

La construcción de un nuevo Derecho Ambiental

The building of a new Environmental Law

Néstor A. Cafferatta

En homenaje a Ramón Martín Mateo

SUMARIO: I. LA REVOLUCIÓN AMBIENTAL PENDIENTE. II. LOS ROSTROS DEL DERECHO AMBIENTAL. III. DERECHO DE LOS VULNERABLES. IV. LA PANDEMIA COVID 19. V. REPENSAR EL DERECHO. VI. LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO AMBIENTAL. VII. JERARQUIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS. VIII. EL NACIMIENTO DE UN DERECHO MÁS ALTO. IX. METAMORFOSIS COPERNICANA DEL PROCESO. X. EL PAPEL DEL JUEZ. XI. COLOFÓN.

RESUMEN: El derecho ambiental es un “signo de nuestra era” (JORDANO FRAGA). Es un derecho joven, que presenta una matriz revolucionaria, atípica, y huérfano de los casilleros clásicos del derecho. Es un derecho autónomo a la par que heterónimo. Un derecho transversal, “horizontal”, invasor, un nuevo derecho. “Herético, mutante y descodificante” (LORENZETTI). Tiene dos rostros. Es dual, bicéfalo o bifronte. Posee dos caras: “una que mira al pasado y otra hacia el futuro” (ALENZA). Es el “motor de cambio” de una nueva cultura jurídica. Es un derecho de incidencia colectiva, de pertenencia comunitaria, referido al bien colectivo ambiente. Es un derecho de los vulnerables, que iguala desiguales (que protege especialmente, a la naturaleza, un bien común escaso, en virtual colapso).- La pandemia COVID 19, una zoonosis, el “cisne negro ambiental” (LORENZETTI), que afecta de manera severa, por estas horas a la humanidad planetaria, plantea un enorme desafío o reto por demandas sociales de transformación, a la especialidad. Es necesario, en este contexto de emergencia sanitaria y de la salud pública, dar respuesta urgente a estos mega- problemas. El derecho ambiental no es un “convidado de piedra” de la pandemia.- Así, debemos repensar la caja de herramientas jurídicas que dispone el derecho en general, y en particular, del derecho ambiental, sobre la base de los principios del derecho ambiental, de precaución, prevención, equidad intergeneracional y responsabilidad, en defensa del funcionamiento y sostenibilidad de los ecosistemas,

Recibido: 30-6-2021

Aceptado: 30-9-2021

un enfoque eco céntrico o sistémico, dejando de lado el enfoque antropocéntrico o dominial clásico de base individualista, jerarquizar los principios y valores ambientales, frente al peligro de daño grave o irreversible, aun frente a la falta de certeza científica absoluta (principio precautorio), dando cabida al moderno principio de “in dubio pro natura”, para anticipar las barreras de defensa del ambiente, y evitar el deterioro ambiental, causante de estas zoonosis, que se repiten de manera crónica, en estos últimos cien años (SARS, MERS, ÉBOLA, GRIPE A, INFLUENZA entre otras epidemias).- Se destaca que el neo constitucionalismo de este tiempo (y el Derecho Privado Constitucional), da nacimiento a un derecho más alto, dotado de fuerza vinculante incluso para el legislador, cuya unidad radica en la Constitución, en un conjunto de principios y valores superiores (ZAGREBELSKY), del surgimiento de fenómenos de cambios copernicanos en la materia, de una jurisprudencia ambiental adoptada por los Superiores Tribunales de Justicia en el Derecho Comparado –en especial en los litigios climáticos- cargada de principios, y del papel activo del juez, en la defensa del ambiente.

PALABRAS CLAVES: El derecho ambiental. Revolución ambiental. Derecho herético. Nuevo derecho. Dos rostros. Motor de cambio. Nueva cultura jurídica. Enfoque eco céntrico. Neo constitucionalismo. Nacimiento de un derecho más alto. Jurisprudencia de principios y valores

ABSTRACT: Environmental law is a “sign of our era” (JORDANO FRAGA). It is a young law, which presents a revolutionary matrix, atypical, and orphan of the classic boxes of law. It is an autonomous right as well as heteronomous. A transversal, “horizontal”, invasive right, a new right. "Heretic, mutant and decoder" (LORENZETTI). It has two faces. It is dual, two-headed or two-faced. It has two faces: "one that looks to the past and the other to the future" (ALENZA). It is the "engine of change" of a new legal culture. It is a right of collective incidence, of community membership, referring to the collective good of the environment. It is a right of the vulnerable, which equates unequal (which especially protects nature, a scarce common good, in virtual collapse).

The COVID 19 pandemic, a zoonosis, the “environmental black swan” (LORENZETTI), which severely affects planetary humanity at this time, poses an enormous challenge or challenge of transformation, to the specialty, due to social demands. It is necessary, in this context of sanitary and public health emergency, to give an urgent response to these mega-problems. Environmental law is not a "stone guest" of the pandemic.

Thus, we must rethink the box of legal tools available to law in general, and environmental law in particular, based on the principles of environmental law, precaution, prevention, intergenerational equity and responsibility, in defense of opera-

tion and sustainability. of ecosystems, an ecocentric or systemic approach, leaving aside the anthropocentric or classical dominance approach of individualistic basis, prioritizing environmental principles and values, in the face of the danger of serious or irreversible damage, even in the face of the lack of absolute scientific certainty (principle precautionary), giving place to the modern principle of "in dubio pro natura", to anticipate the barriers of defense of the environment, and avoid environmental deterioration, causing these zoonoses, which are repeated chronically, in the last fifty years (SARS, MERS, GRIPE A, EBOLA, among other epidemics).

It is highlighted that the neoconstitutionalism of this time (and Constitutional Private Law), gives birth to a higher right, endowed with binding force even for the legislator, whose unity lies in the Constitution, in a set of higher principles and values (ZAGREBELSKY), the emergence of two phenomena of Copernican changes in the matter, of an environmental jurisprudence adopted by the Superior Courts of Justice in Comparative Law - especially in climate litigation - loaded with principles, and the active role of the judge, in the defense of the environment.

KEY WORDS: Environmental law. Environmental revolution. Heretical law. New right. Two faces. Change engine. New legal culture. Ecocentric approach. Neoconstitutionalism. Birth of a higher right. Jurisprudence of principles and values.

I. LA REVOLUCIÓN AMBIENTAL PENDIENTE

Jesús Jordano Fraga¹ explica que “el derecho ambiental es un signo de nuestra era. El Derecho suele reflejar fielmente las preocupaciones de la humanidad y es por esa elemental razón que el Derecho ambiental existe y ha alcanzado su desarrollo actual”.

El Derecho Ambiental, como especialidad, con poder de irradiación, es el motor de cambio copernicano axiológico de una revolución jurídica, es una disciplina de vanguardia, portador de una nueva cultura jurídica.

Es la “punta de lanza” de las nuevas fronteras por conquistar.

El Derecho Ambiental es heteróclito².

Está huérfano de los casilleros clásicos del derecho.

¹ JORDANO FRAGA, Jesús: “El futuro del Derecho Ambiental”.

https://huespedes.cica.es/gimadus/24/01_el-futuro_del_derecho_medioambiental.html

² LOZANO-HIGUERO PINTO, Manuel: “Intereses difusos y protección del patrimonio cultural en el Derecho Español”, p. 393, en obra colectiva “La Legitimación”, en homenaje a Lino PALACIO, bajo la dirección de Augusto MORELLO, Abeledo- Perrot, 1996. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo, “Sobre el concepto de intereses de grupo, difusos y colectivos”, L.L, 1997-F-1142.

Es una especialidad frente al tradicional arsenal jurídico, lozana, desafiante, “revolucionario” – según el legado intelectual de las enseñanzas imperecederas de Ramón Martín Mateo³.

Presenta una matriz de base, que tiene características tan singulares, que probablemente sea la disciplina o rama autónoma del derecho, que presenta menor identidad común de la ciencia jurídica. Se podría afirmar que está en los límites mismos del derecho. Es por ello que comparte principios de equidad intergeneracional e intrageneracional, y de solidaridad, con la moral (de allí la importancia de la ética ambiental), incluyendo el paradigmático, principio precautorio⁴, y con los derechos humanos, que nutren buena parte de sus nuevos principios - por ejemplo, la buena fe y transparencia, principio de no regresión o principio de progresividad, máxima publicidad, rendición de cuentas, conforme el Acuerdo de Escazú⁵ de acceso a la información, participación y justicia ambiental, aprobado por la ley Argentina 27566, artículo 3º, y que entrara en vigor el 22/04/2021 para la región de América Latina y el Caribe -, y con numerosas ciencias de la naturaleza, que están en la base misma de la problemática ecológica.

Ramón Martín Mateo⁶, califica la ética como un *prius* del Derecho Ambiental, “para que pueda adoptarse un Derecho Ambiental adecuado es presupuesto indispensable que haya sido asumida previamente por la comunidad implicada una Ética Ecológica”. Este mismo jurista, destaca la relación del derecho ambiental con las ciencias de la Naturaleza, la física, química, biología, y otras ciencias sociales, como la ciencia económica. El desarrollo sostenible, el macro fin del derecho ambiental, es

³ MARTÍN MATEO, Ramón, “La Revolución ambiental pendiente”, Universidad de Alicante, 1999, publicado y disponible en la biblioteca Virtual Miguel de Cervantes-, véase del mismo autor, “El hombre: una especie en peligro”- Campomanes SL, 1993, maleable y diferente, porque se renueva permanentemente.

⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: “El principio de precaución en un documento de la UNESCO”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anticipo de Anales- Año L, Segunda Época, N° 43, La Ley, Buenos Aires, 2006. Informe del grupo de expertos sobre el principio de precaución, aprobado por el COMEST (World Comisión on the Ethics of Scientific Knowledge and Technology), en Febrero, 2005. Que definió el principio precautorio con la siguiente fórmula: Cuando la actividad humana puede conducir a un daño moralmente inaceptable que es científicamente plausible pero incierto, diversas medidas pueden ser tomadas para evitar o disminuir la posibilidad de ese daño.

⁵ CAFFERATTA, Néstor A. “El debido proceso ambiental en el Acuerdo Regional de Escazú”, p. 233, en obra colectiva: “ESCAZÚ. Hacia la democracia ambiental en América Latina”. Universidad Nacional del Litoral. PRIEUR, Michel- SOZZO, Gonzalo- NÁPOLI, Andrés, 2020. Edición digital. “Los principios del Convenio de Escazú”. SJA 02/12/2020, 3. JA 2020-IV. AR/DOC/3747/2020RC D 3329/2020. “Ley 27566 'Acuerdo de Escazú' garantías para la implementación de la justicia ambiental”. Rubinzal Editores. Servicio on line.

⁶ MARTÍN MATEO, Ramón, (“La Revolución ambiental pendiente”: 1999).

una propuesta de síntesis, entre la economía y la ecología, sin olvidar la dimensión social de su formulación.

Es una novísima rama del derecho, de carácter dinámica, inasible y cambiante. Por ello, Ricardo Lorenzetti, sostiene que el derecho ambiental es “herético, mutante y descodificante”⁷; y señala que la cuestión ecológica, desde el punto de vista cultural, superadas las etapas iniciales, de tipo simbólica o retórica, la primera, y analítica, la segunda, estamos inmersos en la etapa paradigmática (del paradigma ambiental), que influye sobre todos los aspectos de la construcción jurídica.

No se debe perder de vista que se trata de un “nuevo derecho” (Constitución Argentina, 1994), un *tertium genus*, un derecho “híbrido” – “de cuerpo privado y alma pública”⁸: que marcha a la cabeza de una transformación en el fondo y en las formas de la ciencia del derecho.

Que simultáneamente es un derecho heterónomo, que presenta características transversales u horizontales (Priour), “penetra y se solapa entre todas las disciplinas clásicas del derecho” (Fuenzalide), es un “derecho invasor” (Mosset Iturraspe⁹), insurgente o contestatario (Benjamín¹⁰). A la par que es una rama autónoma del derecho, porque dispone de objetivos o valores propios (art. 2º ley 25675 General del Ambiente), principios, criterios, fundamentos propios (art. 4 y 5 ley 25675 General del Ambiente; art. 3 ley 27566 Escazú), un arsenal de herramientas, medios, instru-

⁷ LORENZETTI, Ricardo “Teoría del Derecho Ambiental”, La Ley, 2008, p. 2.

⁸ GOZAÍNI, Osvaldo: “La legitimación para obrar y los Derechos Difusos”, JA. 1996-IV-843. “Legitimación y representación en la defensa de los derechos colectivos”, p. 153, en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley, Año XIV, Número 9, septiembre 2012.

VALENZUELA FUENZALIDE, Rafael: “Hacia un concepto de derecho ambiental”, AyRN- Volumen III N° 2- abril-junio 1986- p.112.

⁹ MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Como contratar en una economía de mercado”. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1996. “El daño ambiental en el derecho privado”, de la obra colectiva “El daño ambiental”, TºI, Rubinzal- Culzoni Editores, 1999.

¹⁰ BENJAMÍN, Antonio H. ¿Derechos de la naturaleza?, p. 31, en obra colectiva “Obligaciones y contratos en los albores del Siglo XXI”, homenaje al Profesor Doctor Roberto LOPEZ CABANA, bajo la Dirección de Oscar Ameal, y la coordinación de Silvia Tanzi, Abeledo- Perrot, 2001. “A implementação do direito ambiental no Brasil”, RDA N° 0, Noviembre 2004, p. 109, Lexis Nexis. “Objetivos del Derecho Ambiental”, p. 57, en “El futuro del Control de la Polución y la Implementación Ambiental”, Congreso Internacional de Derecho Ambiental 5, Sao Paulo, 2001. “Medio ambiente y Constitución, una primera abordaje”, p. 89, en “Diez años de eco 92’: El derecho al desarrollo sustentable”, Congreso Internacional de Derecho Ambiental Sao Paulo 6-2002. “El estado teatral y la implementación del derecho ambiental”, p. 335, en “Derecho, Agua y Vida”, Congreso Internacional de Derecho Ambiental Sao Paulo 7, 2003. “O Meio Ambiente na Constituição Federal de 1988”, p. 363, en “Desafios do Direito Ambiental no Século XXI”. Estudos em homenagem a Paulo Afonso Leme Machado, Malheiros Editores, Sao Paulo, Brasil, 2005. “Fundamentos conceptuales del derecho ambiental”, RDA 46 abril/ junio 2016, p. 1, Abeledo- Perrot. Teoría General del derecho ambiental braisleteo. Una contribución biocéntrica. Porto Alegre 2008, tesis de curso de doctorado del programa de pos graduación de la Facultad Federal de Rio Grande do Sul.

mentos e institutos (artículo 8 ley 25675, artículos 27 y siguientes ley 25675 General del Ambiente), diferenciados, de singular formación, y especialidad.

II. LOS ROSTROS DEL DERECHO AMBIENTAL

Posee “Cien caras” (Ojeda Mestre¹¹).

Es bifronte, dual, por donde quiera que se lo vea: es por un lado, derecho personalísimo, derecho humano, fundamental (Knox), pero que se aloja indistintamente, en los llamados intereses difusos, “rebautizados” por la Constitución Argentina con la Reforma de 1994, en su artículo 43, como “derechos de incidencia colectiva”, - familia a la cual pertenece - pero asimismo es objeto de derechos individuales, propios, fragmentarios, o diferenciados, de derechos subjetivos clásicos, o intereses legítimos.

Tiene una visión “diacrónica” - Ramón Ojeda Mestre¹² -, posee dos caras, como el Dios Jano: una mirando hacia el pasado y otra hacia el futuro¹³. El derecho ambiental aloja sujetos de derecho atípicos, uno de ellos colectivos, como las generaciones futuras¹⁴ o las comunidades originarias (pueblos indígenas), o desde el punto de vista del “Constitucionalismo Andino” – Ecuador, Bolivia, Venezuela -, la naturaleza o la pacha mama, que nos obliga a repensar por ejemplo, en “el otro” en el derecho de daños - Miguel Federico De Lorenzo¹⁵,

Podría llegar a afirmarse que es el “anverso” y el “reverso”, las dos caras de una misma moneda, en relación a la “Era Tecnológica”¹⁶, “Tercera Ola”¹⁷, “Era Atómica”, “Sociedad del Riesgo”¹⁸, o de la “Sociedad líquida” del sociólogo

¹¹ OJEDA MESTRE, Ramón: “Las cien caras del derecho ambiental”, Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental, ISSN-e 1576-3196, N° 12-13, 2005

¹² OJEDA MESTRE, Ramón, Medio Ambiente Medio Ambiente & Derecho: N° 12-13, 2005

¹³ ALENZA, José, “Principios clásicos para la nueva era del derecho ambiental”, Cap. I, en obra colectiva “Viejos y nuevos principios del derecho ambiental”, bajo la dirección de Blanca SORO MATEO y Jesús JORDANO FRAGA, coordinado por Santiago ÁLVAREZ CARREÑO, Tirant lo Blanch, Valencia 2021, p. 11.

¹⁴ PERETTI, Enrique- CAFFERATTA, Néstor “Las generaciones futuras”, Revista de Derecho Ambiental N° 62, p. 3. Abril/ Junio 2020.

¹⁵ DE LORENZO, Miguel Federico, El principio de no dañar al “otro”, en “Presente y futuro de la responsabilidad civil”, p. 147, Universidad Alberto Hurtado, Actas de Congreso Nacional de 3 y 4 de noviembre de 2016, Santiago de Chile, Thomson Reuters. Repensar al otro: reflexiones sobre derecho civil. RCYS, 2019-VI, p.

¹⁶ MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N., “La Responsabilidad Civil en la Era Tecnológica”, Abeledo-Perrot, 1997

¹⁷ TOFFLER, Elvin, “La Tercera Ola”, Plaza Janes, 1979.

¹⁸ BECK, Ulrich “La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad”, Paidós Ibérica, Barcelona, 1998.

Zigmund Bauman¹⁹ (autor de la magnífica obra “Tiempos líquidos. Vivir en una época de incertidumbre”, Ensayo Tus Quets Editores, 2009), incluyendo a las revoluciones científicas más sofisticadas de última generación, como la que marca la aparición por ejemplo, de la nanotecnológica, ciencias de la vida, del conocimiento del genoma humano²⁰, a las que persigue, con afán de dar seguridad, o sustentabilidad a estas actividades de desarrollo humano.

No porque se opone al progreso de la sociedad, en términos de mejora de la calidad de vida, salud, en la información, o conocimiento de la naturaleza, sino porque pretende establecer mecanismos de garantías para la perdurabilidad del mismo.

Así, por ejemplo, se dijo que el daño ambiental es una expresión “ambivalente” (Jorge Bustamante Alsina)²¹, designa dos categorías o clases de daños:1) el daño ambiental colectivo, daño genérico, que se refiere al “daño al ambiente en sí mismo” (Gabriel Stiglitz)²² o “daño ecológico puro” (Gomis Catalá)²³, que ataca el patrimonio de la comunidad o de amplios sectores de la misma, en el que se habla de la figura del “afectado”; y “de rebote”; 2) el daño ambiental individual, que agravia el patrimonio individual, propio, que es el daño a la persona y sus bienes por alteración del ambiente, que se identifica con la figura del damnificado directo o particular damnificado.

El primero, da derecho a acciones típicas de cesación, prevención, mitigación o recomposición del daño ambiental colectivo, mientras que el segundo supuesto, más clásico en el sistema de la responsabilidad civil, da derecho al resarcimiento²⁴.

¹⁹ BAUMAN, Sigmunt “Tiempos líquidos. Vivir en una época de incertidumbre”, Ensayo Tus Quets Editores, 2009),

²⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Genoma humano y derechos fundamentales”, JA, 2003-III, fascículo n. 4, p. 43),

²¹ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge: “La responsabilidad colectiva en el resarcimiento de daños”, LL, 142-976. “Responsabilidad Civil por daño ambiental”, LL. 1994-C-1052. “Derecho Ambiental. Fundamentación y Normatividad”, Abeledo-Perrot, año 1995, p. 45.

²² STIGLITZ, Gabriel: “Responsabilidad Civil por Contaminación del Medio Ambiente”, LL. 1983-A-Sección Doctrina, p. 782; “La responsabilidad civil. Nuevas formas y perspectivas”, Editorial La Ley, 1984. “Pautas para un sistema de tutela Civil del Ambiente”, A y RN, Volumen II, N° 2, Julio-Septiembre, año 1985.

²³ GOMIS CATALÁ, Lucía. Responsabilidad por daños al medio ambiente. Aranzadi Editorial. Pamplona. España. 1998.

²⁴ Que en este estado de la causa corresponde al Tribunal delimitar las pretensiones con precisión a fin de ordenar el proceso, debiendo a esos fines, distinguirse dos grupos: la primera reclamación se refiere al resarcimiento de la lesión de los bienes individuales, cuyos legítimos activos reclaman por el resarcimiento de los daños a las personas y al patrimonio que sufren como consecuencia indirecta de la agresión al ambiente. La presente causa tendrá por objeto exclusivo la tutela del bien colectivo. en tal sentido tiene prioridad absoluta la prevención del daño futuro, ya que según se alega en el presente se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación. En segundo lugar, debe perseguirse la recomposición de la contaminación ambiental ya causada conforme a los mecanismos que la ley prevé, y finalmente, para el supuesto de daños irreversibles, el resarcimiento. “Mendoza, Beatriz S. y otros c/ Estado Nacional y otros

El derecho ambiental, es según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, “un derecho de incidencia colectiva referido al bien colectivo ambiente” o a alguno de sus elementos que lo integran (el agua, la flora, fauna, bosques, glaciares, paisaje, biodiversidad, suelo). El derecho ambiental “es un derecho de pertenencia comunitaria, referido a un “bien colectivo”, de uso común e indivisible” (Fallos 340:1695, 01/12/2017, “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas; F. 342:917, 04/06/2019, “Barrick Exploraciones Argentinas S.A y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”; F. 342:2136, 03/12/2019, “Buenos Aires, Provincia de c/ Santa Fe, Provincia de s/ sumarísimo- derivación de aguas).

Los bienes colectivos, son los “bienes comunes”²⁵.

El ambiente, dijo la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en estos mismos precedentes, “no es para la Constitución Nacional un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible, tal como aquello que responde a la voluntad de un sujeto que es su propietario”.

Se trata de un derecho que se ubica en la “esfera social de los individuos” (Fallos 326:2316, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios derivados de la contaminación ambiental del río Matanza Riachuelo, 20/06/2006).

Un derecho comunitario o supra individual, impersonal o indiferenciado, que se aloja en los intereses generales. Una calificada doctrina, entiende que el derecho ambiental es un derecho humano “de tercera generación”: basado en la solidaridad, la paz, y la cooperación. O de “cuarta generación” (Morello, Lorenzetti, Bidart Campos) en cuanto encierra derechos intergeneracionales, o tiene como bien jurídico tutelado, la calidad de vida.

III. DERECHO DE LOS VULNERABLES

Es un derecho que “iguala desiguales”, iguala al “hombre del pueblo” (Constitución del Brasil, art. 225), de la colectividad con los centros de poder político y económico²⁶

s/ Daños y Perjuicios (Daños Derivados de la Contaminación Ambiental del Río Matanza- Riachuelo) - M. 1569. XI. ORIG. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20/06/2006 – Fallos: 326:2316

²⁵ SOZZO, Gonzalo: “Proteger los bienes comunes como función del Derecho privado. La necesidad de herramientas que incluyan las acciones de clase”. LL, 12 de mayo de 2018, p. 1.

²⁶ MORELLO, Augusto M- HITTERS, Juan Carlos- BERIZONCE, Roberto: “La defensa de los intereses difusos”, JA, 1982-IV-700.

En ese sentido, el derecho ambiental protege a los vulnerables, de la relación jurídica, a los sectores más pobres de la sociedad (los “parias ambientales”, como los denominara el notable Juez del Brasil, Antonio H. Benjamin, en la causa Ajax).

Prueba de ello, es el Acuerdo de Escazú, que incluye en su normativa, una pluralidad de reglas relativa a la cuestión de la asimetría (protección del vulnerable, de aquel que tiene especial dificultad para acceder a los derechos ambientales).

El derecho ambiental, es un derecho esencialmente tuitivo o protectorio, de allí que como lo dijo la Corte Argentina, la interpretación de la doctrina debe efectuarse desde una moderna concepción de las medidas necesarias para la protección del ambiente (Fallos 339:142, 23/02/2016, in re “Cruz, Felipa y otros c/ Minera Alumbra LD y otros s/ sumarísimo”), que fortalece, defiende o refuerza la situación de todos aquellos “débiles” del derecho. Por lo demás, el ambiente, la naturaleza, es un bien colectivo, escaso, finito, en crisis o colapso, que necesita de la defensa jurídica.

Mario Valls decía que el derecho ambiental es un derecho que cumple una función “correctiva”, de deficiencias de los derechos clásicos. La desigualdad de recursos, técnicos y económicos, que caracteriza la situación inicial del caso ambiental, debe corregirse, mediante mecanismos jurídicos de igualdad material, no solo formal. De allí que en muchos casos se recurra al beneficio de litigar sin gastos, y se predique la necesidad que los costos del litigio sean reducidos o bajos.

El profesor Owen Fiss²⁷, detectó esta cuestión, cuando calificó al litigante habitual, litigante acostumbrado a actuar en sede judicial, por disponer asimismo de mayores capacidades económicas y jurídicas (con equipos de abogados y técnicos auxiliares), como aquel “litigante profesional”, y destacó la existencia de una asimetría con aquel que litiga ocasionalmente, o en forma accidental, frente a una problemática supraindividual o comunitaria, referida al bien colectivo ambiente, indivisible y común, cuando lo envuelve, de manera compartida, indiferenciada o impersonal.

IV. LA PANDEMIA COVID 19

Hemos dicho que el derecho ambiental no es un “convidado de piedra” de la pandemia provocada por el coronavirus (COVID 19).

Que como lo enseña Ricardo Lorenzetti, es el “cisne negro” ambiental²⁸, porque la cuestión de esta dramática zoonosis, nos indica que el ser humano no debe

²⁷ FISS, Owen: “El derecho como razón pública”. Marcial Pons. 2007.

²⁸ LORENZETTI, Ricardo: “La salud humana y la salud de la naturaleza”, columna de opinión publicada en Infobae el 26/04/2020

comportarse de manera tan desaprensiva con respecto al cuidado del medio ambiente.

Finalmente, el COVID 19 plantea un nuevo desafío a la especialidad.

El derecho ambiental no está ajeno a las causas que provocan esta pandemia. Todo indica que se trata de una nueva “zoonosis”, producida por un “salto” del virus que produce el contagio de la fauna silvestre al hombre.

La protección del ambiente, la alimentación segura, el consumo sustentable, deben ser herramientas de evitación de este tipo de situaciones, globales. En definitiva, son producto de un desarreglo de la conducta humana en relación al ambiente.

El cambio climático, la desertificación, la pérdida de especies en peligro de extinción, la crisis del agua, deshielo de los glaciares, el desmonte, la pérdida de los bosques nativos, el avance de la frontera agrícola sin límites, y del urbanismo desarreglado, son entre otras, algunas de las cuestiones que golpean el ambiente planetario, que al mismo tiempo, se degrada y deteriora, se contamina, por doquier.

De manera que, si la actividad antrópica no respeta las leyes ecológicas, si la actividad humana -en la llamada “Era del Antropoceno”²⁹, modifica las leyes organizativas del ecosistema, la naturaleza, tarde o temprano, “habla”³⁰ se toma “revancha”, como “eco”, adaptándose a la nueva agresión, introduciendo condiciones de vida, que finalmente son hostiles para la sociedad humana que lo habita, y que paradójicamente, provocó este cambio negativo. El “salto” del virus COVID 19, se produce de la fauna silvestre a los seres humanos, por el consumo de murciélagos o pangolín, según las teorías más aceptables de la causa de la epidemia.

Este desarreglo de la conducta social, por una alimentación que no es sana, conduce al peor escenario mundial de la historia de los últimos siglos, con la irrupción del SARS 2 COVID 19, una dura realidad, que se mide en términos estadísticos, por la cantidad de muertes, y contagios de una enfermedad, con serios trastornos en la salud.

V. REPENSAR EL DERECHO

A consecuencia de estos contagios masivos, debemos repensar cuáles son las respuestas o herramientas jurídicas que dispone el derecho en general, no solo para controlar la expansión de la epidemia, sino también para prevenir la continuidad del

²⁹ HARARI, Yuval Noah, “De animales a Dioses. Breve historia de la humanidad”, 13ª edición, Debate, 2018, p. 90-

³⁰ GOLDENBERG, Isidoro H., “Reflexiones acerca del futuro del hombre en la sociedad tecnológica”, en *Crítica de Legislación y Jurisprudencia*, 1972, año IV, N° 8.

virus, lo que implica la necesidad de trabajar sobre las causas o condiciones que la generan.

Raúl Brañes³¹ definía el derecho ambiental como un conjunto de normas jurídicas que, regulan las conductas humanas que pueden influir de una manera relevante en los procesos de interacción que tienen lugar entre los sistemas de los organismos vivos y sus sistemas de ambiente, mediante la generación de efectos de los que se esperan una modificación significativa de las condiciones de existencia de dichos organismos. Ricardo Lorenzetti, dice que debemos tomar en consideración la “interface” que existe entre la actividad humana y la naturaleza.

Este derecho, como la mayoría de los “nuevos derechos”, - como el derecho del consumidor y del usuario, el derecho contra la discriminación social, el derecho a la libre competencia, los derechos de género, entre otros, es de naturaleza mixta, está cargado de principios y valores, imbuido de ideales de cambios del sistema, lo que implica la necesidad de producir profundas mutaciones metodológicas y epistemológicas en institutos clásicos del derecho, los que están en ebullición o cambio, a partir del surgimiento de la “cuestión ecológica”, como la teoría de las normas, de los bienes, función ecológica de la propiedad, de los sujetos de derecho, de la teoría del acto jurídico, de los contratos, la teoría del daño y de la responsabilidad³², y finalmente, teoría de las decisiones judiciales.

El “enclave” de determinación de la especialidad, son los bienes y valores colectivos, según lo destacan, Ricardo Lorenzetti- Pablo Lorenzetti³³

La Corte Suprema de Justicia, ha producido una serie de sentencias relevantes en la especialidad, poniendo el acento en un cambio de paradigmas jurídicos en relación a la materia (por ejemplo, en la regulación del agua), adoptando un enfoque eco céntrico o sistémico, dejando de lado el enfoque antropocéntrico o dominial clásico, de carácter individualista (Fallos 340:1695; Fallos 342:917; Fallos 342:2136).

Gonzalo Sozzo³⁴, enseña que estamos inmersos en la etapa del derecho privado ambiental, destacando el “giro ecológico del derecho privado”. En tanto que desde

³¹ BRAÑES, Raúl “El desarrollo del derecho ambiental latinoamericano y su aplicación”, PNUMA, 2001. “Manual de Derecho Ambiental mexicano”, Efe, México, 2004. “El Derecho para el Desarrollo Sostenible en la América Latina de nuestros días”, p. 17, Revista de Derecho Ambiental, publicación del Centro de Derecho Ambiental Facultad de Derecho Universidad de Chile, Año II, N° 2, marzo 2006.

³² CAUMONT, Arturo: “Los aportes ius ambientalistas en la categorización del daño”, LL, 2013-D,925.

³³ LORENZETTI, Ricardo- Lorenzetti, Pablo: “Derecho Ambiental”, Rubinzal- Culzoni, 2018, “El bien jurídico ambiental”, p. 82.

³⁴ SOZZO, Gonzalo C., “Derecho Privado Ambiental. El giro ecológico del Derecho Privado”, Rubinzal Culzoni, 2019, p. 19,

otro punto de vista, pero concurrente con estas ideas, con Enrique Peretti³⁵, ponemos el acento en la necesidad urgente de adoptar una visión solidaria, y sustantiva de la sostenibilidad.

No debemos perder de vista que como lo dijo el Superior Tribunal de Justicia de Argentina, la Constitución Nacional tutela al ambiente de modo claro y contundente y la Corte Suprema Argentina, ha desarrollado esa cláusula de un modo que permite admitir la existencia de un componente ambiental del Estado de Derecho (F. 339:515; 26/04/2016, “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c/ Santa Cruz, Provincia de y otro s/ amparo ambiental).

En esta línea de pensamiento, debe destacarse los resultados del “Congreso Mundial de Derecho Ambiental” de UICN, realizado en Río de Janeiro, R.F del Brasil, del 26/04/2016 al 29/04/2016, que postula promover el “Estado de Derecho Ambiental”, como base legal para la justicia ambiental, reconociendo el valioso aporte de los principios de derecho ambiental para el desarrollo progresivo de políticas y regímenes jurídicos orientados a la conservación y el uso sostenible de la naturaleza en todos los niveles de gobernanza, basados en el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales de las generaciones presentes y futuras.

Se destaca en ese mismo documento final, que el estado de derecho en materia ambiental debe servir para promover la ética y lograr la justicia ambiental, la integridad ecológica de la Tierra y un futuro sostenible para todos, incluidas las generaciones futuras, tanto a nivel local, como nacional, sub- nacional, regional e internacional.

VI. LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO AMBIENTAL

En ese sentido, debemos analizar los fundamentos del derecho ambiental.

Antonio H. Benjamín³⁶, señala enfáticamente, que el derecho ambiental de nuestro tiempo, está basado en tres “ideas fuerza”: 1) la función ecológica de la propiedad; 2) el carácter propter rem de las obligaciones ambientales; 3) la inexistencia de derechos adquiridos para contaminar o degradar el ambiente; y 4) en el principio in dubio pro natura.

Cabe recordar que el notable procesalista, Augusto M. Morello³⁷, enseñaba que los “arbotantes” de esta época son: 1) la constitucionalización de los derechos

³⁵ CAFFERATTA, Néstor A- PERETTI, Enrique, “Nuevos desafíos del derecho ambiental. La solidaridad y la sustentabilidad como pilares del derecho ambiental”, Rubinzal- Culzoni, 2019.

³⁶ BENJAMÍN, Antonio Herman, “Fundamentos conceptuales del derecho ambiental”, Revista de Derecho Ambiental N° 46, Marzo- Junio de 16, Abeledo- Perrot, p. 1.

³⁷ MORELLO, Augusto M. “El nuevo horizonte del derecho procesal”, Rubinzal- Culzoni, 2005.

(neo constitucionalismo); 2) la importancia de los derechos transnacionales (Derecho Latinoamericano); 3) el triunfo del modelo de acceso a la justicia, de la Escuela de Mauro Cappelletti (en la “Era de las Legitimaciones”); 4) la irrupción de los nuevos derechos, de pertenencia comunitaria, supraindividual, referidos al “bien colectivo” o común, ambiente o a los intereses individuales homogéneos; y 5) la consolidación de los derechos fundamentales (Derecho internacional de los Derechos Humanos) entre otros fenómenos cambiantes.

Cuando vemos lo que pasó con el Acuerdo de Escazú (ley 27566) – véase los estudios de Michel Prieur, Gonzalo Sozzo, Andrés Nápoli, publicados por la Universidad Nacional del Litoral³⁸, y los trabajos de Jorge Franza, Silvana Terzi, publicados

³⁸ “Escazú: Hacia la democracia ambiental en América Latina”. Obra colectiva. Universidad Nacional del Litoral. PRIEUR, Michel- SOZZO, Gonzalo- NÁPOLI, Andrés, 2020. Edición digital. Acuerdo de Escazú: pacto para la economía y democracia del siglo XXI Carlos de Miguel (CEPAL) / 20 Principio 10: de Río 92 a Río+20. América Latina y el Caribe. ¿Qué 20 años no es nada? María Eugenia DI PAOLA, PNUD-UBA, y María Laura CASTILLO DÍAZ, UBA (Argentina) / 35 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 Caribe Isabel DE LOS RÍOS, Universidad Central de Venezuela (Venezuela) / 46 PARTE 2. Después de 20 años de experiencia de la Convención de Aarhus de 1998 La hipótesis del efecto horizontal de la Convención de Aarhus Gérard MONÉDIAIRE, Profesor Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Limoges (Francia). CRIDEAU-OMIJ. Miembro de la organización CIDCE / 59 El Acuerdo de Escazú a la luz de la experiencia del Convenio de Aarhus Jerzy JENDROŠKA, Universidad de Opole (Polonia). Miembro del Comité de Cumplimiento del Convenio de Aarhus / 71 El aporte del Comité de Cumplimiento de la Convención de Aarhus Julien BÉTAILLE, Université Toulouse 1 Capitole (Francia) / 84 La participación de la Unión Europea en la Convención de Aarhus Nathalie HERVÉ-FOURNEREAU, Universidad de Rennes (Francia) / 98 Acuerdo de Escazú PARTE 3. Escazú: el primer acuerdo multilateral ambiental de América Latina y el Caribe La importancia del Acuerdo de Escazú John H. KNOX, ex Relator Especial sobre derechos humanos y medio ambiente, Universidad de Wake Forest, Carolina del Norte (Estados Unidos), y Valeria TORRES, CEPAL / 121 Escazú como expresión vínculo entre derechos humanos y ambiente Marcos ORELLANA, Relator Especial sobre la gestión de sustancias y desechos peligrosos de la ONU / 128 El aporte de la sociedad civil al Acuerdo de Escazú. Nuevas formas para la negociación internacional Andrea SANHUEZA, representante electa del público en el Acuerdo de Escazú (Chile), y Andrés NÁPOLI, representante electo del público en el Acuerdo de Escazú, FARN (Argentina) / 142 Impacto del Acuerdo de Escazú frente a la conflictividad socioambiental Daniel BARRAGÁN, Universidad de Los Hemisferios (Ecuador) / 154 PARTE 4. Los aspectos sustanciales del Acuerdo de Escazú. Los principios del Acuerdo de Escazú El Acuerdo de Escazú y la consagración de los principios de progresividad y no regresión Mario PEÑA CHACÓN, Universidad de Costa Rica / 163 Visión de Latinoamérica y el Caribe sobre democracia ambiental Constance NALEGACH ROMERO, negociadora principal de Chile para el Acuerdo de Escazú (Chile) / 180 El derecho de acceso a la información ambiental en el Acuerdo de Escazú Paulo Affonso LEME MACHADO, Universidad Metodista de Piracicaba (Brasil) / 189 Los instrumentos de acceso a la información incorporados en el Acuerdo de Escazú y su posible impacto en América Latina y el Caribe Danielle ANDRADE, representante electa del público para el Acuerdo de Escazú (Jamaica) / 200 La elaboración participativa de normas y decisiones regulatorias generales Gonzalo SOZZO, Universidad Nacional del Litoral (Argentina) / 211 Acuerdo de Escazú Los mecanismos de participación previstos en el Acuerdo de Escazú Aníbal FALBO, Universidad Nacional de La Plata (Argentina) / 218 El acceso a la justicia en materia ambiental en Brasil. ¿Qué aportes surgieron a partir del Acuerdo de Escazú? José Antônio TIETZMANN E SILVA, PUC Goiás, Universidade Federal de Goiás (Brasil) / 227 El debido

en la Revista de Derecho Ambiental, de Abeledo Perrot, Aníbal Falbo³⁹ en Revista Jurídica La Ley, y en el Derecho Comparado, Zlata Drnas de Clément, Juste Ruiz, entre otros autores, un acuerdo multilateral que vincula a los países de la región de América Latina y el Caribe, en una simbiosis extraordinaria de derecho ambiental y derecho internacional de los derechos humanos, garantizando el triple acceso, a la información, participación y acceso a la justicia en asuntos ambientales, pensamos que algo está cambiando de manera acelerada en nuestro tradicional esquema jurídico profesional.

En la región de América Latina y el Caribe, hubo un silencioso proceso de constitucionalización del derecho ambiental, respondiendo a las diversas “oleadas”⁴⁰ - provenientes de las Conferencias de Naciones Unidas sobre medio ambiente. Ahora, el fenómeno tiene expresiones en el derecho privado. El Código Civil y Comercial, es un ejemplo disruptivo en este aspecto, de enorme progreso, desde el punto de vista del Derecho Comparado, porque contiene normas expresas de derecho ambiental (artículo 14, 240, 241, entre otras). El seguimiento en el mundo, no se hizo esperar, el Código Civil de China, el primero en su historia, y el último en sancionarse en estos años, contiene normas de derecho ambiental.

proceso ambiental en el Acuerdo Regional de Escazú Néstor A. CAFFERATTA, CSJN y Universidad de Buenos Aires (Argentina) / 233 Los mecanismos de acceso a la justicia incorporados en el Acuerdo de Escazú Gabriela Burdiles Peruci, Fiscalía del Medio Ambiente: FIMA (Chile) / 247 PARTE 5. Defensores ambientales El Acuerdo de Escazú ante la situación de riesgo de las personas defensoras ambientales en América Latina y el Caribe Alejandra LEYVA HERNÁNDEZ y Andrea CERAMI, Centro Mexicano de Derecho Ambiental: CEMDA (México) / 262 Acuerdo de Escazú: urgente ratificación para la protección de las defensoras y los defensores ambientales Aída Mercedes GAMBOA BALBÍN, Derecho, Ambiente y Recursos Naturales: DAR (Perú) / 271 La cooperación para la democracia ambiental entre los países de América Latina y el Caribe Lina Muñoz Ávila, Universidad del Rosario (Colombia) / 280 PARTE 6. Fortalecimiento de capacidades El fortalecimiento de las capacidades ambientales. Avance transdisciplinario en la educación para la sustentabilidad planetaria Miguel PATIÑO POSSE, CICDE (Colombia) / 288 Fortalecimiento de capacidades, cooperación e intercambio de información: factores relevantes para la implementación efectiva del Acuerdo de Escazú Rubens Harry BORN, Fundación Grupo Esquel (Brasil), y Tomás Severino, representante electo del público para el Acuerdo de Escazú (México) / 301 Acuerdo de Escazú PARTE 7. Implementación del Acuerdo El sistema de control internacional de la implementación del Acuerdo de Escazú Ramón OJEDA-MESTRE, Centro de Estudios Integrales sobre Innovación y el Territorio (México) / 309 La aplicación del Acuerdo de Escazú: la Conferencia de las Partes y el Comité de Apoyo a la Aplicación y el Cumplimiento Michel PRIEUR, Universidad de Limoges y CIDCE (Francia) / 316 Conclusión El Acuerdo de Escazú. Una gran oportunidad para la construcción de la democracia ambiental en América Latina y el Caribe Michel PRIEUR, Universidad de Limoges y CIDCE (Francia); Gonzalo Sozzo, Universidad Nacional del Litoral (Argentina), y Andrés Nápoli, FARN (Argentina).

³⁹ FALBO, Aníbal. “Acuerdo de Escazú (ley 27566). Una maquinaria eficaz, concreta y sofisticada para la participación ambiental de los habitantes”, La Ley 2020-F.

⁴⁰ REAL FERRER, Gabriel: “La construcción del Derecho Ambiental”, PNUMA, México, 2004.

VII. JERARQUIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS

Pero hay algo más que irrumpe con una fuerza incontenible en la doctrina judicial de estos últimos años: con el neo constitucionalismo, el ascenso de los principios y valores jurídicos, como fuente del derecho directa, es acentuado. El Derecho Ambiental, está cargado de principios y valores jurídicos, muchos de ellos de base constitucional.

En ese sentido, los principios de derecho ambiental son el ABC de la materia. De faltar o no respetarse, estaríamos fuera de ella. Le dan identidad, y personalidad, al derecho ambiental. Son el principio, la base, y la finalidad que persigue el derecho ambiental.

Se trata de normas jurídicas, aunque incipientes, no acabadas, o germinales, normas jurídicas *prima facie* (Betti⁴¹) que necesitan de desarrollo y maduración. Son criterios básicos, esenciales, razones o justificaciones. Ideas directrices, que se deben cumplir u observar en la medida de lo posible (mandatos de optimización, Robert Alexy⁴²). Son exigencias de justicia o éticas (Dworkin⁴³).

El principio paradigmático del derecho ambiental: que diferencia al Derecho Ambiental del resto de las disciplinas clásicas o tradicionales es el principio precautorio o principio de precaución.

No obstante, señalamos que debe existir “un umbral de acceso al principio precautorio”⁴⁴. La invocación de este principio, debe ser seria. Debe reunirse en el caso, los requisitos de admisibilidad de su aplicación. Representa la frontera ancha

⁴¹ BETTI, Emilio : « Interpretación de la ley y de los actos jurídicos », Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971.

⁴² ALEXY, Robert: “Sistemas jurídicos, principios jurídicos y razón práctica”, Revista DOXA, Año 1988, N° 5. “Teoría de los derechos fundamentales”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2º edición, Madrid, 1993. “Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios”, Externado de Colombia, 2003. “Teoría del discurso y derechos humanos”, Externado, 2004. “Derecho y moral. Reflexiones sobre el punto de partida de la interpretación constitucional”, p. 1, Interpretación Constitucional, Eduardo Ferrer Mac Gregor, Porrúa, Tomo I, 2005. “El concepto y la validez del derecho”, Gedisa, Barcelona, 2008. Sobre reglas y principios, entrevista a Robert ALEXY, LL Actualidad, 30/10/2008, p. 1. Ponderación, control de constitucionalidad y representación, LL, 9 de octubre de 2008, p. 1. “El concepto y la naturaleza del derecho”, Marcial Pons, 2008. “Teoría de la argumentación jurídica”, Palestra, 2010.

⁴³ DWORKIN, Ronald: “Los derechos en serio”, Ariel, Barcelona, 1992. Asimismo, “El imperio de la justicia”, Gedisa, 2012, Barcelona, 2º edición. “Una cuestión de principios”, Siglo Veintiuno Editores, 2012. “La justicia con toga”, Marcial Pons, 2007.

⁴⁴ La aplicación del principio precautorio, aun existiendo una incertidumbre científica respecto al riesgo, requiere un mínimo de demostración de la posible concreción del daño; debe existir un umbral de acceso al principio precautorio ya que de lo contrario siempre se podrá argumentar que cualquier actividad podrá causar daños, el problema que ello acarrea es que se puede desnaturalizar la utilización del principio, prestándose a usos que sean negligentes u obedezcan en realidad a otras intenciones. (Voto del juez

del derecho ambiental: algo así como el fortín de lucha por la incolumidad del medio ambiente. Se mueve en un ámbito signado por la incertidumbre. Tiene carácter tuitivo o protectorio. Opera frente al riesgo hipotético, sospechado, aunque imprevisible aun o incierto. Presupone que la ciencia se encuentra en “estado parlamentario” (Gonzalo Sozzo, Valeria Berros).

Frente al peligro, amenaza o riesgo de daño grave o irreversible, la “falta de certeza científica absoluta” o “inequívoca” (según lo establece las declaraciones, documentos, tratados internacionales, y el Derecho Comparado) o como lo establece la ley 25675 General del Ambiente, art. 4º, “ausencia de información” o falta de certeza científica (la duda técnica) sobre la relación de causalidad, no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente.

Este principio, nacido en los albores de la década del año 1970, en Alemania, y que tuvo su consagración en distintos Convenios Internacionales de Protección del Mar del Norte, Báltico, y Derecho del Mar, fue adoptado como Principio 15 en la Declaración de Río 92. En el Convenio de Cambio Climático, Artículo 3.3. En el Preámbulo del Convenio de Diversidad Biológica, como asimismo al Protocolo de Cartagena / Montreal sobre OVM 2000. En la actualidad, a nivel internacional, se integró como criterio, enfoque o principio a numerosos Tratados, Convenios, Documentos, declaraciones y Protocolos internacionales. Y a la mayoría de las legislaciones de los países de América Latina y el Caribe (14, entre ellos Ecuador que lo incluyó en el texto de la Constitución Política), en la U.E, el Tratado de Maastricht / Ámsterdam de la Comunidad Europea. Y leyes, y hasta alguna Constitución de Países de Europa, como por ej. Francia, que a partir de febrero del año 2005, le dio rango constitucional, a través de la Carta del Ambiente. Y que al mismo tiempo, mereció un amplio estudio, e informe, en aval, de la UNESCO. El principio precautorio, está contenido en el Acuerdo de Escazú.

Los fallos más relevantes de los Tribunales Superiores de Justicia del Derecho Comparado, muestran la utilidad de estos principios.

Así, sentencias de las Cortes de Brasil, México, Colombia, Costa Rica, Perú, Chile, de Alemania, Francia, Bélgica, Holanda, Austria, Inglaterra, India, Nueva Zelanda, Australia⁴⁵, exhiben un laboreo interpretativo de problemáticas complejas

LORENZETTI. Corte Suprema de Justicia de la Nación, FSA 011000507/2010/1/RH001. “Telefónica Móviles Argentina S.A”. 02/07/2019. Recurso de queja N° 1,

⁴⁵ Para ampliar, véase “Antología Judicial Ambiental”, 2017- 2020, diciembre 2020, Alejandra Rebas SALINAS- Claudia S. DE WINDT, coordinadoras, obra a cargo del “Centro de Estudios Constitucionales” de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, en colaboración con el “Instituto Judicial Mundial del Ambiente” y del “Instituto Interamericano de Justicia y sostenibilidad”, Derecho y Medio Ambiente, 1º edición de marzo de 2021.

o difíciles, ambientales, mediante la construcción de un juicio de ponderación, con diálogo de fuentes, y aplicación efectiva de los principios de derecho ambiental, de sustentabilidad, equidad intergeneracional, prevención, precautorio, de integración, entre otros.

Todo ello sin olvidar los cambios que se advierten en el derecho de los países andinos (Ecuador, Bolivia, Venezuela) con el reconocimiento de la pacha mama o naturaleza como sujetos de derechos. Esto último, ha impregnado la jurisprudencia de Colombia, que registra numerosos fallos en los que modifica la tradicional postura del derecho occidental, de base liberal o francesa, mediante la declaración pretoriana de sujetos de derecho, a una cuenca hídrica o un río, un animal o un ecosistema, como el río Atrato, el oso de anteojos “Chucho” o la Amazonia colombiana.

O de la explosión de nuevos ámbitos de la responsabilidad ambiental, por la problemática globalizada, y dramática, del cambio climático, que produjo a esta altura en el mundo, más de 1500 litigios climáticos⁴⁶ - con fallos de tribunales de justicia en países desarrollados impactantes (Ugerman, en Holanda, Juliana en EEUA, fallos del Consejo de Estado francés, de la Corte Constitucional de Alemania, entre otros).

Estas modificaciones en la tarea de interpretación o hermenéutica jurídica de los tribunales, con la irrupción de “nuevos principios” (como el principio in dubio pro natura, o el principio in dubio pro aqua, CSJN; Fallos 342:1203), nos hacen abrigar una esperanza que estamos en los inicios de una nueva etapa, positiva, del desarrollo del derecho ambiental.

Acá viejos y nuevos principios se agolpan en la búsqueda de la efectividad, aunque se recomienda equilibrio en su crecimiento⁴⁷ En otros aspectos Jesús Jordano Fraga predica la necesidad de una sociedad hipocarbónica y ambientalmente más justa para las personas vulnerables⁴⁸, Blanca Soro Mateo acentuó la responsabilidad

⁴⁶ SOZZO, Gonzalo, “Luchar por el clima: las lecciones globales de la litigación climática para el espacio local”, Revista de Derecho Ambiental N° 65, enero- marzo 2021.

⁴⁷ ALENZA, José, “Principios clásicos para la nueva era del derecho ambiental”, Cap. I, en obra colectiva “Viejos y nuevos principios del derecho ambiental”, bajo la dirección de Blanca SORO MATEO y Jesús JORDANO FRAGA, coordinado por Santiago ÁLVAREZ CARREÑO, Tirant lo Blanch, Valencia 2021, p. 11.

⁴⁸ JORDANO FRAGA, Jesús, *Renovables U.S.A./ States: ideas para una sociedad hipocarbónica y ambientalmente más justa para las personas vulnerables*, estudio realizado en el marco del proyecto DER2017-85981-C2-2-R, “Derecho Ambiental, Recursos Naturales y Vulnerabilidad”, subvencionado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

pública y litigios climáticos⁴⁹. Esta notable autora española⁵⁰ predica la necesidad de construir una agenda para el principio precautorio - en el mismo sentido, en nuestro país, el trabajo de Valeria Berros- Gonzalo Sozzo⁵¹; desde Costa Rica, el estudio de Aldo Milano Sánchez⁵²; y por último, de Brasil, Patryck De Araujo Ayala⁵³.

Prueba de ello, es no sólo estas sentencias, sino también la proliferación de documentos internacionales, de UICN (Estado de Derecho Ambiental, 2016), y de Naciones Unidas en el “8º Foro Mundial del Agua”, UICN, “Declaration of Judges on Water Justice”. Brasilia, 21/03/2018, fruto de la labor de la “Comisión de Gestión Ambiental Institucional”, 95 Principios Jurídicos Medioambientales para un Desarrollo Ecológicamente Sustentable, aprobados por la XIX Cumbre Judicial Iberoamericana – 2018.

VIII. EL NACIMIENTO DE UN DERECHO MÁS ALTO

Jorge Gamarra⁵⁴, apunta que con las modernas Constituciones (Estado Constitucional) y el giro copernicano acontece cuando “la ley cede el paso a la constitución”, que había sido relegada, circunstancia que crea “la crisis del Código”.

También que, “nace un derecho “más alto, dotado de fuerza vinculante, incluso para el legislador”, “cuya unidad radica en un conjunto de principios y valores superiores” (Zagrebelsky). Para concluir señala que: “El gran cambio es la intervención de las normas constitucionales en las relaciones entre particulares, y la necesidad que nos plantea a nosotros, los civilistas, de calibrar las consecuencias que proyecta la presencia de este inesperado visitante, cuando era completamente ajeno, porque sólo se reconocían relaciones verticales entre la Constitución y los ciudadanos”.

⁴⁹ SORO MATEO, Blanca, “Responsabilidad pública, vulnerabilidad y litigios climáticos”, Revista Aragonesa de Administración Pública, ISSN 2341-2135, núm. 54, Zaragoza, 2019, p. 57-140.

⁵⁰ SORO MATEO, Blanca: “Construyendo el principio de precaución”, Revista Aragonesa de la Administración Pública, ISSN 2341-2135, número 49-50, Zaragoza, 2017, p. 87- 151.

⁵¹ BERROS, Valeria – SOZZO, Gonzalo, “Una agenda para el principio precautorio”, Revista Crítica de Derecho Privado N° 6, 2009, La Ley- Uruguay, ISSN: 1510-8090.

⁵² Milano Sanchez, Aldo, “El principio precautorio”, Editorial Investigaciones Jurídicas, 2005.

⁵³ DE ARAUJO AYALA, Patryck: “A proteção jurídica das futuras gerações na sociedade do risco global: o direito ao futuro na ordem constitucional brasileira”, p. 229- 261, en la obra colectiva “Princípio da precaução”, Del Rey, 2004.

⁵⁴ GAMARRA, Jorge, “Neoconstitucionalismo, Código y ley especial”, p. 1- 14, Fundación Cultura Universitaria, 2012.

Ricardo Guastini⁵⁵, pone el acento en el fenómeno de irradiación que provoca esta postura de la fuerza normativa de la Constitución o del Derecho Privado Constitucional.

“Más técnicamente, esto suele llamarse el efecto impregnación o irradiación: los valores, principios y derechos fundamentales desbordan el marco constitucional e inundan, invaden o saturan el sistema jurídico en su conjunto, de manera que en puridad desaparecen las rígidas fronteras entre cuestiones constitucionales y cuestiones legales; ley y constitución comparten el mismo campo de juego y es preciso abandonar una concepción topográfica que idealmente dividía el mundo jurídico en dos esferas escindidas, la esfera de lo que el legislador podía decidir libérrimamente y la esfera de lo que no podía decidir en absoluto” (Prieto Sanchis).

Ese efecto de irradiación es identificado por Robert Alexy⁵⁶ De esa manera, se concluye, el derecho ambiental debe tener preeminencia o mayor peso por grado sobre los derechos de propiedad o de industria, por ejemplo, y ese efecto irradia el texto constitucional, e influyen su interpretación en sede judicial o administrativa sobre el contenido y alcance de esos derechos.

IX. METAMORFOSIS COPERNICANA DEL PROCESO

Esta necesidad de cambio, demanda una metamorfosis copernicana de los institutos clásicos y piezas claves del proceso: El proceso ambiental puro es de por sí, de base colectiva. Lleva una escala de interesados en la cuestión que rompe las estructuras clásicas del proceso bilateral, cerrado, ceñido a la controversia económica patrimonial individual entre Cayo y Ticio⁵⁷

Es así que la “cuestión ecológica” o ambiental exige reformulación, adaptación, redefinición, modificación, cambio, remozar o aggiornar las piezas claves de proceso civil, administrativo, amparo, constitucional, o cualquier otro proceso judicial que le dé cauce, y contenga.

El proceso colectivo ambiental tiene necesariamente una apertura legitimatoria, adaptada a una situación masificada, plural, o supra individual. O simplemente, social generalizada. De flexibilidad de las formas, y disposiciones procesales. De un Juez activo de resultados, acompañante, oficioso, entrenador, enérgico, director real,

⁵⁵ GUASTINI, Ricardo “Lezioni di teoria del diritto e dello Stato”, p. 238-239, Torino, Giappicelli Editore, 2006,

⁵⁶ ALEXY, Robert, “Teoría de los derechos fundamentales”, p. 86, versión castellana, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

⁵⁷ MORELLO, Augusto - Cafferatta, Néstor: “Visión procesal de cuestiones ambientales”, Rubinzal-Culzoni, 2004.

de compromiso social, un “juez Hércules”, distante de la clásica función del juez espectador o pasivo. De cautelares anticipatorias, precoces, tempranas, siguiendo el énfasis esencialmente preventivo que caracteriza el derecho ambiental. Y de sentencias expansivas en beneficio de la clase o grupo afectado.

X. EL PAPEL DEL JUEZ

Un aspecto de cambio tampoco pasa inadvertido, el papel del juez.

Seguimos las enseñanzas de quien fuera Profesor Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República O. del Uruguay, Jorge Gamarra, quien precisa que: “con el neo constitucionalismo la aplicación del derecho adopta la forma de una jurisprudencia de principios, pero a priori aparecen como vagos e indefinidos, y no pueden ser utilizados en la operación lógica de subsunción ni su significado determinarse en los casos concretos (Zagrebelky)”.

“No hay dudas que los magistrados encargados de resolver mediante el llamado “derecho dúctil (flexible), tendrán que acudir a la ponderación, esto es, el balance de los intereses en juego”. Por último señala en punto a esta cuestión, como nota saliente, el papel de la justicia: “Por consiguiente, otro de los aspectos que caracterizan al neo constitucionalismo, es la presencia de jueces con amplio margen de poder, teniendo particularmente en cuenta las exigencias de justicia que cada conlleva”.

XI. COLOFÓN

La Justicia Ambiental empieza cuando se respeta la naturaleza misma del derecho ambiental, en la resolución de las cuestiones que se debatan.

Efectividad de los derechos en tiempos de pandemia

Por último, en respuesta a un fenómeno en el mundo de los primeros años del Siglo XXI, que nos habla del ensanchamiento y consolidación de los derechos fundamentales, al decir de Augusto Morello⁵⁸, de la “Edad de las Garantías” (mínimas pero reforzadas); el complejo desafío o reto enorme que enfrenta el Derecho ambiental del presente, es lograr la efectividad de los derechos contenidos en el mismo. Dere-

⁵⁸ MORELLO, Augusto M. “Las garantías del proceso justo y el amparo, en relación a la efectividad de la tutela judicial”, LL-1996-A, 1476. “Los daños al ambiente y el derecho procesal” JA. 1997-I-281. “Estudios de Derecho Procesal. Nuevas Demandas. Nuevas respuestas”, 1-2, Librería Editora Platense “Las garantías del proceso justo y el amparo en relación a la efectividad de la tutela judicial”, p. 323, en Derecho Procesal en vísperas del siglo XXI- Temas actuales. en memoria de I. EISNER, J. SALGADO. Coord. R. ARAZI. Talleres Gráficos, 1997. “La Tutela de los Intereses Difusos en el derecho argentino”, Editorial Platense, Edición 1999. CAFFERATTA, Néstor A. “De la efectividad del derecho ambiental”, La Ley, ejemplar del 2 de octubre de 2007, p. 1.

chos vitales, que hacen al desarrollo humano adecuado. A la salud, la integridad física, la calidad de vida, la paz, y a la vida misma del individuo, y de la comunidad en general, pero que tienen un costado ecológico, que va más allá del interés humano: la supervivencia del Planeta, depende del funcionamiento normal de los ecosistemas.

En la tarea es necesario elaborar una Teoría de la Implementación del derecho ambiental. El “patito feo” de la teoría jurídica (Benjamín⁵⁹). Olvidado, y distante, de la realidad. En definitiva, la urgencia es tornar ejecutorio el Derecho Ambiental (Taruffo⁶⁰).

⁵⁹ BENJAMÍN, Antonio H. ¿Derechos de la naturaleza?, p. 31, en obra colectiva “Obligaciones y contratos en los albores del Siglo XXI”, homenaje al Profesor Doctor Roberto LOPEZ CABANA, bajo la dirección de Oscar Ameal, y la coordinación de Silvia Tanzi, Abeledo- Perrot, 2001. “A implementação do direito ambiental no Brasil”, RDA N° 0, Noviembre 2004, p. 109, Lexis Nexis. “Objetivos del Derecho Ambiental”, p. 57, en “El futuro del Control de la Polución y la Implementación Ambiental”, Congreso Internacional de Derecho Ambiental 5, Sao Paulo, 2001. LORENZETTI, Ricardo – LORENZETTI, Pablo: “Derecho Ambiental”. Rubinzal Culzoni, hablan de construir la “Teoría de la Implementación del derecho ambiental”, Tercera Parte: La Aplicación del Derecho Ambiental, p. 273.

⁶⁰ TARUFFO, Michele: “El proceso adversarial en la experiencia americana. El modelo americano del proceso de connotación dispositiva”, TEMIS, 2008. “Páginas sobre justicia civil”, Marcial Pons, 2009. Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa, LL 9 de agosto de 2010, p. 1.