
FUNCIÓN SIMBÓLICA DEL DERECHO AMBIENTAL: CONSIDERACIONES SOBRE EL TEMA 30 AÑOS DESPUÉS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1988

Ana Carla Pinheiro Freitas

Doctora en Derecho por la PUC-SP, máster en Derecho por la UFC, experta en Derecho Público y Civil por la Universidad de Múnich (Alemania), Psicóloga formada por la PUC-SP. Profesora investigadora del Núcleo de Postgrado de la UNIT.
E-mail: anacarla@unifor.br

Gina Vidal Pompeu

Doctora en Derecho pela UFPE. Coordinadora del PPGD/Unifor. Investigadora-líder del proyecto de investigación REPJAL/Unifor
E-mail: ginapompeu@unifor.br

RESUMEN

La necesidad en lidiar con los efectos antrópicos sobre el medio ambiente surgió en la década de 1960, principalmente debido a accidentes en todo el mundo, con impactos severos sobre el medio ambiente. Por lo tanto, el derecho internacional del medio ambiente ha ganado fuerza y legitimidad basándose en la universalidad de la formación del derecho internacional y en la objetividad y neutralidad de la ciencia, generando exclusiones e implicaciones esenciales para los países del Sur Global. Considerando que la dominación colonial como parte de los proyectos imperiales cesó con el reconocimiento de la soberanía y autodeterminación de las naciones, una nueva forma de acceso a los recursos naturales era necesaria. Este estudio tiene como marco teórico de Third World Approaches a International Law (TWAIL) y Teoría de las Elites, cuyo papel es desvelar el papel del Derecho Internacional y de las elites locales para legitimar la dominación y la exclusión. En este sentido, nuestra hipótesis es que el Derecho Internacional y las Instituciones tomaron el lugar de los antiguos modos de imperialismo y colonialismo, imponiendo obligaciones legales y prácticas estandarizadas a países, desconsiderando sus propias experiencias, culturas y valores. Como parte de la estrategia metodológica, adoptamos el estudio de caso

del Principio de la Consulta Previa como la postura más representativa de nuestro argumento, buscando la confirmación de la ontología colonial a él incorporada. Además, utilizamos el análisis de contenido en fuentes directas e indirectas como técnica de investigación, que se realiza con la ayuda del software de análisis de datos cualitativos asistido por ordenador (CADQAS) llamado ATLAS.ti.

Palabras clave: Derecho Ambiental Internacional; Principio de la consulta previa; el imperialismo; TWAIL; Teoría de las Elites.

*THE RESURGENCE OF OLD FORMS IN THE EXPLOITATION OF
NATURAL RESOURCES: THE COLONIAL ONTOLOGY OF THE PRIOR
CONSULTATION PRINCIPLE*

ABSTRACT

The need to deal with anthropogenic effects over the environment surfaced in the 1960s mainly due to accidents all over the world with severe impacts on the environment. Therefore, International Environmental Law gained traction and international institutions legitimacy based on the universality of the formation of International Law and the objectivity and neutrality of the science, generating essential exclusions and implication for Global South countries. As colonial domination as part of the imperial projects ceased with the recognition of the sovereignty and self-determination of nations, a new form of granting access to natural resources was necessary. The study relies on TWAIL and Elite Theory as the theoretical framework to unveils the role of International Law and local elites to legitimize the domination and exclusion. To that effect, we hypothesize that International Law and Institutions are proxies of the old ways of imperialism and colonial venture by imposing legal obligations and standard practices to countries disregarding their own experiences, cultures, and values. As part of the methodological strategy, we adopt the case study of the Prior Consultation Principle as the most representative stance of our argument, seeking the confirmation of the embedded colonial tenets. Also, we use the content analysis in direct and indirect sources as the research technique, which is conducted with the help of the computer-assisted qualitative data analysis software (CADQAS) called ATLAS.ti.

Keywords: *International Environmental Law; Prior Consultation Principle; Imperialism; TWAIL; Elite Theory.*

INTRODUCCIÓN

“Es preciso pretender otra relación entre el pensamiento y el ser. Un rechazo a la ilusión logocéntrica, que se muestra, en su límite, totalitaria y que cree poder reducir lo real al concepto: “mundo, mundo / vasto mundo / si yo me llamara Raimundo/sería una rima, no una solución.”

(Carlos Drummond de Andrade)

En un libro titulado *El Nuevo en Derecho y Política*, publicado en el año 1997, el Prof. Wolf Paul se preguntó acerca de la irresponsabilidad organizada, por medio de “comentarios sobre la función simbólica del Derecho Ambiental.” El asunto es, desgraciadamente, más actual y grave que nunca, por lo que se insiste en una revisión respecto al tema, más de veinte años después.

Ulrich Beck (2015), al abordar la sociedad del riesgo, defiende que la “irresponsabilidad organizada” se debe a la soberanía del mercado, que representa una amenaza mortal. También Enrique Leff (2006), en su obra “racionalidad ambiental, la reapropiación social de la naturaleza”, defiende que la racionalidad económica, dominante en la sociedad contemporánea, es “mortal” y que se vuelve imprescindible la construcción de una racionalidad ambiental. El autor hace una significativa referencia al psicoanálisis, especialmente a la escuela francesa o lacaniana (LACAN, 1975), al apuntar en su construcción doctrinal una de las tres instancias psíquicas creadas por el psicoanálisis, más específicamente por Jacques Lacan: lo real, lo imaginario y lo simbólico. Dice Leff que el “real”, tenido como un contenido inaccesible e imposible de ser simbolizado, según el psicoanálisis lacaniano, invade lo cotidiano de los seres humanos por medio de las catástrofes ambientales impidiendo la fruición de sus “deseos infinitos”.

La definición de “simbólico” para Lacan, a su vez, es opuesta a la concepción del término adoptada por Wolf Paul al tratar de la función simbólica del Derecho Ambiental. En cuanto a Lacan lo simbólico es aquello que “tiene sentido” para el individuo, el Derecho Ambiental en el sentido adoptado por el texto, significa el *non sense* que es producido por una normativa y su respectiva aplicación, en lo que se refiere a la protección del objeto a que esta se dirige.

En este camino, la sección inaugural del presente texto abre discusión acerca de las diversas definiciones del concepto de simbólico, en el contexto de la obra “la constitucionalización simbólica”, de Marcelo Neves. Señala la importancia de vincular el significado al significante (SAUSSURE, 2002), el concepto a la práctica, más específicamente, la norma ambiental a su aplicación y eficacia corrientes.

La sección siguiente está dedicada a la presentación y lectura actualizada del caso concreto citado por el Prof. Wolf Paul en el texto que dio origen a la discusión acerca de la función simbólica del Derecho Ambiental, o sea, la acción movida por los Lobos Marinos del Mar del Norte contra el Estado Alemán. El caso concreto analizado sirve para ilustrar la desprotección jurídica en medio de enunciados jurídicos de protección al medio ambiente, más específicamente a la fauna marina.

La sección 3 está dedicada al cuestionamiento sobre la argumentación jurídica como ideologización de la verdad y expone una verdadera “alianza entre opuestos” que, a su vez, genera la imposibilidad de efectividad de cualquier protección en medio de un discurso y práctica esquizofrenizantes: sí, el Estado declara la protección del medio ambiente e incluso crea garantías para su protección, pero cuando el mismo Estado se encuentra en la situación concreta, atestigua que sus normas no están aptas para efectivizar la protección que “simbólicamente” prometen.

En la última sección se aborda la función del Derecho y la positivación de nuevos valores que involucran el advenimiento del Derecho Ambiental que, al mismo tiempo que configura nueva rama del Derecho, posee características que no encajan dentro de las medidas del Público y del Privado. De ahí la necesidad de surgir una tercera rama del Derecho, los Derechos Difusos. Los nuevos valores son insertados en el ámbito técnico-racional y en el técnico-instrumental.

Revisar la función simbólica del Derecho Ambiental significa más que describir la situación de eficacia precaria del ordenamiento jurídico ambiental, con base en la investigación y verificación ya hecha por el Prof. Wolf Paul hace más de 20 años. Más que señalar y lamentar las fallas, el presente texto pretende mostrar el camino jurídico ya recorrido, en lo que se refiere al asunto y llamar la atención sobre el hecho de que es necesario atreverse a trazar nuevas rutas y rumbos para el Derecho Ambiental en la contemporaneidad.

La metodología seguida se basa en la investigación bibliográfica y en un estudio analítico-descriptivo y exploratorio.

1 SOBRE LA DEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE “SIMBÓLICO” EN EL CONTEXTO DE LA OBRA “LA CONSTITUCIONALIZACIÓN SIMBÓLICA”

Marcelo Neves (1994), en su libro titulado *La Constitucionalización Simbólica*, explicita los diversos sentidos que el término comporta, desde el sentido común, pasando por la lingüística de Saussure, por la psicología analítica, por el psicoanálisis para, por fin, referirse a un sentido de “simbólico” que se refiere específicamente a lo que se quiere comunicar en el presente discurso: se trata de la discrepancia entre la hipertrofia de las disposiciones legales que, en realidad, carecen de aplicabilidad. Se trata de la insuficiencia en la concreción de la rica normativa ambiental. Esta sería una verdadera “legislación - coartada”, en el sentido de configurar una excusa ante la alegación de una posible falta de protección jurídica efectiva sobre tema relevante.

El modelo tricotómico de Marcelo Neves puede bien aplicarse a la función simbólica del Derecho Ambiental de hace 30 años, así como del actual. Se puede afirmar que el carácter simbólico, en su sesgo negativo, fue exacerbado por las exigencias inmediatas como se explicita por la normativa del llamado “Código de los Ruralistas”, Código Forestal vigente (Ley 12.651/12), que hiere frontalmente el principio de la prohibición de retroceso ecológico en varios de sus dispositivos; (enmienda constitucional 96/2017), que establece una mutación perversa en el sentido de las palabras para permitir la tortura contra animales: por la llamada lucha por la “flexibilización del licenciamiento ambiental”, con miras a la celeridad de la aplicación de la “instalaciones (Proyecto de Ley 3.729 / 2004); el proyecto de ley que quiere modificar la “ley de los agrotóxicos” (Proyecto de Ley 6.299 / 2002), que altera, inclusive, la denominación “agrotóxico” para “defensivo agrícola” entre muchas otras incongruencias que miden el espacio entre la efectividad de la norma y las necesidades socio ambientáis.

Los ejemplos dados sirven bien para ilustrar el modelo tricotómico creado por Marcelo Neves, inspirado en Kindermann para esquematizar la legislación simbólica: confirmación de los valores sociales; demostración de la capacidad de acción del Estado y aplazamiento de la solución de conflictos sociales a través de compromisos dilatorios. El Derecho Ambiental se convierte así en una estructura híbrida del derecho y de la política, en la que uno retroalimenta al otro: posibilita una solución jurídica del problema

de autorreferencia del sistema político inherentemente a una solución política (LUHMANN, 2004).

El art. 225 *caput* de la Constitución de 1988 proclama el “derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado.” De hecho, las exigencias del pensamiento ecológico y los imperativos de una ética de responsabilidad para la protección y conservación de la naturaleza eran y son cada vez más apremiantes y convincentes, vivenciados en el cotidiano de las personas en todo el mundo globalizado.

En el ámbito jurídico, lo que ha venido a llamarse “bien ambiental” también fue debidamente conceptualizado por la doctrina y comprendido por la jurisprudencia como un bien de naturaleza difusa, dada la imposibilidad de delimitar la precisa titularidad del bien, la amplitud de éste y la intensa y una amplia conflictividad que involucra las cuestiones ambientales - un mismo procedimiento implica demandas de orden civil, penal y administrativo (MANCUSO, 2013). No faltó coherencia ni claridad en la definición de este bien que, por su propia naturaleza ya se presenta en estructura compleja y difusa.

El cambio de paradigma filosófico, en el sentido de una transformación del pensamiento jurídico antropocéntrico en un pensamiento jurídico ecocéntrico era evidente, incluso porque esta última modalidad de racionalidad jurídica significa la posibilidad de supervivencia del antropos a medio y largo plazo.

Sin embargo, lo que aquí se llama Derecho Ecológico Positivo mundialmente propagado por las Convenciones de Estocolmo de 1972 y de Río de 2002, así como su implementación por medio de Políticas Públicas y del intento de un vínculo entre la acción del Poder Público y la colectividad - según se expresa en el *caput* del art. 225 de la Constitución de 1988- trajo a la luz la conclusión de que “los propósitos son nobles, pero los efectos, que ya eran de difícil concreción hace 20 años, no se alcanzaron hasta la actualidad”.

Hoy, mucho más que hace veinte años, la humanidad se encuentra en situación de “peligro” y no más de “riesgo”, para usar la nomenclatura *luhmanniana* (LUHMANN, 1993). Así pues, se tiene que el perecer de la especie humana no se encuentra más en el ámbito de la posibilidad, sino de la probabilidad. La “civilización del progreso tecnológico” ya ha demostrado que no es capaz de proporcionar seguridad. El derecho tampoco se mostró apto para proporcionar “seguridad jurídica” adecuada.

La humanidad está ante lo que se puede llamar cuarto golpe

narcísico: el primero fue el de Copérnico, al afirmar que la tierra no era el centro del universo; el segundo fue el de Darwin, al insertar al ser humano en el rol de los animales, en su teoría de la evolución de las especies; el tercero fue capitaneado por Freud, al mostrar que no es la razón que está al mando de las acciones humanas, sino que el inconsciente es el rey; el cuarto no se deja identificar en una sola persona, sino que se diluye en los efectos difusos, en forma de una especie de fracaso tecnológico o imposición de la naturaleza, ante la arrogancia humana.

Así, el Derecho Ambiental, creado por el Estado Industrial y Tecnológico para asegurar la adecuada administración y prevención de los peligros, riesgos y conflictos típicos de la llamada posmodernidad, no logra cumplir la función para la que fue concebido. Se sigue siendo el portador de los signos semánticos para prevenir, evitar y sanear la destrucción y degradación ambiental, aunque el propio texto de la ley comience a distorsionarse, en el sentido de la lesión a la prohibición de retroceso ecológico, como se ha demostrado anteriormente, el Nuevo Código Forestal Brasileño, la Nueva Ley de Licenciamiento Ambiental y la Enmienda Constitucional de la Vaquillada.

El Derecho Ambiental sigue pretendiendo ser el contra-arma jurídica que eliminará las fuerzas contaminantes, el contravienen jurídico para evitar el envenenamiento de la naturaleza. En la relación con la contaminación mundial y la degradación de la biosfera, el Derecho Ambiental se deja representar más que nunca por medio de la metáfora del “tigre de papel” de los chinos: lejos de poseer carácter instrumental, posee carácter “meramente simbólico”.

El mundo globalizado y “tecnológico” de ayer, se vuelve cada vez más “virtualizado”, en el sentido de que las referencias concretas como tiempo y espacio desaparecen (CHAUI, 2015), al mismo tiempo que lo que sucede en el espacio y en corto lapso temporal en término de lesión al medio ambiente invade y destruye los “esquemas” del mundo globalizado y “tecnológico”.

El *status quo* del mundo, en cuanto al mantenimiento y perpetuación de una vida de consumo y confort sin límites por un lado y de la propia posibilidad de dar continuidad a nuestro “presente eterno”, como afirma Umberto Galimberti (PINHEIRO, 2014), genera la contradicción de la vida en la contemporaneidad.

Por lo tanto, no hay más que hablar de la relación hombre-naturaleza, ocupando al hombre el lugar de aquel que “posee y explora” los

recursos naturales. El imperativo se convierte en hombre como parte de la naturaleza, como dependiente de ella y no señor. Como afirma Carlos Walter Porto Gonçalves: el hombre es la naturaleza que tomó conciencia de sí (GONÇALVES, 2000).

2 LOBOS MARINOS DEL MAR DEL NORTE: DESPROTECCIÓN JURÍDICA EN MEDIO DE ENUNCIADOS JURÍDICOS DE PROTECCIÓN

El “problema ecológico”, mostrado por el sesgo jurídico del texto revisado, se refiere al hecho de que los lobos marinos del Mar del Norte, en la costa de Alemania, habrían impetrado acción contra la República Federal de Alemania, representados por el Ministerio del Tránsito y el Instituto Hidrográfico de Alemania.

A través de la acción, se pretendía evitar el transporte de desechos a alta mar. En términos ecológicos, se puede decir que el objetivo era impedir la contaminación o contaminación del Mar del Norte por empresas transportadoras de residuos industriales líquidos y /o sólidos, como ácidos tóxicos, residuos radiactivos y plásticos, a través de métodos de combustión, sumersión o simple evacuación.

Los lobos marinos apuntaron la disminución de su especie que, de los ocho mil originarios sobrevivían en la época, apenas 20% de esa cantidad. Para ellos, lobos marinos, el Estado Alemán era el principal responsable por la catástrofe que se abatió sobre su especie, ya que autorizó a las empresas a depositar los desechos contaminantes (ALVES, 2003)¹. Los autores de la acción solicitaron la anulación del acto administrativo del Instituto Hidrográfico, es decir, la casación de la licencia para que se continuara depositando la basura industrial en las aguas del mar del norte.

El Tribunal Alemán rechazó la acción y devolvió los costos a los demandantes -es decir, a los lobos marinos-, que eran representados por varias ONG como Greenpeace, world Wildlife y otros. Los argumentos del tribunal fueron los siguientes:

- Los lobos marinos, siendo animales salvajes, habitan el alto mar, es decir, territorio fuera de la jurisdicción de la República Federal de Alemania;

¹ En el sentido de la acción del “Estado contaminante”, título de la obra de Sérgio Alves, el autor hace un estudio sobre el papel del Estado brasileño como gran contaminador, sea por acción, como por medio de la concesión de licencias que desencadenan contaminación masiva, por omisión, al no tomar medidas preventivas y represivas para evitar la contaminación del medio ambiente.

- Los lobos marinos son animales, no poseen subjetividad o capacidad jurídica, ni la de ser parte en juicio - ya que sólo las personas naturales o jurídicas tienen capacidad para estar en juicio: no pueden ser demandantes. Los pleitos en análisis, se basó en la dogmática jurídica pandectista establecida desde Heinrich Dernburg en 1846, que considera a los animales con cosas (DERNBURG, 2000). traduciendo: donde hay cosas, no hay personas, tampoco demandantes y, por lo tanto, no hay juicio;
- Los animales o cosas, según la ficción jurídica de la época, que desafortunadamente no se modificó significativamente en pleno siglo XXI, carecen de personalidad jurídica y de derechos propios, lo que implica en incapacidad para constituir un representante procesal. De esta forma, quedó imposibilitada la producción de mandato procesal de los abogados, o sea, concesión de poder a los abogados de las asociaciones ecológicas;
- Las asociaciones ecológicas no estarían legitimadas procesalmente para ser parte en la demanda, ya que como protectoras de derechos de terceros no podrían representar derechos ajenos que no existen, dado que los animales son cosas y no son portadores de derechos. Carecen, además, de capacidad como demandantes por el hecho de no poseer legitimidad para demandar en nombre propio, ya que las asociaciones no tienen necesidad de protección jurídica ante la efectiva lesión de sus derechos: los lobos marinos no son propiedad de las asociaciones, así como el lugar que habitan, es decir, el Mar del Norte, de esa forma no tienen ningún derecho, ni siquiera interés jurídico a ser protegido. También no hay lugar para resarcimiento de daño alguno, faltándoles lo que en alemán se denomina *Rechtsschutzbedurfnis* (derecho a la protección jurídica, como presupuesto de la demanda). Se agrega que la Constitución alemana no contempla ningún tipo de acción popular que busca proteger el acto lesivo al medio ambiente, a los moldes de la Acción Civil Pública, principal instrumento de protección del medio ambiente en el Derecho Brasileño.

Aunque se acepte la hipótesis de que las asociaciones estén legitimadas para demandar, no se probaría plenamente el nexo causal entre la contaminación del Mar del Norte - por los desechos y materiales tóxicos - y la muerte de los lobos marinos. La relación de causalidad entre la eliminación de los supuestos desechos tóxicos bajo autorización y control del Estado, por parte de las empresas y la muerte de los lobos marinos es

científicamente inconsistente. Reconstruir las relaciones causales que determinan el origen de la variación de la calidad de las aguas marítimas es científicamente improbable. Por lo tanto, la argumentación del Tribunal, es decir, el manejo forense por medio de la argumentación arriba relatada mostró que el Derecho vigente, así como los tribunales no sólo no condenan como protegen a los responsables de las tragedias ecológicas. Se perpetúa así, una racionalidad formalista e inadecuada.

3 LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA COMO IDEOLOGIZACIÓN DE LA VERDAD: ¿ALIANZA ENTRE OPUESTOS?

En Brasil, no existe Tribunal Administrativo, a los moldes de Alemania. Es responsabilidad de la Administración Pública el poder de emitir licencias con posibilidad de acceso al poder judicial, en el caso de conflicto de intereses entre Estado y particular. En el caso de los lobos marinos, el Estado alemán autorizó la eliminación de desechos tóxicos en el mar con la consecuencia ecológica de la degradación marina y la extinción de especies marinas. El tribunal administrativo ratificó la autorización, por medio de una sentencia.

Al mismo tiempo que la contaminación marina persiste, aumentan los debates internacionales sobre la protección del medio ambiente y la búsqueda de medios para la consecución de la tan propagada “sostenibilidad”: relación de equilibrio entre los intereses económicos, sociales y medioambientales, el mantenimiento de una vida digna para las presentes y futuras generaciones.

Sin embargo, ni argumentos puramente económicos desde la perspectiva de la productividad y de las ganancias a corto y medio plazo y que apuntan a la contaminación como una insensatez, ni argumentos éticos, que lleven a la conclusión de que la destrucción de la naturaleza es un acto inmoral y, ni los propios argumentos ambientales, en el sentido de que los recursos naturales están siendo seriamente afectados por las acciones o por su mal uso por parte del ser humano son suficientes para frenar el movimiento de promoción del Derecho Ambiental meramente simbólico.

La paradoja reposa en el hecho de que, al mismo tiempo que la sociedad y el Estado confieren apoyo al discurso de protección al medio ambiente, autorizan el apoyo a actitudes que van en contra de ese mismo fin. Por lo tanto, producen un discurso ambiguo y “esquizofrenizante” (BATESON, 1987). En suma, tenemos que el Derecho proporciona

instrumentos para legitimar y justificar lesiones al bien que él mismo quiere proteger, por medio de un cuerpo de normas pertenecientes a un mismo ordenamiento jurídico.

Tanto el Tribunal como los propios demandantes, las asociaciones ecológicas, en fin, todos los involucrados parecen no darse cuenta de la dimensión eminentemente simbólica de la argumentación jurídica que lleva a las catástrofes que se vive en el cotidiano social.

El hecho es que se está construyendo un complejo y sofisticado sistema de maniobras lingüísticas con el fin de mantener un status quo que es claramente desfavorable a la sostenibilidad que se quiere promover, como puede ser bien ilustrado por el caso arriba expuesto, de los lobos marinos de Mar del Norte.

Los tribunales continúan apoyándose en lógicas meramente formales obedeciendo a una arquitectura jurídica que no encuentra respaldo ni legitimidad en la realidad fáctica. La ficción de la realidad jurídica entra en ruta de colisión con la realidad ecológica, cuando la naturaleza revela lo que efectivamente sucede, cuando sus leyes no son obedecidas.

El lenguaje jurídico de la naturaleza se expresa a través del reflejo sobre el hombre, generado por el mar contaminado, el bosque devastado, el lobo marino intoxicado, etc. En ese sentido, bien se expresaron Giddens, Beck y Lash (2012) al llamar el período y las características de lo que se llama postmodernidad de “modernización reflexiva”: el hombre no sale más incólume en la realización de sus deseos de consumo, como ocurría hasta mediados del siglo XX. Las manifestaciones de la mala gestión humana de la naturaleza a corto, mediano y largo plazo recaen contra él mismo.

La racionalidad jurídica que se nos presenta aparece como protectora del medio ambiente y obedece a una lógica económico-jurídica. Por ejemplo, el Derecho Positivo alemán, en la forma de la llamada “Ley de los desechos en alta mar”, que introdujo en el Derecho alemán los principios de la Convención de Estocolmo de 1972, es una declaración político-programática, que tiene como finalidad atender a intereses administrativos, sin poseer ninguna fuerza normativa en lo que se refiere a la protección concreta de la biosfera marítima. Lo que resulta de esa postura es el hecho de que la protección al medio ambiente tiene que ceder lugar a intereses otros, que no aquellos dirigidos a la supervivencia del medio ambiente a corto, medio y largo plazo.

El párrafo 342 del Código Penal alemán caracteriza como delito la contaminación de aguas y el deterioro de la calidad de las aguas, pero la doctrina insiste en construir argumentos que hacen la aplicación del derecho en una ratificación de crimen contra el Mar del Norte. La norma del Código Penal alemán contiene un defecto reglamentario significativo: penaliza exclusivamente todo acto de contaminación “no autorizado”, de acuerdo con la letra de la ley. Por lo tanto, el argumento declara como legal y legítimo todo acto de contaminación autorizado por las autoridades públicas.

Todas las Constituciones promulgadas en los últimos 25 años, como la Constitución Brasileña de 1988, defienden el derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado (art. 225). Sin embargo, esta protección no es efectiva. Esta falta de eficacia encuentra respaldo en la normativa ambiental infraconstitucional que viene cada vez más cambiando en el sentido de acatar la racionalidad eminentemente económica, conforme lo ejemplificamos arriba, por medio de las directrices del Nuevo Código Forestal, de la Enmienda de la Vaquejada y de los proyectos de Ley sobre los Agrotóxicos. La hipertrofia de los intereses económicos desequilibra la tríada de la sostenibilidad: los intereses socioambientales no son tenidos en cuenta, por lo que el resultado sustentable queda cada vez más lejos de ser alcanzado.

En el derecho alemán, no existe la posibilidad del ciudadano alemán apelar por la vía del derecho fundamental a la vida ya la integridad física para obligar al Poder Público a revocar sus autorizaciones, en relación al desalojo de desechos en alta mar, o la construcción de centrales nucleares u otros intereses sociales pertinentes. También en Alemania el interés económico inmediatista se superpone a los intereses socioambientales. Falta la percepción, en el sentido de que a medio y largo plazo también los intereses económicos son afectados, si no imposibilitados por la modernización reflexiva de Giddens, Lash y Beck (2012).

En este sentido, también en el derecho brasileño, a pesar del abanico de acciones constitucionales para la efectividad de los derechos socioambientales, no se puede, mediante simple acción, con base en el art. 225 de la Constitución de 1988, obligar al gobierno a revocar la construcción de represas en el Amazonas, por ejemplo, aunque los responsables sepan que este proyecto tendría como consecuencias la devastación forestal y la destrucción del *hábitat* natural de varias especies y, en fin, un significativo desequilibrio ecológico, como se puede constatar.

La Constitución brasileña protege al indio y sus tradiciones, según lo expresado en el artículo 231, p. 6. En el sentido de que “se extinguen y no producen efectos jurídicos, los actos que tienen el objetivo de ocupar y dominar la posesión de las tierras tradicionalmente ocupadas por los indígenas a que se refiere este artículo, o la explotación de riquezas naturales del suelo, “Esta protección es meramente simbólica y no se efectúa, cuando nos encontramos con las incontables acciones que” transitan “en el Supremo Tribunal Federal sobre el tema. Acciones que vienen y van, como en el caso de la Raposa Serra do Sol, que volvió a ser discutida en 2017.

4 FUNCIÓN DEL DERECHO Y LA POSITIVACIÓN DE NUEVOS VALORES: EL TÉCNICO-RACIONAL Y EL TÉCNICO-INSTRUMENTAL

El llamado Derecho Postmoderno, es decir, el Derecho de las sociedades super industrializadas y altamente tecnológicas apunta especificidades que rompen los clásicos paradigmas de la Filosofía del Derecho.

El llamado Derecho Moderno - El Derecho Formal de la sociedad burguesa - que fue potenciado por el Derecho Postmoderno es, en todas sus expresiones, un Derecho orientado hacia fines racionales, un Derecho de racionalidad finalista, o sea, un “Derecho teleológico-racional o *zweckrationales Recht*, como dijo Max Weber (2013). Como derecho privado, cumple el imperativo de un sistema funcional, de un sistema económico, regulado por mercados libres y por el tráfico de mercancías y, como expresa Habermas (1985), concebido para dar lugar a la racionalidad estratégica de los sujetos jurídicos orientados a fines racionales acciones. Su núcleo es la garantía institucional de la propiedad privada, con las garantías a ella vinculadas, tales como: libertad empresarial o libertad económica en general y el derecho de propiedad. Como Derecho Público, cumple el imperativo funcional del Estado contemporáneo. Esto es, apoyado en un aparato administrativo centralizado, garantiza las condiciones esenciales para el desarrollo de un orden económico libre, autónoma y privado. En este sentido, el Derecho actual funciona como un instrumento de la racionalidad sistémica de la libre sociedad de mercado; como tal, mantiene el *status quo* funcional, promueve sus condiciones de desarrollo, controla sistemas disfuncionales y regula sus riesgos (LUHMANN, 1993).

Las funciones del Derecho contemporáneo se anclan en las categorías teleológico-racionales y técnico-instrumentales, ya que poseen las

siguientes características:

- Es un derecho “positivo”. Es decir, un legislador soberano regula las relaciones sociales, para transformar los imperativos de la racionalidad sistémica en leyes formales. El Estado crea un Derecho Positivo, es decir, codificado y simbólicamente manifiesto.
- Es un derecho positivo “general”. Consiste en normas obligatorias generales, que valen para y contra todos y es, por eso mismo legitimado como expresión de intereses generalizados. Crea previsiones calculables y orientaciones externas para la actuación (garantizando la igualdad formal ante la ley), que son independientes de valorizaciones morales. Simplemente tiene validez formal. La autonomía privada sigue siendo la racionalidad dominante.
- Es un derecho formal operativo. Esto significa que la creación y aplicación del Derecho es tarea de “operadores del derecho”, construidos en un lenguaje jurídico complejo y hermético. En virtud de la racionalización y sistematización de las normas jurídicas, de la coherencia de la dogmática jurídica, de la concepción analítica, de la unidad y estricta deducción del pensamiento jurídico, así como de la uniformidad y estandarización de los criterios de valoración, el Derecho actual se transforma en Derecho operacional, característica que nos permite pensar en un automatismo. El derecho se desprende, así, como el instrumento del gobierno que, a su vez, deja que sean reconocidos por el sesgo normativo sólo intereses específicos que, la mayoría de las veces no coincide con los intereses sociales. Con la ayuda de la legislación, se intenta dirigir el comportamiento de los destinatarios de la norma, ya sea mediante incentivos, permisos o prohibiciones, de manera que generen los efectos previstos. Se controla el éxito de las leyes por la implementación administrativa y social de las reglas y su eficiencia, por la ejecución y cumplimiento de sus objetivos. Guiados por este espíritu instrumental de las leyes, el legislativo se transforma en super o hiper productores de leyes, lo que queda especialmente evidente en la legislación sobre protección del medio ambiente en varios países. El Derecho Ambiental se ha consolidado en Alemania como un derecho autónomo, que implica intereses civiles, penales y administrativos. Compone una obra legislativa que abarca más de trescientos instrumentos normativos, entre leyes, decretos y reglamentos. En este campo, se ha originado una voluminosa infraestructura institucional, con técnicas administrativas específicas, teniendo en vista la ejecución

y control estatal de comportamientos ecológicos, sea de empresarios, ciudadanos, o comunidades.

La preocupación institucional con el medio ambiente se ha enfrentado a muchos obstáculos, especialmente en lo que se refiere al proceso de implementación de esta categoría de bien en la cosecha de la Unión Europea. El *leitmotiv* que da impulso al “movimiento histórico” en el campo del Derecho, puede ser resumido, desde la perspectiva jusfilosófica, de la siguiente forma: “medio ambiente” y “naturaleza” fueron descubiertos como valores éticos y, ante su ostensiva destrucción, fue declarada su protección absoluta, cuando entonces resulta redefinidos como “bienes jurídicos”. La casi consagración jusnaturalista del valor fundamental de la naturaleza, el “derecho natural de la naturaleza” es positivado, es decir, es simbólicamente manifestado en normas jurídicas que se multiplican y se organizan en el sentido de una efectiva implementación de la normativa.

En resumen, se puede afirmar que, teniendo en vista todo el marco jurídico, técnico y profesional, así como el control operacional y presumible, cambios de comportamiento en el sentido de una postura ecológicamente correcta respecto al tema, hubo un avance del Derecho Ambiental como portador de toda esperanza en la política, en el Estado y en la sociedad. La protección del medio ambiente fue totalmente confiada a la normativa en torno al Derecho Ambiental. Esta normativa necesita, sin embargo, ser implementada.

CONCLUSIÓN

La idea de que un Derecho constituye la práctica política de la razón filosófica, de que la legislación constituye la positivación de la razón jurídica y de que el Derecho, como razón práctica instrumental, constituye la base de toda organización del Estado y de la sociedad, persiste, la tradición jusfilosófica europea, desde Platón. También la función histórica del Derecho Natural de Hobbes hasta Hegel se encuentra implícita en ese discurso. Las grandes codificaciones europeas del siglo XVIII hasta el siglo XIX se entienden como positivas del Derecho natural burgués. La pregunta que se impone es la siguiente: ¿Estos modelos teóricos pueden explicar o hacer que se comprenda efectivamente el desarrollo contemporáneo acerca del Derecho Ambiental como codificación de la razón ético-ecológica, como instrumento de su transformación en praxis,

como direccionamiento para toda postura política y social bajo las condiciones de la hiper industrialización y de las tecnologías dichas “sucias” o generadoras de grandes riesgos al medio ambiente?

Las pretensiones del Derecho Ambiental están asociadas a una racionalidad sistémica contradictoria, que también puede ser nombrada como racionalidad de la irresponsabilidad organizada. Funciona como instrumento efectivo cuando se trata de la utilización del medio ambiente, su explotación, uso, distribución, administración, planificación, organización, información, determinación de los valores, límites de las emisiones de los daños y riesgos y cálculo de compatibilidad. Sin embargo, opera en el plano de la eficacia jurídica de forma meramente simbólica.

El interés ecológico sigue siendo protegido por una normativa meramente simbólica, de acuerdo con la definición del concepto de simbólico establecida en el presente estudio. Por lo tanto, la mayoría de las normas, declaraciones de derechos constitucionalmente protegidas, instituciones, actos administrativos y decisiones judiciales crea una falsa impresión de que el Derecho Ambiental es una rama del derecho en pleno progreso. Esta postura del Estado legislador, ejecutivo y judicial hace que los ciudadanos creen y confíen en el sistema .

Los símbolos jurídicos poseen, en ese sentido, función manipuladora, una vez que crean expectativas y apaciguan la opinión pública. Representan una realidad ficticia, una falsa concientización. Se sabe que los propios políticos, legisladores, jueces y profesionales involucrados con el Derecho Ambiental no son sólo productores, sino también víctimas de sus interpretaciones simbólicas de la realidad ecológica. En su imperturbable creencia en las pretensiones normativas y posibilidades instrumentales del Derecho Ambiental, se sustituye la real situación del ser por la ficticia situación del deber ser.

El Derecho Ambiental y su aplicabilidad se muestra como obra multidimensional y deslumbrante, racionalmente construida, con base en la cual no se puede distinguir apariencia de realidad. La histórica tarea de la humanidad, es decir, la protección del medio ambiente, que irrumpe desde la mitad de la década de mil novecientos setenta en todos los Estados, tanto en los países desarrollados como en aquellos en desarrollo, parece hoy una cruzada escenificada

simbólicamente en todos los espacios del planeta.

En la mencionada cruzada, se realizan batallas, se propagan victorias y se declara el perpetuo control del enemigo. Un enemigo con el que nunca se tuvo ni se tendrá contacto, hasta que el presunto enemigo se manifieste en la forma imponente y trágica de inviernos atómicos, catástrofes climáticas, desertificaciones de amplias regiones, mares y lobos marinos muertos, extinción de especies de la fauna y de la flora y otras catástrofes de esa naturaleza, nacidas de los sueños de la razón humana y concretadas por el sistema de irresponsabilidad organizada. Se presenció hoy una verdad jusfilosófica muy antigua que dice: *Fiat iustitia pereat mundus*.

REFERENCIAS

ALVES, Sérgio Mendonça Rodrigues. *Estado poluidor*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

BATESON, Gregory. *Steps to an ecology of mind: collected essays an anthropology, psychiatry, evolution, and epistemology*. New Jersey: Jason Aronson, 1987.

BECK, Ulrich. *Risikogesellschaft: auf dem Weg einer anderen Moderne*. Berlin: Suhrkamp, 2015.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Carlos Walter Porto. *Os (des)caminhos do meio ambiente*. São Paulo: Contexto, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns*. Berlin: Suhrkamp, 1985.

DERNBURG, Heinrich. *Pandekten*. München: Hanser Verlag, 2000.

LACAN, Jacques. *Seminario RSI. 1974-75*.

GIDDENS, Anthony, BECK, Ulrich; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Unesp, 2012.

LEFF, Enrique. *Racionalidade ambiental: a reapropriação social da natureza*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

LUHMANN, Niklas. *Law as a social system*. Oxford: Oxford Legal Studies, 2004.

_____. *Risk: a sociological theory*. Berlin & New York: Walter Gruyter, 1993.

MACHADO, Paulo Affonso. *Direito Ambiental Brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

PAUL, Wolf. Irresponsabilidade organizada? Comentários à função simbólica do Direito Ambiental. In: *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

PINHEIRO, Carla. A relação entre ética e técnica em Umberto Galimberti: de onde viemos, quem somos, para onde vamos. *Sapere Audi – Revista do Departamento de Filosofia da PUC-Minas*, ano 2, v. 10, 2014. Disponível em: <<http://www.revistasapereaude.org/index.php/edicoes/anos-anteriores/ano-2-vol-1-12/ano-2-volume-10-maio-2014/send/69-05-2014-ano-2-volume-10/103-a-relacao-entre-etica-e-tecnica-em-umberto-galimberti-de-onde-viemos-quem-somos-para-onde-vamos>>. Acesso em: 13 maio 2019.

SAUSSURE, Ferdinand. *Écrits de linguistique générale*. Paris: Gallimard, 2002.

WEBER, Max. *Die Protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus*. München: C.H.Beck Verlag, 2013.

Artigo recebido em: 01/10/2018.

Artigo aceito em: 06/02/2019.

Como citar este artigo (ABNT):

FREITAS, A. C. P.; POMPEU, G. V. A função simbólica do Direito Ambiental: considerações sobre o tema 30 anos depois da Constituição de 1988. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 16, n. 34, p. 235-252, jan./abr. 2019. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1328>>. Acesso em: dia mês. ano.