

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



## **MEGACRIMINALIDAD ECOLÓGICA Y DERECHO AMBIENTAL SIMBÓLICO**

**Una intervención lusfilosófica en el sistema  
de la organizada irresponsabilidad\***

**PROF. DR. WOLF PAUL  
UNIVERSIDAD DE FRANKFURT**

### **ÍNDICE**

	<b>Pág.</b>
Nota preliminar .....	<b>34</b>
I. El Derecho ambiental bajo sospecha ideológica .....	<b>34</b>
II. El caso de los lobos marinos y la encrucijada de la República Federal Alemana .....	<b>36</b>
III. La irresponsabilidad como sistema jurídico y político social .....	<b>39</b>
IV. Función simbólica y función instrumental del Derecho moderno y ambiental .....	<b>41</b>
V. El dilema del Derecho ambiental simbólico .....	<b>43</b>

\* Agradezco las sugerencias recibidas para la traducción del texto al Prof. Miguel González Marcos, Panamá.

## NOTA PRELIMINAR

La introducción del concepto de megacriminalidad es útil para determinar un fenómeno endémico de la destructividad humana que por su incidencia y efectos ubiqüitarios y por su potencialidad apocalíptica trasciende toda noción hasta ahora conocida de criminalidad. La criminología tradicional margina todas las formas macrodimensionales de criminalidad. Sus intereses cognitivos están limitados a los ámbitos de la criminalidad y desviación individual o más precisamente a los ámbitos de la criminalidad personal perseguida por la justicia penal. Consecuentemente son clasificados como no-específicos o paracriminales los "crímenes" realizados en contextos o en correlaciones de guerra o guerrilla, sistemas totalitarios, conflictos religiosos, terrorismo, acciones de servicios secretos, actividades empresariales, etc. Es decir: a partir de la perspectiva criminológica tradicional el concepto de criminalidad no abarca la dimensión de la macrocriminalidad<sup>1</sup> —la cual es característica de los delitos cometidos en los

sectores de la política, el Estado, la economía y en las relaciones internacionales— y mucho menos puede captar la dimensión de la megacriminalidad o el crimen total o sistémico. Las estadísticas de la delincuencia ecológica muestran claramente la estrechez e insuficiencia de la perspectiva doctrinal. No cabe duda sobre la existencia de la dimensión transpersonal colectiva y sistémica del crimen. Aunque es difícil de percibir como tal y apropiarlo en categorías abstractas presenciamos hoy el proceso histórico de la ocupación y usurpación total de la biósfera para fines humanos, lo cual en términos criminológicos calificamos como el saqueo y la devastación del planeta natural: la Terra Mater de la humanidad. Por ello comprendemos como megacriminalidad ecológica a todos los actos, manejos, procesos, conductas y disposiciones realizados en el sistema de la moderna civilización tecnológica industrial que contribuyen directa o indirectamente al colapso de ecosistemas y medios ambientales.

## I. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO AMBIENTAL BAJO SOSPECHA IDEOLÓGICA

En el relativamente corto tiempo de dos décadas ha adquirido una materia jurídica —que hasta ahora ni siquiera había poseído nombre— significado y difusión mundial: el Derecho ambiental o ecológico.<sup>2</sup> El grado y tiempo, en el cual este nuevo tipo de Derecho se introdujo tanto en nacionales como interna-

cionales órdenes jurídicos y pudo adoptar estructura operacional, se deja concluir de los dramáticos problemas de desarrollo en las áreas de actuación socioecológica. Los equilibrios generales ecológicos se habían empeorado tanto ya en los años setenta<sup>3</sup> que las rápidas y masivas reacciones de la política y el Estado

1. Véase al respecto el trabajo reciente de Herber Jäger, *Macrocriminalidad. Estudios acerca de la violencia colectiva*, Frankfurt, 1989; Sebastian Scheerer, *La criminalidad de los poderosos*, en: Kaiser, Kerner, Sack, Schellhoss, *Pequeño Diccionario Criminológico*, 2.ª ed., 1985, págs. 211-215.
2. Véanse las compilaciones de Ruster-Simma-Bock, *International protection of the environment*, New York, 1975 y sigu. (33 vols.); en Alemania de Burhenne, *Umweltrecht. Systematische Sammlung der Rechtsvorschriften des Bundes und der Länder*, Berlin, 1975 y sigu. (6 vols.); en España *Legislación Ambiental*, Buletín Oficial del Estado, Madrid, 1988; en Brasil de Edla Milaré, *Curadoria de Meio Ambiente, série Cadernos Informativos APMP*, São Paulo, 1988, etc.
3. Cf. Herbert Gruhl, *Ein Planet wird geplündert, Die Schreckensbilanz unserer Politik*, Frankfurt, 1975.

devinieron incondicionada necesidad. En conocimiento de las causas de la estrepitosa decadencia ecológica se elevó el control de los riesgos sociales industriales y la reforma ecológica de la sociedad económica a un objetivo estatal y fue propagada la acelerada juridización como el medio de lograrlo. A través de extensivas movilizaciones del Derecho y de administraciones para su ejecución debía contenerse la epidémica destrucción del ambiente. Aquellas protegerían las naturales bases de la vida para actuales y futuras generaciones. Hoy en día en el que la juridización en los Estados industriales está consolidada y que en los países periféricos<sup>4</sup> es progresiva ha devenido prioritaria la pregunta sobre la función y efectividad del Derecho ambiental para la conservación de las civilizaciones industriales.

A causa de una razón evidente: el lenguaje de los hechos se ha tomado contra la promesa del Derecho, el cual deja establecer que el ritmo exponencial de la explotación de recursos y la desertificación del ambiente están en relación inversa con el crecimiento exponencial del Derecho ambiental.

Intencionalidad y realidad del Derecho ambiental divergen de una forma tan radical, que deja sospechar un total fracaso del Derecho o deja plantear la sospecha de una complicidad del Derecho con el sistema de organizada destrucción del ambiente.

La sospecha es un concepto fundamental de la metodología jurídica y científico filosófica y como tal es instrumento de la denuncia cognitiva y cumple funciones analíticas en proceso o pesquisas e investigaciones. Su semántica jurídica se refiere al sistema de la persecución y del procesamiento penal. En este sirve para denotar especulaciones o hacer conjeturas respecto a los hechos del crimen, esto es, dirige las indagaciones penales y vincula con ella un juicio negativo: la hipótesis de la violación/infracción de la norma. En análogo senti-

do se le utiliza en la tradición filosófica de la sospecha, es decir, de la teoría crítica<sup>5</sup> o de la crítica de la Ideología. Esa teoría dialéctica pone bajo sospecha ideológica todas las formas de la producción cultural inclusive ideas e ideales, teorías, moral, religión y también el derecho. En consecuencia el concepto de sospecha sirve igualmente en el ámbito filosófico para dirigir las investigaciones analíticas vinculando con ella un juicio negativo: el reproche hipotético de la violación de normas de la verdad o mejor, la suposición de representar *falsa conciencia* sic (Marx).

La sospecha en sí dirige todo cuestionamiento de las apariencias simbólicas, su "*Hinterfragung*" (Adorno) y al mismo tiempo se propone la restitución de la verdad deformada. En este sentido metodológico debe ser analizada una sospecha fundamental contra el Derecho ecológico de nuestro tiempo. Obviamente considerando la radicalidad y superdimensionalidad de esa sospecha puede sólo *polémicamente* investigarse la cuestión de la vinculación del Derecho ambiental con el fenómeno megacriminal de la destrucción de la biósfera de nuestro planeta.

Correspondientemente radical es la formulación de la hipótesis de la sospecha. Los análisis del mundialmente establecido Derecho ecológico y su ejecución a través de la política en el Estado y la sociedad, nos muestran que por decenios el denominado Derecho ambiental nos había creado falsas expectativas. Sus propósitos son nobles mas sus efectos dudosos. Él no posee la capacidad ni la potencia ni es portador de la voluntad para solucionar algunos de los innumerables problemas de la posmoderna ERA atoquimicogenética.

Al final del siglo XX no cabe duda que la humanidad —desde el "primero" hasta el "cuarto" mundo— se encuentra en la madeja de una civilización determinada por el progreso tecno-

4. Cf. Manfred Wöhlecke, *Umweltzerstörung in der Dritten Welt*, München, 1987.

5. Véase p.e. Max Horkheimer, *Traditionelle und kritische Theorie*, 1937, Frankfurt, 1968; Theodor W. Adorno, *Negative Dialektik*, Frankfurt, 1966.

lógico que vive y juega con la absoluta contingencia de la existencia planetaria.<sup>6</sup>

El Derecho ambiental que fue creado por el Estado industrial y tecnológico para asegurar la óptima administración y prevención de los riesgos y por ende de los conflictos típicos de la actualidad no cumple su función protectora. Desde luego él contiene todos los signos semánticos para prevenir, evitar y sanear la destrucción y degradación ambiental respectiva-

mente. Pretende aún ser la antiarma jurídica contra las fuerzas contaminadoras, el antídoto legal contra el envenenamiento químico de la naturaleza. Sin embargo, todos esos signos semánticos y sus pretensiones engañan. Frente a la mundial contaminación y degradación de la biósfera el Derecho ambiental es una arma sin municiones, un "tigre de papel" —como dicen los chinos— que lejos de tener un carácter instrumental, sólo posee un carácter simbólico.

## II. EL CASO DE LOS LOBOS MARINOS Y LA ENCRUCIJADA DE LA REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA

Los Estados industriales y tecnológicos se encuentran en una encrucijada. Por un lado deben garantizar las condiciones para el mantenimiento de la producción industrial y por el otro lado son responsables por la conservación del medio ambiente. La relación *hombre-naturaleza* no se caracteriza en la actualidad exclusivamente por el dominio y la explotación de esta última en beneficio del primero, sino también y sobre todo por la vital salvaguarda de la naturaleza como *conditio sine qua non* de la sobrevivencia de la humanidad. La idea del progreso tecnológico ilimitado originada en los albores de la Revolución Industrial ha devenido una falacia.

A pesar del Derecho ecológico cuyo extraordinario desarrollo pareciese indicar que los Estados industriales se han decidido por priorizar la preservación y conservación del ambiente, innumerables acontecimientos demuestran lo contrario. Los bienes jurídicos protegidos por el Derecho ecológico —en última instancia la propia vida— son relegados por los intereses de la producción industrial. Es necesario enton-

ces preguntarse cuál es la verdadera función del Derecho ecológico.

Trataré de esclarecer, a través de la óptica de un caso jurídico concreto, como el surgimiento a nivel práctico del denominado *problema ecológico* y su específica solución por medio del Derecho ha cobrado en nuestros días un carácter dramático cuando no grotesco. Me refiero al proceso ventilado hace pocos meses atrás ante el Tribunal Administrativo de Hamburgo<sup>7</sup> y que constituye absoluta novedad en la historia del Derecho alemán. El caso es un estreno judicial, cuyo acto principal es una tragedia ecológica. El caso es el siguiente:

Algunas entidades interesadas en la protección del ambiente entablaron, en representación de los lobos marinos —incluidos los leones y las focas— del Mar del Norte una acción contra la República Federal Alemana representada por el Ministerio de Tránsito y éste a su vez por el Instituto Hidrográfico.

La pretensión de la demanda de los lobos marinos era obligar al Estado alemán a la prohibición de la denominada "Marina de los

6. Cf. Ulrich Beck, *Risikogesellschaft, Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt, 1986.

7. VG Hamburg, Beschl, v. 22.9, 1988, 7VG2499/88. Véase *Dokumentation der "Robbenklage"*, ed. por Institut für Umweltrecht, Bremen; también *Juristische Schulung*, 1989, págs. 240-242.

**Residuos Tóxicos" (Giftmüll-Marine).<sup>8</sup> La prohibición debía comprender —expresado en terminología burocrática— "el acarreo de desechos en alta mar" o —dicho en categorías ecológicas— la contaminación o polución del Mar del Norte, la cual es realizada por los navíos de empresas comerciales especializadas en el acarreo de desechos. El aludido acarreo o contaminación abarca la eliminación de los residuos tanto líquidos como sólidos de la industria —entre los cuales se encuentran ácidos tóxicos, residuos radiactivos o plásticos (PCB)— mediante diversos métodos tales como combustión, sumersión o simple evacuación.**

En los fundamentos de hecho de la demanda los lobos marinos expusieron lo siguiente:

1. La población de los lobos marinos en el Mar del Norte se ha reducido drásticamente en el último año. De los originarios 8.000 sólo sobrevive un 20%, y éstos padecen de diversas enfermedades, las cuales los conducen a una muerte prematura.
2. El hecho de que los lobos marinos estén infestados por enfermedades virales o simplemente envenenados se atribuye a la eliminación en alta mar de los desechos industriales.
3. El Estado alemán es el principal responsable —según la argumentación de los lobos marinos— pues él ha contribuido con generosas autorizaciones a las empresas de servicio de limpieza industrial para la eliminación de los residuos tóxicos en alta mar y con ello a la permanente masacre y posible extinción de los lobos marinos.

En consecuencia los lobos marinos solicitaron ante el tribunal la suspensión del acto administrativo del Instituto Hidrográfico, es decir, la revocación de la autorización oficial a los servicios industriales para la eliminación de los desechos en alta mar y que además se

pronunciara la correspondiente prohibición a fin de preservar el *ecosistema* del Mar del Norte.

El Tribunal —como respuesta— actuó como es propio de la jurisdicción alemana, esto es, rechazó la demanda con costas para los demandantes, los lobos marinos, los cuales eran representados por una serie de asociaciones y fundaciones para la protección del medio ambiente, tales como *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Greenpeace, World Wildlife Fund*, entre otras. En la parte de los considerandos de la sentencia se pueden apreciar en una brillante síntesis todos los argumentos de la doctrina jurídico-procesal dominante. Así, por ejemplo:

- Los lobos marinos como animales salvajes habitan en alta mar y con ello fuera del territorio soberano de la República Federal Alemana y por ende, no están sometidos a su jurisdicción.
- Los lobos marinos son animales y por consiguiente no poseen personalidad jurídica alguna. Sólo las personas naturales o jurídicas poseen capacidad jurídica y como derivado de ella la capacidad de ser parte en juicio. Ergo los lobos marinos no pueden ser demandantes. El postulado de la dogmática jurídica pandectista establecido desde Heinrich von DERNBURG (1864) considera a los animales como cosas. Donde hay cosa, no hay persona tampoco demandante y por lo tanto tampoco juez.
- Como consecuencia también en su calidad de "cosas" los lobos marinos, a la sazón ayunos de habla y derechos propios, son incapaces para el nombramiento de un representante procesal. Falta entonces el mandato procesal, esto es, el otorgamiento por escrito del poder a los abogados de las asociaciones ecológicas.
- Las asociaciones ecológicas tampoco están legitimadas procesalmente para ser parte de la acusación:

8. Cf. Der Spiegel N° 37/1988.

- a. Como protectores de derechos ajenos (terceros), como serían en el caso de *gestión de negocio jurídico sin mandato o curadores procesales*, no pueden fundamentar su legitimación, pues en este caso no existen derechos. Los animales son cosas y no poseen derechos propios.
  - b. Igualmente carecen de legitimidad como demandantes a nombre propio, —considerando que las asociaciones ecológicas no pueden pretender ser lesionadas en sus derechos subjetivos propios por el acto administrativo del Instituto Hidrográfico, como lo presupone el § 42 del Código Administrativo Procesal. Los lobos marinos son *res nullius*, no son propiedad de las asociaciones como tampoco lo es el área donde habitan, es decir, el Mar del Norte. Por ende no tienen ningún derecho o siquiera interés jurídico que requiera ser protegido —y tampoco hay lugar a resarcimiento de daño alguno— carecen, como se denomina en la tradición alemana de *Rechtsschutzbedürfnis*, del derecho a protección judicial propio.
- El Derecho alemán no contempla ningún tipo de acción popular que permita solicitar la revocación o anulación de todo acto lesivo al medio ambiente, como lo prevé, por ejemplo, la nueva Constitución de Brasil en el artículo 5, inciso LXXIII.
  - Aún aceptando la veracidad de la hipótesis que las asociaciones estuvieran legitimadas para impetrar una acción con el objetivo de proteger las aguas y animales de la contaminación y con la condición —inexis-

tente en este caso— que ellas hayan sido lesionadas en sus derechos propios se mantiene sin perspectiva la pretensión, pues en la exposición de los hechos de la demanda se establece una relación causal que no ha sido probada de manera concluyente. *No se ha probado plenamente que exista una necesaria causalidad entre la contaminación del Mar del Norte por el acarreo de materias tóxicas y la muerte de los lobos marinos.* Es más, la relación de causalidad que ha tratado de establecerse entre la eliminación de los desechos con autorización y control estatal, la cual es realizada por las empresas industriales y la muerte de los lobos marinos es —científicamente— una “aseveración vacía” que —como mera especulación— se escapa de todo control crítico. Los jueces consideraron como imposible la reconstrucción completa y contundente de la concatenación de causalidades que conducen a la extinción de la especie.

En resumen: la argumentación del tribunal, es decir el manejo judicial de las cuestiones de la causa, la autoría, la prueba, la parte legitimada, necesidad de protección jurídica, la responsabilidad, la capacidad jurídica, etc., develan la verdad escondida en esta comedia forense escenificada por la justicia administrativa de Hamburgo. El derecho vigente y los tribunales responsables de aplicarlo no condenan, sino protegen a los responsables de las tragedias ecológicas y a quienes deberían ser procesados como tales. La justicia transforma la autoría general del crimen ecológico en absolución jurídica. No existe forma más perfecta para lo que puede ser denominada la *descontaminación simbólica* de la degradada realidad de la naturaleza.

### III. LA IRRESPONSABILIDAD COMO SISTEMA JURÍDICO Y POLÍTICO SOCIAL

La argumentación del Tribunal Administrativo alemán ejemplifica el hermetismo de la dominante doctrina jurídica antropocéntrica. En este fallo está resumido el horizonte de la problemática de nuestro tema, el cual en lo esencial se puede enunciar en la siguiente tesis: *El Estado moderno y la sociedad industrial conforman una comunidad de intereses la cual realiza lo que se denomina la ORGANIZADA IRRESPONSABILIDAD.*<sup>9</sup> Con la autorización estatal las empresas de servicio de limpieza industrial efectúan la eliminación de desechos tóxicos en el mar con plena conciencia de las consecuencias ecológicas: degradación de los mares —como lo muestra la peste de las algas—, extinción de especies marinas y hasta cambios climáticos. Es un hecho notorio desde hace muchos años la agonía ecológica del Mar del Norte por causa del veneno mortal de los desechos industriales.

Desde decenios el ecosistema marino del Mar del Norte ha sido utilizado (hasta el abuso) por los países ribereños como vertedero de basura y desperdicios de todo tipo a la sazón gratuito, es decir, exento de gastos. Éste constituye una zona libre para ser comercializada. La dimensión de las actividades contaminadoras (polucionadoras, se desprende de los siguientes datos).<sup>10</sup> Anteriormente ese pequeño mar tenía que *deglutir* anualmente la cantidad de 400 millones de metros cúbicos de aguas residuales no depuradas, 75 millones de toneladas de escombros (cascotes), 1.5 millones de toneladas de compuestos de nitrógeno, 1 millón de toneladas de otros tipos de residuos tóxicos tales como petróleo, fosfato, insecticidas, pesticidas, disolventes, metales pesados y materias radiactivas. Ante esta estadística de la ecocriminalidad legalizada los argumentos del

Tribunal de Hamburgo devienen ridículos y cínicos. Los miles de lobos marinos penosa y atrozmente envenenados en el Mar del Norte son el indudable indicador que el antiguo paraíso de peces y mariscos enfrenta su colapso ecológico.

Aunque conscientes de esa degradación total del Mar del Norte los responsables políticos e industriales se hacen de la "vista gorda" o se complacen en los gestos del accionismo simbólico. La evidente destrucción sistemática del mar acaece mientras aumentan los foros internacionales sobre el tema ecológico, mientras políticos prometen medidas salvadoras y se expiden leyes y se contraen convenios internacionales para la protección del medio ambiente. Ni argumentos de la economía que prueban la irracionalidad e insensatez económica de la contaminación, ni argumentos éticos que conducen a concluir la inmoralidad de la destrucción de la naturaleza han podido detener la inminente catástrofe.

Parece que las instancias político-industriales se resignan en aceptar la realidad catastrófica como si fuese el destino natural de la civilización industrial.

El uso meramente simbólico del Derecho ambiental paradigmatisa esa actitud ideológica. La experiencia de 20 años de política ambiental, de abundantes legislaciones protectoras y de vastas actividades de implementación devela el fallo o debilidad intencionada de las instituciones, normas y funciones jurídicas.<sup>11</sup> Así, continúa el proceso ecodestructivo del Mar del Norte y de los otros espacios ambientales. En una palabra: el Derecho es parte del sistema de organizada irresponsabilidad. Éste sólo es útil para legalizar y con ello legitimar las múltiples actividades contaminadoras, las cuales

9. Véase al respecto Ulrich Beck, *Gegengifte, Die organisierte Unverantwortlichkeit*, Frankfurt, 1988.

10. Cf. Kloake Nordsee, en: *Natur* 7/1988, pág. 32.

11. Cf. Andreas Bechmann, *Öko-Bilanz*, München, 1987.

—en términos criminológicos— se denominan *crímenes*. El Derecho ambiental sólo actúa en su dimensión simbólica al sublimar o sea normalizar la realidad de la contaminación.

Desde luego, el derecho no cumple aislado esa función simbólica. Las campañas publicitarias de la industria química y los foros internacionales también contribuyen a hacernos olvidar el palpable hecho de la contaminación. Se ha constituido un complejo y sofisticado sistema de maniobras para el engaño —incluyendo los espectáculos de los medios de comunicación, los anuncios publicitarios justificatorios, los peritajes pseudocientíficos de expertos, las varias correcciones administrativas de valores límites y los procedimientos judiciales simbólicos— tal como demuestra diáfananamente el caso de los lobos marinos.

Las normas del Código Administrativo Procesal aplicadas por el Tribunal de Hamburgo se han evidenciado como la más afectiva garantía de la ineffectividad de la protección jurídica del medio ambiente. Contrariamente al lenguaje jurídico —el cual mediante sus racionales formales funciona como agencia de la descriminalización, esto es, la normalización de lo criminal— el lenguaje de la propia naturaleza devela, por su materialidad inequívoca, la megadimensión de la ecodestructividad: la naturaleza degradada, la atmósfera contaminada, el mar envenenado, el bosque quemado, los animales intoxicados, las especies en vías de extinción, son manifestaciones de la condición humana autodestructiva y además, en su respectivo contexto, la refutación empírico-práctica de la pretensión político-jurídica, que reclama protección y conservación efectiva por parte del Derecho ambiental. La simbología jurídica protectora del medio ambiente es en verdad la simbología de su ocupación y utilización por los intereses económicos. Tal como se manifiesta claramente en el caso de los lobos marinos, el Derecho positivo en forma de la

denominada Ley de Acarreo en Alta Mar (*Hohe-See-Einbringungsgesetz*),<sup>12</sup> la cual introdujo en el Derecho interno alemán el Convenio de 1972 sobre la Protección del Medio Ambiente en relación con los desechos industriales en alta mar, es una declaración político-programática que aparentemente sólo tiene como objeto intereses utilitarios, pero no posee ninguna fuerza normativa en la protección real y concreta de la biósfera marina. La protección del medio ambiente cede ante intereses mucho más poderosos representados en la producción industrial.

Existen otros ejemplos:

El párrafo 324 del Código Penal alemán tipifica como delito la contaminación y el deterioramiento de las cualidades de las aguas. Pero los autores y coautores del crimen del Mar del Norte no se configuran en la mencionada norma. Por lo contrario: La norma del Código Penal contiene un aparente defecto regulativo de gran significado: penaliza exclusivamente todo *acto de contaminación no autorizado* —tal como dice la letra de la ley—; es decir, *argumentum e contrario*, declara como legal y legítimo todo acto de contaminación autorizado por instancias estatales. Cabe al poder público autorizar la libre degradación, polución e intoxicación de la naturaleza. Así, todas las áreas —terrestres, marítimas, fluviales y espaciales— devienen esferas y medios disponibles para la eliminación de desechos. Se pueden transformar en basureros, canales de desagüe, espacios de radiactividad y emisiones de gases tóxicos. Esto es, en depósitos de libre disposición de la denominada *administración de los riesgos*<sup>13</sup> de la sociedad industrial. La destrucción ambiental progresiva percibida hoy en día en todas partes del mundo se realiza con la observancia de las disposiciones de normas positivizadas y en los marcos de las constituciones posmodernas. No es causal que todas

12. Gesetz zu den Übereinkommen vom 15. Februar 1972 und 29. Dezember 1972 zur Verhütung der Meeresverschmutzung durch das Einbringen von Abfällen durch Schiffe und Luftfahrzeuge, vom 11. Februar 1977; además Verordnung zur Durchführung des Gesetzes zu, etc., vom 7. Dezember 1977.

13. Véase Ulrich Beck, *op. cit.*, (nota 6).

las constituciones recientemente promulgadas conceden el Derecho fundamental a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, como por ejemplo, la Constitución de Brasil de 1988 en su artículo 225.<sup>14</sup>

Lamentablemente —y quizás no por desconocimiento— faltan los respectivos regulamientos de ejecución y los medios procesales para hacer efectivo este Derecho constitucional fundamental. Así como ningún ciudadano alemán podría por medio del llamado a sus derechos fundamentales a la vida y a su integridad física obligar al poder público a revocar las diversas autorizaciones para el acarreo de desechos tóxicos en alta mar o para la construcción de centrales nucleares: tampoco ningún ciudadano brasileño o especialmente el

indio brasileño como directamente afectado podría por el simple apelar al artículo 225 de la Constitución del Brasil sic obligar a su Gobierno a revocar y desistir del proyecto de la presa *Balbina*, Amazonia, aunque los responsables conocen perfectamente la consecuencia real de ese proyecto: la devastación forestal y la destrucción del hábitat natural del indio y por tanto su expulsión y probable exterminio.<sup>15</sup> Claro está, la Constitución brasileña protege al indio y le asegura la conservación de sus tierras tradicionales tal como contempla el artículo 231, pero reserva el *interés público* de la unión sobre las mismas. La Constitución —ello es lo que significa— asegura el derecho a la existencia de los indios de manera simbólica y no de forma real y efectiva.

#### IV. FUNCIÓN SIMBÓLICA Y FUNCIÓN INSTRUMENTAL DEL DERECHO MODERNO Y AMBIENTAL

La óptica anteriormente expuesta del caso jurídico práctico en el ámbito del Derecho ecológico puede fascinar y debe provocar al pensamiento iusfilosófico. Ella debe, como creo, ser motivo para reflexionar sobre la esencia y función del Derecho y, si fuese necesario, cuestionar y relativizar determinados enfoques y tradiciones.

El denominado Derecho posmoderno, esto es, el Derecho de las superindustrializadas y altamente tecnificadas sociedades muestra características que posiblemente rompan los modelos de la filosofía del Derecho o por lo menos los hagan inadecuados. Debo abordar brevemente —antes de profundizar en mi tesis— la determinación de las funciones esenciales del Derecho: a saber la distinción entre la función simbólica y la función instrumental.

El denominado Derecho moderno —Derecho formal de la sociedad burguesa— es en todas sus expresiones un Derecho orientado a fines racionales. Es un Derecho de racionalidad finalista, o mejor, teleológico-racional, *zweckrationales Recht* como expresaba Max WEBER. Como *Derecho privado* cumple el imperativo funcional adecuado a un sistema económico centrado y regulado por mercados libres y el tráfico de mercancías y es, en palabras de J. HABERMAS, concebido para dar lugar "a la racionalidad estratégica de los sujetos jurídicos orientados a/y por fines racionales en sus actuaciones". Su núcleo es la garantía institucional de la propiedad privada con las garantías conexas a ella, tales como, libertad empresarial o libertad económica en general, el Derecho de contratación y el Derecho de sucesión.

14. Véase al respecto Wolf Paul, *Die Brasilianische Verfassung von 1988*, Frankfurt-Bern-New York-Paris 1989.

15. Véase Manuela Carneiro da Cunha, *Os direitos do Indio*. Ensaio e Documentos, São Paulo 1987; sobre la situación ecológica véase: *Meio Ambiente*, Pará Desenvolvimento Nº 23/1988, ed. por Instituto do Desenvolvimento Económico-Social do Pará.

Como Derecho público el Derecho moderno se adecua y cumple el Imperativo funcional del Estado-sociedad Industrial. Esto es, apoyado en un centralizado, competente, especializado y organizado aparato administrativo garantiza las condiciones esenciales del libre, autónomo y privado orden económico. En este sentido el Derecho moderno es el instrumento de la racionalidad sistémica de la libre sociedad de mercado. En condición de tal mantiene el *status quo*, promueve sus condiciones de desarrollo y controla disfunciones y regula los riesgos.

A las funciones del Derecho moderno le corresponden los siguientes rasgos teleológicos-racionales y técnicos instrumentales:

1. *Es un Derecho positivo:* Un legislador soberano regla las relaciones sociales de manera que transforma los imperativos de la racionalidad sistémica en leyes formales. El soberano crea un Derecho positivo, esto es, codificado y expresado simbólicamente.
2. *Es un Derecho general:* Consiste en normas obligatorias generales con validez para y contra todos y es por ello legitimado como expresión de los intereses generales. Crea calculables previsiones y orientaciones externas para la actuación (garantiza la igualdad formal ante la ley, por ejemplo) las cuales son independientes de valoraciones morales, poseen simplemente validez formal. Se deja, no obstante, una área neutral de libertad en la que es permitido todo lo que la ley no prohíbe. El área de la autonomía privada.
3. *Es un Derecho formal, operacional y profesional:* La creación y aplicación del Dere-

cho es exclusiva ocupación de entendidos profesionales y asociada con procesos altamente formalizados. El Derecho moderno —en virtud de la racionalidad y sistematización de las normas, la coherencia dogmática, la conceptualización analítica, la unidad y estricta deductividad del pensamiento jurídico, y en virtud igualmente de la uniformación y estandarización de los criterios de valoración— se convierte en un Derecho operacional con características que nos hacen pensar en formas de automatismo.

Las cualidades formales del Derecho aquí puntualizadas permiten su uso instrumental a través de la política en la sociedad y en el Estado. Principalmente se presenta el Derecho como el medio del poder público para el logro de deseables condiciones de estabilidad política y social. Por medio de la legislación se intenta dirigir el comportamiento de los destinatarios de las normas; ya sea a través de incentivos, permisiones o prohibiciones con el fin de lograr los efectos calculados y previstos. Asimismo se controla el éxito de las leyes mediante la implementación administrativa y su eficiencia social se mide en el cumplimiento de sus fines. Los legisladores modernos —orientados por este espíritu instrumental de las leyes tal como se muestra especialmente en la legislación sobre protección del medio ambiente en todos los países— son convertidos en *super-hiperproductores* de leyes. En los últimos quince años, verbigracia, se ha consolidado en la República Federal Alemana el *Derecho ambiental* como derecho autónomo: Es un conjunto de derechos civiles, penales, administrativos, procesales y constitucionales. Sus bases se conforman con la obra legislativa que, según mis estima-

16. Überlegungen zum evolutionären Stellenwert des modernen Rechts, en: Zur Rekonstruktion des historischen Materialismus, Frankfurt, 1976, págs. 260 y sigu.

17. Véanse mis trabajos Acerca de la Actualidad de la Teoría del Derecho Natural, en: Boletín de la Asociación de Filosofía del Derecho, año 4, Nº 45, junio de 1987, La Plata, Argentina, págs. 3-7; Os Riscos da Civilização tecnológica e a Actualidade do Direito Natural, en: Revista do Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Belém, Pará, Brasil, Nº 1, ano 1, 1988, págs. 27-37.

18. Véanse al respecto Klaus Michael Meyer-Abich, Wege zum Frieden mit der Natur. Praktische Naturphilosophie für die Umweltpolitik, München-Wien, 1984.

ciones, supera más de trescientas (300) unidades de leyes, decretos y reglamentos. Se ha originado igualmente una voluminosa infraestructura institucional con sus propias técnicas administrativas para la ejecución y control estatal de relevantes comportamientos ecológicos de los empresarios, de las comunidades y de los ciudadanos en general. Surge entonces un nuevo tipo de conflicto social del que se ocupan todas las ramas de la justicia, desde la jurisdicción administrativa, civil, penal y social, hasta la jurisdicción constitucional. En el campo jurídico, por otra parte, se pueden designar nuevos roles profesionales: policías y abogados, profesores, jueces y fiscales del Derecho ambiental, así como también nuevas cátedras y textos de la dogmática del Derecho ecológico. Esta muy alemana realización del Derecho ecológico ha encontrado muchas imitaciones y está en ciernes el estadio de su europeización.

El *leit motiv* impulsador del más reciente desarrollo en el campo del Derecho puede ser resumido iusfilosóficamente así: *el medio ambiente y/o la naturaleza* son descubiertos

como valores éticos y ante su ostensible destrucción se declara la absoluta protección de ellos *redefinidos como bienes jurídicos*. La quasi consagración iusnaturalista del valor fundamental de la naturaleza o sea del Derecho natural de la naturaleza fue transformado en Derecho positivo, es decir, instrumentalizada. La protección de la naturaleza es normada por la creciente codificación e implementada mediante la administración ejecutiva.

En conclusión: por su cualidad como protección técnico-formal, por su tratamiento profesional, su forma operacional y su presuntiva potencia capacidad de controlar la conducta social ecológicamente peligrosa se presenta el Derecho ambiental como el principal instrumento para garantizar la convivencia pacífica y armónica entre la humanidad y la naturaleza.

Al Derecho estatal se le ha atribuido la función instrumental de contrapoder contra las fuerzas omnipresentes de la destructividad o sea la capacidad de "defender y preservar un medio ambiente ecológicamente equilibrado para las presentes y futuras generaciones".

## V. EL DILEMA DEL DERECHO AMBIENTAL SIMBÓLICO

La idea que la legislación política es la práctica de la eticidad jurídica y que el Derecho en su función instrumental constituye la base de toda la organización del Estado y de la sociedad está yacente en la tradición iusfilosófica europea desde Platón. Esa misma idea preside asimismo la determinación de la función histórica del Derecho natural racional desde Hobbes hasta Hegel y está presente en las grandes codificaciones europeas de los siglos XVIII y XIX, las cuales se entendieron como la positivación del Derecho natural bur-

gués. La necesaria pregunta sería si, con esa idea tradicional, se pueden también explicar o comprender los posmodernos desarrollos legislativos tales como las codificaciones del Derecho ambiental. Si el Derecho ambiental puede ser entendido como la instrumentalización de la eticidad ecológica bajo las condiciones del superindustrialismo y de las tecnologías de alto riesgo.

Cierto es que las legislaciones formales del Derecho Ambiental están fundamentadas en la idea codificatoria tradicional. Sin embargo, no

19. Art. 225, Constituição da Republica Federativa do Brasil, 1988.

20. Cf. Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1967, §§15 y sigus.

21. Cf. Ulrich Beck, *op. cit.* (nota 9).

22. Actualmente se organiza una cruzada en favor de la última frontera ecológica del planeta: de la Antártica.

cabe duda que sólo realizan esa idea y cumplen sus funciones de una manera dilemática. El dilema proviene del antagonismo económico-ecológico que es propio de las sociedades industriales. El Derecho Ambiental corporifica la racionalidad específicamente ambivalente de la época industrial, la cual disfruta excesivamente del progreso tecnológico y de la elevada calidad de la vida bajo las amenazas de las catástrofes ecológicas.

En otras palabras: corporifica la racionalidad específica del sistema predominante de la organizada irresponsabilidad.

El Derecho Ambiental desempeña su función instrumental y efectiva cuando se trata de la utilización económica del medio ambiente, del uso y consumo, de la explotación, distribución, administración, organización, información, determinación de los valores límites contaminadoras, etc. Pero —al contrario— el Derecho Ambiental sólo opera simbólicamente cuando se trata de la decisiva y efectiva protección, conservación y preservación del medio ambiente y cuando se trata de la decisiva y efectiva intervención en los procesos de la ecodestructividad megadimensional. La progresiva ocupación, degradación y destrucción de los ecosistemas, espacios y medios ambientales se realiza en gran medida legalmente, con observancia de las disposiciones legislativas y administrativas. Por eso el Derecho ambiental puede ser considerado como la forma de la descontaminación simbólica de la realidad contaminada.

El *interés ecológico* es sólo simbólicamente protegido. El derecho ecológico estatal pone en escena una pseudo-realidad. Su expresión simbólica en forma de obras legislativas, declaraciones eco-constitucionales, instituciones, actos administrativos y decisiones judiciales crean la impresión que existe una actitud y completa asistencia y prevención ecológica de

parte del Estado y con ello se reproduce al mismo tiempo la lealtad y confianza de los ciudadanos en el sistema.

Los símbolos jurídicos poseen —en este sentido— una función *manipulativa*. Crean deslumbramiento, tranquilidad e ilusiones. Ellos representan una fictiva realidad y estructuran una falsa conciencia forjadora igualmente de autoengaño. Los propios políticos, legisladores, jueces y funcionarios del Derecho ambiental no sólo son "productores", sino también víctimas de sus interpretaciones simbólicas de la realidad ecológica. En su imperturbable creencia en las pretensiones normativas y las posibilidades instrumentales del Derecho ecológico sustituyen *la real situación del Ser por la fictiva situación del Deber Ser*. El Derecho ecológico y su aplicación se muestran como una multidimensional y deslumbrante obra, como la racional industria de la ilusión en la cual nadie puede distinguir entre apariencia y realidad.

La protección del medio ambiente como tarea histórica de la Humanidad —que irrumpe desde la mitad de los años setenta— parece ser hoy en todos los Estados tanto del primer como del tercer mundo una simbólica Cruzada escenificada en todos los espacios del planeta. En ella se realizan batallas, se propagan victorias y se declara el perpetuo control del enemigo. Un presunto enemigo con el cual ni se tiene ni se tendrá contacto, pues él se expresa en la estructura imponente y trágica de inviernos atómicos, catástrofes climáticas, desertificaciones de amplias zonas de la tierra, mares contaminados, extinción de especies, y otras monstruosidades análogas nacidas del sueño de la razón humana y desenfrenada por el sistema de *irresponsabilidad organizada*. Somos testigos —y como juristas del Derecho ambiental o ecológico lo experimentamos— de una muy antigua verdad iusfilosófica: *Fiat iustitia pereat mundus*.