



# TRIBUNAL LATINOAMERICANO DEL AGUA

## FUNDAMENTOS ÉTICO JURÍDICOS

**Documento preparado por José M. Borrero Navía, JD., LL.M. y Javir Bogantes Díaz, en el marco del Convenio de Cooperación Interinstitucional celebrado entre la Fundación Güilombe y la Fundación Centro de Asistencia Legal Ambiental, CELA**

## **Prefacio**

Cuando nos acercamos a la realidad del agua nos encontramos también con su belleza, con los ensueños acuáticos. Si bien esta realidad que observamos diariamente es en muchos aspectos nefasta, debido a que muchos de los ríos y las fuentes se han convertido en basureros y receptáculos de virus, bacterias y basura, siempre nos queda esa posibilidad del ensueño acuático.

¡Cuántas veces imaginamos que nos bañamos en ríos puros y cristalinos o bajo espumosas cascadas! El deseo del disfrute en el agua nos remonta algunas veces a los tiempos pasados: recordamos nuestros juegos en pozas y ríos hoy convertidos en estercoleros y vertederos de los desechos urbanos.

Soñamos con el agua, y en esa imaginación dinámica nos percatamos de que el agua es milagrosa, curativa, que el agua canta en los arroyos y las corrientes de los ríos. Nos gustaría beber el agua fresca de las fuentes, saborear su pureza y su esencia. El contacto con el agua implica siempre la regeneración.

Perder la posibilidad del disfrute con el agua es apartarnos de un vestigio esencial de la naturaleza. Decía Giordano Bruno que la naturaleza es un vestigio de Dios; en tal sentido, nuestra relación con el agua nos acerca a la divinidad, a una expresión de la creación que hace milagros.

Diversos textos hindúes así lo dicen: "Agua, eres la fuente de toda cosa y de toda existencia" (Bhavyottharapurana); "¡Que las aguas nos traigan el bienestar!" (Atharva Veda). En la mayoría de las religiones el agua es símbolo de la purificación; en los rituales, el agua lava los pecados, purifica, limpia el presente para reconstituir hacia un devenir curativo y feliz. La función de las aguas, por su virtualidad, es poética y vital. Este carácter vital que se expresa en las diversas simbologías

acuáticas expresa esta realidad fundamental; la ecología del agua, la comprensión de las interrelaciones de estos ecosistemas y la vida del ser humano en este planeta. Todas las culturas vernáculas conocían este sutil tejido entre la vida y el agua. Para los Incas, el concepto de "Mama Qocha" unificaba ríos, lagos y océanos; todas las fuentes se interconectaban en los ríos subterráneos, la madre de todas las aguas protegía el ciclo hidráulico o el "pachacuti". Todas las culturas amerindias comprendieron que bajo la tierra todo se une, todo se junta y se mezcla.

"El pensamiento de que las almas de los muertos sufren de sed aterró particularmente a las poblaciones amenazadas por el calor y la sequía" (Eliade, sobre historia de las religiones). Aún no nos concientizamos sobre la ruptura que hemos provocado con los entornos acuáticos y los efectos actuales y futuros de ese hecho. La sequía ya se pone en evidencia en muchas regiones del planeta. La producción continúa, pero las aguas siguen muriendo. Hemos perdido el vínculo con las aguas. Su función vital y poética peligran. El juego en las aguas, sus poderes curativos, los reflejos del cosmos en las lagunas silenciosas, las aguas sin contaminar, son aspectos de esta fenomenología que sucumbe ante la barbarie de los procesos de producción, la urbanización incontrolada y la ausencia de una cultura del agua.

Estamos convirtiendo los ríos en cloacas. Los mares son el destino de estos vertederos cargados de inmundicia y despojos. Las aguas subterráneas son los sumideros de tanta contaminación agroquímica e industrial y se pone en peligro el abastecimiento de las futuras generaciones. Eliade, en la obra citada nos dice que en las diversas concepciones de la muerte, el difunto no muere definitivamente. "El alma del muerto sufre y ese sufrimiento es habitualmente expresado por la sed. El rico, desde las llamas del infierno, pide a Abraham: iten piedad de mí y manda a Lázaro a fin de que sumerja la punta de su

dedo en el agua y me refresque la lengua, porque estoy torturado de esta llama!" (Lucas, 16:24). Cuando decimos que las aguas están muriendo; la metáfora expresa que muy diversos seres están pereciendo, entre ellos el ser humano. Son millones las personas a las que el agua no lleva la vida, la curación, el regocijo, sino la enfermedad y el sufrimiento.

Así como la comprensión de una poética del agua y su disfrute resulta fundamental para encontrar la serenidad en un mundo que ha ido perdiendo estas posibilidades de sosiego y de equilibrio, también lo es la búsqueda de una justicia ambiental por el agua. En los últimos años son numerosas las acciones, investigaciones y declaraciones internacionales que se proponen la protección de los ecosistemas.

Coadyuvar a esta lucha y a este trabajo para lograr una cultura del agua que comprenda la protección, el buen uso y el respeto a este recurso fundamental, es lo que se propone el Tribunal Latinoamericano del Agua.

El presente documento es una contribución al fortalecimiento de esta realidad; esperamos una conciencia planetaria que discierna y valore con respeto a la importancia de la biodiversidad acuática y las interrelaciones fenoménicas y cósmicas que tan bien comprendieron las culturas antiguas y vernáculas, que expresaron en símbolos, imágenes y relatos este concepto holístico primigenio de la vinculación entre todas las fuerzas, los elementos y los seres.

**Javier Bogantes D.**

**Coordinador**

**Tribunal Latinoamericano del Agua**

*"Las ciudades del continente están sedientas. Pero no solamente sedientas de agua. Están también sedientas de justicia, de la justicia social necesaria para que las aguas abundantes generadas por los sistemas hídricos lleguen a todos y no solamente a algunos que a menudo dilapidan sus caudales en usos innecesarios y abusivos."*

**Danilo José Antón, 1996**

## **EL TRIBUNAL LATINOAMERICANO DEL AGUA**

El Tribunal Latinoamericano del Agua es una instancia internacional, autónoma e independiente de justicia ambiental, establecida para coadyuvar a la solución de conflictos ambientales mediante el conocimiento, juzgamiento y condena de los ecocidios y graves daños cometidos contra los cuerpos de agua y sistemas hídricos de la región, así como de las vulneraciones del derecho fundamental de los/las latinoamericanos/as al agua en adecuada cantidad y calidad.

El Tribunal es una acción pública de solidaridad continental que aspira a contribuir con los esfuerzos que diferentes actores y grupos sociales de Latinoamérica realizan para mitigar las causas de la contaminación y grave deterioro de los sistemas hídricos. En este sentido el Tribunal se propone estimular la conciencia de los/las latinoamericanos/as respecto a sus derechos fundamentales, ambientales y colectivos, cuyo ejercicio se encuentra consubstancialmente unido a la provisión de agua en adecuada cantidad y calidad.

El Tribunal Latinoamericano del Agua es un tribunal ético fundado en los principios de convivencia, respeto a la dignidad humana, solidaridad entre los pueblos, santidad de las formas vivientes, ética biosférica y responsabilidad ambiental consagrados en las normas del Derecho Consuetudinario y en las disposiciones de los Tratados, Convenios y Declaraciones Internacionales suscritos tanto por Estados soberanos como por movimientos sociales, organizaciones no-gubernamentales y ciudadanos/as en defensa del patrimonio común de la humanidad y

beneficio de las presentes y futuras generaciones. Los principios del Tribunal Latinoamericano del Agua se inspiran de manera especial en la Declaración de Estocolmo (1972), en la Declaración de Dublin (1992), en las Declaraciones de Rotterdam (1983) y Amsterdam (1993) y en la Declaración de Paris (1998), así como en las conclusiones de las Conferencias de Mar del Plata (1977), Nueva Delhi (1990) y Noordwijk (1994).

Los fundamentos ético-jurídicos del Tribunal están consagrados en la Declaración del Agua que obra como su Acta de Constitución. En su texto el Tribunal reconoce que el panorama regional de políticas ambientales e instrumentos legales no es muy halagador respecto a la protección de los sistemas hídricos y del derecho fundamental al agua. Aunque en la última década algunos países latinoamericanos han consagrado en sus constituciones el derecho al ambiente y todos han adoptado una ley marco de política ambiental, en la práctica la normativa existente no se revela suficiente para prevenir el deterioro y mitigar los impactos negativos sobre los cuerpos de agua. En consecuencia el Tribunal considera que para garantizar efectivamente tanto la salvaguardia de los cuerpos de agua de Latinoamérica como la protección de los derechos ambientales de sus habitantes, se requiere con urgencia la adopción de adecuadas políticas, estrategias y acciones ambientales

## **TRIBUNALES ETICOS O ALTERNATIVOS**

Los tribunales éticos, paralelos o alternativos constituyen un acontecimiento reiterado en la segunda mitad del siglo XX. Representan los nuevos escenarios civiles de la Justicia donde los/las ciudadanos/as y los pueblos expresan su poder para hacer justicia mediante un ejercicio

jurisdiccional y disciplinario con capacidad para velar por el respeto de los derechos humanos fundamentales, ambientales y colectivos.

Los tribunales éticos no tienen poder judicial en sentido Estatal por cuanto sus acciones no derivan de mandamiento o autoridad conferida por Estado alguno. En consecuencia no pueden aplicar sanciones penales, administrativas o civiles propiamente dichas. En su lugar, sus juicios o veredictos condenatorios constituyen verdaderas sanciones morales cuya eficacia depende principalmente del reconocimiento que hagan los diferentes actores sociales del Tribunal como instancia de justicia. Dicho reconocimiento o nivel de legitimidad es mensurable con base en una gama de indicadores, en la cual se distinguen, entre otros, la cantidad y calidad de individuos, grupos, instituciones u organismos que acudan al Tribunal en búsqueda de justicia o solución para sus conflictos; el nivel de divulgación de su proceso y audiencias públicas; la prestancia intelectual o moral de sus artífices y jurados; la participación de personalidades de reconocida solvencia intelectual y moral.

Finalmente, es importante reconocer que en ciertos casos la comparecencia de los/las acusados/as ante el tribunal es otro factor que puede contribuir al reconocimiento social de un tribunal ético.

Sobre la razón de ser o fundamento de los tribunales éticos es ejemplar la declaración contenida en el Acta de Constitución del Tribunal Bertrand Russell establecido en 1966 para juzgar y condenar los crímenes de guerra cometidos por los Estados Unidos en el Vietnam:

"Aunque nuestra tarea no nos ha sido impuesta por una autoridad constituida, nosotros hemos asumido la responsabilidad de hacerlo en nombre de la especie humana y en defensa de la civilización. Nuestra acción se basa en una iniciativa privada. Somos absolutamente independientes de todos los gobiernos y de todas las organizaciones, oficiales o privadas, y creemos firmemente que expresamos la profunda ansiedad y el clamor de quienes son nuestros hermanos en numerosos

países. Firmemente creemos que nuestras acciones nos ayudarán a despertar la conciencia del mundo.”[1]

Años más tarde fue establecido el Segundo Tribunal Russell para juzgar los crímenes y violaciones a los derechos humanos cometidos por las dictaduras en América Latina entre 1974 y 1976. Igualmente en su Acta de Constitución firmada en Bruselas en noviembre de 1973, se reafirmó que la legitimidad y poder de los tribunales éticos se funda en la voluntad soberana de los pueblos como contrapuesta al poder de los gobiernos:

“La única razón y base real de un orden internacional es la voluntad de paz de hombres y mujeres convencidos de su solidaridad... Hasta ahora, los gobiernos han afirmado que constituyen los únicos entes calificados en la sociedad internacional. Semejante pretensión es mucho menos justificable si se tiene en cuenta que la acción internacional de los gobiernos ha conducido más al quebrantamiento que al desarrollo del Derecho y el progreso de la solidaridad internacional.”[2]

Además de los Tribunales Russell, la experiencia más significativa de tribunales éticos en el orden internacional ha sido alcanzada por el Tribunal de los Pueblos Contra la Impunidad en América Latina (Liga Internacional por los Derechos y la Liberación de los Pueblos, 1989) encaminado a la revisión de las causas de impunidad por crímenes contra la humanidad cometidos en América Latina, el cual ha celebrado audiencias públicas en varios países de América Latina. También en América Latina debe mencionarse el Tribunal Nacional de Crímenes del Latifundio constituido en 1986 en Río de Janeiro por varias organizaciones, sindicatos, movimientos sociales, instituciones religiosas y personalidades como respuesta al clamor ciudadano contra las masacres y genocidios de trabajadores rurales y defensores de los derechos humanos perpetrados por sicarios y escuadrones de la muerte directa o indirectamente relacionados con los grandes terratenientes.

Hacia el final de 1989 el Tribunal Nacional de Crímenes del Latifundio había realizado tres períodos de audiencias públicas examinando un buen número de expedientes relacionados con homicidios de campesinos y habitantes rurales, con veredictos sobre la causa de la impunidad en cada caso.

En el campo ambiental, y específicamente en defensa de las aguas, debe mencionarse el Tribunal Internacional del Agua en sus dos ediciones. La primera celebrada en Rotterdam en 1983 para juzgar los ecocidios y daños causados por la contaminación a la cuenca hidrográfica del Rhin, cuya divulgación de sus audiencias públicas y veredictos influyó notoriamente la adopción de políticas para el control de la contaminación, y la segunda realizada en Amsterdam en febrero de 1992, comprometida en el juzgamiento de casos graves de contaminación o daño a los cuerpos de agua ocurridos en diversos países de América Latina, Asia, Africa y Oceanía, y en los cuales se hubiese acusado o responsabilizado por parte de los/las demandantes a gobiernos, corporaciones o empresas de los países del Norte, financieramente ricos.

El antecedente más inmediato en el campo ambiental corresponde al Tribunal Nacional del Agua celebrado en Florianópolis, Brasil, en abril de 1993, en cuyas audiencias públicas se examinaron casos de contaminación minera, radioactiva y por agrotóxicos, así como los impactos sobre los sistemas hídricos provocados por la construcción de represas en el territorio brasileño.

## **AGUA Y JUSTICIA AMBIENTAL**

La provisión de agua para todos/as es un asunto de justicia. La inequidad en la distribución del agua es una grave injusticia social. La actual escasez afecta especialmente a los/las pobres, quienes viven en

laderas sobre fallas geológicas o en antiguos humedales expuestos a riesgos ambientales, desempleo, misérrimos ingresos y enfermedades. Como bien dice Danilo José Antón (1996) "la sed de agua es sobre todo la sed de los pobres."

Hacer justicia ambiental es reconocer y garantizar a todos los seres humanos derechos de acceso e idénticas opciones a los beneficios de la oferta ambiental y cultural del planeta. Hacer justicia ambiental es garantizar agua para todos/as en adecuada cantidad y calidad. La disponibilidad de agua es un asunto de sostenibilidad y calidad de vida.

Aunque el agua siempre ha sido reconocida como patrimonio común por las normas consuetudinarias[3]. y legislaciones más antiguas[4] en todas las culturas legales[5], hoy todavía millones de seres humanos, en América Latina y el resto del Sur geopolítico, son privados del agua y excluidos de los sistemas de distribución. Muchas comunidades se ven obligadas a realizar ingentes esfuerzos para obtener agua que a la postre resulta no solo escasa sino de baja calidad. La escasez y pobre calidad de las aguas expone a millones de personas a riesgos sanitarios y enfermedades tan graves como el brote de cólera que se originó en Perú y se expandió por casi todo el continente a principios de la presente década.

Todos/as sabemos o intuimos que el agua es el elemento primordial en la naturaleza. Es artífice de la biosfera y escultor de la tierra. La tierra es el planeta del agua. La vida es, en alto grado, un prodigio del agua. El derecho fundamental a la vida supone el derecho fundamental al agua. Expresada en las palabras de la Declaración de Amsterdam (1992) "todos los miembros de la presente y futuras generaciones tienen el derecho fundamental a una existencia sostenible incluyendo la disponibilidad de agua en suficiente cantidad y calidad."

Aunque el agua dulce utilizable representa un porcentaje mínimo de la hidrósfera[6], el volumen total disponible es suficiente para satisfacer

los requerimientos humanos presentes y futuros[7]. En consecuencia, la causa de la injusta carencia de agua que agobia a millones de latinoamericanos/as no es la escasez natural del precioso líquido, sino las políticas inadecuadas tanto para el manejo de las cuencas hidrológicas y cuerpos de agua como para su distribución. En otras palabras, se trata de falta de justicia social y ambiental.

## **INSTRUMENTOS LEGALES SOBRE MANEJO Y PROTECCIÓN DE LAS AGUAS EN LA LATINOAMERICANA[8]**

América Latina y el Caribe comparten el destino común de su normativa ambiental. Ese destino puede ilustrarse con los resultados de una investigación base para el documento Situación Actual del Derecho Internacional Ambiental en América Latina y el Caribe, preparado por la Oficina Regional del PNUMA.

En esta investigación fueron revisados 372 instrumentos de derecho ambiental internacional, 168 de carácter multilateral global; 103 multilaterales generados en la región y 101 de índole bilateral celebrados entre los Estados de América Latina y el Caribe. De total de 271 instrumentos multilaterales, globales o regionales, sólo 98 de ellos pueden considerarse piezas de derecho positivo o hard law, mientras que los 173 restantes constituyen simples pronunciamientos propositivos de los Estados o soft law[9] El autor del documento concluye que, luego de revisar tal compendio de instrumentos internacionales en materia ambiental, puede afirmar que “la región de América Latina y el Caribe carece aún de instrumentos regionales que sirvan de marco general para un derecho internacional aplicable a la misma, el cual sigue siendo fragmentario, incipiente y pobre en normas positivas y vinculantes.”[10]

La historia legislativa de América Latina registra disposiciones de vieja data sobre los recursos hídricos.[11] Una perspectiva patrimonialista caracterizada el texto y espíritu de estos enunciados legales. Sin embargo, aquellas Leyes de Aguas promulgadas y/o reglamentadas durante las dos últimas décadas, en Perú.[12] y Chile,[13] por ejemplo, aunque conservan el énfasis en la regulación de derechos, concesiones y aforos de agua, extienden además su cobertura normativa a medidas de conservación y protección de los cuerpos de agua y sistemas hídricos.

## **FUNDAMENTOS ÉTICOS-JURÍDICOS O RAZÓN DE SER DE LOS TRIBUNALES ÉTICOS**

El conjunto de razones inherentes al establecimiento de un Tribunal ético confluye en dos grandes grupos. Al primero concurre la constelación de formaciones y dinámicas culturales relacionadas con el pluralismo jurídico. En el segundo se inscriben los acontecimientos que prefiguran el fracaso de la ley o crisis de la legalidad y del Estado. En los párrafos siguientes presentamos una síntesis conceptual[14] de cada uno de estos grupos de razones.

### **Pluralismo Jurídico**

En la interpretación o racionalidad de un tribunal ético debe considerarse el pluralismo jurídico[15] en una doble estrategia dirigida, en primer lugar, a superar el monismo jurídico que identifica toda manifestación de juridicidad con la ley estatal, negando de paso todo derecho no estatal o excluyendo la pluralidad jurídica; y en segundo lugar, a reconocer el pluralismo jurídico como la "coexistencia, en un mismo momento, de varios sistemas jurídicos."[16]

Para A.J. Arnaud[17] existe "polisistemia simultánea", por cuanto el Derecho positivo "no es otra cosa que un sistema jurídico entre otros, aquél que entre todos los posibles ha sido puesto e impuesto por un autor investido del poder para decir el Derecho." Arnaud distingue el sistema de las normas impuestas por el Derecho estatal de aquellos sistemas de "Derecho espontáneo" que actúan por debajo e incluso contra las normas impuestas, los cuales se han formado por la conjunción de "concepciones" y de "vivencias" no oficiales, el "infra-derecho", constituido por verdaderos sistemas jurídicos dotados con mecanismos de regulación de conductas sociales y de resolución de conflictos. Reconocer esta polisistemia jurídica simultánea no debe conducir, en modo alguno, a desconocer el papel dominante de las normas impuestas por el Derecho estatal sobre las restantes expresiones jurídicas.

En nuestra tradición jurídica, como lo ha señalado Garcia Inda[18] la idea del Derecho está vinculada a la idea del Estado como ejecutor único o centro del Derecho, al que respalda con la amenaza de la violencia física legítima, que también ejerce como monopolio exclusivo. De manera que la lucha jurídica se presenta a su vez como lucha estatal, lucha en el Estado o del Estado por el monopolio de los medios que permiten jugar, negociar, o producir jurídicamente.

Sobre la realidad y presencia del Derecho estatal es relevante la observación de Georges Gurvith quien señala que "las proposiciones jurídicas abstractas, formuladas por el Estado, (...) no se dirigen, en el fondo, sino a los tribunales estatales y a otros órganos del Estado. Los grupos e individuos viven frecuentemente su vida jurídica en la ignorancia del contenido de esas proposiciones. Así, solo 'una ínfima parte del orden jurídico de la sociedad puede ser alcanzado por la legislación del Estado y la mayor parte del Derecho se desarrolla independientemente de las proposiciones jurídicas abstractas."

En una cultura legal de estirpe pluralista concurren los Derechos no estatales como expresión de campos sociales que ocupan el espacio existente entre los mandatos del sistema legal estatal y sus destinatarios. Allí, donde el Derecho estatal no llega debido a las resistencias culturales de los/las destinatarios/as, o bien, en razón de la debilidad instrumental o simbólica de la norma estatal, también se generan reglas de Derecho que orientan y califican la conducta humana. Una cultura legal atenta a reconocer los "infraderechos" no solo como expresiones del pluralismo sino como signos reveladores de la bancarrota del monismo jurídico y político (exclusividad de la ley escrita estatal y del poder centralizado del Estado) podría propiciar encuentros entre "supra" e "infraderechos" que conduzcan a "institucionalizar" un diálogo de los Derechos en todo el recorrido del quehacer jurídico, desde el proceso de concepción y enunciación de las normas ambientales hasta sus instancias de implementación.

Los tribunales éticos constituyen una expresión singular del pluralismo jurídico. Su misma naturaleza corresponde a un Derecho no estatal, una vía alternativa para "hacer justicia" que si bien adopta rituales del teatro de la justicia oficial va más allá de sus formalismos, configurando en la práctica una ruptura con las solemnidades judiciales del poder estatal. También en el contexto del pluralismo jurídico, los tribunales éticos avanzan hacia la superación del Derecho para refundarle como el campo por excelencia donde la dignidad humana encuentre su salvaguardia.

## **El Fracaso de la Ley o Crisis de la Legalidad**

En el documento sobre los Fundamentos Jurídicos del Primer Tribunal Internacional del Agua se afirma que una de las razones para establecerlo fue el fracaso de los sistemas ordinarios de justicia:

“Una de las razones para establecer el Tribunal Internacional del Agua es el fracaso de los sistemas oficiales de administración de justicia para controlar adecuadamente la contaminación de las aguas. La Fundación Tribunal Internacional del Agua adelanta una acción internacional coordinada contra la contaminación del agua, quizás como la única manera de controlarla. La contaminación no respeta fronteras políticas.[19]”

Los juicios de reproche contra la ley son un lugar común en la literatura jurídica. Dicho reproche parece incrementarse cuando se trata de las normas ambientales. Mientras los textos legales consagran el deber ser ambiental, (propósitos derechos y procedimientos para proteger la vida y el ambiente), las prácticas sociales en su conjunto contradicen los objetivos de la normativa ambiental haciendo cada vez más difícil y lejana su implementación. El síndrome del fracaso puede predicarse tanto de legislaciones nacionales como de un copioso volumen de acuerdos y declaraciones internacionales que en conjunto no tienen destino diferente al de “catálogos de ilusiones.”[20]

Este fracaso en el cual está comprometida tanto la ley y su racionalidad como todo el modelo del Occidente hegemónico, corresponde no sólo a las "debilidades en los mecanismos de aplicación o insuficiente reglamentación" [21], o al equivocado "énfasis del Derecho Ambiental en los síntomas y no en las causas fundamentales de la contaminación." [22] Expresa el derrumbamiento de un modelo legal centralista-autoritario que, anclado en engranajes preferencialmente represivos de control social, hizo del fracaso sistemático su leitmotiv. No episodio ocasional o fortuito, ni expresión de debilidad institucional o equívoco enfoque, el fracaso ha estado integrado al modelo como un flujo perverso de omisiones, violaciones, incoherencias y vacíos que, paradójicamente, ha constituido la razón del ejercicio y legitimidad del modelo como cultura legal dominante.

Desde otra perspectiva el profesor Richard J. Lazarus relaciona el fracaso de las normas ambientales con la naturaleza aspiracional del derecho ambiental, cuyas normas reflejan la aspiración común de los/las ciudadanos/as por la calidad ambiental, a través de "un mensaje radical e inspirativo.[23]"

Según García Inda[24]. sociológicamente puede distinguirse entre la eficacia social del derecho (la "función relativamente instrumental del derecho con respecto a la dinámica de la totalidad social") y su vigencia o efectividad (esto es, la "capacidad que tiene una norma o un sistema normativo de ser observado y aplicado"). Por regla general los juicios de reproche contra el Derecho se refieren a "la disociación entre el Derecho y la realidad", es decir, a la dificultad o resistencia para implementarlo debida a varios factores, entre otros, la entropía o desorganización creciente de los sistemas jurídicos provocada por la inflación normativa (hiperregulación y desregulación); la vaguedad y elevado nivel de abstracción de las normas; el abuso de la discrecionalidad técnica; y la lentitud de los operadores jurídicos.

En los países latinoamericanos las normas ambientales exhiben limitaciones estructurales y técnico-jurídicas[25]. Las primeras comprenden las propias carencias del Derecho Ambiental para vencer obstáculos insalvables o casi insalvables de orden político, económico o social expresadas en la paradoja de sociedades que promulgan normas de protección ambiental mientras perpetúan dispositivos y aparatos tecnológicos y de producción generadores de impactos y/o contaminación ambiental. En tales circunstancias la norma ambiental se inscribe en los oleajes de "inflación legislativa" que la retórica gubernamental estimula como estrategia para evadir la solución efectiva de conflictos estructurales.

A su turno, las limitaciones de orden técnico-jurídico comprenden, en primer lugar, los conflictos que la normativa ambiental tiene con la

tradición jurídica de otras ramas del Derecho; segundo, la presencia de equívocos y vacíos que anulan por anticipado, desde su misma promulgación, los eventuales efectos positivos asignados a la norma para el control y/o mitigación de conductas ambientalmente negativas; tercero, las incompatibilidades e incoherencias institucionales en el ejercicio de funciones de protección y de control ambiental; cuarto, las lagunas conceptuales e imprecisiones técnico-científicas inherentes a la inserción en los textos legales de criterios y estándares ambientales que, sin cotejar previamente con las particularidades ecológicas de bioregiones, son plagiados de cuerpos normativos de otras latitudes; quinto, las deficiencias institucionales para la gestión ambiental derivadas de recursos financieros y humanos precarios.

Desde otro ángulo, Ralf Dahrendorf ha interpretado "el problema hobbesiano del orden" en las sociedades actuales como un proceso hacia la Anomia, en cuyo itinerario sobresale "la declinante efectividad del derecho". La quiebra, según él, de la base ficticia del contrato social, ha derivado en esa situación anómica entendida como una "situación social en la cual las normas que regulan el comportamiento de la gente han perdido su validez. Una de las garantías de esa validez consiste en la fuerza clara y presente de las sanciones. Allí donde prevalece la impunidad, la efectividad de las normas está amenazada. En este sentido, Anomia describe un estado de cosas en donde la violación de las normas queda impune". En su criterio la validez de las normas reside en las nociones de legalidad, que define como "efectividad positiva", y legitimidad que identifica con la "efectividad como moralidad". Es decir, que las normas son validas "siempre y cuando sean a la vez efectivas y morales, es decir (consideradas) reales y (consideradas) correctas"; y, por el contrario, Anomia es la "situación en la que tanto la efectividad social de las normas cuanto su moralidad cultural tienden a cero.[26]"

Alain Minc hace un análisis parecido en su reflexión sobre el vacío ideológico de la Nueva Edad Media, como denomina a la sociedad de fin de siglo, refiriéndose al "triunfo de las sociedades grises" en el contexto social y político actual. Esos espacios grises serían para Minc aquellas zonas sin autoridad legal que se multiplican actualmente: "enormes espacios desheredados y abandonados [en los que] el Estado de derecho cede su lugar a los caciques locales que establecen con sus vecinos o frente a la capital relaciones de vasallos y soberanos". La nueva Edad Media "es también la reaparición de la Anomia, de la marginalidad y de la invisibilidad, como es el caso de las "zonas sin ley", en las que "el orden retrocede y, con él, el derecho, la moral, y los principios sobre los que se edificaron nuestras sociedades desde la Revolución."

Sin lugar a dudas se está produciendo un cambio radical en el modo como las normas se presentan e inciden en la sociedad actual para ajustarla a un determinado tipo de orden, afectando especialmente la certidumbre como principio básico del orden jurídico e interrogando el sentido del Derecho en nuestras sociedades. En el itinerario de estos cambios los tribunales éticos están propiciando una refundación del sentido del Derecho, para hacerlo más próximo a la Justicia y menos prisionero de la Ley.

En este orden de ideas compartimos el criterio de Mauricio García[27] para quien el problema fundamental no se resuelve con la pregunta sobre las causas del fracaso del Derecho, sino más bien conociendo en qué medida dicho fracaso responde a un juego de poder dentro del cual el Derecho cumple una función determinante. Como lo hemos señalado en estos párrafos dicho fracaso no es un episodio fortuito de los sistemas oficiales de administración de justicia sino que, por el contrario, ha constituido el ethos de su racionalidad como cultura legal dominante. En consecuencia, el asunto en cuestión no es el choque del

Derecho con la realidad que se resiste al cambio, haciéndole por ello ineficaz; si no más bien que la realidad no cambia porque choca con la resistencia del Derecho, el cual persigue por sí mismo la ineficacia.

## **Crisis del Estado y el Centralismo Jurídico**

A nadie escapa que en los umbrales del siglo XXI se anuncia el fin de los monismos, tanto del jurídico como del político, los cuales están cediendo frente a las presiones de otros derechos y de otros poderes y actores políticos. El Estado está desterritorializado y su poder fragmentado. Las instituciones vacías y abandonadas ilustran la "privatización del poder y de sus instrumentos más preciosos - el conocimiento científico y las decisiones tecnológicas determinantes." [28]

El prestigio de las actuaciones privadas revela en toda su intensidad el drama de lo jurídico: "...en los armazones vacíos del poder estatal y jurídico, permanecerán los jueces, los policías, los administradores y otros materiales humanos perecederos abandonados..." [29] El Estado se desbarata siendo incapaz de manejar la vasta y compleja sociedad contemporánea, asediado por bloques de poder (tecnológico-científico-militar) que se han desmembrado de su control político y, en ocasiones, también de su razón jurídica.

Sin lugar a dudas el ideal hegeliano de un Estado que unifica a una sociedad plural como "sistema operativo" unitario se encuentra en crisis. De otra parte, en el Estado liberal este ideal nunca pasó de ser una ficción judicial mantenida por la fuerza. Los/las pobres (léase actores sociales subalternos) de América Latina siempre han sentido (y padecido) al Estado como un poder ajeno y lejano de sus contingencias cotidianas, que en la mayoría de las veces obra como fuerza nugatoria de sus derechos y aspiraciones. Erigido como estructura concentracionaria de poder para anular las expresiones político-

culturales de actores sociales subalternos y/o marginales, y por ende, los ricos matices de la diversidad cultural humana, y ahogado en los excesos de su retórica republicana, el Estado de estirpe mecanicista, ha sido tierra arrasada por los privilegios de las oligarquías y erial de su violencia institucional para generar omisiones, dilaciones o violaciones de los derechos ciudadanos.[30]

Las tensiones entre la recolonización global del planeta y las demandas locales emancipatorias o balcanizadoras también concurren a la bancarrota del Estado unitario. Mientras las corporaciones multinacionales y sus artífices sueñan con un planeta política y culturalmente homogeneizado donde reine el mercado universal de los simulacros simbólicos y las basuras, los movimientos sociales y los pueblos se debaten en la lucha por sus derechos resistiendo el acoso del cuasiestado neoliberal, altamente represivo con los movimientos sociales, o sea, fuerte y al mismo tiempo gravemente ausente, o débil, cuando se trata de aceptar las presiones de los gerentes del casino internacional.

Este Estado es ajeno a los propósitos de la Justicia. Guiado por los juegos políticos y económicos de la dominación, sus operadores jurídicos maniobran con los instrumentos y simbología del Derecho como meros dispositivos para garantizar la reproducción de las condiciones de dominación. En esos límites el respeto de los derechos humanos fundamentales, ambientales y colectivos estará siempre expuesto a la medida de su utilidad estratégica para mantener el statu quo y reproducir la dominación.

Los tribunales éticos representan un desafío al monopolio del Derecho y la legalidad que el Estado alega pertenecerle. Este Estado, no solo ajeno sino en múltiples circunstancias opuesto a la Justicia, teme al poder de la Justicia que los tribunales éticos encarnan. Porque como bien lo ha señalado Jacques Derrida "lo que teme el Estado, esto es, el Derecho en

su mayor fuerza, no es tanto el crimen o el bandidaje, incluso a gran escala, como la mafia o el narcotráfico, si transgreden la ley con vistas a obtener beneficios particulares, por importante que éstos sean....El Estado tiene miedo de la violencia fundadora, esto es, capaz de justificar, de legitimar (begründen) o de transformar relaciones de Derecho (Rechtsverhältnisse), y en consecuencia presentarse como teniendo un derecho al Derecho.[31] ”

## **LA REVOLUCIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS**

Los tribunales éticos se distinguen por su respeto a las reglas del debido proceso, del derecho de defensa y libre controversia de las pruebas. Para cumplir sus propósitos de Justicia son ajenos a los esclerosados procedimientos y complejas ritualidades propios del aparato judicial del Estado. En su lugar exhiben trámites expeditos y procedimientos sumarios que garantizan el acceso de los/las ciudadanos/as a la Justicia. Como es bien sabido una de las estrategias más comunes para denegar Justicia es la idolatría por las normas procedimentales, estimulada desde las facultades de Derecho y beatificada por funcionarios judiciales y abogados litigantes. Este culto por el inciso, a la postre una auténtica trampa jurídico-política, procura una doble ventaja al aparato judicial del Estado: de una parte permite denegar Justicia a los/las ciudadanos/as, quienes en su gran mayoría no disponen de recursos financieros o información jurídica para acceder ante las instancias judiciales. Por la otra, le autoriza para sobrevalorar las normas procedimentales en detrimento de aquéllas de carácter sustantivo, desatendiendo así, de paso, la aplicación de normas esenciales para garantizar el ejercicio de los derechos humanos fundamentales, ambientales y colectivos, El incremento en los trámites para demandar un derecho o conseguir una ventaja jurídica no siempre responde a una necesidad funcional del

sistema, sino a una maniobra leguleya para garantizar la prevalencia de intereses de la dominación. Como lo afirma Mauricio García, en muchas ocasiones el derecho administrativo esconde detrás de su ropaje técnico su verdadero propósito de dominación. [32]

Es evidente que la tendencia hiper-regulatoria y procedimentalista del moderno Derecho estatal es incapaz de responder a las demandas de las complejas sociedades contemporáneas permeadas por profundas contradicciones y dinámicas culturales que ponen en entredicho la certidumbre de instituciones normativas y la legitimidad del aparato judicial del Estado. En este escenario, los tribunales éticos como sistemas alternativos del Derecho, mentores de los nuevos derechos ambientales, colectivos y culturales, deben abandonar el culto por las disposiciones técnico formales y los ordenamientos abstractos, para abrazar una cultura legal comprometida con las contingencias de la vida cotidiana y la refundación de la Nueva Alianza que haga posible la afirmación de la universalidad y la diferencia en un espacio social de consenso construido en la solidaridad con los otros.

---

[1] Tribunal Russell- Le judgement de Stockholm, Gallimard, París, 1967, first edition, at 16-17.

[2] Actes du tribunal Russell II. Premiere Session, Rome, 30 mars-6avril, 1974 (País: Edit. Revus parole et Societé, N° 4-5, 1974), at 9

[3] El antiguo Common Law inglés reconocía un derecho público a los recursos comunes considerados como pertenecientes a todos/as y a cada uno/a de los miembros de la comunidad. Los recursos eran mantenidos bajo la custodia del Soberano, quien ejercía control para preservar ese derecho público, "ininterrumpido e inalienable", sobre los mismos

Molly Selvin, *This Tender and Delicate Business: The Public Trust Doctrine in American Law and Economic Policy, 1789-1929*, at 17, 25.

[4] El Código de Alfonso X, "Las Siete Partidas", una compilación legislativa realizada entre 1256 y 1265, consideraba el agua como bien común, *res communis*, no susceptible de apropiación privada. El Código declaró que los ríos eran propiedad pública sin referencia a su navegabilidad o no-navegabilidad. En idéntica dirección, el Derecho

Consuetudinario de aguas prevaleciente en Europa prescribe que las aguas superficiales deben ser mantenidas sin perturbación y fluyendo constantemente como ha sido siempre desde tiempos inmemoriales.

[5] El concepto de *res communis* en el Derecho Romano significaba que "el aire, las aguas corrientes, el mar y sus playas eran comunes a todos". El uso privado de los recursos era reconocido, pero del mismo no se derivaba ningún título de propiedad para el usuario. El derecho de uso estaba igualmente condicionado a un uso del cual no derivase un daño al recurso o una injusta limitación al libre acceso que otros tenían a él.

Molly Selvin, *This Tender and Delicate Business: The Public Trust Doctrine in American Law and Economic Policy, 1789-1929*, at 19.

[6] El agua dulce utilizable constituye menos de 1/5,000 de la hidrósfera. Noventa y cinco por ciento de toda el agua dulce está almacenada en lagos. Por tanto, las aguas corrientes (aguas que fluyen en cursos de agua) representan tan solo 0.001% del agua del planeta. (ANTON, Danilo José, p. 57)

[7] Danilo José Antón (1996:57) hace el siguiente cálculo: "Si restringimos nuestros cálculos a las precipitaciones caídas en los continentes (111,000 km<sup>3</sup> por año) y sustraemos la evaporación promedial (aproximadamente 60%) habría aún más de 80,000m<sup>3</sup> disponibles cada año para cada individuo. Las necesidades de agua humanas varían de acuerdo a los lugares, pero normalmente no superan un m<sup>3</sup> por día, lo cual demuestra que la disponibilidad efectiva de agua para las sociedades humanas no se relaciona con la escasez absoluta de los volúmenes..."

Otro dato no menos sobresaliente para mostrar la disponibilidad del recursos hídrico en el continente es suministrado por el mismo Antón (1996:64) sobre el caudal de agua en la boca del valle principal del río Amazonas que excede los 150,000 m<sup>3</sup> por segundo, el mayor caudal fluvial del mundo.

[8] La información básica de este acápite ha sido tomada de J. M. Borrero Navia, *Los Derechos Ambientales. Una Vision desde el Sur*. FIPMA.CELA, Cali, Colombia, 1994

[9] PNUMA, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, *Situación Actual del Derecho Internacional en América Latina y el Caribe*. Una publicación del Sistema de Información Ambiental del PNUMA, México, D.F., 1993.

[10] *Id.*, at 75.

[11] Pueden citarse como ejemplos en Costa Rica, la Ley General de Agua Potable (Ley 1634 de septiembre 18, 1953); el Código Sanitario (Decreto-Ley 809 de noviembre 2, 1949); la Ley sobre Conservación, Mejoramiento y Restauración de Suelos y Aguas (Ley 1540 de Marzo 5, 1953). En Honduras, la ley de Policía (Decreto 7 de febrero 8, de 1906).

En Panamá, la Ley sobre Protección de los Recursos Naturales (Ley de enero 14 de 1957). En República Dominicana, el Código de Salud Pública (Ley 4471 de junio 28, 1956). En Venezuela, la Nueva Ley de Bosques, Suelos y Aguas (Diciembre 30, 1965). Enrique Meier (1981) cita una ley venezolana sobre control de la polución por hidrocarburos que data de 1936.

[12] La Ley General de Aguas, Decreto-Ley 17752 de 1969 y sus 11 reglamentos.

[13] Código de Aguas, Decreto 408 de abril de 1988, publicado en el Diario Oficial de mayo 19 de 1988.

[14] La información para esta síntesis se encuentra en el trabajo de José M. Borrero Navia, Derecho Ambiental y Cultura Legal en América Latina, en prensa, presentado con ocasión del Coloquio sobre la Construcción de los Nuevos Derechos Ambientales, Colectivos y Culturales, celebrado en México, D.F. entre el 9 y el 11 de noviembre de 1998, bajo los auspicios del PNUMA y la UNAM.

[15] De acuerdo a Fariñas Dulce existen unos rasgos comunes en casi todas las formulaciones doctrinarias del pluralismo jurídico, a saber:

"1. El rechazo a la identificación del derecho con la ley (lo cual implica un pluralismo en las fuentes de producción del derecho);

2. El rechazo del monopolio jurídico por parte del Estado (lo cual implica un pluralismo normativo-jurídico);

3. El rechazo del mito unificador del "monismo jurídico-formalista" (lo cual implica un pluralismo social y cultural);

4. y, finalmente, el reconocimiento de la descentralización del Derecho estatal (que implica una pluralidad de centros de decisión jurídica en un mismo sistema jurídico, lo que se denomina "policentricidad jurídica"), lo cual permite hablar también de un pluralismo jurídico "intersistemático" o pluralismo "interno" al derecho oficial o estatal." María José Fariñas Dulce, Los Derechos Humanos: Desde la Perspectiva Sociológica-Jurídica a la Actitud Postmoderna, Editorial DYKINSON, Madrid, 1997, 71 pags.

[16] Michel von de Kerchove, et al. El Sistema Jurídico. Entre Orden y Desorden, Juma, Madrid, 1997. at 162, 163.

[17] Citado por Kerchove, id., at 147.

[18] García Inda, Andrés. La Violencia de las Formas Jurídicas: la Sociología del Poder y el Derecho de Pierre Bourdieu. Cedecs, Barcelona, España, 1997, at 162

[19] International Water Tribunal I. Case Book, Judicial Basis Iwt, 1983, at 1.

[20] José M. Borrero Navia, Ideario de un Derecho Penal Mínimo en Medio Ambiente, en Control Social y Política Criminal en Medio Ambiente, FIPMA/CELA, Cali, Colombia, 1998, at 48.

- [21] The Water Resources of Latin American and the Caribbean. Estudios e Informes de la CEPAL. Naciones Unidas, 1990. p.172
- [22] Brooks, Richard O. A New Agenda for Modern Environmental Law. J. Env'tl. Law and Litigation. Vol 6, 1991. p. 11
- [23] Lazarus, Richard J. "Meeting the Demands of Integration in the Evolution of Environmental Law: Reforming Environmental Criminal Law" The Georgetown Law Journal Vol 83 (7), September 1995. The Georgetown Law Journal Association. Washington.
- [24] García Inda, Andrés, obra citada supra nota 18, at 200.
- [25] Véase José M. Borrero Navia, Los Derechos Ambientales. Una Visión desde el Sur, FIPMA.CELA, Cali, Colombia, 1994.
- [26] Citado por García Inda, Id., at 202-203
- [27] Mauricio García, Eficacacia simbólica y eficacia instrumental del derecho. En: El Otro Derecho. Temis, Bogota, enero 1991. at 20
- [28] Humberto Eco, La Nueva Edad Media, Alianza Editorial.
- [29] Id.
- [30] José M. Borrero Navia, obra citada, supra nota 25.
- [31] Jacques Derrida, Fuerza de Ley. El Fundamento Místico de la Autoridad, Tecnos, Madrid, 1997. at 90
- [32] Mauricio García, obra citada, supra nota at 27.