

5

LOS DERECHOS «AL» AMBIENTE Y «DE» LA NATURALEZA EN ACCIÓN EMANCIPADORA Y ¿CONTRA-PONDERATIVA?

THE RIGHTS «TO» A HEALTHY
ENVIRONMENT AND «OF»
NATURE IN EMANCIPATORY AND
¿COUNTER-BALANCING ACTION?

Eduardo Raúl Olivero¹

RESUMEN / Ya es parte del sistema interamericano de DDHH el reconocimiento y aplicabilidad de un marco y enfoque de derechos «socio/bio/eco-céntrico», que entrecruza el derecho «al» ambiente, la tutela y reconocimiento de derechos e intereses «de» la naturaleza y también múltiples DDHH vinculados. En ese marco, el artículo plantea que en tren de maximizar los rasgos multidimensionales y «emancipatorios» de la práctica jurídica asociada y de fortalecer las consecuencias protectorias e interdependientes propiciadas, es necesario reflexionar sobre los límites de la aplicación de un enfoque ponderativo (Alexy) a estos asuntos, a la luz de ciertos cuestionamientos que aparejan algunos condicionantes de base garantista —propios del orden convencional y constitucional—.

PALABRAS CLAVE / Derecho al ambiente sano; Derechos de la Naturaleza; Enriquecimiento de marcos interpretativos; Práctica emancipatoria; Ponderación

ABSTRACT / Recent progress reached in the field of interpretation and application of interamerican treaty law, give birth to a relevant rights based social-environmental frame, intertwining the right to a healthy environment, the rights of nature (its ecosystems and vital components) and also many related human rights. This legal frame associates the practice of law with multi-dimensional and «emancipatory» features. Nevertheless, the author claims that a balancing or weighing approach (Alexy) is not entirely compatible with the justice demands and the interdependent aims pursued, precisely in terms of adequate constitutional guarantees. The article discusses some limitations of a balancing approach in the interpretative process applied to solving social-environmental conflicts.

KEY WORDS / Right to healthy environment; Rights of Nature; Enrichment of interpretative frames of human rights; Emancipatory practice of law; Balancing

(1) Universidad Nacional Tres de Febrero, Argentina. oliveroeduardo@hotmail.com



1. El Derecho como praxis transformadora y la problemática eco-social

Los avances alcanzados en el plexo normativo - interpretativo convencional interamericano, nos permiten afirmar la existencia de una innegable matriz protectoria de tipo interdependiente que entrecruza el derecho «al» ambiente junto al reconocimiento de derechos e intereses «de» la naturaleza (de sus bienes, componentes y sistemas, es decir, en calidad de intereses valiosos y objeto de protección en sí mismos). Asimismo, los principios, criterios y esquemas normativos propios de los derechos humanos asociados a estos vínculos, también ingresan armónicamente en este renovado plexo jurídico, desplegándose en conjunto una serie de trascendentes relaciones *ius-fundamentales* protectorias.

En su aplicación al abordaje del problema y/o de la cuestión ecológica¹ y lo mismo a la conflictividad socio-ambiental presente en la región, este cuadro jurídico amplía notablemente el horizonte tutelador de la práctica del Derecho vernáculo, contribuyendo sustancialmente a su robustecimiento. Se trata de un escenario que pretende maximizar las consecuencias jurídicas protectorias multidimensionales y entrelazadas así propiciadas, dado que se enfatiza la ligazón del razonamiento práctico jurídico con un enfoque y una lógica armoniosa e interdependiente que aboga por el respeto y la garantía de (todos) los derechos en juego -atendiendo especialmente a sus complejos contextos de afectación y de relación-.

Se trata ciertamente de una práctica institucionalizada, compleja, conflictiva, dinámica, abierta y argumentativa, pero que en este punto se refuerza en sus facetas activamente emancipatorias. Ello, sobre todo cuando los resultados alcanzados son medidos en términos de la generación de impactos positivos (o la mitigación o erradicación de los negativos) sobre los múltiples sujetos, bienes y/o sobre las relaciones (humanas y no humanas) que puedan verse afectadas por aquellas problemáticas socio-ambientales. Es decir, incrementando y facilitando el acceso a una mayor justicia social y ambiental.

Este ensayo pretende en primer lugar (punto 1) efectuar un breve análisis de los principales rasgos, debates y elementos típicos de este plexo interpretativo en juego, resaltando sus valiosos aportes para el desarrollo local. No obstante, la difícil tarea de integración y/o realización (idealmente

1 Entendida como el «haz de problemas» concernientes a las relaciones entre el desarrollo, la protección de la naturaleza y la pobreza (Haidar-Berros, 2015:111).

armónica) de los componentes que integran este cuadro interpretativo multidimensional y el intento por maximizar las consecuencias jurídicas protectorias (entrelazadas) así propiciadas, nos llevará a efectuar una serie de cuestionamientos a los límites de la aplicación de una lógica ponderativa (Alexy) a aquellos conflictos. Pretendemos pues arrojar luz sobre ciertos condicionantes adosados a un razonamiento de base garantista, cuya plena observancia resulta incompatible con la aplicación indiscriminada de aquel enfoque ponderativo / balancing (punto 2). Al final se harán algunas consideraciones integradoras y de cierre (punto 3).

Teniendo presente los principales ejes de interés y las discusiones inter/trans disciplinarias relativas a las cuestiones en debate², podríamos destacar una serie de puntos de partida para nuestro análisis. En este sentido, es dable tener presente como principales factores contextuales que contribuyen al enriquecimiento, a la complejización y la problematización de la metodología jurídica aplicable a este tipo de cuestiones:

a) las diversas temáticas «multidimensionales» y dinámicas ya receptoras por el derecho constitucional y los textos y prácticas relevantes contemporáneas (sistematizando, relacionando, concretizando derechos, principios, fines, valores, temas, tópicos, relaciones, aperturas, a partir de los propios textos jurídicos constitucionales: por ej. en torno a la recepción de los nuevos derechos y garantías, los capítulos sobre políticas públicas, la recepción del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho a un ambiente sano, los derechos de la naturaleza, etc.³);

b) las múltiples fuentes y pronunciamientos jurídicos comparados de interés presentes sobre todo en el contexto interamericano (que generan una interesante relación creativa y productiva a concretar entre las fuentes constitucionales, convencionales y del derecho internacional, cuya aplicabilidad sistemática y armónica ya se destaca en estos tópicos – ver nota 2 y autores allí citados, con remisiones a la Opinión Consultiva N° 23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos -Corte IDH-).

c) los recambios paradigmáticos en curso⁴ y los diversos aportes y enfoques en construcción, que, por ejemplo, vienen dados por las ciencias sociales, las ciencias de la vida/naturaleza y los saberes ancestrales -cosmovisiones indígenas- en estas materias.

2 Algunos de estos temas han sido puntualizados en Olivero (2020-3).

3 Dicha sistematización, en referencia incluso al modelo Ecuatoriano y a la «ecología integral», es destacada por la doctrina local e incluso europea, por ej. el caso del destacado profesor Luca Mezzetti (2016).

4 Ver por todos: R. L. Lorenzetti – Pablo Lorenzetti (2018).

d) Los asuntos y dimensiones vinculados al tratamiento de la «conflictividad socio-ambiental»⁵, a los «conflictos eco-distributivos» y/o sus similares, que adquieren una crucial importancia y trascendencia local, regional⁶ y global también para el desarrollo de la tarea práctica jurídica en la búsqueda de «lo justo en concreto». El campo de la ecología política⁷ -entre otros- ciertamente adquiere un nivel de importancia insoslayable para nuestra materia.

Estos aspectos, dimensiones y discusiones hacen a la constitución de una matriz jurídica de tipo multidimensional (extensiva a diversas fuentes y niveles jurídicos, a los aportes que vienen dados desde múltiples saberes y prácticas, a las disputas y conflictividades vigentes, etc.) que ciertamente se nutre y dice relación con concepciones y racionalidades (más) amplias, complejas e integrales en cuanto a los vínculos «Sociedad- Naturaleza- Cultura» y sobre todo en materia ambiental. Desde este enfoque se puede apuntalar, por ejemplo: lo relativo a la tutela de los fundamentos de la vida misma (su existencia, su regeneración, sus ciclos, etc.), el «empoderamiento» de nuevas subjetividades y el reconocimiento de ciertas relaciones *iusfundamentales* que anidan en una lógica y funcionalidad de tipo inter y eco-dependiente. Por lo mismo se receptan fundamentos y consecuencias que fluyen del paradigma ambiental, del enfoque sistémico, del eco-céntrico, del holista -entre otros- y en este sentido los mecanismos propiciados protegen y garantizan derechos y relaciones que se entienden indivisibles e interdependientes con el ambiente (incluyendo en ello al derecho a un ambiente sano: ver punto 2).

En este contexto, vamos a efectuar algunas consideraciones que guardan relación con las notas de «multidimensionalidad» y de «calidad emancipatoria» que adscribimos a la praxis jurídica en construcción (punto 1.1). Seguidamente nos adentraremos en un análisis vinculado a la especial tutela que comienza a brindarse a los sujetos y bienes -humanos y no humanos- en nuestro medio (punto 1.2), para luego y de modo relacionado enunciar una serie de tesis e ideas regulativas básicas que fluyen de nuestro análisis (punto 1.3). En conjunto, estas aproximaciones intentan reflexionar sobre ciertas facetas y notas relevantes representativas del proceso de enriqueci-

5 Entre otros autores y en relación a ciertos conflictos salientes que han tenido lugar en Argentina, ver: M. Walter (2008). Asimismo: M. Walter (2009).

6 A nivel interamericano, cabe remitirse al informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos titulado (CIDH, 2016).

7 Ver por todos: Martínez Alier, Joan (2004); Maristella Svampa y Enrique Viale (2014) y Enrique Leff (2006).

miento y complejización que transitan la praxis y la metodología jurídica (investigativa, teórica y práctica) aplicable a estas materias.

1.1. Una praxis transformadora, multidimensional y emancipadora

En primer lugar, corresponde aclarar que es en seguimiento del enfoque propuesto por Manuel Atienza⁸, que se resalta aquí el carácter emancipador y transformador de la práctica social del Derecho.

El innegable y creciente enriquecimiento contemporáneo de la «multidimensionalidad» del Derecho⁹ impacta en numerosas discusiones que a nivel universal, regional y local vienen teniendo lugar tanto a nivel teórico como en relación a las complejas prácticas institucionalizadas propias del campo del Derecho actual. Ello, como lo adelantamos, ciertamente dice relación -en primer lugar- con una perspectiva del Derecho como práctica de transformación / emancipación social, capaz de integrar múltiples fuentes, miradas, enfoques y saberes (con alcances individuales, colectivos, científicos, con aperturas a cosmovisiones ancestrales, a prácticas y estilos alterna-

8 Según M. Atienza (2017), el derecho tiene un carácter cultural, es una actividad, práctica social para lograr ciertos fines y valores –se inscribe dentro del postpositivismo-. Para Ihering, nos relata el autor, se trata de las «condiciones de vida de la sociedad» –fines y bienes individuales, sociales-. En el Estado Constitucional ello se conecta con la dignidad y supone la realización –imperfecta- de la idea de justicia. En esa lógica, el Derecho (concepción dinámica) es un artefacto complejo (no es un hecho social, ni natural. Es actividad y producto), que conjuga una perspectiva estructural con otra funcional y que sirve a ciertos propósitos (apunta a cuestiones prácticas: interrelaciona medios y fines). Esa compleja realidad tiene dos dimensiones articuladas, una organizativa (autoritativa) y otra finalista y axiológica (que no se reduce a la primera y que, según se afirma, adquiere preeminencia). La práctica jurídica se vincula, a su vez, con valores morales (a su entender objetivos) o al menos con la idea de justicia.

9 En su calidad de ciencia y práctica social y cultural, para lo cual me remito aquí a la genial perspectiva de Peter Häberle (2007: 139 y ss:), al decir: «...el pensamiento de las posibilidades se hace tanto más necesario cuanto más elabore la ciencia del derecho constitucional conceptos fundamentales como espacio público, tolerancia, pluralismo, derechos de minorías, representación de intereses no organizados, derechos fundamentales sociales y culturales...como razonamiento de las alternativas se hace especialmente evidente a partir del racionalismo crítico...» (pag. 141): Más adelante agrega, analizando el enriquecimiento textual constitucional: «En forma paralela al terreno que han ganado los mandatos constitucionales, corre la penetración de las cláusulas de defensa...frecuentemente referidas a derechos fundamentales, las cuales conquistan cada vez más temas y campos problemáticos, sobre todo en relación con el medio ambiente...» (citando la Constitución de Brandenburgo, que dispone que los animales y las plantas son respetados como seres vivos y que deben conservarse y protegerse las especies y su hábitat –pag. 205-).

tivos y diversos de vida, de desarrollo, etc.). Ello impacta en torno al entendimiento y la actuación sobre los conflictos subyacentes, cuyas dimensiones y particularidades dicen relación además con un especial abordaje de base inter / transdisciplinario, manteniendo las debidas aperturas hacia nuevos lenguajes de valoración e incluso a las referencias artísticas o a diversos (otros) estilos culturales y de desarrollo.

En ese contexto, los avances jurídicos contemporáneos (por ej. aquellos vinculados al reconocimiento del derecho a un ambiente sano -donde resalta en primer lugar la conocida opinión consultiva n° 23/17 de la Corte IDH), se muestran en sintonía con diversas corrientes y autores (de las ciencias sociales, humanas y de la vida/naturaleza) que confluyen críticamente (aunque no sin tensiones y diferencias) hacia una serie de presupuestos y recambios de interés. Entre otros aspectos, estas tendencias han llevado a la exigencia de tutelar nuevas subjetividades¹⁰ y otros tipos de relaciones entre el hombre y la naturaleza. Ello se vincula al debate que viene teniendo lugar en torno a las denominadas «epistemologías del sur»¹¹ y sobre todo a los «derechos de la naturaleza»¹².

El escenario es propicio para interrogarnos sobre las metodologías y técnicas jurídicas apropiadas para lograr sostener una mayor armonía e integración de los componentes sociales y naturales en juego (en términos de respeto, protección, conocimiento y funcionalidad recíproca) o lo mismo aportar a un «ensamblaje» (más) responsable en términos ético-jurídicos. Ello ha de llevar cada vez más a los operadores del Derecho a tener que compenetrarse con el enriquecimiento, la complejización y la problematización -productiva y creativa- de la metodología jurídica (contenidos, alcances, contextos) aplicable a la investigación y en su caso a la resolución de casos concretos. Hay un amplio campo de desarrollo en este punto, según las preferencias y estilos de abordaje (por ej. reconociendo los híbridos y cuasi/objetos, o buscando superar las tradicionales dicotomías, contradicciones, dualismos, asimetrías y separaciones presentes desde la «modernidad». Quizás valga en este sentido el aporte de Latour concerniente a que naturaleza y sociedad no son polos distintos, sino una sola y misma pro-

10 En Argentina un *leading case* fue el caso de la «Orangutana Sandra», del Juzgado N° 4 en lo Contencioso Administrativo y Tributario, CABA, pronunciamiento de fecha 25.10.2015, autos: «ASOCIACION DE FUNCIONARIOS Y ABOGADOS POR LOS DERECHOS DE LOS ANIMALES Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO» EXPTE. A2174-2015/0.

11 Ver Boaventura de Sousa Santos (2009), (2010) y (2012).

12 Ver entre otros: Esperanza Martínez – Alberto Acosta (2017). Para mayores desarrollos, me remito a E. R. Olivero (2019).

ducción de sociedades/naturalezas, de colectivos. Hay trascendencia de la Naturaleza e inmanencia de la sociedad, pero no están separadas. Es clave la mediación -explícita y pública, regulada, participada-, sin depender de la separación, en el trabajo común de la «puesta en naturaleza» y de la «puesta en sociedad», en el acogimiento de la Naturaleza y de los otros, cuando se trata de aportar a la «Casa Común» - Latour, 2007-).

Cuando se nos presenta el desafío de entender de modo más realista e informado el teatro planetario (intentando salvar la desconexión vivenciada entre la magnitud de los problemas ecológicos y nuestra limitada visión humana) y a la vez de atender al debate científico, público y a la composición de un cuerpo político moralmente responsable -sin melancolía o negación-, todo ello pues implica localizar ciertas preguntas claves que nos permitan avanzar en la materia (por ej. sobre qué mundo se está «ensamblando» y otros enigmas del «Antropoceno» -Latour, 2011-). En ese escenario, la vocación transformadora, multidimensional y emancipadora de la praxis del derecho conecta ciertamente con esta perspectiva compositiva y de «ensamblaje» como trabajo común, tendiendo así entre otros efectos al logro de un mayor acogimiento de la Naturaleza y de los otros (todo lo cual no se domina o controla). También valen estas reflexiones de Latour: «El florecimiento humano no es posible sin un sistema terrestre biodiverso y sustentador de la vida. Esto se reconoce en los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas. Pero para lograr esos objetivos es necesario que las sociedades humanas ejerzan una autorregulación consciente» (Latour, 2018). El autor destaca en ese norte la necesidad de crear una infraestructura de sensores (instrumentos y personas) que permita rastrear el tiempo que transcurre entre los cambios ambientales y las reacciones de las sociedades: esa es la única forma práctica en la que podemos esperar añadir algo de autoconciencia a la autorregulación de Gaia (y aprender de ella!).

La doctrina destaca la importancia del entendimiento de la «base geobio-física» que permite nuestra vida como especie, obrando desde la alteridad y la diversidad de formas del vivir y convivir. Entre otras consideraciones, cabe tener presente que: «(...) El dualismo ontológico muestra signos de crisis y en especial, los conceptos de 'naturaleza' y 'cultura' han entrado a un espacio y un tiempo que exige volverlos a pensar en función de nuevas perspectivas, no sólo epistemológicas o metodológicas sino, sobre todo, ontológicas y existenciales, que signifiquen nuevos modos de convivir, representar, ser y exigir responsabilidad ante el mundo que habitamos... la naturaleza como fuente inagotable de energía y recursos y como entidad

‘exterior’ a nuestra historia, comienza a ser cuestionada, sobre todo en relación a lo que concierne a su ‘separación’ ontológica de la esfera humana, concepción propiamente moderna. Comienza a dar lugar la preocupación por la casa común que habitamos...para generar una crítica a los supuestos metafísicos de la modernidad, no solo se debe interrogar el modo de apropiación capitalista de la naturaleza, sino que también debe incorporar una revisión de los supuestos metafísicos-filosóficos de la ciencia moderna que la ha hecho inteligible fundamentalmente como objeto de beneficio mercantil. Puede que seamos testigos, tal como señala Latour, del surgimiento de diversas ‘naturalezas en disputa’ (...) la idea de naturaleza ha sido transformada durante la última etapa del capitalismo avanzado, a raíz de diversas instancias (políticas, económicas, ecológicas, científicas) que no sólo involucran diferentes modos de concebir la naturaleza, sino que también obligan repensar nuestras conceptualizaciones en virtud de afinar nuestra comprensión acerca de ella, a la vez de ‘nuestra’ cultura. Esto sin duda involucra y pone en juego nuestra capacidad de renovar nuestras categorías de pensamiento y acción (...)» (Puschner-Pereira, 2018:5 y ss; Ver asimismo con provecho: Serres, 2004).

Parece relevante -al menos como parámetro general- tender a la protección e integración (no separación) de comunidades vitales (humanas y no humanas) o colectivos de tipo bio-socio-culturales, que exhiban características relevantes en términos de pertenencia, funcionamiento y cuidado común. Ciertos factores pueden ser claves (terreno de lo inter y trans disciplinario) para que el Derecho (y la Democracia ampliada) aporte activamente a la subsistencia, la existencia, la regeneración, etc. de la naturaleza misma (de sus componentes y sistemas), sobre todo atendiendo a sus entrelazamientos insoslayables con el desarrollo humano.

Desde este enfoque, como lo reflejan los pronunciamientos de la Corte IDH y fluye del contexto y el ordenamiento y la jurisprudencia comparada en debate¹³, en primer lugar se comienzan a tutelar relevantes interrelaciones, conexiones e interdependencias propias de un renovado y robustecido enfoque de derechos que entrelaza la justicia ambiental, la ecológica y la social (lo que incluye la garantía de los DESCAs, el derecho al ambiente sano, las relaciones entre el ambiente y los derechos humanos, la participación e información, la no discriminación, la articulación de deberes especiales

13 Ver nota 1 y con provecho: Berros (2013), Berros-Colombo (2017) y Julio M. Prieto Méndez (2013).

frente a sujetos vulnerables, la tutela de los derechos e intereses de la Naturaleza, etc. todo según sus contextos específicos de afectación).

Estas posiciones configuran pues el reconocimiento de un claro y renovado plexo jurídico de raíz:

i) *Multidimensional*: que amplía los alcances de un enfoque de derechos en base a los enriquecimientos constitucionales y convencionales producidos a nivel contemporáneo y sus complejos dinámicos plexos interpretativos en construcción;

ii) *Dialógico*: fundamentalmente convoca al dialogo de saberes y lo mismo entre el derecho y los saberes sociales o naturales y al mismo tiempo estimula los puntos de contacto entre múltiples fuentes jurídicas relacionadas con la temática a nivel internacional, regional y local; y

iii) *Emancipador*: en el sentido de poder contribuir a la tutela y realización efectiva de los derechos de las personas, pueblos, comunidades y colectivos en sus contextos específicos de afectación, vulnerabilidad y discriminación, incluyendo asimismo la tutela autónoma de nuevas subjetividades no humanas y de la naturaleza -y sus componentes y sistemas-, todo bajo idénticas perspectivas protectorias y dentro de un lenguaje y enfoque de derechos y garantías -ligadas a la idea de proteger la existencia y regeneración de la vida y sus fundamentos-. Ello exhibe la debida apertura a concepciones, cosmovisiones y estilos alternativos de desarrollo y de vida.

Este núcleo inicial ciertamente se va expandiendo en sus fronteras, relaciones y temas materia de abordaje y comprensión.

1.2. La especial tutela interrelacionada e interdependiente brindada a los sujetos y bienes humanos y no humanos en nuestra región

En el sentido recién comentado, ciertamente va perfilándose la emergencia de una *especial tutela vital* -interrelacionada e interdependiente- cuyos alcances se extienden autónomamente también a sujetos y bienes no propiamente «humanos» (a idénticos fines y efectos protectorios). Podemos sintetizar ciertos criterios rectores y estándares interpretativos de interés, que también son claves para el desarrollo de la metodología jurídica y para impulsar los procesos transformativos en curso:

• La exigibilidad de la «calidad medio - ambiental mínima»: como precondition para el ejercicio de los derechos fundamentales, que se corres-

ponde con obligaciones a cargo del Estado y mediante éste con la debida diligencia que deben poner los actores no estatales (por ej. las empresas¹⁴).

- La vulnerabilidad de los derechos humanos: ante la degradación ambiental, en el sentido de que el pleno disfrute de todos los derechos humanos depende de un medio propicio, sabiendo que algunos derechos humanos son más susceptibles que otros a determinados tipos de daño ambiental.

- La Interdependencia e indivisibilidad entre los derechos humanos y la protección del medio ambiente.

- El reconocimiento de dos dimensiones relevantes: el derecho humano a un medio ambiente sano tiene connotaciones tanto individuales como colectivas¹⁵.

- El derecho al medio ambiente sano como derecho autónomo: a diferencia de otros derechos, éste también protege los componentes del medio ambiente (tales como bosques, ríos, mares y otros), como intereses jurídicos en sí mismos¹⁶. Ello es distinto al contenido ambiental que surge de la protección de otros derechos (por ej. el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal). La CIDH (la comisión interamericana) y su REDESCA, destacan en ese mismo norte que la relación estrecha entre los derechos humanos, el desarrollo sostenible y el medio ambiente tiene una estructura de interacción que abarca innumerables facetas y alcances. Se consideran importantes obligaciones y responsabilidades, hoy día, en cabeza de los Estados, pero además y nuevamente, se enfatiza el plexo relevante de

14 Me remito a E.R. Olivero (2020-1) y (2020-2).

15 Como se dijo en la ya citada OC 23/17: «...En su dimensión colectiva, el derecho a un medio ambiente sano constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras...también tiene una dimensión individual, en la medida en que su vulneración puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas debido a su conexidad con otros derechos, tales como el derecho a la salud, la integridad personal o la vida, entre otros. La degradación del medio ambiente puede causar daños irreparables en los seres humanos, por lo cual un medio ambiente sano es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad» (párr. 59).

16 «...aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos. En este sentido, la Corte advierte una tendencia a reconocer personería jurídica y, por ende, derechos a la naturaleza no solo en sentencias judiciales sino incluso en ordenamientos constitucionales...» (*idem*, párr. 62/63).

conexiones indivisibles e interdependientes en juego, junto a las diversas dimensiones (individuales y colectivas) a tutelar¹⁷

Esta lectura interrelacionada y protectoria se ajusta por demás al contenido del art. 41° de nuestra Constitución Argentina. Es suficientemente clara la doctrina al sostener que si el ambiente ha de ser «sano» y «equilibrado», esto comprende al fin de cuentas la inserción de un enfoque bio-céntrico o ecocéntrico (según los casos) y ello nos permite explicar la forma de resolver las tensiones subyacentes: «*Lo humano individualista retrocede, o se amolda y armoniza, con lo natural, colectivo, intergeneracional y planetario*»¹⁸. Como bien lo apunta dicho autor, el bio-centrismo impacta con fuerza en el dato normativo «habitantes» de manera tal que ese término se interpreta como incluyendo, pero a la vez excediendo, a los humanos¹⁹.

En similar enfoque, no es un hecho menor además que desde nuestro propio derecho constitucional -nacional y subnacional- ya resulta posible reforzar nuevas miradas y perspectivas de raíz eco-céntricas, como en algún punto lo ha empezado a efectuar la propia CSJN (por ej. en los recientes casos relativos al Río Atuel, a la protección de los Glaciares, y también el caso «Majul» -Humedales-), al decir, entre otros:

17 «(...) no sólo los Estados, al ejercer sus funciones regulatorias, fiscalizadoras y judiciales, sino también las empresas, en el marco de sus actividades y relaciones comerciales, deben tener en cuenta y respetar el derecho humano a un medio ambiente sano y el uso sostenible y conservación de los ecosistemas y diversidad biológica, poniendo especial atención a su estrecha relación con los pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y poblaciones rurales o campesinas. Eso incluye el aseguramiento y respeto, como mínimo, de todas las leyes ambientales vigentes y estándares o principios internacionales sobre la materia, poner en marcha procesos de debida diligencia respecto del impacto ambiental en los derechos humanos y el clima, garantizar el acceso a la información ambiental, los procesos participativos y la rendición de cuentas, así como la reparación efectiva a las víctimas por la degradación ambiental. No sólo se debe prestar atención a la dimensión individual del derecho a un medio ambiente sano, también se requiere dotar de efectividad a su componente colectivo, en tanto interés de alcance universal e intergeneracional; asimismo se debe dar la debida protección a las características propias del medio ambiente como bienes jurídicos en sí mismos, independientemente de la conexidad con su utilidad para los seres humanos (...).» (CIDH-REDESCA, 2019).

18 Falbo (2017).

19 «...¿Quiénes son los habitantes del art. 41 CN entonces? Respondemos: 1) Los seres animados: como los animales, los vegetales, los insectos, los microorganismos. 2) Los seres inanimados: ya que estos «morán» en el país, ya que, para la Real Academia, morar es «residir habitualmente en un lugar». Así que por ejemplo las montañas son habitantes. O las nubes. 3) Los elementos naturales o seres naturales: como el agua, los ríos, el suelo, las napas, el aire, el viento. 4) Los seres o elementos complejos: como los procesos ecológicos, la biodiversidad, el equilibrio ecológico, la ecología, el clima. Habitar no requiere permanencia, por lo que la ausencia de permanencia no impide que exista. 5) Los seres artificiales: como las ciudades. 6) Los seres y elementos futuros: acorde con el concepto constitucional de generaciones futuras» (Falbo (2017: 4).

El ambiente no es para la Constitución Nacional un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible...El acceso al agua potable es un derecho cuya tutela implica modificar la visión según la cual la regulación jurídica del agua se basa en un modelo antropocéntrico, puramente dominial dado que el paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es eco-céntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estatales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la ley general del ambiente²⁰.

En ese sentido, numerosas referencias comparadas pueden resultar de crucial importancia para fortalecer tales perspectivas y sus presupuestos de base (y lo mismo las consecuencias postuladas), las que pueden afirmarse como plenamente compatibles con el contenido del art. 41° de la CN (en sus principios, fines, valores, derechos, deberes y garantías receptadas) y con la legislación Argentina derivada (sobre todo la LGA -Ley N° 25.675-21).

Todo ello ha de ser considerado en calidad de una relevante construcción dinámica y de índole enriquecedora, que impacta en la metodología jurídica incluyendo una serie de componentes (principios, fines, valores, etc.) que en conjunto integran una renovada matriz armonizadora y garantista -de alcances humanos y no humanos: sujetos, bienes, relaciones- en cuyo centro se asientan la tutela de la vida, de la calidad de vida y de sus sistemas y fundamentos interrelacionados e interdependientes en sentido integral.

Ello se advierte plenamente consistente con los renovados paradigmas eco-sociales postulados por otras disciplinas sociales, por cosmovisiones alternativas y por las ciencias de la vida / naturaleza (visiones bio/eco céntricas, tutelando intereses universales, intergeneracionales, colectivos), entre otras disciplinas que en conjunto comienzan a sostener ciertos principios y criterios que conforman una guía insoslayable para cualquier análisis y decisión en la materia, cuyas ideas regulativas y de base (interrelacionadas) pretendemos sintetizar a continuación.

20 CSJN autos: «Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad», con remisión al caso del Río Atuel —«La Pampa»—

21 Por ej, algunas consecuencias señaladas por Corte Provincial de Justicia de Loja, Sala Penal, Juicio N° 11121-2011-0010, fallo del 30-3-2011 (Acción de protección constitucional a favor del Río Vilcobamba -Ecuador- y en contra del Gobierno Provincial de Loja). Me remito a Olivero (2020-4).

1.3. Ideas regulativas básicas

1) Cabe resaltar en calidad de uno de los pilares ético-jurídicos del sistema jurídico contemporáneo, al principio que sostiene la activa tutela de Vida, la vida, la calidad de vida, de modo sistémico e integral: su textura abierta, multidimensional y emancipatoria permite proteger -en sí- fundamentos vitales, bienes y sistemas ecológicos y también asociarlos en calidad de componentes interrelacionados e interdependientes con múltiples pretensiones ligadas a los derechos fundamentales. Este enfoque se potencia desde miradas colectivas intra e inter generacionales y de tipo «bio-socio-culturales». Se trata de un enfoque de derechos ampliado que de este modo permite tutelar y vincular nuevos contenidos autónomos, fundamentos, alcances y relaciones que también son de tipo *ius-fundamentales* (y pueden ser materia de control convencional y constitucional).²²

Ello también implica, entre otros, la posibilidad de abogar por el reconocimiento de la existencia integral de la Naturaleza y sus componentes, de la regeneración de los ciclos vitales, del funcionamiento de los ecosistemas, etc. -por ej. como muy bien lo sistematiza el art. 71° de la Constitución de Ecuador-. Es innegable así que el Derecho debe tutelar -entre muchos otros factores- el respeto de los ciclos eco-sistémicos y de los ciclos bio-geo-químicos que nos permitan seguir habitando la tierra²³ y con ello cabe insistir en la necesidad de añadir «algo de autoconciencia a la autorregulación de Gaia» (Latour, 2018).

22 Ello guarda relación con una visión de «la sostenibilidad del sistema socio ecológico total», como es expuesta por ej. por Gallopín (2003) y en similar sentido también por el autor Alejandro Giraud (ver http://www.citides.mincyt.gob.ar/nota_dr_alejandro_giraud.php), idea que atendiendo a las vinculaciones Sociedad y Naturaleza, básicamente destaca que las sociedades tienen que utilizar los Recursos Naturales pero reconocer la importancia para la supervivencia y de las demás especies (y ser más justos, más equitativos con ellos), para que los ciclos eco-sistémicos y los ciclos bio geo químicos nos permitan seguir habitando la tierra.

23 «Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema». Recordemos también, más allá de las referencias que hemos hecho al constitucionalismo de América del Sur, que la ley fundamental alemana ordena al Estado, teniendo en cuenta las responsabilidades con las generaciones futuras, la protección de «los fundamentos naturales de la vida y los animales» (art. 20a).

2) *El ser humano (en una trama evolutiva y de re-generación de la vida, en una comunidad vital con un destino y dignidad en común) es considerado parte de la Naturaleza y del Ambiente: en ese marco so pretexto del desarrollo (u otras razones similares) y por vía de la degradación ambiental o sus similares, no solo no es dable proceder a cosificar, explotar, extinguir, discriminar y/o aniquilar personas, grupos o sociedades humanas, ni sus fundamentos, identidades, creencias y estilos de vida. En la misma senda, se encuentra vedado impactar negativamente de modo similar sobre los bienes vitales fundamentales (extinguendo o afectando significativamente los macro o micro bienes ambientales, la Naturaleza sus componentes y sistemas, etc.) considerados en sí como intereses valiosos y merecedores de tutela y justicia. Idéntica postura cabe sostener en cuanto a las relaciones ius-fundamentales que vinculan tales bienes y sistemas con las personas y los colectivos humanos, en un enfoque que enfatiza las notas bio-socio-culturales típicas de los seres humanos.*

Algunos autores discuten matices relativos a la asignación de condiciones de personalidad / trato moral o su similar a entidades o sujetos no humanos -concepto ético controvertido-, pero es indudable que este proceso se encuentra en permanente extensión y reconocimiento contemporáneo (Berros-Colombo, 2017). En ese marco, adquiere sentido la aplicabilidad de una perspectiva sistémica, holista e integral, delimitadora de comunidades vitales ampliadas tuteladas -o de sistemas «socio-ecológicos»-, protegiendo nuevas subjetividades y relaciones interdependientes derivadas de estos principios basales.

A todo evento -y aún por analogado- cabe el seguimiento de obligaciones activamente universales en la materia, en términos de respeto, protección y garantía -incluso autónoma- de los bienes vitales y de las relaciones fundamentales e interdependientes derivadas (por ej. de los que depende la regeneración y reproducción de la vida, de la biodiversidad -e incluso de nuestra propia especie, etc.-: yendo para ello más allá de la legislación protectora de los animales y mucho más allá del concepto «desarrollo sostenible»).

Estas ideas (de límites difusos pero con una clara orientación tuteladora) son evidentes razones de orden e interés público contemporáneo. Desde este tipo de fines, valores y principios se da forma de este modo -cada vez con mayor énfasis- y se compromete el logro de una activa tutela y defensa de aquellos bienes y relaciones, propiciándose una convivencia armónica basada en una relación estructural y complementaria entre los múltiples derechos e intereses en juego. El Derecho debe realizar con efectividad los

fines protectorios, de cuidado y de re-generación de las condiciones de Vida y de la vida así pretendidos (por ej. la tutela de personas humanas y de los de sujetos o bienes vitales no humanos, de los ciclos y eco-sistemas, de los sistemas socio-ecológicos totales, etc.). Ello permite resaltar la importancia de estimular y hacer conjugar realidades, posibilidades y alternativas acordes en la dialéctica integrada Naturaleza-Desarrollo.

Conectando con el punto siguiente, diremos además que en todo ello debe tener lugar el respeto y la garantía de *los contenidos esenciales o sustanciales protegidos*, circunstancia que nos permite advertir la relevante relación que puede ser trazada a esos fines entre el art. 41° y el art. 28° de la CN -ver punto 2 siguiente-.

2. Hacia una «contra-ponderación» o una ponderación ambiental debilitada -arts. 28° y art. 41° de la CN- aplicada a la conflictividad ambiental

Hemos destacado recién la importancia de llegar a estimular y hacer conjugar realidades, posibilidades y alternativas en torno a la dialéctica y la integración «Naturaleza-Desarrollo-Sociedad-Cultura», en forma acorde con los recambios paradigmáticos en curso, pero agregando que ello siempre ha de respetar en un todo los *contenidos esenciales o sustanciales protegidos*. Se trata de una exigencia -para nosotros- de nivel constitucional (lo cual nos permite advertir, entonces, la relevante relación que podemos trazar entre el art. 41° y el art. 28° de la CN en nuestra materia).

Ahora bien, desde estas lógicas y enfoques postulados: ¿cómo abordar y resolver los numerosos y complejos conflictos en la materia?; ¿desde donde corresponde posicionarnos en torno al desarrollo de la metodología jurídica en estas temáticas?; ¿alcanza para ello con recurrir a la ponderación?.

En muchos de los conflictos subyacentes, actuales o potenciales, como bien lo advirtió así la Corte de Ecuador (por ej. en el precedente citado en la nota 21) en rigor no resulta necesario llevar adelante el test relativo al principio de proporcionalidad en sentido estricto (en términos de R. Alexy²⁴) -por ej. entre el ambiente y otros derechos en juego-, sino simplemente tender a ejercer estos últimos con pleno respeto a la naturaleza y al ambiente, a sus contenidos y relaciones protegidas. Corresponde así, en efecto, impul-

24 Alexy (2008).

sar el seguimiento de miradas y lógicas de complementariedad e interdependencia -como las que venimos poniendo de resalto-²⁵.

Esta complementariedad no parece, en efecto, alcanzar resultados satisfactorios en torno al desarrollo del denominado «test de proporcionalidad en sentido estricto», para lo cual cabe tener una mirada crítica sobre ciertos aspectos que tienen que ver con los propios presupuestos, fundamentos y pasos de la ponderación entendida a la manera de la teoría de Robert Alexy (2008). Ello nos permitirá destacar la existencia de algunas inconsistencias que nos han de llevar a cuestionar que la ponderación no consiste efectivamente en un método suficientemente abarcativo de la complejidad estructural en juego en esta materia. Es decir que puede constituirse en un método que (bajo apariencia de un razonamiento justificado) no logra en rigor alcanzar resultados justos y/o satisfactorios, según los casos y en términos de solventar el respeto y la garantía de los derechos en juego.

Los parámetros convencionales trazados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, fundamentalmente en su opinión consultiva n° 23/17 ya aludida) ciertamente fundan importantes relaciones entre el medio ambiente y los derechos humanos, siguiendo una relevante lógica de conexiones e interdependencias -y una serie de obligaciones y estándares derivados-, que en conjunto buscan asegurar la tutela efectiva de las dimensiones individuales y colectivas en juego, sin dejar de destacar en ello la autonomía del derecho a un ambiente sano. En ese marco, hablamos antes (en las tesis e ideas regulativas trazadas en el punto anterior), resaltando un punto de partida elemental, de *la necesidad de tutelar Vida, la vida, la calidad de vida de modo integral*: se trata de uno de los pilares ético-jurídicos del sistema jurídico contemporáneo, necesarios para lograr alcanzar mayor justicia social, ambiental y ecológica (considerando perspectivas holistas, sistemáticas, armónicas, integrales, socio/eco-céntricas en juego). Esta exigencia contempla la defensa y activa protección y realización de los fundamentos naturales y de los bienes vitales sustanciales que puedan resultar claves (según los casos) para la sostenibilidad de comunidades

25 Bien se ha dicho que: «El procedimiento de la “ponderación” no parece compadecerse, sin embargo, con la filosofía social que subyace al buen vivir. Así, ni la lógica binaria que establece que un derecho debe “ceder” frente a otro, ni el tipo de razonamiento cuantitativo (un derecho “pesa” más que otro) que están implícitos en esa clase de estrategia se corresponde con el conjunto de valores sociales en torno a los cuales se edifica el buen vivir. Por el contrario, la solidaridad, complementación, co-responsabilidad, subyacen a la demarcación de algunos criterios para la resolución de conflictos en los que aparece como medular la no afectación de los diferentes sistemas de vida» (Haidar- Berros, 2015:124).

y colectivos (humanos y no humanos, si se quiere) en términos de pertenencia, identidad, subsistencia, regeneración, relación y/o cuidado mutuo.

Desde este enfoque, pues, también se exige tutelar los denominados contenidos ambientales de los derechos humanos, ampliando las redes de protección a los intereses vitales *en sí mismos* (como también lo hace el art. 41° de la CN, al contemplar las obligaciones de protección y preservación, incluso de la biodiversidad).

En ese marco, ciertos puntos nos permiten empezar a mirar críticamente a la teoría de la ponderación, sobre todo en cuanto a su aplicabilidad «en contra» del derecho al ambiente sano, del ambiente y de la naturaleza y/o a sus posibilidades de «optimización»:

1) Partimos de señalar, pues, que estas ideas regulativas, estos principios, fines y valores, estos aspectos sustanciales comentados, definen hoy día y estructuran las bases de lo que pueda desarrollarse bajo pretensión de resultar una *argumentación iusfundamental correcta* (concepto clave para el propio modelo de Alexy) en la materia (sin desconocer con ello la dinámica controvertida y abierta de estos procesos).

En ese orden, así como ocurre con la vida, la salud, etc. la tutela de las posiciones en juego hacen entrar en juego razones «más fuertes» y suficientes que las de los principios y reglas opuestos según los casos (usualmente la propiedad, la libertad empresarial, económica, etc.). Pero sobre todo podemos decir que ellas «cierran» (máxime a partir de la labor de la Corte IDH y los estándares y obligaciones fijadas por su parte) las problemáticas de la indeterminación estructural de los principios en examen y de este modo las argumentaciones tuteladoras terminan por reforzar el vínculo «ambiente y reglas» (incluso mediante la atribución de normas adscriptas -otro concepto clave en la teoría de Alexy). De allí que en los propios términos del lenguaje seguido por Alexy observamos circunstancias que dificultan la posibilidad de ponderar livianamente «en contra» del ambiente y del derecho a un ambiente sano, como de modo análogo ocurre con los conflictos en torno a la dignidad humana, la vida y la salud.

En este sentido, desde dicho enfoque y atendiéndonos en principio solo al derecho a un ambiente sano: ¿cómo ponderar pues «en su contra» cuando esté en juego la tutela de la vida en sentido integral e intergeneracional, concretado ello en contenidos o componentes vitales sustanciales y esenciales objeto de protección o tutela?, o lo mismo podemos decir cuando se encuentre en juego el cumplimiento del deber básico de otorgarle protección, conservación, preservación y mejoramiento al ambiente, la naturaleza o sus componentes y sistemas (por ej. art. 11°, Protocolo de San Salvador).

Ciertamente, de este modo, la carga argumentativa que recae sobre terceros y sobre el legislador para proceder en contrario adquiere umbrales que resultan difíciles de superar en estas materias.

2) La idea del ambiente es estructuralmente compleja y puede concernir a un derecho, a un bien y/o a una suma de bienes colectivos, a un cúmulo de deberes y obligaciones, de fines y valores, etc. todo lo cual también vuelve muy difícil el ejercicio de la ponderación «en contrario» al derecho tutelado y sus múltiples aristas tuteladas, incluso desde un dificultoso enfoque intergeneracional.

Es decir que, ante supuestos de colisión, las posibilidades jurídicas del derecho al ambiente sano difícilmente puedan ser trazadas con claridad y consistencia con relación a principios o reglas opuestas: máxime cuando se encuentre en juego la vida, la tutela de la calidad de vida, de bienes vitales fundamentales (agua, alimentación, etc.), de la salud, entre otros aspectos similares, cuyos contenidos tutelables se aprecian más «absolutos» que en el caso de otros derechos individuales (sujetos a magnitudes, porciones o proporciones cuantificables o más graduables) o incluso cuando es innegable que las posiciones en juego también forman parte colectivamente o se relacionan sustancialmente con el ambiente o con sus componentes en sí.

El propio Alexy reconoce en la obra citada que el ambiente puede adquirir complejidades en su estructura y en términos de involucrar posiciones muy diferentes (prestaciones fácticas, normativas, de defensa, protección, procedimiento, etc.) o lo mismo en su calidad de un «derecho a un todo»²⁶ (de compleja ponderabilidad) y también afirma que respecto de ciertas ordenes -estructuralmente trazadas- en referencia a bienes colectivos por parte del constituyente (o lo mismo cuando entran en tensión dos principios constitucionales) ello puede llegar a quitar toda relevancia al margen para la fijación de fines por parte del legislador²⁷.

No mejor podrá ser la suerte, en ese sentido, del margen para la elección de medios en cabeza del legislador, en términos de su idoneidad o de sus posibles o probables efectos negativos y sobre todo ante la falta de seguridad de las premisas subyacentes: todo lo cual amplía sus aspectos controvertidos, oscuros o confusos (según los casos) sobre todo a la luz del principio precautorio o allí donde juega el *in dubio pro natura* o las derivaciones del *paradigma eco-céntrico*.

26 *Op. cit.*, pág. 391 y ss.

27 *Op. cit.*, pág. 521/522.

Sabemos que si no es posible identificar en qué medida los medios en cuestión favorecen o perjudican realmente a los principios en juego, la práctica de la ponderación (como criterio armonizador u optimizador de los principios en juego) pierde fortaleza en este punto, sobre todo -nuevamente- para proceder ponderando «en contra» del ambiente o del derecho a un ambiente sano.

3) Ahora bien, en los sistemas jurídicos donde existe una obligación (en relación a los derechos reconocidos) de garantizar un «contenido esencial» o podríamos hablar también de un «contenido constitucional razonablemente protegido» o «inalterable» (en nuestro caso obviamente me refiero al art. 28 de la CN), sabido es que esa función y contenidos quedan delimitados por ciertos estándares (formas y contenidos argumentativos, no exentos de conflicto en su apreciación) formulados de modo acorde a un enfoque y lenguaje *categorial*.

El control de tales aspectos, en última instancia, está a cargo de la tarea (subsidiaria) que recae sobre los órganos internacionales de tutela de los derechos humanos, de conformidad a las reglas y principios del derecho internacional público y su particular recepción por los sistemas nacionales (art. 75 inc. 22 CN). Las cargas argumentativas generadas bajo este enfoque categorial, delimitan ciertos «mínimos confiables para el ejercicio de las libertades bajo los distintos derechos»²⁸ y obligan a los poderes públicos a justificar sus intervenciones sobre tales bases. Es decir que cumplen una tarea de crear (de modo sostenible) un discurso (cultura jurídica) *más fuerte e intensivo* sobre los límites a las restricciones de las libertades y a los derechos fundamentales y humanos, que impacta frente a intervenciones *intensas* pretendidas sobre tales derechos.

En este entendimiento, la orientación hacia la ponderación (en su estructura presentada a la manera de Alexy) conforme a las críticas antes expuestas, puede efectivamente cuestionarse por su falta de consistencia argumentativa o proposicional con esta propuesta garantista: es decir que presentaría en estos casos una escasa capacidad de establecer criterios y/o parámetros ciertos y protectorios -umbrales- con relación a los contenidos esenciales de los derechos en juego. Pero la importancia de estos es innegable en tanto y en última instancia cumplen una tarea facilitadora de la tutela judicial efectiva y de la seguridad jurídica (junto a otras tareas que destaca la doctrina, como la necesidad de prevenir conflictos con alcances

28 Jochen Von Bernstorff (2011).

también intergubernamentales o inter-niveles respecto de las instituciones de protección de los derechos humanos).

Compartiendo el criterio seguido por Von Bernstorff, queda claro que el renovado cuadro sustancial trazado en la materia (y tratándose de límites a las restricciones a las libertades concretadas mediante intervenciones estatales) no se puede regir sin más (ni menos en torno al derecho al ambiente sano) por la flexibilidad adosada a la ponderación o lo mismo al margen de apreciación de fines o medios derivado de ella. Por lo contrario, desde esta última perspectiva, un discurso sobre aquellos límites (que trascienda a los casos particulares) tiene condiciones mucho más limitadas para lograr cristalizar, en tanto resulta acotado caso a caso -de modo ad hoc- sin promover mayores efectos orientadores para la tarea jurisprudencial.

De hecho, en este contexto, cabe tomar en consideración que difícilmente pueda afirmarse que la propuesta de la ponderación metodológicamente incorpora o desarrolla con suficiencia este discurso jurídico garantista²⁹ (de límites a las restricciones).

3. Palabras de cierre

Bajo el relevante marco normativo alcanzado en la materia en estudio, ciertamente podemos afirmar que se ha reforzado convencional y constitucionalmente la matriz protectora y garantista que rodea a las relaciones «ambiente-derechos-naturaleza». Estas se estructuran a partir de valiosos componentes, principios, sentidos, fines y lógicas cargadas de un tinte de interdependencia y complementariedad -que presenta múltiples derivaciones y desafíos de interés-, donde se conjugan el derecho al ambiente, los derechos e intereses de la naturaleza y los derechos fundamentales vinculados. Todo ello resulta a su vez plenamente acorde a la crítica, los cuestionamientos, los avances y los recambios paradigmáticos (por ej. de tipo sistémicos, bio o eco céntricos, holistas, integrales, etc.) que se vienen postulando frente al problema ecológico (desde diversas disciplinas, miradas y enfoques de interés).

Entre otros efectos a destacar, estas situaciones aparejan la centralidad de ciertos puntos de partida e ideas regulativas elementales que impactan

29 Ver por todos: R. Alexy (2014) donde los términos «garantía» o «garantismo» -o sus construcciones teóricas adosadas o sus consecuencias derivadas- no aparecen incorporados al análisis, desde el enfoque de *límites a la ponderación*.

creativa y productivamente en el desarrollo de la metodología jurídica dirigida a determinar «lo justo en concreto» cuando se trata de alcanzar mayor justicia social, ambiental y ecológica (considerando además sus insoslayables entrelazamientos). La metodología y los cuadros jurídicos se pueden problematizar y enriquecer notablemente según los casos, campos y abordajes posibles relacionados con estas cuestiones. Así, podemos destacar el caso de aquel principio (verdadero pilar ético-jurídico del sistema jurídico contemporáneo) que sostiene la activa tutela de Vida, la vida, la calidad de vida, de modo sistémico e integral: su textura abierta, multidimensional y emancipatoria permite proteger -en sí- fundamentos vitales, bienes y sistemas ecológicos y también asociarlos en calidad de componentes interrelacionados e interdependientes con múltiples pretensiones ligadas a los derechos fundamentales. Este enfoque se potencia también desde miradas colectivas intra o inter generacionales y desde el aporte de fundamentos que expliciten características de tipo «bio-socio-culturales». Se trata de un enfoque de derechos ampliado que de este modo permite tutelar y vincular nuevos contenidos, fundamentos, alcances y relaciones que también son de tipo *ius-fundamentales* (y que pueden así ser materia de control convencional y constitucional). Este tipo de principios (de límites difusos, pero de fines y alcances tuteladores en un sentido integral y anti-dicotómico en cuanto a la relación «Naturaleza-Cultura) exhiben un gran potencial legitimador bajo un amplio espectro de actuación argumentativa, con capacidad además de conectar el mundo del Derecho con el debate inter y trans disciplinario.

En ese marco de pensamiento y acción, surge el desafío de contribuir al desarrollo -en términos teóricos y prácticos- de aquél renovado plexo y matriz jurídica protectoria, potenciando su aplicabilidad, utilidad y efectividad en torno a la conflictividad socio-ambiental o lo mismo frente a todo abordaje crítico que ponga en juego la dialéctica (no separatista) «Naturaleza-Cultura-Sociedad». En todo ello, cabe resaltar que la matriz jurídica materia de estudio recepta la tutela autónoma de nuevas subjetividades no humanas y de la naturaleza y sus componentes, bajo renovadas perspectivas protectorias expresadas dentro de un lenguaje de derechos y garantías que mantiene una innegable relación con el enfoque de los derechos fundamentales.

Corresponde -en plena sintonía- fortalecer los rasgos y consecuencias de tipo *multidimensionales* y *emancipadoras* que pueden contribuir a facilitar el acceso, el pleno goce igualitario, la tutela y la realización más justa y efectiva de los derechos de las personas, pueblos, comunidades y colec-

tivos, considerando sobre todo los impactos positivos (y los mitigadores y correctivos) que puedan generarse ante los graves, desiguales e injustos contextos específicos de afectación que existen a nivel regional y local.

Asimismo, en la segunda parte del ensayo, hemos podido plantear ciertas ideas que nos permiten advertir la existencia de una serie de límites y desajustes de la teoría de la ponderación con relación al cuadro *iusfundamental* y garantista que estructura lo que se entiende como los confines de una argumentación correcta en estas materias (en cuanto a los diversos contenidos, alcances y relaciones protegidas que hemos visto en el ensayo). La advertencia de estos límites puede motivar la construcción de una suerte de enfoque «contra-ponderativo» o de una ponderación debilitada en su aplicación al ambiente (por ej. si se pretende ponderar «en contra» del ambiente), sobre todo cuando se encuentra en juego la tutela de la vida misma en sentido integral.

En este sentido, los relevantes aportes conceptuales y normativos que se vienen trazando por la jurisprudencia ambiental protectoria -comparada y local- ciertamente aparejan consecuencias que incrementan el umbral aplicable a las cargas de argumentación que recaen en cabeza del legislador o de terceros.

Referencias bibliográficas

Libros

- ALEXY, R (2008). Teoría de los derechos fundamentales, 2ª ed, Madrid: CEPC.
- ATIENZA, M (2017). Filosofía del derecho y transformación social, España, Madrid: Trotta.
- DE SOUSA SANTOS, B:
- (2009). Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho. Madrid: Trotta.
 - (2010). Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur. Lima: IIDS.
 - (2012). Derecho y Emancipación. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición (Pensamiento jurídico contemporáneo, 2).
- HÄBERLE, P (2007). El estado constitucional, Bs As: Astrea.
- MARTÍNEZ ALIER, J. (2004). El ecologismo de los pobres. Conflictos ambientales y lenguajes de valoración, Barcelona: Icaria
- PRIETO MÉNDEZ, J.M. (2013). Derechos de la naturaleza. Fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional, Quito: Corte Constitucional de Ecuador, CEDEC.
- LATOURET, B. (2007). Nunca fuimos modernos. Bs As: S. XXI.
- LORENZETTI, R. L. – P. LORENZETTI (2018). Derecho Ambiental. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- SERRES MICHEL (2004), El contrato natural. Valencia: Pre-Textos.
- SVAMPA, M – E. VIALE (2014). Maldesarrollo. La Argentina del extractivismo y el despojo. Bs As: Katz.

Capítulo de Libro

- LEFF, E. (2006). La ecología política en América Latina. Un campo en construcción. En Alimonda, Héctor (comp.), Los tormentos de la materia. Aportes para una ecología política latinoamericana, Buenos Aires: CLACSO.
- MEZZETTI, L. (2016). El Derecho Fundamental y Social al Medio Ambiente. En Velandía Canosa, E.- Quiroga Natale, E. (Dir.), Derecho Procesal Constitucional. Garantía Jurisdiccional del Medio Ambiente en el Derecho Comparado. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.

Artículo de Revista

- ALEXY, R (2014). Principios Formales. En DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 37 (2014) ISSN: 0214-8676 pp. 15-29.
- BERROS, V. (2013). El estatuto jurídico de la naturaleza en debate (meulen en el mundo del derecho). En Revista de Derecho Ambiental (Nro 36. Diciembre). Abeledo Perrot. Buenos Aires.
- BERROS, V. – R. COLOMBO (2017). Miradas emergentes sobre el estatuto jurídico de los ríos, cuencas y Glaciares. En RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO DELL'AMBIENTE - SAGGI - NUMERO 1.
- FALBO, A. J. (2017). El término "habitantes" del artículo 41 de la Constitución Nacional excede a los seres humanos. En: RDAMB 52, 137. Cita Online: AR/DOC/4200/2017.
- GALLOPÍN, G. (2003). Sostenibilidad y Desarrollo Sostenible: un enfoque sistémico. En CEPAL, Serie Medio Ambiente y Desarrollo (Nº 64).

- HAIDAR, V. – M.V. BERROS (2015). Hacia un abordaje multidimensional y multiescalar de la cuestión ecológica: La perspectiva del buen vivir. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 108, Dezembro, 111-134.
- LATOURE, B:
- (2011). Esperando a Gaia. En Cuadernos de otra parte. Artículo que puede descargarse directamente en: http://www.bruno-latour.fr/sites/default/files/downloads/124-GAIA-SPEAP-SPANISHpdf_0.pdf
 - (2018). Gaia 2.0 Could humans add some level of self-awareness to Earth's self-regulation?. *Science*, 361, 1066-1068. <http://science.sciencemag.org/> on September 13, 2018.
- MARTÍNEZ, E. – ALBERTO ACOSTA (2017). Los Derechos de la Naturaleza como puerta de entrada a otro mundo posible. *Rev. Direito Práx. Rio de Janeiro*, 8 (nº 4).
- OLIVERO, E. R.:
- (2019). La «Justicia Social y Ecológica» y el Enfoque de los Bienes Fundamentales a la luz de una epistemología renovadora. *Revista REDEA* (junio).
 - (2020-1) Empresas, Derechos Humanos y Obligaciones Extraterritoriales de los Estados. En *Suplemento de Derecho Internacional Público*, eldial.com, a cargo del Dr. Juan A. Travieso, edición de Marzo.
 - (2020-2). Las Cadenas de Valor Global y las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados. En *Revista Argentina de Justicia Constitucional* - Número 9 - Abril 2020. Cita:IJ-CMXIV-707
 - (2020-3). Lecciones de la pandemia (Covid-19) y puntos de partida hacia una transición ecológica, social y jurídica. *Diario Jurídico DPI, Suplemento Personas No Humanas* (Nro. 25, 08.06.2020). (obstante en el sitio www.dpicuantico.com, voz «Diario DPI», «suplementos»).
 - (2020-4). La Naturaleza, sus componentes, los bienes vitales y los sujetos no humanos: reflexiones a partir de ciertos aportes jurisprudenciales locales y comparados. En *Diario DPI Suplemento Personas No Humanas* (Nro. 28 - 16.11.2020).
- PUSCHNER, SASCHA MIGUEL CORNEJO - ANDRÉS JUAN DURAN PEREIRA. (2018). ¿Política de la naturaleza o la naturaleza como política? claves teóricas para repensar la relación de naturaleza y cultura. En *Revista de la Academia*/ISSN 0719-6318, Volumen 26/Primavera 2018/pp. 7-33.
- VON BERNSTORFF, J. (2011). Las formas argumentativas con base en la categorización como alternativa a la ponderación», artículo obrante en UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, www.juridicas.unam.mx, que puede obtenerse por búsqueda directa de Internet.
- WALTER, M:
- (2008). Nuevos conflictos ambientales mineros en Argentina. El caso Esquel (2002-2003). *Revista Iberoamericana de Economía Ecológica*, 8, 15-28.
 - (2009). Conflictos ambientales, socioambientales, ecológico distributivos, de contenido ambiental. Reflexionando sobre enfoques y definiciones. *CIP-ECOSOCIAL – Boletín ECOS* (nº6), febrero-abril.

Documentos

CIDH -COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS- (2016). «Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo» (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15).

CIDH-REDESCA (2019). «Empresas y Derechos Humanos: estándares interamericanos». OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19, 1 de Noviembre.

Eduardo Raúl Olivero

Abogado (UBA). Especialista en Derecho Administrativo (Universidad de Belgrano). Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (Univ. Bologna). Cursó la Maestría en Magistratura (UBA, en etapa de tesis). Docente-Investigador de las

materias «Teoría y Derecho Constitucional» e «Introducción al Estudio de la Sociedad, Cultura y Ambiente» (UNTDF). Director del Instituto de Desarrollo Económico, Social y Cultural de la AAJC.

PARA CITAR ESTE ARTÍCULO

Eduardo Raúl Olivero (2021)

LOS DERECHOS «AL» AMBIENTE Y «DE» LA NATURALEZA EN ACCIÓN EMANCIPADORA Y ¿CONTRA-PONDERATIVA?, en *Papeles del Centro de Investigaciones*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNL, publicación semestral, año 11, número 22, Santa Fe, República Argentina, pp. 71–95. Doi: <https://doi.org/10.14409/p.v11i22.10363>