

Título: [El rol del Poder Judicial en la cuestión ambiental](#)

Autor: [Lorenzetti, Ricardo L.](#)

Publicado en: [RD Amb 46, 08/06/2016, 5](#)

Cita Online: [AR/DOC/4342/2016](#)

Sumario: I. Introducción.- II. Implementación.- III. Estado de derecho ambiental.- IV. La institucionalidad.- V. La teoría del Derecho Ambiental.

(*)

I. Introducción

En unos minutos voy a tratar de darles nuestras ideas en cuatro puntos que se refieren al rol de los poderes judiciales en la actualidad. El primero de ellos es sobre la implementación, el segundo es sobre la cuestión constitucional, el tercero es sobre la cuestión institucional y el cuarto es sobre la teoría legal.

II. Implementación

El primero. Ya tenemos muchas leyes y constituciones en todo el mundo, por lo tanto cuando se habla de activismo judicial en el campo de la declaración de los derechos, estamos equivocados. Lo que se hace en este campo es aplicar las leyes, las constituciones y los tratados internacionales.

Donde podemos hablar de activismo es en el campo de la implementación, donde no hay leyes ni decretos y donde muchas veces nos encontramos con gobiernos que declaran, congresos que declaran pero nadie se ocupa de la implementación.

Por eso es importante en este campo hablar sobre lo que denominamos las medidas judiciales típicas y atípicas o sobre los "remedios complejos" del derecho anglosajón (complex remedies).

Y aquí yo divido en dos partes: una sobre los remedios tradicionales del derecho romano que se aplican, como la reparación o prevención del daño ambiental, que es la típica tutela inhibitoria con una relectura en términos actuales; o bien órdenes que hoy parecieran muy traumáticos pero que vienen de una larga historia; por ejemplo, si alguien construye un edificio en una playa y el juez dice que está mal hecho hay una orden de demolición, como se ha hecho en Brasil con gran escándalo público, pero es una medida tradicional que pueden tomar los jueces.

El problema más complejo que tenemos hoy a escala global es el de las medidas judiciales atípicas en relación con los otros poderes del Estado, lo que involucra a la división de poderes.

Les menciono dos o tres ejemplos que son significativos.

En materia de cambio climático, que es el gran tema que va a ocupar ahora la cumbre de París, una corte de Canadá en un caso en que se le plantea que le diga al Ejecutivo que actúe en materia de cambio climático, la Corte dice que no es una cuestión justiciable. Ésta es la postura más tradicional, entendiéndolo que corresponde a otro poder del Estado.

En otro caso de hace unos meses, la Corte de Holanda toma la decisión exactamente opuesta. Le dice al gobierno: "Usted firmó un tratado donde se compromete a reducir las emisiones, cúmplalo". Esto implica que el Estado va a tener que reformular el presupuesto y al reformular el presupuesto va a tener que modificar sus opciones en materia de educación, de inversión en salud, pero tiene que cumplir con los objetivos de cambio climático, lo que implica introducirse en la gobernabilidad.

En Pakistán, también en un caso muy comentado, la Corte avanza más y sostiene que no sólo tiene que cumplir con los objetivos del cambio climático sino que hace mucho más: crea una institución, designa los representantes y arma una especie de panel. En esto es donde se juega el problema de los complejos remedios atípicos y la división de poderes. Éste es uno de los grandes temas que plantea el rol de los poderes judiciales.

Y está en todos lados, hay ejemplos también en China y en nuestra región.

Creo que aquí podemos hacer una distinción muy clara.

Tenemos aquellos casos en los cuales hay una postura de autorrestricción, que no es nuestra opción.

Aquellos casos que avanzan dando mandatos a la Administración, donde se dice al Estado dónde y cómo tiene que actuar, por ejemplo los famosos fallos reconocidos de la India, relacionados también con el cambio climático, donde la Corte no sólo le dijo que tenía que declarar el derecho sino también que tenía que cambiar el sistema de los automotores y siguió avanzando involucrando a la Administración en el cambio del proceso de alimentación de combustible al proceso de gas, y luego ordenó la creación de empresas de gas; en fin, la Corte india empezó a administrar. Éste es para nosotros el otro extremo.

Nosotros tenemos una postura distinta, que denominamos "mandatos procedimentales no sustantivos", en el sentido de que lo que se hace es declarar el derecho y ordenar un procedimiento para que se cumpla, como es el caso del Riachuelo o el caso de Massachusetts contra EPA, donde, frente a la omisión de regular, se le hace notar la obligación que tiene de regular. Y es interesante el proceso posterior, porque se terminó regulando y creando una economía en materia de energías alternativas no lesivas del ambiente.

Es decir, en este tema, es importante que los jueces actúen, que no digan que son cuestiones no justiciables porque si no estamos ante un derecho declarativo, alejado de las necesidades de la gente y, sobre todo, inefectivo. Y la falta de efectividad afecta la credibilidad de los poderes judiciales.

Tampoco es bueno que los poderes judiciales administren, porque ésa no es su función, que además también va a llevar al descrédito porque podrá hacerlo en un caso pero no en el siguiente y en el tercero ya va a ser muy complicado copiarle a la Administración.

Esta postura entonces de firmeza y de mandatos dirigidos al Congreso para que legisle, o a las agencias de la Administración para que legislen, como hizo la Corte de EE.UU., o a un organismo para que actúe o presente un plan, son todos remedios o medidas judiciales de implementación atípicas que en el derecho constitucional tienen que ser analizadas para que no provoquen la ruptura de la división de poderes, pero es el tema donde debemos trabajar fuertemente para que esto sea una realidad y nuestro pueblo no vea que se firman tratados internacionales sabiendo que nadie los va a cumplir y se enojen cuando los poderes judiciales los cumplan.

III. Estado de derecho ambiental

Este doble estándar nos lleva al segundo tema, que es la idea del Estado de derecho ambiental o el "environmental rules of law".

En el Comité de Naciones Unidas estamos insistiendo mucho en esta área porque muchos poderes judiciales tienen grandes dificultades, ya que dicen que estas medidas son demasiado creativas, de un grupo selecto, utópico, idealista o de gente que no conoce el derecho en su esencia, en su tradición y que no respeta la herencia del derecho romano.

Sin embargo, el enfoque del Estado de derecho nos permite resolver muchas de estas cuestiones de timidez intelectual o judicial porque lo que nosotros decimos es que hay que aplicar el estándar del Estado de derecho a la materia ambiental. Y entonces las cosas se aclaran.

Por ejemplo, el principio "in dubio pro natura" a muchos les llama la atención y les parece una locura, pero si uno analiza, en el derecho romano existía el "in dubio pro debitoris", "in dubio pro debilis" (en caso de duda, a favor de la parte débil); en el derecho del consumidor, en caso de duda en favor del consumidor, y también en materia penal. Puede decirse que esto de reconocer el derecho en favor de la parte débil es también propio de la tradición.

El punto es que ahora la naturaleza es débil, por lo que necesita también un principio de hermenéutica que la proteja, porque si no, aplicamos un doble estándar, para algunas cosas sí y para otras no.

Lo mismo sucede con los derechos fundamentales, que tienen una larga historia de protección con la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, en la Corte Europea de los Derechos Humanos y en toda la doctrina y la jurisprudencia de los tribunales. Dentro de esta tradición de los derechos humanos, estamos dispuestos a ir muy lejos, pero cuando eso se aplica a materia ambiental no se está de acuerdo porque parece una irregularidad.

También acá hay un doble estándar. Por ejemplo, en materia de derechos humanos se dice que hay un principio de progresividad declarado y reconocido, que indica que no se puede ir para atrás y que no se cumple en el derecho ambiental.

Así, cuando importantes autores escriben sobre el principio de no regresión es porque hay regresión y eso puede verse actualmente en numerosos países donde asistimos a un vergonzoso retroceso de cuestiones que se habían logrado.

El Estado de derecho es un sólo estado, y si admite un sistema protectorio de la parte débil, también se aplica a la naturaleza; si admite un sistema de derechos humanos, también se aplica en este campo.

Y otro tema de derecho público, para no hablar sólo de derecho privado, es la idea de gobierno abierto, en el cual trabaja Naciones Unidas y en relación con el cual todos los gobiernos actuales afirman tener transparencia; tenemos participación ciudadana, lo que forma parte del Estado de derecho y de las reglas del buen gobierno. Todo esto es bueno para los estándares internacionales, así nos califican bien.

Ahora, cuando se toman decisiones de inversión en materia ambiental no hay ninguna información, ni transparencia ni nada, por lo que puede verse un retroceso fenomenal en esto, en muchísimos países donde las decisiones son cada vez más opacas.

Cuando los jueces dicen que hay que informar, que hay que hacer estudios de impacto ambiental, que tiene que haber participación ciudadana, llama la atención. ¿Por qué llama la atención si esto es un programa central que tiene Naciones Unidas de gobierno abierto, donde están incluidos todos los países (inclusive el nuestro, ya que Argentina tiene un programa de gobierno abierto)? Sin embargo, en relación con las decisiones ambientales, la información no se da o se enojan cuando se les pide.

Este doble estándar no puede resistir y por eso hablamos de un Estado ambiental de derecho.

IV. La institucionalidad

El tercer problema es el tema institucional. Hoy en la organización de los poderes judiciales se están haciendo cosas muy importantes. Nosotros tenemos una Cumbre iberoamericana en la que están todas las cortes de Iberoamérica, desde España, Portugal, Andorra y toda América Latina. Y allí hay una comisión de derecho ambiental, donde queremos trabajar fuertemente. También en la OEA hay un programa importante en este sentido, por lo que se va a hacer en febrero una reunión, que tiene recién fijada la fecha, de poderes judiciales de toda América para el tema ambiental y vamos a trabajar en la creación de programas ambientales, con jueces que son embajadores ambientales. Tenemos también la Unión Internacional de Conservación de la Naturaleza, que trabaja mucho a otra escala, a nivel más global, en reuniones permanentes de poderes judiciales. Y finalmente tenemos el programa de Naciones Unidas para el medio ambiente, que tiene un Comité Asesor que integramos, donde hay un seguimiento de lo que están haciendo los poderes judiciales y un trabajo muy fuerte en esta área. Se está por realizar también la reunión en París por el cambio climático, donde también va a haber una participación de los poderes judiciales y se va a hacer en Brasil un congreso muy importante para la creación de un instituto judicial.

Es decir, hay una organización institucional de los poderes judiciales, lo cual también es importante. Un juez aislado enfrenta intereses muy poderosos, por lo que es necesaria la institucionalización para fortalecer los poderes judiciales.

V. La teoría del Derecho Ambiental

El cuarto y último punto es la cuestión de la teoría legal. Yo creo que si nosotros no entendemos que ha cambiado la teoría legal es muy difícil que avancemos en materia ambiental. Y esto lo digo porque, en general, nosotros estamos muy acostumbrados a tomar decisiones en materia judicial, en la gobernabilidad, en el Ejecutivo, en el Legislativo y en cualquier ámbito enfocando sólo la parte y lo inmediato.

En todas las ciencias se estudia que hay ciclos en los cuales cambia epistemológicamente el modo de conocer, en todas las ciencias casi al mismo tiempo. En este momento, en casi todas las ciencias se habla de enfoques sistémicos.

Esto no es menor porque, por ejemplo, en la biología nadie estudia el cuerpo humano o el de las especies inferiores por partes, o en medicina cuando hoy se estudia el sistema inmunológico, no se hace separando cuerpo y mente, también las neurociencias o la psicología cognitiva... nadie puede tratar seriamente una enfermedad sin un enfoque sistémico.

Por eso es que también en las ciencias ambientales ya no se estudia por partes sino que se estudia el sistema y cada ecosistema, que se caracteriza por una interrelación muy fina de equilibrios, por lo que cuando se afecta una pequeña parte, también afecta al resto y se desequilibra.

En la gobernabilidad también ocurre lo mismo. Nosotros estamos muy acostumbrados a reaccionar frente a hechos que no sabemos para qué sirven y no los predecimos porque no tenemos una mirada sistémica, siempre estamos viendo las partes.

Yo siempre digo que en Argentina cuando choca un tren culpamos al maquinista por dormirse, y no vemos otros factores como la falta de mantenimiento, de inversión, entre otras.

En general, hay muchos y pequeños errores latentes que tienen un efecto acumulativo a mediano plazo. Sin embargo, cuando tomamos las decisiones nunca pensamos así.

Por ejemplo, si nosotros bombardeamos un Estado y desaparece el mismo, es lógico que aparezca la anarquía, que la gente no pueda vivir allí, que se produzcan migraciones y violencia. Hay que entender que todo está relacionado y es de lo que habla la Encíclica del papa Francisco cuando hace referencia a la ecología integral y sistémica.

Esto es algo que está muy admitido en todas las ciencias pero no en las decisiones, que siguen siendo menores, parciales, con una muy baja capacidad para predecir y una gran capacidad de reaccionar luego de producido el hecho.

En la teoría legal esto tiene mucha importancia. Cuando los jueces toman decisiones en materia ambiental

hay que tener en cuenta los sistemas, y cuál es el impacto sistémico.

Acá, en Argentina, hubo un caso muy ejemplificativo de deforestación en Salta, donde se dieron autorizaciones para deforestar en parcelas de una hectárea que, tomadas individualmente, no generaban mucho problema, pero que sumadas —mil o dos mil parcelas— se evidencia un efecto sistémico desastroso. Por eso la decisión de la Corte sostuvo que no se puede analizar parte por parte, hay que analizar el efecto sistémico del impacto ambiental.

Esto es clave hoy en día para no ir al fracaso y a la ineffectividad. Concluyendo, yo creo que éstos son temas esenciales: entender la implementación, siempre en el plano de la efectividad, para lo que necesitamos utilizar estos remedios atípicos; entender el Estado de derecho sin doble estándar; entender que necesitamos un sistema institucional que respalde la actuación judicial y entender que estamos en una teoría un poco más compleja que la que solemos utilizar.

Quiero concluir diciendo que nuestro mayor orgullo es después de tantos años ver a una generación joven aquí trabajando, organizando congresos, estando en todo el país. Y esto pasa en Argentina, en Chile, en Brasil, que es un gran ejemplo. Esto es también parte de la identidad cultural latinoamericana. Eso es lo que nos llena de orgullo, tener nuestra identidad y tenerlos a ustedes que son los que garantizan que esto va a seguir.

(*) El presente trabajo se trata de una desgrabación realizada por Rocío Loza Serra de la exposición brindada por el autor en el marco del IV Congreso Argentino de Derecho Ambiental organizado por la Fundación Expoterra el 20 de noviembre de 2015. El video original podrá ser visualizado en www.expoterra.com.ar.