucional somado a não concreção da cobrança pelo uso da água em várias realidades⁴⁹ obstaculizam a viabilização de um processo veridicamente participativo e popular. Ademais, pode-se dizer que a ainda recente redemocratização brasileira contribui para que a população demore a adquirir uma maior conscientização sobre os recintos políticos existentes na sociedade, o que leva a um cenário de desinteresse e inércia no tocante às pautas ambientais.

O acesso à informação ambiental e, particularmente, sobre a água, é um posto-chave ligado à concretização da efetiva participação e cidadania ambientais. Somado ao vazio informacional, ressalta-se também que a estrutura da PNRH acabou destacando o conhecimento técnico-científico nos espaços decisórios da bacia, o que inibe significativamente a participação de diversos atores, comunidades e movimentos sociais⁵⁰.

⁴⁷ Jacobi, Pedro; Barbi, Fabiana. op. cit. p. 240

⁴⁸ Jacobi, Pedro; Fracalanza, Ana Paula. Comitês de bacias hidrográficas no Brasil: desafios de fortalecimento da gestão compartilhada e participativa. **Desenvolvimento e Meio ambiente**, n. 11-12, p. 41-49, 2005. p. 45

⁴⁹ Jacobi, Pedro; Barbi, Fabiana. op. cit. p. 241.

⁵⁰ Wolkmer, Maria de Fátima S; Oimmel, Nicole Freiburger. Política Nacional de Recursos Hídricos: governança da água e cidadania ambiental. **Sequên-**

Dessas sucintas incursões, serão discutidos, na última parte, os três formatos de gerenciamento hídricos expostos nesta pesquisa, a fim de que sejam analisadas suas potencialidades e vulnerabilidades em relação à governança da água.

3. Reflexões comparativas e abordagem crítica para a governança da água

Partindo-se das sintéticas considerações delineadas sobre os modelos de gerenciamento hídrico executados nos Estados Unidos, França e Brasil, reflete-se, nas próximas linhas, os pontos fortes e fracos diagnosticados em cada um dos contextos estudados. Ressalva-se, nesse sentido, que a presente pesquisa não acredita que o padrão de gerenciamento hídrico instituído por um país seja completamente aplicável a outro, em virtude das diferenças históricas, econômicas, populacionais, territoriais e culturais inerentes a cada uma dessas realidades. O objetivo principal é fomentar o debate teórico e mesmo prático sobre o papel da participação dentro dos sistemas de gestão de água e, conseqüentemente, colaborar para o aperfeiçoamento de cada um desses modelos individualmente considerados quando comparados.

É possível deduzir que a abordagem colaborativa implementada nos EUA se, por um lado, destoa das realidades brasileira e francesa pelo timbre altamente democrático de sua organização (especialmente pela horizontalidade e pela configuração *bottom-up* do processo de tomada de decisão), de outro, é plausível ponderar alguns elementos identificados no seu contexto que deixam certa margem de dúvidas quanto à real predominância da *legitimidade procedimental* e do *interesse coletivo*.

Como já mencionado, o gerenciamento hídrico norte-americano é caracterizado por uma abertura do pro-

cia (Florianópolis), n.67, p.165-198, dez.2013. p. 178.

cesso decisório, sendo as negociações diretas entre *stakeholders* governamentais e civis o principal instrumento de solução e planejamento sobre a água. Todavia, os múltiplos grupos de *stakeholders* precisam ser representados nos conselhos de bacias. Nesse sentido, o fato de a representação ser voluntária (e não eletiva) pode levar a uma determinada imprecisão se todos os grupos afetados e/ou interessados estão sendo representados por pessoas que realmente compartilham dos seus interesses.

Em outro aspecto, o deslocamento das decisões para a esfera das negociações entre partes governamentais e não governamentais pode levar, não raras vezes, a decisões que priorizem os direitos individuais e não coletivos. É relevante que a participação dos *stakeholders* na escolha das políticas públicas de determinada bacia hidrográfica seja pautada no interesse da coletividade, isto é, a qualidade do meio ambiente como um todo, e não somente nos possíveis “custos” individuais que estas medidas irão acarretar a cada um dos grupos envolvidos. O sopesamento dos interesses públicos e privados em jogo deve ser levado em consideração, sob pena de uma recorrente prevalência de medidas benéficas individualmente aos *stakeholders* e prejudiciais às gerações futuras.

No que toca à gestão hídrica francesa, nota-se uma participação social muito mais sólida nos seus comitês de bacia do que em relação ao Brasil, sendo de relevo recordar que o modelo brasileiro inspirou-se principalmente neste exemplo⁵¹. Os comitês de bacia franceses, além de serem responsáveis pela elaboração dos planos de bacia hidrográfica são também encarregados de sua execução, atribuição esta que fortalece o papel da sociedade civil na política hídrica. No Brasil, entretanto, verifica-se uma função mais “esvaziada” destes órgãos colegiados, na medida em que eles aprovam os planos,

⁵¹ Jacobi, Pedro; Fracalanza, Ana Paula. op. cit. p. 44.

sem fiscalizarem ou mesmo exigirem, na prática, o atendimento das suas linhas.

Em outra vertente, tanto o formato francês quanto o brasileiro ainda estão bastante ligados a uma estrutura burocrática estatal centralizadora, a qual impede, muitas vezes, que importantes demandas sociais sejam, de fato, incorporadas nas tomadas de decisão referentes à gestão das águas. Como enfatizou Allain⁵², não se sabe, ao certo, qual o grau de participação e interferência que os comitês de bacia exercem no sistema de gerenciamento hídrico francês. A previsão normativa desta participação parece ser bastante promissora, mas, tal como no Brasil, é preciso tornar as letras de suas normas “vivas”.

A respeito da conjuntura brasileira, assinala-se que há certa ambiguidade na legislação hídrica, porque ao mesmo tempo em que abre espaços para a participação da sociedade civil (descentralização), pressupõe o acesso a informações técnico-científicas inacessíveis ao cidadão comum, o que limita o maior envolvimento da comunidade nesses espaços decisórios⁵³. A própria dinâmica dos comitês de bacia não tem conseguido impedir a manipulação de interesses pelo Executivo e, assim, prevenir que as relações de poder permaneçam e sejam trabalhadas e “negociadas” nesses círculos⁵⁴. Apesar de a PNRH estar completando vinte anos de vigência, seus instrumentos de operabilidade ainda estão longe de atenderem às pretensões participativas contidas no seu texto.

A governança da água consiste na constante interação entre governos, empresas, partidos políticos, organizações civis, representantes de interesses setoriais, ONGs e outros detentores de poder relevantes. Estes

⁵² op. cit. p. 100.

⁵³ Jacobi, Pedro; Fracalanza, Ana Paula. op. cit. p. 45.

⁵⁴ Ibid. p. 45.

atores devem envolver-se continuamente em debates e confrontos sociais e políticos sobre como a água e os serviços essenciais de água devem ser governados, por quem e para quem. Tais enfrentamentos estão no cerne do processo de governança democrática da água⁵⁵.

A governança da água representa a participação do Estado, da sociedade civil e empresas, com a tendência à descentralização, amplo acesso à informação e transparência nos processos decisórios. Como impactos positivos, destaca-se a possibilidade de os indivíduos desempenharem papéis mais substantivos e, simultaneamente, serem mais propensos a participar e desenvolver capacidades e conhecimentos locais⁵⁶. Por outro lado, a possível redução das atribuições do Estado pode reforçar desigualdades existentes entre os atores sociais envolvidos e diminuir a capacidade governamental de implementar políticas⁵⁷.

Nesse último ponto, sublinha-se que a governança da água requer o contínuo contrabalanceamento sobre os limites de interferência estatal nessas esferas de debate sobre a água, de modo que se evite que a plena descentralização impulse a hegemonia decisória de grupos detenham maior poder econômico. Ao passo que a governança da água está longe de ser efetivada mediante uma estrutura rígida estatal no condicionamento das discussões, planejamento e implementação dos instrumentos das políticas públicas hídricas.

A par dessas reflexões, respalda-se que a governança não é uma estratégia ou um esquema idealizado de interação entre atores idealizados. A maior proximidade da sua concretização não ocorre num vácuo social.

⁵⁵ Castro, José Esteban. op. cit. p. 107.

⁵⁶ Bredariol, Tomás de Oliveira; VINHA, Valéria Gonçalves da. Instituições e Governança Ambiental: uma revisão teórica. **Revista Iberoamericana de Economia Ecológica**, vol. 24, p. 153-162, 2015. p. 155

⁵⁷ Ibid. ibidem.

O caminhar até este horizonte depende diretamente da intensidade da participação social mobilizada nos contextos em que é buscada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A governança da água mobiliza os processos decisórios sobre os recursos hídricos para atores não estatais, razão pela qual a participação social é um pilar fundamental do seu conceito. Logo, a investigação dos aspectos participativos presentes no contexto de diferentes países auxilia na tarefa de analisar em qual estágio nos encontramos sob a perspectiva da governança.

Ao passo que os EUA adotam uma abordagem colaborativa de viés altamente democrático e horizontal, os modelos de gestão francês e brasileiro, muito embora prevejam importantes instrumentos participativos (comitês de bacias), mostram-se ainda amarrados à centralidade burocrática do Estado. Por outro lado, o alto nível de participação do formato norte-americano não impede que muitas decisões tomadas no âmbito das negociações entre os *stakeholders* sejam desprovidas de um caráter mais protetivo aos interesses coletivos, como o meio ambiente.

A Política Nacional de Recursos Hídricos brasileira insculpiu a intenção de desenvolver uma estrutura descentralizada, participativa e integrativa dos recursos hídricos a partir da gestão por comitês de bacias, órgão colegiado composto por membros da sociedade civil. Contudo, após 20 (vinte) anos da Lei n. 9.433/1997, muitos estados brasileiros sequer dispõem de comitês de bacias e, aqueles situados na Floresta Amazônica (Amazonas, Acre, Pará, Amapá), contam com apenas um comitê de bacia existente. Além disso, as experiências somadas nos últimos anos demonstram que esses arranjos colegiados acabam sendo marcados

essencialmente pela coordenação do Poder Público e pela prevalência de integrantes derivados das áreas técnico-científicas.

Vislumbra-se, assim, a necessidade dos sistemas de gerenciamento hídricos assimilarem os elementos da governança como um processo político altamente centrado na efetiva participação social. Caso contrário, correr-se-á o risco de permanecermos num eterno “andar em círculos” em termos de participação popular em instâncias de gestão de águas.

REFERÊNCIAS

ALLAIN, Sophie. “Social Participation in French Water Management: contributions to River Basin Governance and New Challenges”. In: Berry, Kate; Mollard, Eric. Social Participation in Water Governance and Management. Critical and Global Perspectives. London: Earthscan, 2010.

Brasil. Constituição Federal de 10 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

_____. Lei n. 6.398 de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=313>>

_____. Lei n. 9.433 de 8 de janeiro de 1997. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9433.htm>

BREDARIOL, Tomás de Oliveira; Vinha, Valéria Gonçalves da. “Instituições e Governança Ambiental: uma revisão teórica”. Revista Iberoamericana de Economía Ecológica, vol. 24, p. 153-162, 2015.

CASTRO, José Esteban. “Water Governance in the twentieth-first century”. Ambiente & Sociedade, v. X, n. 2, p. 97-118, 2007.

CAVALCANTI, Clóvis. “Economia e Ecologia: problemas da governança ambiental no Brasil”. Revista Iberoamericana de Economía Ecológica. vol. 1, 1-10, 2004. p. 1.

FINGER, Matthias; Ludivine, Tamiotti; Allouchem, Jeremy. The Multi-Governance of Water: Four Case Studies. Albany, NY: SUNY Press, 2006.

JACOBI, Pedro; Fracalanza, Ana Paula. “Comitês de bacias hidrográficas no Brasil: desafios de fortalecimento da gestão compartilhada e participativa”. Desenvolvimento e Meio ambiente, n. 11-12, p. 41-49, 2005.

_____; Barbi, Fabiana. “Democracia e Participação na gestão dos recursos hídricos do Brasil”. Revista Katalysis, v. 10, p. 237-244, 2007.

_____; Sinisgalli, Paulo Antônio de Almeida. “Governança Ambiental e Economia Verde”. Ciência & Saúde Coletiva, 17 (6), p. 1469-1478, 2012.

KENNETT, Patricia. “Global perspectives na governança”. In: Osborne, Stephen. The new public governance? Emerging perspectives on the theory and practice of public governance. New York: British Library, 2010.

LEITE, José Rubens Morato (coord.); et al. Manual de Direito Ambiental. São Paulo: Saraiva, 2015.

LEMOS, Maria Carmem; Agrawal, Arun. “Environmental Governance ». Rev. Environ. Resour, v. 31, p. 297-325, 2006.

MARANHÃO, Tatiana de Amorim. Governança Mundial e Pobreza. Do consenso de Washington ao consenso das oportunidades. 2009. 148f. Tese (Doutorado em

Sociologia). Universidade de São Paulo (USP), São Paulo. 2009.

MARTINS, Rodrigo Constante. “Sociologia da Governança Francesa das Águas”. Revista Brasileira de Ciências Sociais. Vol. 23, n. 67, 2008.

MAYNTZ, Renate. “El Estado y la sociedad civil en la gobernanza moderna”. Revista del CLAD Reforma y Democracia, n. 21, p. 7-22, 2001.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira; Jodas, Natália. “Pagamento por Serviços Ambientais (PSA) no Brasil e sua governança: experiências e reflexões”. In: Carli, Ana Alice de; Aydos, Elena; Avzaradel, Pedro C. S. (Org.). O Estado Regulador no cenário ambiental. 1ed. São Paulo: O Direito por um Planeta Verde, 2017, v. 1, p. 72-103.

ROGERS, Peter; Hall, Alan W. Effective Water Governance. Sweden: Global Water Partnership Technical Committee, 2003.

SABATIER, Paul A.; Will, Focht; Lubell, Mark; Trachtenberg, Zev; Vedlitz, Arnold; Matrlock, Marty. “Collaborative Approaches to Watershed Management”. In: Sabatier, Paul A., et al. Swimming Upstream. Collaborative Approaches to Watershed Management. Cambridge: The MIT Press, 2005.

SABATIER, Paul A.; Weible, Chris; Ficker, Jared. « Eras of Water Management in the United States: implications for Collaborative Approaches ». In: Swimming Upstream. Collaborative Approaches to Watershed Management. Cambridge: The MIT Press, 2005.

TRACHTENBERG, Zev; Focht, Will. “Legitimacy and Watershed Collaborations: The Role of Public Participation”. In: Sabatier, Paul A., et al. Swimming Upstream. Collaborative Approaches to Watershed Management.

Cambridge: The MIT Press, 2005.

TRUBEK, David; Trubek, Louise. “New governance & legal regulation: Complementarity, rivalry and transformation”. Columbia Journal of European Law, 2007. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=988065>>. Acesso em 27 de out. 2017.

WOLKMER, Maria de Fátima S; Pimmel, Nicole Freiberger. “Política Nacional de Recursos Hídricos: governança da água e cidadania ambiental”. Sequência (Florianópolis), n.67, p.165-198, dez.2013.

WORLD BANK. Governance and Development. Washington: The World Bank, 1992. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/1992/04/440582/governance-development>>. Acesso em: 08 de set. 2017

Impreso en:
ISOLMA. S.A.
(506)837988-27
jowasoma@gmail.com

Ahora bien, este gran libro "Derecho Ambiental del Siglo XXI", convoca y conjunta a una docena de los más lúcidos tratadistas de nuestro continente. Cada artículo de este libro es una provocación, una propuesta, un desafío intelectual y una señal cognitiva para otras de las muchas inteligencias hispano, luso, anglo y franco parlantes y autóctonas de nuestro hemisferio.

Otra ventaja de este libro donde también destacan las mujeres académicas magistrales, es que se puede leer desde cualquier artículo de interés nuestro, pues no lleva una relación angustiante de continuidad.

Ramón Ojeda Mestre



ISOLMA