

La tutela del medioambiente desde la Perspectiva Ius-Económica¹
Protección del derecho a un ambiente sano en el Estado Constitucional
Valentin Antonio Bartra Abensur²

1. Introducción

Cuando hablamos de la tutela del medioambiente nos referimos a las garantías que permiten el goce de este importante derecho social. Considerado como un derecho de tercera generación.

En la actualidad se habla de tres generaciones de derechos humanos, esta división de los derechos humanos en generaciones fue inicialmente propuesta en 1979 por el jurista checo Karel Vášak en el Instituto Internacional de Derechos Humanos en Estrasburgo. Esta división y secuencia tiene sus raíces en la legislación europea, y reflejan las nociones de libertad, igualdad y fraternidad que surgen con la Revolución francesa.

Recordando el iter de su evolución, los derechos humanos de primera generación tratan esencialmente de la libertad y la participación en la vida política. Son esencialmente civiles y políticos y están provistos de garantías negativas para proteger al individuo de los excesos del Estado. Así se incluyen la libertad de expresión, el derecho a un juicio justo, la libertad de religión, y el sufragio. Estos derechos fueron propuestos por primera vez en la Carta de Derechos de los Estados Unidos, y en Francia por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, ambas en el siglo XIX. Su consagración a nivel global llegó por vía de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

Los derechos humanos de segunda generación están relacionados con la igualdad y comenzaron a ser reconocidos por los gobiernos después de la Primera Guerra Mundial. Son fundamentalmente sociales y económicos. Aseguran a los diferentes miembros de la ciudadanía igualdad de condiciones y de trato. Incluyen el derecho a ser empleados, los derechos a vivienda, a la educación y a la salud, así como la seguridad social y las prestaciones por desempleo.

La tercera generación de derechos, surgida en la doctrina en los años 1980, se vincula con la solidaridad. Tienen incidencia general y su ámbito de acción es global, por lo que precisan para su realización una serie de esfuerzos y cooperaciones de toda la comunidad internacional. Un claro ejemplo de un derecho de tercera generación es el derecho a un medio ambiente sano. Estos derechos tienen garantías positivas de índole prestacional que implican onerosidad por parte de los Estados, circunstancia que ha

¹ Ese trabajo está basado en la tesis doctoral del mismo nombre leída por el autor en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

² El autor es catedrático de legislación ambiental, consultor en temas ambientales y presidente del Instituto Andino y Amazónico de Derecho Ambiental.

limitado su completa y amplia implementación. A tal punto que su débil cumplimiento los han colocado en una especie de derechos de tercera categoría o simples declaraciones programáticas. La citada clasificación por generación de derechos ha sido recogida también por Adela Cortina quien la reafirma. Cortina reconoce la interdependencia de los diferentes derechos para lograr el fin último de bienestar: “La pobreza es ante todo falta de libertad para llevar adelante los planes de vida que una persona tiene razones para valorar: es sobre quién no puede desarrollar los proyectos vitales que podría desear razonablemente.”³

La tendencia ha transitado por entender la naturaleza común de todos los derechos y su interdependencia, según se reconoció en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Teherán en 1968. La Declaración sobre el Derecho al Desarrollo⁴ de 1986 afirma el concepto de complementariedad de los derechos sociales y políticos y los derechos sociales y económicos. Esta interdependencia claramente lo reconoce Nino: “Algunos bienes son tan fundamentales para el buen funcionamiento del sistema democrático que si no se proveyeran, el proceso democrático se deterioraría tanto que su valor epistémico desaparecería. Si alguien está muriendo de hambre, o se encuentra gravemente enfermo y privado de atención médica, o carece de la posibilidad de expresar sus ideas en los medios de comunicación, el sistema democrático resulta tan afectado como si tal persona no tuviera derecho al voto”.⁵ Si pues, el goce de unos derechos depende del goce de los otros para llegar a ser efectivos.

La situación no es pacífica, desde la expansión de derechos que se inicia con la posguerra y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, y tras el telón de la Guerra Fría con la confrontación de las ideologías socialista y liberal, los nuevos derechos que incluyen a los derechos sociales y económicos tardaron en ser aceptados por los regímenes liberales.

Algunos ordenamientos como el peruano, según decisiones del Tribunal Constitucional considera a los derechos sociales y económicos como derechos fundamentales, al igual que los derechos civiles y políticos.⁶

³ Cortina, Adela y Gustavo Pereira (eds.) En: Pobreza y Libertad. Erradicar la pobreza desde el enfoque de las Cfr. sentencia 2016-2004-AA/TC “No se trata, sin embargo de meras norma programáticas de eficacia mediata, (...) pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos.” (fundamento 10).capacidades de Amartya Sen. Madrid: Tecnos. 2009. Pg. 19

⁴ La Declaración sobre el Derecho al Desarrollo fue adoptada por la Resolución 441/128 de la Asamblea General en su sesión del 4 diciembre de 1986.

⁵ Nino, CS. The constitution of Deliberating Democracy. New Haven: Yale University Press. 1996 pg 199

⁶ Cfr. sentencia 2016-2004-AA/TC “No se trata, sin embargo de meras norma programáticas de eficacia mediata, (...) pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos.” (fundamento 10).

La naturaleza prestacional, provista de garantía positiva, de los derechos sociales implica acciones y actividades para concretar medidas que solucionen necesidades básicas a poblaciones que pueden estar fuera de los mercados de servicios o son especialmente vulnerables y requieren ser atendidas por el Estado para ser incluidas en el tejido social. Dichas medidas al ser onerosas por parte de los Estados, han dado pie a expresiones en forma de excusas para evadir el cumplimiento, de por sí obligatorio, por la suscripción del PIDESDC⁷, que goza de especial rango dentro de los ordenamientos nacionales, al ser un tratado internacional. Muchos Estados aducen que se tratan de normas declarativas y programáticas, esto resulta bastante contradictorio puesto que la satisfacción de estos derechos es necesaria precisamente, para cumplir los tan queridos y valorados derechos civiles y políticos.

El ambiente es considerado como uno de los derechos de tercera generación⁸. Cuando hablamos de la tutela del medioambiente nos referimos a protección de uno de los más visibles y notorios derechos sociales del Estado Constitucional.

2. Limitaciones y debilidad en la protección del medioambiente del derecho positivo legalista

El Derecho está diseñado de manera estructural para el control social del Estado a través de la regulación de conductas y acciones de los administrados y demás habitantes del país.

En el tránsito del Estado Liberal al Estado Social y Constitucional de Derecho, el positivismo jurídico, que se sostiene primordialmente en la ley, encuentra limitaciones a la hora de la necesaria protección y tutela del medioambiente. Prieto Sanchís, citando a Zagrebelski nos dice "... la Europa del siglo XIX fue una sociedad, 'monista', presidida de manera exclusiva por los valores de la burguesía liberal, dicha sociedad dio lugar al Estado de Derecho basado en una idea fuerte de la soberanía y en la omnipotencia de la ley; y a su vez, esta organización política alentó una particular cultura jurídica, el positivismo."⁹

Cuando hablamos del medioambiente como el objeto a proteger, se desea garantizar su integridad y las condiciones libres de contaminantes y tóxicos que permitan el goce de la vida y bienestar de las personas.

Si bien existe una estructura formal e institucional que debería proveer la necesaria protección y tutela, basado en el Derecho Administrativo, el Derecho Ambiental y normas especiales, además de la protección del Derecho Penal y el Derecho

⁷ Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1969, ratificado por el Perú el 28 Abril 1978.

⁸ Está reconocido en el Art. 12 del PIDESC.

⁹ Prieto Sanchís pg. 109

Constitucional, hay condiciones y circunstancias de índole económica y ecológica que dificultan su efectiva protección.

Ya Hans Nawiasky advertía “Es obvio que muchas normas jurídicas son parcial o totalmente ineficaces.”¹⁰

La actual arquitectura del Derecho, basada en el positivismo jurídico, tiene limitaciones para articular una tutela efectiva del medioambiente y los recursos naturales.

Dentro de las características más saltantes que configuran las condiciones, relaciones, situaciones y circunstancias tenemos a las siguientes:

- Se basa en normas y leyes creadas por el cuerpo legislativo que a veces resultan alejadas de la realidad física, fáctica y natural
- Se basa en satisfacer condiciones generales, buscando una igualdad para todos que no siempre corresponde a la realidad
- Es individualista
- Es antropocéntrica, pues ignora otras formas de vida sentiente pero sin racionalidad ni capacidad de comunicación o crítica, como lo conocemos los humanos. Las formas de vida no humana con quienes compartimos el ecosistema, no tienen una clara o reconocida representatividad o representante legitimado.
- Es monista, pues solo se basa en y usa el Derecho, dejando de lado a otras formas de conocimiento o saber.

Alexy da cuenta también de estas limitaciones “... al menos, cuatro razones: (1) la vaguedad del lenguaje jurídico, (2) la posibilidad de conflictos de normas, (3) el hecho de que sean posibles casos que necesitan una regulación jurídica, pero para cuya regulación no existe una norma ya vigente, y (4) la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales.”¹¹

Por su lado, la propia indeterminación de los textos de las normas jurídicas es revisada críticamente por Hart “... la teoría jurídica tiene una curiosa historia, porque es propensa a ignorar o a exagerar el carácter indeterminado de las reglas jurídicas”¹² . Continúa: “Muchas de las oscuridades y distorsiones que rodean a los conceptos jurídicos y políticos, surgen del hecho de que estos implican esencialmente una referencia a lo que hemos llamado el punto de vista interno: el punto de vista de quienes no se limitan a registrar y predecir la conducta que se adecúa a las reglas, sino que usan las reglas como criterios o pautas para valorar su conducta y las de los demás.”¹³

¹⁰ Nawiasky, Hans. Pg 289

¹¹ Alexy, Robert pg. 23

¹² Hart, HLA. Derecho pg 163

¹³ Hart op cit pg 122

Para Nawiasky "...las opiniones acerca de lo que corresponde a la naturaleza de las cosas pueden discrepar mucho entre sí, abriendo con ello una amplia puerta al subjetivismo."¹⁴

Si bien existe una estructura estatal consolidada, con normas e instituciones, órganos y recursos para la tutela del medioambiente y los recursos naturales, que está claramente establecida en las Cartas Políticas, hay todavía una clara brecha entre el ser de la realidad ambiental que nos rodea y el deber ser de los textos normativos vigentes.

El mismo Derecho Ambiental concebido en el seno del positivismo, señala sus limitaciones. El Derecho Ambiental está concebido para lidiar y tratar con problemas actuales, ignora o no está debidamente equipado para tratar problemas que se presenten en las generaciones distantes, por ejemplo la difícil relación causal de emisiones retardadas o de contaminación lenta. También es complicada la determinación de dependencias ecológicas y relaciones sistémicas. No se puede ignorar el hecho que muchas veces se presentan conflictos de derechos.

Entre los factores que configuran la limitación mentada están: a) semántica, conceptos y significados; b) irreversibilidad de los procesos naturales; c) preeminencia e independencia de las leyes naturales; d) derechos de seres vivos, distinto de los seres humanos.

La protección del medioambiente es un tema central en las constituciones contemporáneas y está considerado como derecho fundamental de las personas, esto supera la visión que atribuye esta protección a los órganos o a entidades públicas, común en las Cartas Políticas más antiguas.

La gobernanza ambiental es crítica para alcanzar la sostenibilidad ambiental y últimamente el desarrollo sostenible.

Para Atienza "El conflicto es, en efecto, el origen del Derecho, lo que lleva a verlo como un instrumento, una técnica (no necesariamente neutral) de tratamiento (lo que no siempre implica solución) de problemas de cierto tipo."¹⁵ "De lo que se trata es más bien de contribuir en elaborar una concepción articulada del Derecho que realmente pueda servir para mejorar las prácticas jurídicas y, con ello, las instituciones sociales."¹⁶

3. Bienes fundamentales.

El derecho al ambiente se concreta a través de bienes materiales como el agua y el aire bajo las condiciones que las mantengan libres de tóxicos y contaminación, que de otra

¹⁴ Nawiasky, op cit pg 204

¹⁵ Atienza pg 59

¹⁶ Atienza pg 58-59

forma limiten el uso o aprovechamiento, por su impacto negativo sobre la salud y la vida de las personas.

El bien jurídico “...no es solo un objeto material o ideal, sino la posibilidad, garantizada por el Estado de Derecho democrático y liberal de disponer de entidades valiosas por parte de las personas, aislada o colectivamente consideradas, pero de carne y hueso, y con una dignidad y unos derechos reconocidos por todas las modernas constituciones y por el ordenamiento internacional ius humanista. [Es decir constituyen la]... garantía de las condiciones externas de libertad de cada una, nada más ni nada menos...”¹⁷

Para Niño, en el Estado Constitucional de Derecho “...autores como Franco Bricola o Hans Joachim Rudolphi tendieron a identificar resueltamente los derechos fundamentales consagrados en la Constitución como los bienes jurídicos.”¹⁸

Niño, citando a Zaffaroni “... los bienes jurídicos implican una gama mucho más amplia y compleja de relaciones sociales concretas de los individuos con todos los sujetos y objetos posibles de vincularse a ellos.”¹⁹

Partiendo del consolidado concepto de bien jurídico, Luigi Ferrajoli en la ponencia que presentó en el Congreso de Granada de 2005 lanzó su idea de la necesidad de una Carta de los Bienes Fundamentales²⁰ como referente necesario en la materialización del marco constitucional, para su protección al más alto nivel.

Dada la importancia de los bienes jurídicos y su conexión con la garantía del disfrute de los derechos sociales han sido reconocidos y valorados en el contexto “... lo que se hace preciso, más aun que reforzar las funciones y las instituciones de gobierno (...) es la creación de funciones e instituciones de garantía (...) en relación a las garantías primarias y a sus correspondientes instituciones encargadas directamente de tutelar y satisfacerlas.”²¹ “Otras instituciones más – en materia de defensa el ambiente (...) debieran finalmente ser no sólo creadas, sino antes incluso debidamente proyectadas mediante nuevas convenciones internacionales.”²²

Así, Luigi Ferrajoli lanza al mundo su propuesta “... considero conveniente anexar a la cartas constitucionales de los derechos fundamentales una Carta Constitucional de los Bienes fundamentales....”²³

¹⁷ Niño pg 65

¹⁸ Niño, Pg. 23

¹⁹ Niño op cit pg 25

²⁰ Cfr. Ferrajoli, Luigi. La crisis de la democracia en la era de la globalización. En: Anales de cátedra Francisco Suarez, 39 (2005) pgs. 37-51. Universidad de Granada.

²¹ Ferrajoli pg 44

²² Ferrajoli pg 45

²³ Ferrajoli pg 49

4. El constitucionalismo

Recogemos por su claridad y sencillez el concepto que nos da Prieto Sanchís: "... constitucionalismo contemporáneo, a veces también, constitucionalismo a secas, son expresiones o rúbricas de uso cada día más difundido y que se aplican de un modo un tanto confuso para aludir a distintas aspectos de una, presuntamente, nueva cultura jurídica."²⁴

A partir de las constituciones de postguerra empezando con la constitución italiana de 1948, seguida de la Ley Básica alemana de 1949, luego con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, se da especial énfasis a la protección de nuevos derechos. Hasta ese momento histórico prevalecían los derechos civiles y políticos provenientes del siglo 19 "... conviene recordar y tomar como punto de referencia la aportación de Kelsen, cuyo modelo de justicia constitucional, llamado de jurisdicción concentrada, sigue siendo, por lo demás, el modelo vigente en Alemania, Italia, España o Portugal..."²⁵

Con hitos como la prevalencia de la constitución promovida por Kelsen en los años 30, la aparición de Cortes Constitucionales y el Tribunal Constitucional en Viena para el control concentrado y como supremo intérprete de la constitución, se va configurando un nuevo modelo de estado que deviene en el Estado Constitucional de Derecho.

Para Niño en el Estado Constitucional de Derecho debe entenderse que en la Constitución aparecen recogidos y formalizados aquellos fines (del ordenamiento).²⁶

Hay aspectos²⁷ de la ecología y economía que confluyen y dan forma al entorno social. Concurrentemente se desarrolla el aumento de la toma de conciencia de los daños ambientales que como consecuencia de la industrialización acelerada y aparición de potentes tecnologías ponen por primera vez en riesgo al medioambiente planetario, como la contaminación de los mares, residuos atómicos, calentamiento global, destrucción de especies, entre otros.

Bajo una óptica que mantiene su preeminencia, basada en el positivismo jurídico legalista, los procesos de análisis y toma de decisiones en la solución de problemas que atañen a la protección del medioambiente resultan bastante restringidos. El estatuto del Derecho limita el uso de disciplinas extrajurídicas para el análisis de los conflictos socio ambientales y otros temas de fondo.

La corriente actual del constitucionalismo predica la supremacía de la constitución y el respeto de los derechos humanos – es del caso notar que el ambiente o mejor dicho su

²⁴ Prieto Sanchís, Luis pg 109

²⁵ Prieto Sanchís, Luis pg 115

²⁶ Cfr. Niño pg. 23

²⁷ Siguen leyes naturales que son independientes de la voluntad del legislador.

cuidado y estabilidad constituye un derecho humano básico pues está ligado a la dignidad de las personas, pero aun así no se logra la plena tutela y protección debida contando para el efecto con el Derecho Constitucional que es en esencia garantista y está centrado en proveer las garantías para la efectiva realización de los derechos humanos.²⁸

Prieto Sanchís sostiene que “... el neo constitucionalismo requiere de una nueva teoría de las fuentes alejada del legalismo, una nueva teoría de la norma que dé entrada al problema de los principios, y una reforzada teoría de la interpretación, ni puramente mecanicista, ni puramente discrecional...”²⁹

El constitucionalismo amplía su repertorio de fuentes para incluir los tratados internacionales³⁰, la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³¹.

Usando como ejemplo el ámbito peruano, el constitucionalismo ha venido proyectando una importante influencia en nuestro ordenamiento³² que ha motivado el cuestionamiento³³ a los dogmas del positivismo legalista como el respeto a la ley o la ley como límite, y ha abierto espacios a nuevas perspectivas teóricas, como la Perspectiva Ius Económica que acá se presenta.

²⁸ En el párrafo 5, la Declaración y Plan de Acción de Viena establece: “ Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí.”

²⁹ Prieto Sanchís, Luis pg. 155

³⁰ Acá sería interesante hacer mención del Acuerdo de París como un paso hacia un acuerdo jurídicamente vinculante dentro del contexto internacional y del derecho internacional.

³¹ Cfr. Sentencias de la Corte Interamericana, por ejemplo Yakye Axa vs. Paraguay o Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay.

³² A manera de ilustración, el fundamento 17 de la sentencia del TC 2945-2003- AA/TC, de 20 Abril 2004 establece “Partiendo de la máxima kantiana, la dignidad de la persona supone el respeto del hombre como fin en sí mismo, premisa que debe estar presente en todas las planes de acción social del Estado suministrando una base constitucional a sus políticas, pues en el Estado social el respeto a la dignidad se refiere esencialmente a lograr una mejor calidad de vida de las personas. En razón de ello, en sede jurisdiccional ningún análisis puede desarrollarse sin verificar el respeto a la dignidad del hombre, tanto en la actuación del Estado como en la de los particulares.”

³³ Así vemos en la sentencia del TC 2945-2003-AA/TC fundamento 11. “No se trata, sin embargo, de meras normas programáticas de eficacia mediata, como tradicionalmente se ha señalado para diferenciarlos de los denominados derechos civiles y políticos de eficacia inmediata, pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. De este modo, sin educación, salud y calidad de vida digna en general, mal podría hablarse de libertad e igualdad social, lo que hace que tanto el legislador como la administración de justicia deban pensar en el reconocimiento de los mismos en forma conjunta e interdependiente.”; también en el fundamento 15. “Esta nueva visión de los derechos sociales permite reconocer, en su contenido esencial, principios como la solidaridad y el respeto a la dignidad de la persona, los que, a su vez, constituyen pilares fundamentales del Estado social de derecho.”

Así en la Carta Política peruana, bajo un esquema de *numerus apertus*, admite la incorporación y actualización de derechos³⁴ relacionados a la protección de la persona y su dignidad, estamos hablando también del medioambiente.

A la hora de decidir casos de relevancia ambiental se observan limitaciones que surgen del propio objeto a regular por la complejidad y dinámica intrínseca a la estabilidad del ecosistema y el cuidado de sus componentes vitales. Alexy reconoce que “Quien se rige por las convicciones de círculos determinados tiene, además, que fundamentar por qué deben ser decisivas precisamente las concepciones de las personas pertenecientes a las mismas.”³⁵

5. La dimensión económica

En el art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales se establece, que cada Estado Parte se compromete a adoptar medidas, hasta el máximo de los recursos que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, la plena efectividad de los derechos que dicho instrumento reconoce³⁶. Esta importante recomendación que se dirige a los Estados, consideramos que ha contribuido a la formulación de un discurso que ha logrado levantar las barreras que han limitado su efectiva aplicación. Aquí no se puede dejar de lado que también influyeron razones de orden ideológico en el contexto de la Guerra Fría que enfrentó al bloque socialista con el capitalista de entonces.

La onerosidad – ha sido la principal barrera esgrimida por muchos Estados para justificar el no cumplimiento de los DESC. Simplemente el aducir que no se disponen de fondos o presupuesto ha servido para neutralizar la exigencia de cumplir con los derechos prestacionales, en nuestro caso, la debida tutela al derecho a un ambiente sano.

Recordando a Vaz- Ferreira, la obligación de tomar las medidas necesarias para asegurar que la población goce de un ambiente sano no es antagónica sino complementaria³⁷, no se trata de meros desembolsos que muchas veces dan pie a la corrupción o despilfarro, sino a una racionalización y de formas razonables de satisfacer derechos prestacionales básicos. Por ejemplo, no se trata siempre de ampliar suministros nuevos de agua potable sino de reducir las fugas y pérdidas, aplicar medidas

³⁴ Cfr. Art. 3. Además la Cuarta Disposición Final establece: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú.”

³⁵ Alexy, Robert pg 31

³⁶ Cfr. PIDESC

³⁷ Cfr. Vaz Ferreira, Carlos Lógica Viva.

de eficiencia y así, con la misma cantidad se puede atender a mucha mayor población sin mayores gastos adicionales.

Sostenemos la opinión que mucho se puede lograr aplicando medidas de eficiencia económica, basada en un buen entendimiento y usos de herramientas económicas y tecnológicas para lograr la provisión de los derechos sociales de manera eficiente con el correspondiente aumento del bienestar general. Ya Ferrajoli advierte que “La garantía de todos los derechos fundamentales catalogados como vitales - no solo los derechos de libertad, sino y sobretodo de los derechos sociales – no es por tanto un mero fin en sí mismo, sino también un medio para el desarrollo económico”³⁸

Si bien la economía neoclásica aporta herramientas de análisis que permiten la predicción de resultados ante el cambio de variables, su dependencia del mercado y el flujo artificial de ahorros y consumos la hace insuficiente. Esta no calza de manera adecuada para satisfacer y suministrar lo necesario para que el Derecho pueda proveer la tutela eficaz y efectiva, del medioambiente y los recursos naturales.

Una alternativa que nos permite superar los aspectos más débiles de la economía neoclásica en su afán incompleto y de limitada efectividad, de aportar herramientas y soluciones al tratamiento adecuado del medio ambiente y los recursos naturales, es el utilizar herramientas y conceptos de la economía ecológica que incorporan factores naturales, como son los flujos de materia y energía, que sustentan la propia realidad económica además de su mejor entendimiento.

La mirada económica nos dice que todo tiene un costo y que los bienes y servicios son escasos, por lo que es necesario el mercado para asignarlos de manera eficiente, según la ley de la oferta y la demanda.

Para el caso de bienes propiamente ambientales, como la estabilidad del clima o la protección de la calidad de ambiental, se requiere de la valorización de los intangibles, con sus valores escondidos, que no tiene mercados sino quasi mercados y redes.

Para Cortina “La métrica monetaria acaba apelando a las mercancías para satisfacer necesidades básicas, llegando a una especie de nuevo fetichismo de la mercancía y olvidando que son simples medios, y el fin, acabar con la pobreza.”³⁹

Para Naredo “... la ciencia económica –y su sistema contable de referencia- se consolidó abandonando el contexto físico-natural en el que había nacido con los fisiócratas, para limitar su campo de aplicación al universo lógicamente autosuficiente

³⁸ Ferrajoli pg 47

³⁹ Cortina. Op cit pg. 19

de los valores monetarios- producibles.”⁴⁰ Se debe de hablar entonces en términos de rentabilidad social.

La economía ordinaria se refiere a la economía neoclásica que está basada en el mercado, lo que no está en el mercado, queda fuera, esto recibe el nombre de externalidades. En la creación de mercados no se dan siempre las condiciones ideales predicados por la teoría.

La ciencia económica busca ser neutral y acrítica, en este sentido es un sistema cerrado, autosuficiente, auto regenerativo. Tiene potencia predictiva, según Adam Smith que en 1776, propuso como explicación a la ‘mano invisible’ que mueve a la acción, motivada por el lucro y el propio interés.

Para efectos de acercarnos más a la realidad natural del ambiente, accedemos a la economía ecológica “... la llamada economía ambiental, que aborda los problemas de gestión de la naturaleza como externalidades a valorar desde el instrumental analítico de la economía ordinaria, que razona en términos de precios, costos y beneficios monetarios reales o simulados. La llamada economía ecológica, que considera los procesos de la economía como parte integrante de esa versión agregada de la naturaleza que es la biósfera y los ecosistemas que la componen (...) para razonar sobre los mismos en términos de eficiencia.”⁴¹

La economía ecológica es un sistema abierto, recibe la energía del sol y vierte los residuos al ambiente. Tiene en cuenta el balance de energías y materiales, según la física y la termodinámica. Asimismo, reconoce los límites de la depuración y asimilación de residuos y tóxicos; reconoce el valor del reciclaje; incorpora al individuo, persona, ser humano y demás seres vivientes.

Sus principales autores son: Podolinsky, Soddy, Georgescu (desde U. Vanderbilt), Naredo, Martínez Alier, Daly, entre muchos otros.

Dado que el principal impedimento para la afirmación de los DESC es de orden económico es necesario hacer incidencia en esa dimensión para encontrar salidas que permitan su mejor tutela por el Derecho.

6. La dimensión ecológica

El entorno que nos envuelve nos provee de los elementos vitales como el aire, el agua, la estabilidad de temperaturas y el clima, la protección contra los nocivos rayos cósmicos, entre otros beneficios vitales.

⁴⁰ Naredo, José Manuel. Raíces económicas del deterioro ecológico y social. Madrid: Siglo 21 2010 pg. 12

⁴¹ Naredo, Op cit pg. 13

El medioambiente es en esencia indivisible y está relacionado de manera inseparable con las dimensiones social y económica del desarrollo sostenible que requiere de un marco normativo coherente y no fragmentado, así como las adecuadas garantías para su protección y cuidado.

Nino entiende “La imposibilidad empírica de que ocurra la condición de la norma se presentará, cuando se trate de un hecho que esté en contra de la leyes naturales.”⁴²

A fin de encontrar soluciones a difíciles casos y conflictos que subyacen en el uso y aprovechamiento de los recursos naturales y el impacto de tóxicos y contaminantes sobre el ambiente, es necesario tomar en cuenta el balance de materias y energías estudiadas y propuestas por Podolinski y Georgescu – Roegen.

Asimismo, la relación sistémica del ecosistema, simbiosis entre especies y el potencial de los germoplasmas para asegurar la alimentación y otros recursos a las generaciones presentes y venideras.

Si bien la ecología es una ciencia, relacionada con la biología, su contenido está íntimamente ligado al sustento de la vida con calidad y condiciones relacionadas con la satisfacción de derechos sociales como la salud y tranquilidad. Es indudable su proyección sobre la doctrina y la política. A lo largo del tiempo desde su irrupción en Europa, de manos de Heckel en 1866, la ecología se ha tomado desde diferentes ángulos y ha tenido el respaldo de diferentes ideologías de todo el espectro político y social.

La preocupación legítima por el cuidado y protección el ambiente, muy relacionada con las condiciones de una vida digna y saludable, ha servido base para la fundación de movimientos verdes en Europa y los EE.UU. en los años 60, algunos cercanos a una visión socialista y otros con una mirada conservacionista más cercana a las derechas. Hoy en día se habla de la Responsabilidad Social Empresarial⁴³ como una forma de vincular la actividad de la industria en todas sus fases como la extractiva, transformativa manejo de residuos y de distribución, con el cuidado del medioambiente.

Así pues, la dimensión ecológica tiene un sentido ideológico y político de una doctrina que varía según autores y grupos, pero que busca por diferentes medios la protección del entorno de la vida humana. Ferrajoli nos advierte: “Nuestra generación ha inflingido daños irreversibles, y cada año crecientes, a nuestro ambiente natural. Estamos destruyendo nuestro planeta en una carrera alocada hacia el desarrollo insostenible. Hemos exterminado especies animales enteras, consumido gran parte de nuestros recursos energéticos, envenenado los mares, contaminado el aire y el agua, deforestado, desertizado y sepultado bajo el cemento millones de hectáreas de tierra.”⁴⁴

⁴² Nino, Carlos Santiago pg 290

⁴³ También se le conoce con las siglas RSE

⁴⁴ Ferrajoli pg 49

7. La Perspectiva Ius Económica -PIE

Es del caso recordar que la relación entre economía, ecología y derecho es muy intensa, no hay cisma, sino complementariedad entre dichas ciencias.

Así por ejemplo se tiene entre ese tipo de relaciones al Análisis Económico del Derecho (AED), de la impronta de Posner, Calabresi y Coase en los EEUU de América; en el Perú con Bullard y otros y en España introducido por Villar Palasí en 1951. También el Análisis Beneficio Costo (ABC) que aplica su reduccionismo de acciones o resultados al valor monetario para su comparación. Este enfoque solo ve costos materiales inmediatos, contingentes, pero deja de lado el lucro cesante, el daño a la persona⁴⁵ y el daño moral que son daños irreversibles.

Con el propósito de avanzar, encontrar y proponer soluciones a la debilidad del modelo actual, recomendamos la incorporación de instrumentos extra jurídicos de la microeconomía para ayudarnos a entender mejor al objeto a regular, en nuestro caso el medioambiente, que incluye por un lado las conductas de personas naturales y jurídicas que están fuertemente influenciadas por factores económicos y por otro, las consecuencias de los daños ambientales causados que limitan nuestro desarrollo, crecimiento y bienestar. De allí la perspectiva ius económica.

Sobre el espacio ambiental o entorno de la vida, confluyen tres esferas: la jurídica, la económica y la ecológica que operan de manera simultánea y dinámica. En la esfera jurídica se sitúa el marco legal y reglamentario de la tutela al medio ambiente y los recursos naturales, en la esfera económica la motivación y decisiones por eficiencia y beneficio/ costo y en la esfera ecológica los flujos de materia y energías.

Este ensayo propone una mirada distinta al tradicional, por su énfasis en un enfoque interdisciplinario y sistémico para estudiar y entender la problemática de la incorporación y afirmación de los derechos sociales en el Estado Constitucional. El tema que es de gran actualidad e importancia, por su relación con la calidad de vida, nivel de desarrollo social y económico, bienestar general basado en el aseguramiento de los recursos vitales como el agua, los alimentos y condiciones ambientales adecuadas.

La propuesta de una perspectiva ius económica surge de una revisión, análisis y reflexión sobre el actual estatuto del Derecho con relación a los derechos sociales del Estado Constitucional, ya que toma en cuenta las interacciones dinámicas e inseparables de las esferas jurídica, económica y ecológica que operan simultáneamente sobre el medioambiente y los recursos naturales.⁴⁶

⁴⁵ Cfr. Fernández Sessarego, Carlos. Apuntes sobre el daño a la persona. En: *Ius et Veritas*. Año 13, N°25 (Nov 2002). Lima: PUCP

⁴⁶ Para mayor detalle ver tesis del autor intitulada *La Tutela del Medioambiente desde una Perspectiva Ius Económica*, defendida en la UNMSM

“La PIE ofrece un cambio de perspectiva que busca enriquecer y complementar la actual visión del derecho ambiental, en nuestro caso, aplicado a la tutela del medioambiente y los recursos naturales. Se propone un giro copernicano que permita mirar la realidad incorporando las dimensiones ecológica y económica, es decir, teniendo en cuenta la motivación de lucro a corto plazo y el balance de energías y materiales, la acumulación de residuos y contaminación; con la efectiva participación ciudadana en un contexto de real balance democrático de poderes que supere la actual concepción, que la realidad deba acomodarse a la estructura normativa y legal.”⁴⁷

La débil tutela del medioambiente y los recursos naturales por el Estado es consecuencia de un sistema jurídico desconectado y alejado de la realidad ecológica y económica.

Es necesario actualizar normas y procedimientos de nuestro ordenamiento para incorporar los elementos que aporta la PIE.

Por tratarse de un tema de actualidad, a continuación unos breves apuntes sobre la reciente Cop21, allí se dio el Acuerdo de Paris, suscrito por 196 países en diciembre último. Su importancia radica en que allí se reconoce la necesidad de incorporar a las normas de derecho conceptos de economía y ecología para asegurar la efectividad.

Resaltamos además que el Art. 4.1 del citado Acuerdo, pone de relevancia el rol de la ecología de conformidad con la mejor información científica disponible, para alcanzar un equilibrio entre las emisiones antropógenas por las fuentes y la absorción antropógena los sumideros en la segunda mitad del siglo, sobre la base de la equidad y en el contexto del desarrollo sostenible y de los esfuerzos por erradicar la pobreza. Se hace pues referencia a la dimensión ecológica antes citada.

También los Arts. 9.1 y 9.3 hacen especial énfasis en la dimensión económica y recursos financieros a partir de una gran variedad de fuentes, instrumentos y cauces, teniendo en cuenta el importante papel de los fondos públicos, a través de diversas medidas, como el apoyo a las estrategias controladas por los países, y teniendo en cuenta las necesidades y prioridades de las Partes que son países en desarrollo. Esa movilización de financiación para el clima debería representar una progresión con respecto a los esfuerzos anteriores.

⁴⁷ Bartra, Valentin. La Tutela del Medioambiente desde una Perspectiva Ius Económica. Tesis Doctoral. Lima: UNMSM pgs. 428 -429

8. Conclusiones

Partiendo de la consideración que el derecho a gozar de un ambiente sano es un derecho de tercera generación, este trabajo ha revisado su pertinente protección por el Estado Constitucional.

Los instrumentos jurídicos pensados para la protección de derechos individuales y subjetivos tienen limitaciones ante la naturaleza difusa del medioambiente que incide en toda la sociedad, además de la necesidad de una respuesta rápida que supere al formalismo del proceso.

La debilidad de la tutela del medioambiente y los recursos naturales no solo afecta al individuo o colectividad sino que erosiona el orden democrático influyendo en que la sociedad confíe menos en el Estado y surjan nuevas formas y alternativas, no siempre de factura democrática.

Para el adecuado análisis y búsqueda de soluciones ante los conflictos socio ambientales, que se producen por la contaminación de los componentes vitales y la degradación del entorno de vida, se debe de tomar en cuenta la dimensión económica y la dimensión ecológica, que ofrece la Perspectiva Ius económica.

Interesa un enfoque integral, sistémico e interdisciplinario coherente con los postulados del Estado Constitucional y teniendo como referente la argumentación jurídica y el discurso racional.

Referencias

1. Alexy, Robert. Teoría de la Argumentación Jurídica. Madrid: CEC 1997
2. Atienza, Manuel. El Derecho como Argumentación. Barcelona: Ariel 2006
3. Bartra, Valentin. La tutela del medioambiente desde una perspectiva ius económica. Tesis doctoral. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
4. Cortina, Adela y Gustavo Pereira (eds.) Pobreza y Libertad. Erradicar la pobreza desde el enfoque de las capacidades de Amartya Sen. Madrid: Tecnos. 2009
5. Dworkin, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona: Ariel. 1995
6. Fernández Sessarego, Carlos. Apuntes sobre el daño a la persona. En: Ius et veritas Año 13 N° 25 (Nov 2002) Lima: PUCP
7. Ferrajoli, Luigi. La crisis de la democracia en la era de la globalización. En: Anales de Cátedra Francisco Suarez, 39 (2005). Universidad de Granada
8. Hart, H.L.A. El concepto de Derecho. Buenos Aires: Abeledo –Perrot 1968
9. Landa Arroyo, Cesar. Los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional de América Latina. En: Ius et veritas N°45 (Dic 2012) Lima: PUCP
10. Naredo, José Manuel. Raíces económicas del deterioro ecológico y social. Madrid: Siglo21 2010
11. Nawiasky, Hans. Teoría General del Derecho. Madrid: RIALP 1962
12. Nino, Carlos Santiago. Introducción al análisis del Derecho. Barcelona: Ariel 2013
13. Niño, Luis Fernando. El Bien jurídico como referencia garantista. Buenos Aires: DelPuerto, 2008
14. Prieto Sanchís, Luis. Derechos fundamentales neo constitucionalismo y ponderación judicial. Lima: Palestra. 2002
15. Vaz Ferreira, Carlos. Lógica Viva. Moral para intelectuales. Caracas: Biblioteca Ayacucho 1979