

WORKING PAPER Nº 16

OBJETIVO IV: RESUMEN EJECUTIVO

Susana Borràs-Pentinat, Jordi Jaria-Manzano

CONCLIMA

Proyecto financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad
DER2016-80011-P

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Globalización y cambio climático. 3. Derechos, vulnerabilidades y responsabilidades. 4. El derecho penal de la precaución.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. El presente informe de síntesis se centra en reunir las principales conclusiones de los informes n. 4, 8 y 9 que dan repuesta al objetivo n. IV de esta investigación y que se centra en dar una visión contrastada de los marcos hermenéuticos desarrollados en el proyecto, con elementos potencialmente contradictorios en la comprensión dominante del Derecho, como sucede con los principios de soberanía de los Estados, seguridad jurídica, principios reguladores de la exigencia de responsabilidad, etc. Este análisis ha permitido identificar las tensiones entre los principios de precaución, responsabilidad y cooperación con principios tradicionales como el de la seguridad jurídica, de la soberanía de los Estados o de legalidad.

1.2. Por ello se han estudiado las fricciones entre los principios tradicionales del Derecho internacional público y los mecanismos de participación democrática y control jurisdiccional en el ámbito de las políticas sobre el cambio climático. También se han analizado los conflictos eventuales entre el principio de libertad y los derechos fundamentales con una articulación densa del principio de responsabilidad y los problemas que plantea la introducción del principio de precaución en relación con la articulación del principio de tipicidad en el Derecho penal, así como su impacto en los elementos tradicionales de la teoría del delito.

2. GLOBALIZACIÓN Y CAMBIO CLIMÁTICO

2.1. Los orígenes de la injusticia estructural climática tienen sus cimientos en la instrumentalización del Derecho internacional Público al servicio de las relaciones de dominación hegemónicas imperantes en el contexto de una globalización económica creciente del sistema internacional, que se proyecta, a

lo largo de su evolución como excluyente económicamente, socialmente y ambientalmente.

2.2. Este ha sido el contexto de base en el que se marca el desarrollo de un marco jurídico legitimador de algunos derechos, muchas vulnerabilidades y escasas responsabilidades. Las bases de la economía globalizada y del cambio climático y el papel clave que juega el Derecho en la organización del metabolismo social nacional y global han sido determinantes para legitimar las estructuras de poder detonantes de la crisis civilizatoria. El cambio climático constituye pues un síntoma más de un mismo problema: la colisión existente y permanente entre humanidad y naturaleza, un problema que la mayor parte de los gobiernos y empresas han intentado evitar.

2.3. Así, lo largo de la evolución del Derecho internacional, se han creado las bases de una economía emergente globalizada, que han predeterminado la generación del cambio climático. Esta herencia pone en relevancia la estrecha relación existente entre el modelo de organización del metabolismo social impuesto por el sistema capitalista a escala global y las nefastas consecuencias que trae en el funcionamiento del Planeta, entre las más importantes la actual situación de “emergencia climática”.

2.4. El Derecho internacional del siglo XX constituye una reproducción de una dinámica que intensifica no solo la extralimitación antropocéntrica desigual, sino la visualización de la globalización y del cambio climático, mediante la facilitación de las actividades comerciales internacionales que han posibilitado el mantenimiento de la dominación política y económica de los países más enriquecidos sobre los demás países de la periferia. Junto con la evolución de modelo capitalista y el surgimiento de la globalización, la preocupación por la cuestión ambiental y el concepto del desarrollo sostenible han intentado hacer frente al fenómeno del cambio climático.

2.5. En consecuencia, el régimen internacional creado para gestionar el cambio climático presenta importantes carencias e insuficiencias que no solo han limitado su propia efectividad, sino que además han dado lugar a mayores injusticias. La opción ha sido centrar los esfuerzos en las emisiones de GEI porque ello reduce la respuesta al debate sobre técnicas de reducción de emisiones, en lugar de debatir sobre las vías para transformar los sistemas económico, legal y político que estimulan y legitiman la destrucción ambiental. Esto, en parte, se debe a la orientación propia del sistema, focalizada principalmente en el cambio climático como una cuestión científica relacionada con control de las emisiones de GEI y de la temperatura, pero no en sus dimensiones social, de justicia y de equidad.

2.6. Asimismo, la proliferación de factores que consolidan la globalización, como la creación de estructuras internacionales (el Fondo Monetario Internacional o la Organización Mundial del Comercio), han fortalecido el sistema económico, aparentemente imperturbable a la creciente crisis ecológica global y que silencia cualquier intento de visibilizar el debate sobre la responsabilidad de los causantes del cambio climático y su rasgo “injusto e inmoral”. Así las instituciones del sistema neoliberal, aquellas que están al servicio de las transnacionales y los países más enriquecidos, han sido determinantes para controlar y someter a los pueblos y a sus recursos naturales, vulnerando gravemente los derechos humanos. Es más, la dialéctica mercantilista ha impregnado falsas soluciones de gestión de la crisis climática, como los proyectos MDL o el REDD+, entre otros.

2.7. La transición hacia un “derecho climático justo” implica el reconocimiento de la importancia de asegurar la protección de los derechos humanos respecto a los efectos adversos del cambio climático, así como con la elaboración e implementación de las acciones climáticas (de mitigación y adaptación) en las que se basa esta protección. Así, transitar de la ciencia a la justicia supone reconocer que en el cambio climático hay causantes, víctimas y daños derivados de los impactos del mismo. Esto implica el reconocimiento de la realidad diferenciada entre los países enriquecidos y los países empobrecidos, por el uso

y abuso del carbono, y el reconocimiento de las responsabilidades climáticas de los mayores emisores no solo en la mitigación drástica de GEI, sino también en la movilización y transferencia de recursos financieros y tecnológicos para asistir a los países más vulnerables tanto en la mitigación como en la adaptación así como en la reparación y/o compensación económica de las pérdidas y daños. Por ello es importante a la hora de concebir una constitucionalidad de un “derecho climático justo”, centrarse en la consideración de la justicia climática, articulada mediante la efectividad del reconocimiento de derechos, vulnerabilidades y responsabilidades.

3. DERECHOS, VULNERABILIDADES Y RESPONSABILIDADES

3.1. Ante la crisis de sostenibilidad y de justicia que se genera en la transición hacia el Antropoceno, en la que se desvelan numerosas vulnerabilidades ante la depredación desplegada por los actores corporativos del capitalismo global, los derechos aparecen bajo una doble luz: de una parte, como elemento estructural del modo de reproducción social que causa la crisis civilizatoria del capitalismo tardío; por otra parte, como elemento de reconstrucción para articular una disciplina social orientada hacia la sostenibilidad y la justicia. En relación con este último aspecto, los derechos pueden ser reconducidos a un marco teórico basado en la interdependencia, ya no en la división atomística de la sociedad, y, con ello, ajustarse las retos teóricos y prácticos que plantea la transición hacia el Antropoceno.

3.2. Desde mediados del siglo XX, se ha ido tomando conciencia de las potencialidades destructivas y nocivas que las innovaciones tecnológicas traen consigo. La introducción cada vez más rápida de tecnologías cada vez más potentes genera una creciente aceleración de los cambios, que provoca la pérdida del control sobre las consecuencias que acarrea la aplicación de esas nuevas tecnologías, que se desarrollan en el contexto del proceso de acumulación capitalista. Esos peligros alcanzarían tanto a la continuidad de la existencia de la especie humana —así, por ejemplo, armas de destrucción masiva, o la problemática medioambiental—, como a la dignidad de la vida

humana —como sería el caso tecnologías de manipulación y control social e individual, o la robotización—. Ambas derivas serían el resultado de la consumación de los procesos de la razón instrumental. Esto introduce nuevos escenarios de fragilidad de la vida humana individual, que parecen requerir un desarrollo de una cultura de los derechos basada en la protección de la vulnerabilidad y la exigencia de responsabilidades.

3.3. Sin embargo, en la tradición constitucional, el poder político se legitima a través del respeto a una intangible de derechos de los sujetos humanos individuales, de acuerdo con un fundamento ideológico que parte de la existencia primaria de los individuos que, si es el caso, dan existencia (vicaria) a la comunidad, que no es otra cosa que un agregado, lo que implica la desconfianza hacia los cuerpos intermedios y la progresiva supresión de la compleja estructura social de la Edad Media. Ello supone una concepción de los derechos basada en la autonomía individual, de acuerdo con la idea política fundamental de que el individuo humano —en un primer momento, el individuo humano masculino, de origen europeo y propietario, idea que, en definitiva, va a actuar como patrón para el desarrollo de las ideas hegemónicas sobre el Derecho público hasta el momento presente— es el fundamento del sistema social y político.

3.4. Consecuentemente, cabe avanzar hacia una transformación del paradigma de los derechos, de acuerdo con una revalorización de la responsabilidad, que viene exigida por la propia naturaleza del proceso de transformación que supone el Antropoceno, de modo que los derechos humanos se configuren como conceptos resistenciales, orientados, fundamentalmente, a la protección de las vulnerabilidades. De acuerdo con ello, los derechos pueden configurarse más bien como patrones de protección de los más vulnerables y, en este sentido, vincularse a las ideas de responsabilidad y cuidado. A partir de aquí, puede configurarse un *ökologisches Existenzminimum*, más allá de la tradición individualista que se proyecta también sobre el constitucionalismo existencial el Estado social. Así, cabría hablar de una nueva idea de bienestar, basada en el concepto de calidad de vida y vinculada a la responsabilidad, el cuidado, la solidaridad y la participación.

3.5. La confluencia entre la idea de responsabilidad y la idea de cuidado, que redefinen el sentido de los derechos humanos en un contexto físico frágil y limitado, va abriéndose camino no sólo a través de documentos, como la Carta de la Tierra, que no pueden considerarse tratados internacionales, sino que también se proyecta sobre algunos documentos formales del Derecho internacional público que responden a la necesidad de responder a la crisis ambiental por parte de la comunidad internacional. En este contexto, debe señalarse que, en 1992, el año de celebración de la Conferencia de Rio, se aprobaron dos tratados internacionales de importancia crucial que presentan elementos prometedores desde el punto de vista de la reconstrucción de los derechos de acuerdo con las ideas de protección de la vulnerabilidad, responsabilidad y cuidado, a saber: por una parte, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC) , cuyo texto fue aprobado en Nueva York el 9 de mayo de 1992, unas semanas antes de la Conferencia de Rio; y, por la otra, el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), firmada en Rio de Janeiro el 5 de junio del mismo año.

3.6. Un ámbito de visibilidad particularmente notable para la reconstrucción de la idea de derechos humano en sintonía con la promoción de la responsabilidad y el cuidado de la vulnerabilidad, así como la construcción de nuevos empoderamientos para las realidades fragilizadas, es la evolución de las respuestas jurídicas en relación con la violencia ejercida contra las mujeres. De hecho, la reacción jurídica ante la violencia contra las mujeres ofrece un patrón de referencia para constatar el tránsito de un modelo de derechos humanos basado en la autonomía hacia un modelo basado en la tutela de las vulnerabilidades encarnadas. A partir de la premisa fundamental de que la violencia de género constituye una violación de los derechos humanos de las mujeres, se corre el velo sobre las formas de dominación amparadas por las concepciones hegemónicas del Derecho, a partir, entre otras cosas, de la visión individualista, centrada en la autonomía, de los derechos humanos, descubriendo así un sistema social patriarcal y androcéntrico, que encubre una situación estructural de vulnerabilidad para las mujeres justificada y normalizada

por la comunidad. La superación de este marco asumido, aparte de ser el camino para la protección y el reconocimiento de las víctimas singulares, así como de las mujeres como colectivo, es asimismo el camino para reconstruir la cultura de los derechos en el contexto frágil e inestable del complejo ecosocial planetario en la hora de la transición geológica.

3.7. Dado el carácter vulnerable de las mujeres ante las situaciones de violencia, deben establecerse responsabilidades que enlacen con la actividad tuitiva de los poderes públicos, así como en relación con los actores privados corporativos, delimitando la esfera de su autonomía, construida en base al paradigma de los derechos. La perspectiva de género es esencial en este contexto, en la medida que visibiliza el campo más notorio de vulnerabilidades en el despliegue del metabolismo social del capitalismo y, en consecuencia, también en relación con la transición geológica que viene causada por la intensidad de la actividad humana en el Sistema Tierra en base a la colonización humana que viene promovida por el proceso de acumulación de capital. Efectivamente, desde el punto de vista jurídico, la perspectiva de género en la medida permite hacer visible de manera transversal la construcción de exclusiones y jerarquías en las estructuras normativas dominantes, así como la posibilidad de revertirlas en el camino hacia la construcción de contextos de reproducción social justos y sostenibles.

4. EL DERECHO PENAL DE LA PRECAUCIÓN

4.1. Las nuevas necesidades sociales y los nuevos problemas que afloran a medida que se hace efectiva la transición geológica y, en particular, ante la problemática específica que representa el cambio climático tienen un impacto en las concepciones hegemónicas del Derecho, particularmente, como se ha visto, en la articulación del Derecho internacional público, así como en la delimitación de los conceptos centrales del Derecho constitucional, impactando, en particular, en el diseño y la orientación de los derechos humanos. En la línea de la protección de las vulnerabilidades que debería definir un nuevo paradigma jurídico en el contexto de la evolución del complejo ecosocial global, se plantean

tensiones en todas las ramas del Derecho, entre las que debe destacarse, por el carácter garantista que reviste, el Derecho penal.

4.2. Cabe considerar, en relación, con los problemas que plantea la delimitación de la esfera de autonomía de los individuos la progresiva degradación del complejo ecosocial planetario, la creación de injustos penales basados en el principio de precaución y, por lo tanto, en definitiva, la consideración penal del riesgo. En este contexto, solo es posible dar paso a una prohibición ante un riesgo potencial, aunque no haya evidencias incontrovertibles de que se pueda concretar, y siempre que esa hipótesis pueda apoyarse mínimamente en datos científicos sólidos, aunque esos datos, lógicamente, reconozcan la incertidumbre respecto de las consecuencias. No puede negarse que el principio de precaución tiene un sentido ante la velocidad con la que se deteriora el medio ambiente, la cual obliga a tomar decisiones en condiciones de incertidumbre y, más allá de los problemas ambientales, la necesidad de responder jurídicamente a una evolución tecnológica muy rápida que no permite evaluar con certeza los riesgos que comportan nuevos productos y procesos.

4.3. Debe partirse, sin embargo, de que el principio de precaución no es el fundamento de los delitos de peligro, en los que se castiga una acción que, de acuerdo con la experiencia humana y científica, es capaz de producir un resultado dañoso. Tanto en delito de peligro como en delito imprudente, hay una consecuencia posible, apreciada por el legislador, que decide castigar sin necesidad de que se produzca un daño, en el primer caso, o solamente cuando el daño, que se hubiera podido evitar, se produce (en el caso del delito imprudente). Por ello, lo que explica la existencia de delitos de peligro no es el principio de precaución, sino la posibilidad demostrada de que se produzca un daño, que es precisamente lo que no se puede afirmar con el razonamiento “precaucionista”, pues éste parte de que no hay demostración científica efectiva del daño que se puede producir.

4.4. En consecuencia, en el Derecho penal español, los delitos ambientales exigen como mínimo el peligro abstracto. No existe ningún delito integrado exclusivamente por una actividad no autorizada, pero la falta de autorización, además de poder constituir *per se* una infracción administrativa, puede determinar una agravación de la pena. De este modo, los delitos de peligro contra el medio ambiente no podrían ser interpretados con arreglo a los criterios del principio de precaución, que exigiría una reconstrucción del Derecho penal que no parece compatible con los parámetros constitucionales. Por ello, la protección de las vulnerabilidades ante riesgos indeterminados y el desarrollo del principio de responsabilidad deberían encontrar su encaje más bien en el Derecho administrativo, sin que puedan descartarse consecuencias penales sobrevenidas.