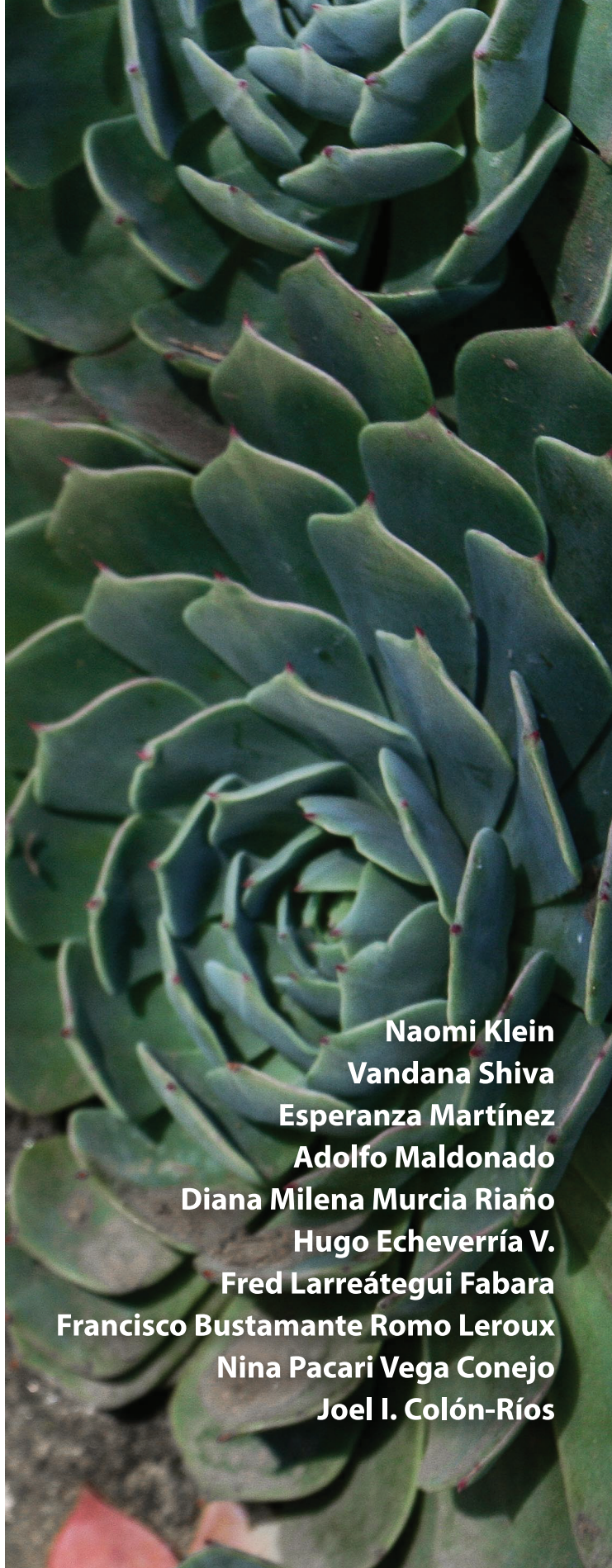


Una década con Derechos de la Naturaleza

La Naturaleza con Derechos

**Naomi Klein
Vandana Shiva
Esperanza Martínez
Adolfo Maldonado
Diana Milena Murcia Riaño
Hugo Echeverría V.
Fred Larreátegui Fabara
Francisco Bustamante Romo Leroux
Nina Pacari Vega Conejo
Joel I. Colón-Ríos**



“El movimiento para el Reconocimiento de los Derechos de la Madre Tierra es un movimiento en contra del olvido. Es un movimiento para recordar que los humanos somos parte de la naturaleza, que somos miembros de la Familia Tierra, *Vasudhaiva Kutumbkam*. Que no estamos separados de la naturaleza. Que no somos los amos, conquistadores, propietarios de la tierra. (...) El reconocimiento de los derechos de la Naturaleza es un reconocimiento simultáneo de los derechos humanos. La defensa de los derechos de la naturaleza es una defensa simultánea a los derechos humanos y la justicia social”.

Vandana Shiva

“La noción de que nos podíamos separar de la naturaleza, de que no necesitábamos estar en perpetua asociación con la tierra que nos rodea, después de todo, es un concepto relativamente nuevo, incluso en Occidente. De hecho solo fue cuando a los humanos se les ocurrió el letal concepto de la tierra como una máquina inerte y el hombre como su ingeniero, que algunos comenzaron a olvidar el deber de proteger y promover los ciclos naturales de regeneración de los cuales dependemos todos. (...) Los derechos de la naturaleza constituyen una estrategia que cambia las reglas del juego, precisamente porque también es una contrarréplica narrativa capaz de asumir las ideologías que se encuentran en la raíz de la crisis climática. Son estas las ideas transformadoras que son la base de este libro indispensable”.

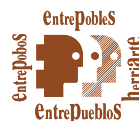
Naomi Klein



Producido por:



Con el apoyo de:



Adolfo Maldonado y Esperanza Martínez
Editores

**UNA DÉCADA CON DERECHOS
DE LA NATURALEZA**

Adolfo Maldonado y Esperanza Martínez
Editores

UNA DÉCADA CON DERECHOS DE LA NATURALEZA



2019

LA NATURALEZA CON DERECHOS

UNA DÉCADA CON DERECHOS DE LA NATURALEZA

© Adolfo Maldonado y Esperanza Martínez, Editores

Revisión de texto:

Ivonne Yáñez

Diseño y Diagramación:

Angie Vanessita

Foto portada:

Ivan Castaneira

Primera edición

Instituto de Estudios Ecologistas del Tercer Mundo

info@estudiosecologistas.org

www.estudiosecologistas.org

Quito-Ecuador

Editorial Abya-Yala

Av. 12 de Octubre N24-22 y Wilson bloque A

Teléfonos: (593-2) 2 506-267 / (593-2) 3962 800

Fax: 2506-267

e-mail: editorial@abyayala.org

www.abyayala.org

Quito-Ecuador

Fundación Pro Defensa de la Naturaleza y sus Derechos

Alejandro de Valdéz N24-33 y La Gasca

Quito-Ecuador

ISBN: 978-9942-09-636-4

Tiraje: 300 ejemplares

Impreso en: Quito-Ecuador, Enero, 2019

Con el apoyo de:

MISEREOR
IHR HILFSWERK



CONTENIDO

PRÓLOGO	7
INTRODUCCIÓN	11
CAPÍTULO I DIEZ AÑOS DE NATURALEZA COMO SUJETO DE DERECHOS	15
ESTUDIO DE LA CUESTIÓN EN LOS ÁMBITOS NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL	17
EL BUEN VIVIR O EL VIVIR BIEN	19
ENFOQUE DE “ARMONÍA CON LA NATURALEZA”	22
LAUDATO SÍ, O EL CUIDADO DE LA CASA COMÚN	29
OTROS SUJETOS DE DERECHO Y NUEVAS PERSONAS JURÍDICAS	33
MADRE TIERRA: SUJETO COLECTIVO DE INTERÉS PÚBLICO	33
ECOSISTEMAS COMO PERSONAS	36
RÍOS Y GLACIARES COMO SUJETOS DE DERECHO O CON PERSONALIDAD JURÍDICA	40
MONTAÑAS, PÁRAMOS Y SELVAS COMO SUJETOS DE DERECHO	50
UN BALANCE VARIOPINTO: REHABILITAR EL ESPÍRITU DESDE ABAJO	55
BIBLIOGRAFÍA	73
CAPÍTULO II JUDICIALIZACION Y BALANCE EN ECUADOR	81
EL DERECHO PENAL Y LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA	83
ASPECTOS SUSTANTIVOS	84
ASPECTOS PROCESALES	91
CONCLUSIONES	92
BIBLIOGRAFÍA	93
UNA MIRADA A LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA DESDE EL DERECHO ADMINISTRATIVO	95
CONFLICTIVIDAD A PARTIR DE LAS COMPETENCIAS ENTRE GOBIERNOS AUTÓNOMOS DESCENTRALIZADOS (GAD) VS. GOBIERNO CENTRAL	96
CAMBIO DE NORMATIVA AMBIENTAL Y SEGURIDAD JURÍDICA	98
RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SOMETIMIENTO A GARANTÍAS FUNDAMENTALES	100
CONCLUSIONES	102
BIBLIOGRAFÍA	103
DERECHOS DE LA NATURALEZA:	105
ANÁLISIS CRÍTICO DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL	
LA LABOR DEL JUEZ CONSTITUCIONAL DENTRO DE PROCESOS DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES	107

CASO DE ESTUDIO: ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN CONTRA DE PROYECTO MINERO MIRADOR	113
ANÁLISIS DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA	115
ANÁLISIS DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA	118
CONSIDERACIONES FINALES	124
BIBLIOGRAFÍA	127
UN BALANCE DESDE LA INTERCULTURALIDAD	129
INTRODUCCIÓN	130
ANÁLISIS INTERCULTURAL	130
SOBRE LA IMPORTANCIA QUE REVISTE EL CASO TANGABANA EN EL DESARROLLO INTERPRETATIVO PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS QUE ASISTE A LA NATURALEZA	131
SOBRE LOS DERECHOS EXPLÍCITOS DE LA NATURALEZA	135
BIBLIOGRAFÍA	139
CAPÍTULO III JURISDICCIÓN UNIVERSAL Y DERECHOS DE LA NATURALEZA	141
LA SOBERANÍA DEL ESTADO Y LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL	143
BREVE EXAMEN DEL DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD	147
SOBERANÍA Y LÍMITES DEL EJERCICIO UNILATERAL DE LA JURISDICCIÓN	153
EL EJERCICIO FUTURO DE LA SOBERANÍA POPULAR, LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA, Y LA HUMANIDAD COMO SUJETO POLÍTICO	157
LOS DERECHOS, LA DEMOCRACIA, Y LA SOBERANÍA	159
LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL Y LA HUMANIDAD	163
CAPÍTULO IV EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA: LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LEYES DE LA NATURALEZA	169
PROGRESIÓN EN LA HISTORIA DE LOS DERECHOS HUMANOS	176
LOS DERECHOS A LAS LIBERTADES INDIVIDUALES	177
LOS DERECHOS A LA IGUALDAD	178
LOS DERECHOS COLECTIVOS	180
LOS DERECHOS POR LA ARMONÍA	183
LA INTERDEPENDENCIA DE LOS DERECHOS Y LAS LEYES	189
LA NATURALEZA COMO UN DERECHO HUMANO	190
LA NATURALEZA COMO UN SISTEMA DE ORDENAMIENTO PROPIO	192
BIBLIOGRAFÍA	195
EPÍLOGO	199

PRÓLOGO

En esencia, el rápido calentamiento de nuestro planeta, es una crisis que no se relaciona sólo con la economía política. El cambio climático también es una profunda crisis narrativa –que golpea las historias de nuestra cultura: nuestra propia historia y de nuestra relación con la naturaleza. ¿Estamos separados de la naturaleza o somos parte de ella? ¿Es la tierra un sistema vivo– o es una máquina que nosotros debemos dominar?

Las imperantes respuestas a estas preguntas comenzaron a surgir en el siglo XVII, en las zonas rurales de Gran Bretaña, con la idea de que la tierra es una máquina inerte –o una mujer susceptible, dependiendo de la metáfora que se escoja– que podía ser completamente entendida y dominada gracias a la sabiduría del hombre. Era algo nuevo para la época y desplazó una relación con el mundo natural mucho más humilde y recíproca. Antes de que esta idea tomara forma, la tierra era considerada un sistema vivo, una madre, y nos acercábamos (acertadamente) a la naturaleza con humildad, reverencia y una saludable dosis de temor. Entonces, debido a los adelantos de la ciencia, que parecieron confirmar la noción judeocristiana de “dominio”, emergió la segunda idea. Comenzamos a pensar que: Nos estamos convirtiendo en dioses y eventualmente sabremos absolutamente todo lo que hay que saber.

Hasta que se inventó la máquina a vapor, en el siglo VIII, la idea de que los humanos poseían poderes divinos era solo eso: una idea. El uso industrial del carbón, sin embargo, cambió todo –por un momento pareció que realmente podíamos crear nuestro propio clima, dominar los vientos y las aguas, quebrar a la naturaleza a nuestro antojo. Y en ese proceso, creamos un camino que nos ha llevado al filo de la catástrofe planetaria. Porque resulta que en todo este tiempo algunos humanos se habían autoconvenciendo de que habían dominado el mundo natural; con la ayuda de todos los combustibles fósiles, los gases de invernadero se han ido acumulando sin tregua en la atmósfera. Y ahora vivimos el reproche de la tierra a la soberbia humana, la absurda noción de que podíamos convertirnos en amos de la naturaleza y doblegarla totalmente a nuestro antojo. Es un reproche tardío, pero feroz. Ha llegado en la forma de tormentas e incendios, sequías interminables y mareas crecientes sin precedentes. El cambio climático es un mensaje que dice a la humanidad lo que nuestros ancestros ya sabían: “Ustedes son apenas invitados; nunca estuvieron al mando. Nunca fueron los jefes”.



Cuando comprendemos que el cambio climático, más que una crisis ambiental, es una crisis espiritual y narrativa, se torna claro el motivo por el cual la importancia del trabajo de Acción Ecológica es vital. Junto con las comunidades indígenas y campesinas más importantes del Ecuador, Acción Ecológica ayudó a formular la exigencia de dejar los combustibles fósiles bajo tierra más de una década antes de que este argumento se tornara predominante en el movimiento sobre el cambio climático. También elaboraron los marcos intelectuales y organizativos originales para hacer de la exigencia una realidad. Su enfoque en esta lucha siempre ha sido mucho más profundo que la preocupación por la concentración de gases de invernadero o las tasas de reducción de emisiones. La organización está formada por una visión ecológica integral, que da vuelta a todo tipo de jerarquía y ve la defensa de la naturaleza y la lucha por la justicia social como una sola cosa. Es una visión que insiste en que toda la vida tiene derecho a florecer, renovarse y sanarse.

Gracias a esta gran visión colectiva, el Ecuador se convirtió en el primer país en consagrar en la legislación los “Derechos de la Naturaleza”, con su nueva Constitución de 2008, una poderosa herramienta legal que otorga a los ecosistemas, no solo el derecho a existir, sino a “regenerarse”. Este concepto enseguida se extendió a América del Norte y Europa, en donde un creciente número de comunidades que intentan protegerse de los riesgos de la extracción extrema, ha aprobado sus propias ordenanzas para los “derechos de la naturaleza”.

Debido a que en estos contextos se han arraigado ideas inspiradas en lo indígena, algo más está sucediendo: mucha gente está recordando las tradiciones de protección de sus propias culturas, no importa cuán ocultas hayan estado, y reconociendo el rol de la humanidad como uno de promoción de vida, no de mera extracción. La noción de que nos podíamos separar de la naturaleza, de que no necesitábamos estar en perpetua asociación con la tierra que nos rodea, después de todo, es un concepto relativamente nuevo, incluso en Occidente. De hecho solo fue cuando a los humanos se les ocurrió el letal concepto de la tierra como una máquina inerte y el hombre como su ingeniero, que algunos comenzaron a olvidar el deber de proteger y promover los ciclos naturales de regeneración de los cuales dependemos todos.

Yo sostengo que esta es la principal fortaleza de la idea que la naturaleza tiene derechos: fundamentalmente desafía la ideología dominante de los combustibles fósiles que plantea la separación humana. Nos reimagina como miembros de una comunidad de otros seres vivos, todos con valor y dignidad inherentes y comprometidos en incesantes relaciones de obligación y cuidados mutuos.



Esta es la razón por la que los derechos de la naturaleza constituyen una estrategia que cambia las reglas del juego –precisamente porque también es una contrarréplica narrativa capaz de asumir las ideologías que se encuentran en la raíz de la crisis climática. Son estas las ideas transformadoras que son la base de este libro indispensable.

Naomi Klein
Diciembre 2018

INTRODUCCIÓN

Es una herencia colonial separar la naturaleza de la sociedad. Esta forma de mirar subordina la naturaleza y la transforma en objeto, lo que grupos de poder aprovechan para decidir si explotarla, destruirla o llenarla de basura.

En Ecuador, una de las primeras organizaciones que rompe con las visiones coloniales y liberales sobre ambiente y que procura un camino desde el ecologismo es Acción Ecológica. Su trabajo inició a mediados de los 80 insertando los temas ambientales en las lógicas sociales –y viceversa– y demostrando que las luchas por la justicia y la igualdad no están disociadas con los temas de la naturaleza y el ambiente.

Esta perspectiva “ecologista” fue determinante para que los movimientos sociales asumieran progresivamente como propia la defensa de la naturaleza. Las organizaciones indígenas y campesinas siempre habían incorporado a la naturaleza desde la defensa de los territorios; pero las organizaciones de trabajadores, empezaron a hacerlo desde los temas de salud; y el mundo urbano, desde la calidad de vida.

Una naturaleza así, viva, convertida en sujeto, se transforma en una garantía necesaria para el desarrollo y el ejercicio de los derechos fundamentales. Es a lo que se refieren Carbonell y Ferrer cuando sostienen que del éxito que tengamos al proteger nuestra diversidad biológica y el entorno natural depende, en buena medida, que podamos gozar de los demás derechos fundamentales.

El paso de una visión ambiental al de la ecología política ha permitido importantes saltos políticos en cómo se tratan los temas de la naturaleza, quiénes son los sujetos políticos de su defensa y en el desarrollo de nuevos derechos.

El derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el principio de precaución y la posibilidad de que cualquier persona natural o jurídica, pueda ejercer la protección del medio ambiente, son derechos recogidos en la Constitución de 1998. Los años neoliberales, que sucedieron a esa Constitución, la revelaron débil y con muchas dificultades de aplicación. La apertura de fronteras extractivas, las intenciones de introducir transgénicos en la agricultura, la minería de cielo abierto, a gran escala, y el endeudamiento, caracterizaron esos años y determinaron grandes conflictos ambientales.



En el 2007, llegamos a un nuevo proceso constituyente con varias certezas: se requerían nuevas herramientas para frenar la devastación ambiental, para proteger los territorios en donde se reproduce la vida y para reconocer a los defensores y defensoras de la naturaleza. La Constitución de 2008 reconoció explícitamente la naturaleza como sujeto de derechos y reconoció el derecho de la naturaleza a tener defensores y defensoras.

El libro hace un recorrido por los derechos de la naturaleza, desde sus fuentes de inspiración hasta los procesos que a su vez han estimulado. Es una propuesta para proteger unos derechos que no nos son ajenos a los seres humanos, pues somos parte de la tierra, dependemos de ella y su equilibrio depende de que modifiquemos nuestra forma de actuar.

Este libro está organizado en cuatro capítulos. El primero es un balance jurídico internacional de la aplicación de los derechos de la naturaleza en los diez años de su existencia. Diana Murcia hace en él un recorrido por varios hitos, directa o indirectamente relacionados con estos derechos, como son el Sumak Kawsay, el concepto de felicidad bruta, la Encíclica *Laudato Si*, junto a otros numerosos casos desarrollados en diferentes latitudes donde se enuncian y aplican los derechos de la naturaleza. Comunidades estadounidenses han sido pioneras en otorgar el estatus de persona a ecosistemas a través de ordenanzas locales, vemos ríos como sujetos de derecho o con personalidad jurídica como la Ley “Te Awa Tupua” en Nueva Zelanda que reconoce que el río Whanganui es un ser vivo indivisible, o el río Atrato en Colombia a quien la Corte Constitucional colombiana reconoció como sujeto de derechos; también ríos en la India fueron dotados con personalidad jurídica por la Corte de Uttarankhand, o la Ley para la Protección del río Yarra en Australia que propone “mantener el río con vida”.

El segundo capítulo hace un balance crítico de la aplicación de los derechos de la naturaleza en el Ecuador. Hugo Echeverría analiza cuatro casos de Derechos de la Naturaleza desde el derecho penal, proponiendo un rol fundamental del derecho penal en esta materia, particularmente en el ámbito del cuidado de los ecosistemas y las especies silvestres. Fred Larreátegui hace un análisis desde el derecho administrativo y demuestra que los derechos de la naturaleza no han trascendido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, como debió suceder, destacando que es en el derecho administrativo en donde debería observarse mayor incidencia. Francisco Bustamante hace su análisis crítico desde la jurisprudencia constitucional, revelando cómo se contravienen los principios de participación, propios de un Estado democrático y cómo la consulta previa justifica acciones convirtiéndose en un mero formalismo.

El tercer capítulo aborda el tema de la jurisdicción universal y los derechos de la naturaleza. Joel Colón analiza la jurisdicción universal como estrategia para tratar casos de acciones graves en contra de los derechos de la naturaleza. Discute las tensiones entre el principio de la jurisdicción universal y la soberanía estatal, y propone que la protección de la naturaleza, ya sea a través del respeto a derechos de tercera generación o a través del reconocimiento de derechos a la naturaleza misma, debe entenderse como una pre-condición para el ejercicio futuro de la soberanía popular.

En el capítulo final, Esperanza Martínez y Adolfo Maldonado analizan la evolución de los derechos de la naturaleza, desde los derechos individuales a los que promueven la Armonía; sus fuentes recogen los fundamentos y herramientas desarrolladas alrededor de los derechos de la naturaleza, desde el mundo del derecho y proponen la interdependencia como requisito de aplicación de derechos, pero además proponen una integración en línea multidisciplinaria, con las leyes de la naturaleza para el desarrollo doctrinario de estos derechos.

Cuando llegó la conquista, las selvas no solo estaban pobladas de árboles, también de espíritus, de secretos, de leyendas, de historias fundadoras. Eran asiento de un derecho ancestral que daba razón, sentido e identidad a la existencia de los pueblos que la habitaban. Este libro no pretende recuperar esa espiritualidad, pero sí dar los primeros pasos para convencernos de su necesidad.

Esperanza Martínez
Adolfo Maldonado
Editores

CAPÍTULO I
DIEZ AÑOS DE NATURALEZA
COMO SUJETO DE DERECHOS

ESTUDIO DE LA CUESTIÓN EN LOS ÁMBITOS NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Diana Milena Murcia Riaño¹

La Constitución de Montecristi de 2008 impactó muy profundamente el pensamiento ambiental de nuestro tiempo. El reconocimiento de la naturaleza como un sujeto de derechos emergió como el gran suceso normativo perturbador del enfoque antropocéntrico imperante en el derecho internacional del medio ambiente y del desarrollo, basados en la idea de que “de todas las cosas del mundo, los seres humanos son lo más valioso² ” y “constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible”,³ por lo que es sólo la persona humana el sujeto⁴ y el objetivo⁵ del desarrollo.

En la Constitución del Ecuador se hizo explícito que la naturaleza es vital para la existencia humana⁶, pues de ella somos parte⁷ y es en ella en donde se reproduce y se realiza la vida⁸. Consagró el propósito de constituir una “nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*”, de lo que sigue reconocer a la naturaleza como sujeto¹⁰ de los derechos a i) que su existencia sea respetada, ii) que sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos sean mantenidos y regenerados,¹¹ iii) que ante afectaciones

-
- 1 Docente e investigadora de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad El Bosque, Bogotá, Colombia. Abogada de Acción Ecológica.
Contacto: dianamilenamurcia@yahoo.com
 - 2 Principio 5 de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, 1972.
 - 3 Principio 1 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992 .
 - 4 Artículo 2 de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, 1986.
 - 5 Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. Informe sobre desarrollo humano. 1990, p. 33.
 - 6 Constitución de la República del Ecuador. Preámbulo.
 - 7 *Ibidem*.
 - 8 Artículo 71.
 - 9 *Ibidem*. Del *Sumak Kawsay* se tienen varias referencias en los artículos 14 (derecho a que sea garantizado), 250 (como principio de ordenamiento territorial de las provincias amazónicas). 275 (como el fin del régimen de desarrollo) y 385 (como finalidad del sistema nacional de ciencia, tecnología, innovación y saberes ancestrales).
 - 10 Artículo 10.
 - 11 Artículos 71 y 395 núm. 1. También se hace alusión a la conservación y restauración de suelos (artículo 409), agua (artículo 411), bosques (artículo 414).



proceda su restauración,¹² y iv) que se adopten las medidas de precaución necesarias y se restrinjan las actividades riesgosas para las especies, los ecosistemas o los ciclos naturales.¹³

Para reforzar estos derechos se estableció el deber ciudadano de respetarlos¹⁴ y la obligación del Estado de garantizarlos¹⁵ bajo un régimen de desarrollo que recupere y conserve a la naturaleza;¹⁶ un sistema económico armónico¹⁷ que evite que el endeudamiento público,¹⁸ las formas de producción,¹⁹ la ciencia, la tecnología y la innovación²⁰ y las importaciones y exportaciones²¹ afecten su preservación; una política económica que considere sus límites biofísicos,²² y una gestión del riesgo que la proteja de los efectos negativos de los desastres de origen natural y antrópico.²³

El marco interpretativo de estas obligaciones quedó delimitado por cuatro principios:²⁴ i) adhesión a un modelo sustentable de desarrollo, ii) aplicación de políticas de gestión ambiental,²⁵ iii) *in dubio pro natura* o interpretación más favorable a la protección de la naturaleza y iv) participación popular, que supone el ejercicio de acciones legales para “obtener tutela efectiva en materia ambiental”,²⁶ la participación en consultas sobre decisiones o autorizaciones que puedan afectar el ambiente,²⁷ la formulación de propuestas y reivindicaciones.

12 Artículos 72, 396, 397 (incluyendo la acción de repetición contra el autor del daño) y 410.

13 Artículos 73, 396, 397 núm. 2.

14 Artículos 83 y 275.

15 Artículo 277, núm. 1.

16 Artículos 276 y 317.

17 Artículo 283.

18 Artículo 290.

19 Artículos 319, 408 y 396. En este último se estableció además que “cada uno de los actores de los procesos de producción, distribución, comercialización y uso de bienes o servicios asumirá la responsabilidad directa de prevenir cualquier impacto ambiental, de mitigar y reparar los daños que ha causado, y de mantener un sistema de control ambiental permanente”.

20 Artículos 385, 387 y 15.

21 Artículos 306 y 397 núm. 3.

22 Artículo 284. En el artículo 395 núm. 1 se hace alusión además al respeto a la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas.

23 Artículos 389 y 397 núm. 5.

24 Artículo 395.

25 A las que se hace referencia también en el artículo 397, núm. 4 con la garantía de intangibilidad de las áreas naturales protegidas y en el artículo 405 con la descripción del sistema nacional de áreas protegidas.

26 Artículos 397 núm. 1 y 399.

27 Artículo 398.

ciones ambientales²⁸ e inclusive, el derecho a la resistencia,²⁹ pues la preservación, conservación, prevención del daño y recuperación de espacios naturales fueron considerados asuntos de interés público.³⁰

Este modelo constitucional inspiró en unos casos y en otros se sumó a iniciativas que simultáneamente estaban surgiendo para ampliar la noción de *sujeto de derechos* o reforzar la protección de determinadas especies o ecosistemas a lo largo del globo terráqueo durante toda la década, aunque, paradójicamente, en Ecuador no fueron desarrollados los derechos de la naturaleza legal, política ni jurisprudencialmente y, de hecho, a lo largo de la década se experimentó un retroceso notable en las condiciones para su exigibilidad.

A continuación, resumiré las iniciativas jurídicas orientadas al reconocimiento de la naturaleza como un sujeto de derechos que se produjeron en esta década, recopilando actos de creación normativa y a debates judiciales que involucran formulación de alternativas al desarrollo y la extensión de la condición de sujeto o la dotación de personería jurídica a la naturaleza o a los ecosistemas. En primer lugar me referiré al *sumak kawsay* como paradigma de desarrollo que involucra el cuidado de la naturaleza y dos ámbitos en el que este principio ha sido protagonista: la iniciativa *Armonía con la Naturaleza* de las Naciones Unidas y el mandato del *cuidado de la casa común* del Vaticano. En segundo lugar, abordaré la constitución de otros sujetos de derecho, retomando el reconocimiento legal o judicial de la Madre Tierra como un sujeto colectivo de interés público en Bolivia, de ecosistemas como personas en las ordenanzas impulsadas por comunidades en Estados Unidos, y de ríos, montañas, páramos y selvas como sujetos de derecho en Nueva Zelanda, Colombia, India y Australia. Finalmente presentaré unos comentarios sobre dichos reconocimientos y sobre la implementación de esos mandatos legales o jurisprudenciales.

El Buen vivir o el Vivir Bien

En la Constitución de Montecristi se promovió la idea del Buen Vivir o *sumak kawsay* como paradigma de desarrollo que impone al Estado el deber de garantizar el goce efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales, la promoción del bien común y el respeto por las diversidades en armonía con la naturaleza, lo que en teoría tendría que llevar a reformular o de adoptar medidas alternativas a las

28 Artículo 97.

29 Resistencia “frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos”, art. 98.

30 Artículo 14, inciso segundo.



políticas que vulneren o amenacen la satisfacción de los derechos reconocidos.³¹

Un año más tarde, en la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, se retomó el Vivir Bien como uno de los principios ético-morales de la sociedad: “*ama qhilla, ama llulla, ama suwa* (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), *suma qamaña* (vivir bien), *ñandereko* (vida armoniosa), *teko kavi* (vida buena), *ivi maraei* (tierra sin mal) y *qhapaj ñan* (camino o vida noble)”³² y se le estableció como objetivo del modelo económico³³ y del educativo.³⁴ En 2012 se especificó su contenido en la Ley Marco de la Madre Tierra:

“EL VIVIR BIEN (SUMAJ KAMAÑA, SUMAJ KAUSAY, YAICO KAVI PÄVE). Es el horizonte civilizatorio y cultural alternativo al capitalismo y a la modernidad que nace en las cosmovisiones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas, y es concebido en el contexto de la interculturalidad. Se alcanza de forma colectiva, complementaria y solidaria integrando en su realización práctica, entre otras dimensiones, las sociales, las culturales, las políticas, las económicas, las ecológicas, y las afectivas, para permitir el encuentro armonioso entre el conjunto de seres, componentes y recursos de la Madre Tierra. Significa vivir en complementariedad, en armonía y equilibrio con la Madre Tierra y las sociedades, en equidad y solidaridad y eliminando las desigualdades y los mecanismos de dominación. Es Vivir Bien entre nosotros, Vivir Bien con lo que nos rodea y Vivir Bien consigo mismo.”³⁵

Estos reconocimientos contrastaron, sin embargo, con la expansión de la extracción de minerales e hidrocarburos y con la imposición de proyectos hidroeléctricos y agroindustriales precisamente en estos países, por lo que los pueblos indígenas se aprestaron a especificar el contenido conceptual de Buen Vivir en sentido *originario*, como plataforma de formulación de sus aspiraciones en materia de organización política, económica y social y como eje para la interlocución con las autoridades nacionales.

Todos los pueblos indígenas parecen tener una expresión específica para señalar la mejor forma de vivir la vida, y ninguno tiene una traducción específica para la palabra “desarrollo”, la singularidad de la cuestión llevó, por ejemplo, a la Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas –CAOI–, a especificar la comprensión de las comunidades andinas del concepto de buen vivir:

31 Tal y como se prevé en el art. 85.

32 Artículo 8.

33 Artículo 306.

34 Artículo 80.

35 Ley 300 de 2012. Artículo 5 Núm. 2.

“Al hablar de vivir bien se hace referencia a toda la comunidad, no se trata del tradicional bien común reducido o limitado sólo a los humanos, abarca todo cuanto existe, preserva el equilibrio y la armonía entre de todo lo que existe () El vivir bien no puede concebirse sin la comunidad. Irrumpe para contradecir la lógica capitalista, su individualismo inherente, la monetarización de la vida en todas sus esferas, la desnaturalización del ser humano y la visión de la naturaleza como un recurso que puede ser explotado, una cosa sin vida, un objeto a ser utilizado.”³⁶

Los esfuerzos por recopilar esos conceptos se han extendido en toda la región, han orientado, por ejemplo, la formulación de los Planes de Vida de pueblos indígenas en Colombia, las demandas de los pueblos indígenas del Cono Sur en la recuperación de sus territorios, las demandas por la autonomía territorial en Centroamérica, etc. Pero también han servido de plataforma para considerar intersecciones necesarias. En Guatemala, se han recogido las expresiones en los idiomas mayas que hacen referencia a esta manera de vivir la vida –*Utzilāj K’aslemal, Raxnaqil, Ral ch’och’*– y se las ha interpretado a la luz de las construcciones feministas³⁷:

“El Buen Vivir es integral, promueve la cosmoconvivencia y la complementariedad, la libertad y derechos de la naturaleza, la libre determinación de las personas y los Pueblos, de las identidades, cuerpos, sexualidades y territorios; es colectivo y promueve el cuidado de la vida y el placer, loq’b’al k’u’xaj (k’iche’) –natwaajo’ (tz’utujil) –ajo’wabel (kaqchikel)– amores, la alegría y las distintas maneras de expresarlo, así como el cosmocimiento sentipensante. Es un proyecto político que promueve la recuperación de todos los principios y su práctica conllevan al ejercicio de la descolonización y despatriarcalización así como la emancipación de las distintas opresiones ()”³⁸

Las discusiones sobre el Buen Vivir dieron un nuevo aire a las reflexiones y formulaciones de modelos alternativos al desarrollo y también trascendieron el ámbito estrictamente étnico. En Colombia, cuando la Corte Constitucional determinó la inconstitucionalidad de una norma que había entregado a una empresa siderúrgica el derecho a usar indefinidamente toda el agua de un lago, el magistrado Jorge Iván Palacio lamentó que el análisis de la Sala no hubiera incluido perspectivas críticas de la noción de desarrollo sostenible, como el *posdesarrollo*, que en sus palabras constituye “la deconstrucción de un lenguaje que impuso como valores absolutos el crecimiento económico a toda sociedad que aspirara a ser civilizada la autonomía del individuo y el crecimiento

36 Fernando Huanacuni Mamani. CAOI. Buen Vivir / Vivir Bien. Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas. 2010. P. 49. También resalta el estudio realizado por este autor y por Bartolomé Clavero para el Foro Permanente sobre las cuestiones indígenas en 2010, titulado “Estudio sobre la necesidad de reconocer y respetar los derechos de la madre tierra”. Informe E/C.19/2010/4 del 14 de enero de 2010.

37 Confluencia Nuevo B’aqtun. El Utzllilij K’aslemal· El Raxnaquill K’aslemal “El Buen Vivir” de los Pueblos de Guatemala. 2014.

38 *Ibidem*, p. 19.



económico infinito”.³⁹ En su escrito el Magistrado agregó:

“() la Sala Plena debió hacer un análisis más completo del alcance de la noción misma de desarrollo y de desarrollo sostenible, para quizá llegar a la conclusión de que estos conceptos no implican una garantía suficiente de protección del medio ambiente y que dado el carácter democrático y participativo plural de dicho Estado, consagrado principalmente en los artículos 1º y 9º de la Carta, no es el único modelo protegido constitucionalmente, sino que lo son incluso aquellos proyectos alternativos de convivencia y buen vivir, más allá de los parámetros dispuestos por la lógica del mercado”.

Al año siguiente, con ponencia del mismo magistrado, la Corte dictó la primera sentencia constituyendo a un río como sujeto de derechos y estableció además una línea jurisprudencial más sólida sobre la participación ciudadana a través de consultas populares, la relación entre las autoridades locales y nacionales en asuntos ambientales y los elementos que caracterizan lo que ha denominado *constitución ecológica*. La noción de Buen Vivir o *sumak kawsay* en todas sus equivalencias lingüísticas ha estado presente desde 2008 en los movimientos sociales, ha incentivado la atención académica, y ha estado en boca de la diplomacia internacional. De ellas, destaco el abordaje del enfoque *armonía con la naturaleza* en las Naciones Unidas y el mandato del cuidado de la *casa común*, a través de una encíclica papal.

Enfoque de “Armonía con la naturaleza”

En la Carta Mundial de la Naturaleza⁴⁰ de 1982 aparece por primera vez mencionada la necesidad de una “vida en armonía con la naturaleza”, en la que un “código de acción moral” guíe las acciones humanas con respeto por toda forma de vida y el reconocimiento “a los demás seres vivos [de] su valor intrínseco”. En la Declaración de Río de 1992 se afirmó el derecho de los seres humanos de vivir “una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza”⁴¹ y en el Programa 21 se alertó sobre la necesidad de reconsiderar el concepto de crecimiento económico y cambiar a un estilo de vida en armonía con los recursos finitos de la Tierra.⁴²

39 Sentencia C-094 de 2015 sobre el aprovechamiento exclusivo e ilimitado de las aguas del Lago de Tota por parte de la empresa Votorantim S.A. antes llamada Empresa Siderúrgica Nacional de Paz del Río S.A. Para construir el fallo la Corte examinó estándares internacionales sobre los deberes estatales de protección del recurso hídrico y los precedentes jurisprudenciales sobre el principio de sostenibilidad en materia ambiental. En la aclaración de voto del Magistrado Palacio se quiso abrir otra línea de reflexión a partir de la idea de *posdesarrollo*.

40 Resolución 37/7 del 28 de octubre de 1986.

41 Principio 1.

42 En la sección Desarrollo de nuevos conceptos de crecimiento económico sostenible y prosperidad 4.11.

Esos antecedentes son retomados en la Constitución de Montecristi y se establece el derecho a “vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza”.⁴³ Al año siguiente la Asamblea General de Naciones Unidas reconoció la interdependencia entre los seres humanos, las demás especies vivas y el planeta que habitamos y en el marco de las celebraciones anuales del Día Internacional de la Madre Tierra y afirmó que “para alcanzar un justo equilibrio entre las necesidades económicas, sociales y ambientales de las generaciones presentes y futuras, es necesario promover la armonía con la naturaleza y la Tierra”.⁴⁴

Es entonces cuando emite su primera resolución “Armonía con la Naturaleza”⁴⁵ en la que invita a los Estados y a las organizaciones internacionales considerar la promoción de la vida en armonía con la naturaleza y a compartir con el Secretario General sus visiones y propuestas al respecto. Así nace, el sitio oficial www.harmonywithnatureun.org y se desarrolla una agenda que ha resultado hasta el año 2017, en la emisión de nueve resoluciones, la publicación de siete informes y la realización de siete diálogos interactivos.

Conforme a esta iniciativa:

“Vivir en armonía con la naturaleza implica una relación equitativa y equilibrada con la Tierra, que es la fuente y el sustento de la humanidad. Esta relación se centra en un profundo respeto por la Tierra y en el reconocimiento del imperativo vital de que el planeta continúe existiendo y prosperando, así como la aceptación de la responsabilidad de los seres humanos de restablecer la salud e integridad del sistema Tierra. Este reconocimiento renovado de la relación entre la humanidad y la Tierra constituye una reafirmación de que la existencia humana es parte inextricable de la naturaleza y marca un camino hacia la adopción de medidas sobre la base de esa creencia”.⁴⁶

En los informes se han recopilado múltiples perspectivas⁴⁷ y tras la consideración de conceptos que entraré a reseñar a continuación, se realizó la recomendación a los Estados de “emplear un enfoque basado en la armonía con la naturaleza cuando examinen cuestiones relacionadas con las políticas de desarrollo sostenible en todos los niveles”.⁴⁸

43 Artículo 11, núm. 27.

44 Resolución 63/278 del 1 de mayo de 2009.

45 Resolución 64/196 del 21 de diciembre de 2009.

46 Informe A/67/317 del 17 de agosto de 2012. Párr. 3.

47 Y experiencias como la del Yasuní, que en aquel momento generaba tanta expectativa internacional. Informe A/65/314 del 19 de agosto de 2010. Párr. 92.

48 Informe A/67/317 del 17 de agosto de 2012. Párr. 74. Esta recomendación se repite en el documento *El futuro que queremos*: “pedimos que se adopten enfoques holísticos e integrados del desarrollo sostenible que lleven a la humanidad a vivir en armonía con la



Los informes “Armonía con la Naturaleza” constituyen dentro del Sistema de las Naciones Unidas una de las recopilaciones más críticas a la economía neoclásica que fundamenta la idea de bienestar en la acumulación de bienes y servicios.⁴⁹ En los documentos se reprocha el paradigma del consumismo que “incita a las personas a definirse a sí mismas y a definir su bienestar en función de sus pautas de consumo”⁵⁰ y la correspondiente medición del progreso a través del Producto Interno Bruto –PIB–, pues no toma en cuenta cómo el patrón de consumo pone en peligro la vida futura.

En cambio, proponen la creación de otros indicadores⁵¹ y que la economía se oriente a sostener a la naturaleza,⁵² enfocando la tecnología al restablecimiento de la armonía con la biósfera en vez de limitarse a “perfeccionar los bienes de consumo”.⁵³ La economía tendría que aprender “de los conceptos de la ecología profunda, los derechos de la naturaleza y de la teoría de sistemas”;⁵⁴ de “la ciencia del mosaico de relaciones muy interconectadas entre los sistemas humanos y ambientales”,⁵⁵ abriendo paso a otro paradigma de sostenibilidad que oriente a la humanidad a otras aspiraciones comunes.⁵⁶

En la construcción de indicadores alternativos existe un avance paradigmático. En julio de 2011 la Asamblea General de las Naciones Unidas, inspirada en la decisión de Bután de adoptar como indicador *the gross national happiness index*, o el Índice de Felicidad Interna Bruta –GNH–, aprobó la resolución 65/309 “La felicidad: hacia un enfoque holístico del desarrollo”, en la que reconoce que el PIB “por su naturaleza, no fue concebido para reflejar la felicidad y el bienestar de las personas de un país y no los refleja adecuadamente” y en consecuencia recomienda a los Estados a elaborar “nuevas medidas que reflejen mejor la

naturaleza y conduzcan a la adopción de medidas para restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra”, Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 66/288 del 27 de julio de 2012.

49 Informe A/68/325 del 15 de agosto de 2013.

50 Informe A/66/302 del 15 de agosto de 2011. Párr. 59.

51 *Ibidem*. Párr. 66. Sobre el particular, se reseña en el informe A/69/322 del 18 de agosto de 2014, párr. 77, la iniciativa de la Comisión encargada por el presidente de Francia, Nicolás Sarkozy, conocida como Comisión Stiglitz, encargada de “determinar los límites del PIB como indicador de los resultados económicos y del progreso social”. En el informe la Comisión recomendó como elemento central, pasar de medir la producción económica a medir el bienestar de la población, incluyendo cuestiones objetivas y subjetivas (pudiéndose incluir en estas últimas emociones como la felicidad o el sufrimiento).

52 Informe A/68/325 del 15 de agosto de 2013. Párr. 72.

53 Informe A/67/317 del 17 de agosto de 2012. Párr. 53.

54 *Ibidem*. Párr. 64.

55 Informe A/67/317 del 17 de agosto de 2012. Párr. 58.

56 Informe A/66/302 del 15 de agosto de 2011. Párr. 59 y ss.

importancia de la búsqueda de la felicidad y el bienestar en el desarrollo con miras a que guíen sus políticas públicas”.

En efecto, en Bután desarrolló nueve elementos principales de medición con 33 indicadores subyacentes: i) Bienestar psicológico medido a través de la satisfacción vital, las emociones positivas (como la calma y la empatía) y negativas (como la rabia o la preocupación) y la espiritualidad (la oración, la meditación o la consideración del karma); ii) la Salud medida a través del estado de salud, la del número de días saludables que tienen las personas, la salud mental (habilidades para disfrutar la vida o para enfrentar problemas, la confianza en sí mismo o la depresión); iii) el uso del tiempo para el trabajo y el descanso; iv) la Educación medida a través del alfabetismo, la escolaridad, el conocimiento (por ejemplo de la constitución, de las costumbres locales o de cómo prevenir el VIH); v) la Diversidad y resiliencia cultural, medida por las destrezas artesanales, la participación cultural, el habla de la lengua nativa y la observación de las costumbres; vi) el Buen gobierno medido con la participación política, el goce de servicios públicos y de derechos fundamentales y el desempeño del gobierno en la provisión de trabajo, salud, educación, lucha contra la corrupción, entre otros; vii) la Vitalidad comunitaria medida con la donación de tiempo y recursos, el disfrute de la seguridad, el fortalecimiento de las relaciones comunitarias (ser buen vecino, tener sentido de pertenencia) y la vida familiar (sentir que se es o no parte de la familia, contar o no con su apoyo); viii) la Diversidad y resiliencia ecológica que se mide con el estado de la vida salvaje, los asuntos urbanos y ecológicos y la responsabilidad y compromiso respecto de los temas ambientales y el grado de contaminación; y ix) el Nivel de vida medido a través del ingreso per cápita, la calidad de la vivienda y la posesión de bienes.⁵⁷

En una crítica directa a la legislación ambiental, los informes reconocen cómo el concepto de *medio ambiente* desplazó la consideración sobre la *naturaleza* misma⁵⁸ “dándola por descontado”,⁵⁹ fraccionando la protección de los ecosistemas, dosificando la destrucción permitida e impidiendo el acce-

57 Listado tomado de Sabina Alkire, Centre for Bhutan Studies, The Gross National Happiness Index of Bhutan. Method and Illustrative Results. 2011. Para una mayor descripción de la metodología y de los resultados de la medición puede consultarse: Centre for Bhutan Studies & GNH Research 2015 GNH Survey Report, A compass towards a just and harmonious society.

58 Naturaleza entendida a partir de la diversidad de conceptos que “abarcen desde los elementos básicos del mundo natural, como los árboles, los ríos y la fauna, hasta la forma en que nuestro mundo se creó, un mundo desprovisto de seres humanos y civilizaciones humanas y un universo más allá de nuestro planeta, en toda su enorme complejidad. La naturaleza se refiere a la vida en general y su presencia se encuentra en todas partes, en los ámbitos metafísico, subatómico y cósmico”. Definición tomada de Barbara Baudot en el Informe A/68/325 del 15 de agosto de 2013. Párr. 11.

59 *Ibidem*. Párr. 18.



so a la justicia.⁶⁰ Por ello se aconseja aceptar la naturaleza como fuente y orientación “para crear un sistema económico sólido en el aspecto moral y el científico”,⁶¹ a lo que denominaron *jurisprudencia de la tierra*⁶², que se basa en los principios de:

“subjetividad: el universo es un holismo, con valores y derechos; comunidad: todo está relacionado y coexiste con todo lo demás; legalidad y orden: existen patrones organizativos en el Universo y en la comunidad de la Tierra que podemos detectar y comprender; y carácter salvaje: el orden y la legalidad en el Universo son dinámicos, misteriosos e imprevisibles”.⁶³

Para cumplir con la *jurisprudencia de la tierra* se sugiere incluir los derechos de la naturaleza en los ordenamientos jurídicos nacionales, establecer mandatos

relativos a su cuidado⁶⁴ pues “el derecho humano a la vida carece de sentido si los ecosistemas que nos mantienen carecen del derecho a existir”.⁶⁵

Así, en el ámbito legislativo recomiendan i) establecer el deber legal de proteger la Tierra⁶⁶ y cláusulas que reconozcan como máximo derrotero la conservación de la salud de los ecosistemas,⁶⁷ ii) rectificar la desigualdad en la distribución de la riqueza,⁶⁸ iii) apoyar a las organizaciones que promuevan la adopción de leyes locales en favor de la naturaleza,⁶⁹ iv) establecer regulaciones básicas para que la extracción de recursos no exceda la capacidad regenerativa de la tierra y la contaminación no exceda la capacidad de absorción,⁷⁰ v) “elaborar normas para la protección y la restauración de la Naturaleza antes, durante y después de un conflicto ambiental”, v) examinar el derecho consuetudinario de culturas no occidentales⁷¹ y vi) desarrollar criterios de medición de los Objeto

60 Informe A/71/266 del 1 de agosto de 2016. Párr. 42.

61 Informe A/66/302 del 15 de agosto de 2011. Párr. 79. También Informe A/71/266 del 1 de agosto de 2016. Párr.16 y ss.

62 Retomando uno de los ejes de trabajo de Gaia Foundation. Ver: <http://www.gaiafoundation.org/what-we-do/earth-jurisprudence/>

63 Informe A/71/266 del 1 de agosto de 2016. Párr. 20. Una ulterior revisión de estos principios encuentra importantes semejanzas en conceptos del ámbito del derecho como interdependencia de derechos, coherencia normativa o principio de precaución.

64 Informe A/68/325 del 15 de agosto de 2013. Párr. 85.

65 Informe A/71/266 del 1 de agosto de 2016. Párr. 36.

66 Informe A/71/266 del 1 de agosto de 2016. Párr. 63.

67 Informe A/67/317 del 17 de agosto de 2012. Párr. 59.

68 Informe A/71/266 del 1 de agosto de 2016. Párr. 63.Párr. 113. Lit. A.

69 *Ibidem*.

70 Informe A/67/317 del 17 de agosto de 2012. Párr. 41.

71 Informe A/71/266 del 1 de agosto de 2016. Párr. 63.Párr. 113. Lit. A.

tivos de Desarrollo del Milenio “desde una perspectiva centrada en la Tierra”,⁷² entre otras medidas.

En el plano jurisdiccional se recomienda i) que los sistemas judiciales refuercen su jurisprudencia y su sistema de precedentes y evolucionen para abordar adecuadamente los debates ambientales en tribunales especializados,⁷³ ii) capacitar y apoyar a juristas que trabajen por los derechos de la naturaleza,⁷⁴ iii) difundir ejemplos de aplicación efectiva de estos derechos,⁷⁵ iv) vincular las luchas por la justicia racial, ambiental, climática y otras, a la lucha por estos derechos,⁷⁶ entre otras medidas.

Los informes también reconocen la urgencia de poner límites al derecho de propiedad⁷⁷ y a los derechos empresariales.⁷⁸ Principios como el que contamina paga, son considerados ajenos al enfoque de armonía con la naturaleza, y en cambio, imponer cargas más severas a las empresas y adoptar medidas como la incorporación del costo del “agotamiento de los recursos naturales, los efectos de la contaminación y el cambio climático y la pérdida de la biodiversidad en el bienestar humano” al mercado,⁷⁹ son consideradas medidas apropiadas para desincentivar la acelerada destrucción ambiental.

La adopción de decisiones adecuadas va a depender de lo que en los documentos se denomina la *ciencia del sistema tierra*.⁸⁰ En ella se invoca la “comprensión de sistemas completos, en vez de acontecimientos particulares”⁸¹ y “se basa en el entendimiento de que todas las cosas están interconectadas y que nada ocurre de forma aislada”.⁸² Para desarrollar la *ciencia del sistema tierra* se recomienda que i) los centros de investigación informen a las instancias de decisión “las actividades que se desarrollan en la esfera del

72 Ibídem.

73 Lo que incluye considerar la creación de un tribunal internacional de derechos de la naturaleza, como el de la Alianza Mundial por los Derechos de la Naturaleza. Informe A/71/266 del 1 de agosto de 2016. Párr. 113. Lit. A. Más información puede obtenerse en: <http://therightsofnature.org/rights-of-nature-tribunal/>

74 Ibídem.

75 Informe A/71/266 del 1 de agosto de 2016. Párr. 113. Lit. A.

76 Ibídem.

77 Ibídem. Párr. 41.

78 Ibídem. Párr. 51.

79 Informe A/68/325 del 15 de agosto de 2013. Párr. 9.

80 Informe A/69/322 del 18 de agosto de 2014. Párr. 25 y ss.

81 Informe A/65/314 del 19 de agosto de 2010. Párr. 38.

82 Ibídem. Párr. 102.



pensamiento complejo,⁸³ ii) crear una red de profesionales de todas las áreas que avancen en la redefinición del modelo económico en armonía con la naturaleza,⁸⁴ y iii) abordar investigaciones interdisciplinarias que conjuguen ciencia con conocimientos ecológicos tradicionales, pues éstos contienen la sabiduría de miles de años de observación e interacción con el medio ambiente.⁸⁵

En los informes también se reconoce que el impacto más severo de los fenómenos de industrialización y el colonialismo fue romper con la *reciprocidad* para con la naturaleza⁸⁶ y se denunció además, que las sociedades “particularmente en el entorno urbano– sufren de “trastorno por déficit de naturaleza”⁸⁷ y que esta es una de las principales causas por las que no existe una conciencia ambiental. Por ello recomiendan considerar una educación ambiental que trascienda a la mera sensibilización de los ciudadanos y se concentre en la eficacia del aprendizaje, que “se debe reflejar en cambios [reales] en los valores y comportamientos”⁸⁸

Esta tarea requiere de entornos de aprendizaje favorables que permitan “venerar y honrar la naturaleza y su valor intrínseco”,⁸⁹ volver la vista “a las intenciones detrás de nuestros actos”⁹⁰ y “utilizar nuestra capacidad de previsión y empatía para favorecer todas las formas de vida”.⁹¹ En especial se destaca, volver la mirada a las culturas indígenas, aprender de ellas el cuidado de la naturaleza y apoyarlas en los esfuerzos que realizan⁹² e incluir en las decisiones ambientales a filósofos indígenas.⁹³

83 Ibídem. Párr. 102, lit. c.

84 Informe A/68/325 del 15 de agosto de 2013. Párr. 85.

85 Informe A/70/268 del 4 de agosto de 2015. Párr. 14 y ss.

86 Informe A/68/325 del 15 de agosto de 2013. Párr. 83.

87 O el insuficiente contacto de las comunidades urbanas “con la grandeza del mundo natural o el conocimiento de su complejidad de múltiples capas y la maravilla que encierra” y que hace que su protección no entre en sus prioridades. Concepto tomado de Richard Louv en el Informe A/68/325 del 15 de agosto de 2013. Párr. 22.

88 Informe A/65/314 del 19 de agosto de 2010. Párr. 46.

89 Informe A/66/302 del 15 de agosto de 2011. Párr. 79. En extenso las recomendaciones se desarrollan en el Informe A/71/266 del 1 de agosto de 2016. Párr. 113. Lit. B y C.

90 Informe A/66/302 del 15 de agosto de 2011. Párr. 80.

91 Informe A/67/317 del 17 de agosto de 2012. Párr. 34.

92 Informe A/68/325 del 15 de agosto de 2013. Párr. 85 lit d.

93 A/71/266 del 1 de agosto de 2016. Párr. 113. Lit.F.

Para lograr en las personas una identificación “como ciudadanos ecológicos del mundo”⁹⁴ sugieren implementar un nuevo tipo de gobernanza, que supere los obstáculos de la llamada “economía verde”,⁹⁵ denominada *Gobernanza del Sistema Tierra*,⁹⁶ por la que se adopten decisiones ambientales que incluyan a todos los interesados,⁹⁷ en un modelo “de abajo arriba”,⁹⁸ con acceso a la información⁹⁹ e influencia real en las decisiones, que apunte a constituir una *democracia ecocéntrica*, definida como:

“Grupos y comunidades que utilizan sistemas de adopción de decisiones que respetan los principios de la democracia humana al tiempo que amplían explícitamente los valores para incluir entre ellos el valor intrínseco de la Naturaleza no humana, con el objetivo final de evaluar las necesidades humanas parejamente a las de otras especies y sistemas de vida que conforman la Ecosfera”.¹⁰⁰

El enfoque armonía con la naturaleza se suma a otros que gozan de un lugar definitorio en las políticas públicas, como el enfoque de derechos, el enfoque de género, el intercultural o el de inclusión y es de esperar que muy pronto la sociedad civil lo incorpore en sus demandas y que los gobiernos desarrollen indicadores para medir su cumplimiento.

Laudato sí, o el cuidado de la casa común

Nunca antes el Vaticano había elaborado un documento tan estructurado en materia ambiental, pero sobre todo, evidentemente direccionado a la incidencia en los escenarios más relevantes de debate sobre la cuestión. El sacerdote jesuita Francisco de Roux, relata el contexto así:

“El documento papal salió en el momento oportuno: en vísperas de la Tercera Conferencia para el Financiamiento del Desarrollo, en Adís Abeba, que tuvo lugar en julio. En los preparativos de

94 Informe A/67/317 del 17 de agosto de 2012. Párr. 46.

95 Que falla al considerar a la naturaleza como una mercancía, para salvarla. Informe A/71/266 del 1 de agosto de 2016. Párr. 58.

96 Informe A/69/322 del 18 de agosto de 2014. Párr. 50 y ss. Que se identifica con el Proyecto del mismo nombre Earth System Governance Project. En: <http://www.earthssystemgovernance.org/aboutthe-project/>

97 Lo que incluye a “los agentes no estatales, como la industria, las organizaciones no gubernamentales, los científicos, las comunidades indígenas, las administraciones municipales, las organizaciones internacionales y el público en general”. Informe A/69/322 del 18 de agosto de 2014. Párr. 54.

98 Informe A/71/266 del 1 de agosto de 2016. Párr. 22.

99 Informe A/66/302 del 15 de agosto de 2011. Párr. 47 y ss.

100 Informe A/71/266 del 1 de agosto de 2016. Párr. 24.



la Asamblea General de la ONU en metas de desarrollo para el 2030, y antes de la Conferencia de París de Cambio Climático que tendrá lugar en diciembre. Francisco quedó insatisfecho con la Conferencia de Lima: “Me defraudó por la falta de coraje. Esperemos que en París sean más decididos”, dijo a los periodistas en el vuelo a Manila, el pasado enero.¹⁰¹

Se trata de un robusto texto, con un estilo particular y novedoso, con un contenido muy cercano al de los informes de *armonía con la naturaleza*, que ha tenido profundos efectos en América Latina. Habla a los creyentes de sus compromisos ecológicos derivados de una correcta hermenéutica del libro del Génesis, en el que no se estipula un mandato ciego de *dominar* la tierra¹⁰² sino la tarea de *labrar y cuidar* el jardín del mundo.¹⁰³

En primer lugar, resalta que las grandes problemáticas ambientales de nuestro tiempo: las diferentes formas de explotación de recursos crueles y desproporcionadas, el vertimiento de elementos tóxicos y la contaminación, las guerras, la pérdida de biodiversidad, el deterioro de la calidad del agua disponible, la privatización de los recursos básicos para la subsistencia y el abuso de poder por parte de las grandes empresas mundiales que amplían la deuda ecológica y los pasivos ambientales reproduciendo un patrón de producción y de consumo insostenible, que repercuten en el deterioro de la calidad de vida humana y acompañan la degradación social plasmada en la violencia y la agresividad, en la insatisfacción y la ruptura de los lazos de comunión social.¹⁰⁴ En suma, concluye que con el deterioro de la casa común “la humanidad ha defraudado las expectativas divinas”.¹⁰⁵

El panorama es más sombrío con respuestas y políticas equivocadas, como la confianza en la solución tecnológica¹⁰⁶ o en la autoregulación a través del mercado; con la adopción de leyes ambientales que son letra muerta,¹⁰⁷ o el refugio en “una ecología superficial o aparente que consolida un cierto adormecimiento y una alegre irresponsabilidad”.¹⁰⁸

101 El Papa de la Tierra. En: Revista Javeriana Edición No. 818, ‘Laudato sí’ El cuidado de la casa común. p. 23.

102 Pues esta sería la expresión de un antropocentrismo despótico o desviado.

103 Párr.s 67 y 68. Y añade “la forma correcta de interpretar el concepto del ser humano como «señor» del universo consiste en entenderlo como administrador responsable”. Párr. 116.

104 En este punto retoma palabras de su antecesor: “Cualquier menoscabo de la solidaridad y del civismo produce daños ambientales”. Párr.142.

105 Párr. 61.

106 Al respecto dice. “Se tiende a creer «que todo incremento del poder constituye sin más un progreso, un aumento de seguridad, de utilidad, de bienestar, de energía vital, de plenitud de los valores», como si la realidad, el bien y la verdad brotaran espontáneamente del mismo poder tecnológico y económico”. Párr. 105. En el texto se dedican varios apartes a criticar el *paradigma tecnocrático*.

107 Párr. 142.

108 Párr. 59. En el texto se critica la estrategia de los bonos de carbono “este sistema parece

A lo largo del texto pueden leerse varios principios: que el ambiente humano y el natural se degradan juntos, pues todo está interconectado; que el clima es un bien común, pero el calentamiento no nos impactará de igual manera, por lo que se requiere abordar una responsabilidad común pero diferenciada;¹⁰⁹ que los seres vivos tienen una función determinada y un valor propio y que su fragilidad invita a respetar su existencia, sin que ello signifique abrazar un biocentrismo que niegue innovación biológica razonable;¹¹⁰ que la diversidad de las culturas humanas es fundamental para mantener la salud de los ecosistemas, por lo que “la imposición de un estilo hegemónico de vida ligado a un modo de producción puede ser tan dañina como la alteración de los ecosistemas”.¹¹¹

El texto es prolijo en la consideración de las responsabilidades empresariales. Considera que el derecho a la propiedad no es absoluto y que implica una función social,¹¹² que el compromiso ambiental de las empresas no puede decantarse en “una serie de acciones de marketing e imagen”¹¹³ y que es necesario que asuman los costos económicos y sociales del uso de los recursos naturales.¹¹⁴

Un lugar muy importante da el texto a la riqueza cultural de la humanidad como fuente para tomar decisiones y para abandonar presupuestos falsos (“ni siquiera la noción de calidad de vida puede imponerse”).¹¹⁵ Así, da un notable espaldarazo a la participación pública en el control del poder político¹¹⁶ y en el proceso de adopción de decisiones que impactan el medio ambiente:

“La ecología también supone el cuidado de las riquezas culturales de la humanidad en su sentido más amplio. De manera más directa, reclama prestar atención a las culturas locales a la hora de analizar cuestiones relacionadas con el medio ambiente, poniendo en diálogo el lenguaje científico-técnico con el lenguaje popular. Es la cultura no sólo en el sentido de los monumentos del pasado, sino especialmente en su sentido vivo, dinámico y participativo, que no puede excluirse a la hora de repensar la relación del ser humano con el ambiente.”¹¹⁷

ser una solución rápida y fácil, con la apariencia de cierto compromiso con el medio ambiente, pero que de ninguna manera implica un cambio radical a la altura de las circunstancias”. Párr. 171.

109 Párr. 170.

110 Párrs 130 y 140.

111 Párr. 145.

112 Párr. 93.

113 Párr. 194.

114 Párr. 195.

115 Párr. 144.

116 Párr. 179.

117 Párr. 143 y ss.



En el texto se propone desarrollar una *cultura ecológica* como “un pensamiento, una política, un programa educativo, un estilo de vida y una espiritualidad¹¹⁸” que sean distintos y capaces de resistir al paradigma tecnocrático; reconocer que la ciencia y la tecnología no son neutrales, por lo que debe asegurarse “una discusión científica y social que sea responsable y amplia, capaz de considerar toda la información disponible y de llamar a las cosas por su nombre”.¹¹⁹

Como líneas de orientación y acción, propone trabajar por un consenso mundial (“pensar en un solo mundo, en un proyecto común”)¹²⁰ para el desarrollo de formas de energía renovables y poco contaminantes, mejorar las políticas nacionales, considerar otras formas de desarrollo y el avance hacia otros estilos de vida, construir una educación ambiental que no se limite a informar sino a cambiar hábitos,¹²¹ practicar un *amor social* que aliente una *cultura del cuidado*.¹²²

Muchos han atendido al llamado a esta conversión ecológica. En respuesta a *Laudato Sí* se han realizado cientos de seminarios y encuentros de fieles, pero también de académicos, políticos, instituciones y organizaciones sociales. Se han suscrito decenas de declaraciones¹²³ y de iniciativas sociales¹²⁴ y empresariales¹²⁵ a su alrededor.

118 Párr. 111 y ss.

119 Párr. 135. Esto incluye estudios de impacto ambiental anteriores a la elaboración de los proyectos y programas (Párr. 183), trámites reposados y no exprés (Párr. 184), aplicación del principio de precaución (Párr. 186).

120 Párr. 164.

121 Párr. 211.

122 Párr. 231. En el texto también se proponen dos oraciones, uno de cuyos extractos dice: “Sana nuestras vidas, para que seamos protectores del mundo y no depredadores, para que sembremos hermosura y no contaminación y destrucción. Toca los corazones de los que buscan sólo beneficios a costa de los pobres y de la tierra. Enséñanos a descubrir el valor de cada cosa, a contemplar admirados, a reconocer que estamos profundamente unidos con todas las criaturas en nuestro camino hacia tu luz infinita”.

123 Como la del Parlamento de Mercosur sobre su apoyo y compromiso con los esfuerzos del Papa en materia ambiental. Declaración de noviembre 13 de 2017. “Loas al pontificado del Papa Francisco, en reconocimiento al empeño y trabajo de su Santidad como artífice de la Paz, al promover el entendimiento entre las diversidades humanas y culturales, el desarrollo sustentable y defender refugiados, pobres, niños, ancianos, minorías y excluidos”.

124 Como el Global Catholic Climate Movement.

125 Por ejemplo, el BID publicó el texto “ECO Integración de América Latina: Ideas inspiradas por la Encíclica *Laudato Si*” en el que recoge ideas globales de ecología integral y humanismo ambiental.

Otros sujetos de derecho y nuevas personas jurídicas

En los estudios sobre armonía con la naturaleza, el Secretario General de las Naciones Unidas concluyó que “vivir bien promueve la disolución de la dualidad entre la sociedad y la naturaleza. () Por lo tanto, se amplía la *polis* y el concepto de ciudadanía se extiende para abarcar[la]”.¹²⁶ Y ciertamente, en esta década, se les ha dotado de personalidad jurídica o establecido como sujeto de derechos a la naturaleza y a ciertos ecosistemas y se ha ampliado el litigio sobre los derechos de algunos animales, no desde la perspectiva de bienestar animal o de obligaciones de los seres humanos para con ellos, sino desde la reivindicación de *sus propios* derechos).¹²⁷

A continuación presento tres experiencias al respecto: la constitución de la Madre Tierra como un sujeto colectivo de interés público en Bolivia, la constitución de ecosistemas como personas, especialmente en Estados Unidos y la atribución de personería jurídica a ríos en Nueva Zelanda y Colombia.

Madre tierra: Sujeto colectivo de interés público

En 2009, el proceso constituyente en Bolivia crea al Estado Plurinacional en la constitución y reconoce el derecho no sólo de las personas sino de “otros seres vivos, [a] desarrollarse de manera normal y permanente”.¹²⁸ Al año siguiente, se proclama la Ley 071 de los Derechos de la Madre Tierra, a la que dota con la calidad de sujeto:

“Para efectos de la protección y tutela de sus derechos, la Madre Tierra adopta el carácter de sujeto colectivo de interés público. La Madre Tierra y todos sus componentes incluyendo las comunidades humanas son titulares de todos los derechos inherentes reconocidos en esta Ley. La aplicación de los derechos de la Madre Tierra tomará en cuenta las especificidades y particularidades de sus diversos componentes”.¹²⁹

126 Secretario General de las Naciones Unidas, Informe Armonía con la Naturaleza A/69/322 del 18 de agosto de 2014. Párr. 24.

127 Por la extensión de este documento, no abordaré estos debates legales. Sin embargo, el lector puede dar seguimiento al litigio emprendido por Non Human Rights Project en favor de especies de las que existe evidencia científica de autoconocimiento y autonomía como los grandes simios, elefantes, delfines y ballenas, que viven en cautiverio en Estados Unidos (<https://www.nonhumanrights.org/litigation/>). Para el caso colombiano se puede consultar el texto construido en compañía de Alejandra Molano “Animales y naturaleza como nuevos sujetos de derecho: un estudio de las decisiones judiciales más relevantes en Colombia” en: Revista Colombiana de Bioética. Vol 13, No 1. 2018.

128 Artículo 33.

129 Artículo 5. La Ley también define a la *Madre Tierra* como el “sistema viviente dinámico



Los derechos reconocidos en esa ley, de forma no exhaustiva,¹³⁰ son el derecho a la vida y a su diversidad, al agua, al aire limpio, al equilibrio, a la restauración y a vivir libre de contaminación. Estos implican los deberes de las personas de defenderlos y promover la armonía con la naturaleza en las prácticas de producción y de consumo¹³¹ y las obligaciones correlativas del Estado de desarrollar políticas públicas y prácticas para prevenir la extinción de especies y de sistemas de vida o culturales, garantizar la capacidad de regeneración de los procesos vitales de la Madre tierra, evitar su sobreexplotación y desarrollar fuentes alternativas de energía limpia y renovable, así como promover en el ámbito internacional sus derechos, la eliminación de armas y el reconocimiento de la deuda ambiental.¹³²

Esta Ley no contó con reglamentación alguna, pero en octubre de 2012, se proclamó la Ley 300, Ley Marco de la Madre Tierra, con el fin de establecer los “fundamentos del desarrollo integral en armonía y equilibrio con la Madre Tierra”. En esta se amplió el listado de principios reconocidos¹³³ a la complementariedad de los derechos de la madre tierra con los colectivos e individuales, al principio precautorio para evitar daños a sus componentes y el de prevención ante certeza de impactos, a la garantía de restauración se las funciones de los sistemas de vida,¹³⁴ a la participación en la defensa de sus derechos, la conser-

conformado por la comunidad indivisible de todos los sistemas de vida y los seres vivos, interrelacionados, interdependientes y complementarios, que comparten un destino común” (artículo 3) y a los sistemas de vida como “comunidades complejas y dinámicas de plantas, animales, micro organismos y otros seres, y su entorno, donde interactúan comunidades humanas y el resto de la naturaleza como una unidad funcional, bajo la influencia de factores climáticos, fisiográficos y geológicos, así como de las prácticas productivas, y la diversidad cultural de las bolivianas y los bolivianos, y las cosmovisiones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, las comunidades interculturales y afrobolivianas” (art. 4).

130 Pues en el artículo 5 se establece que los derechos allí reconocidos “no limitan la existencia de otros derechos”.

131 Artículo 9.

132 Artículo 8. Para ello se crea la Defensoría de la Madre Tierra (art. 10).

133 En el artículo 2 de la Ley 71 se establecieron los principios de armonía, bien colectivo, garantía de regeneración de la Madre Tierra, Respeto y defensa de los Derechos de la Madre Tierra, no mercantilización e interculturalidad.

134 Estos serían definidos en el artículo 5, núm. 8 como “el resultado de las interacciones entre las especies de flora y fauna de los ecosistemas, de la dinámica propia de los mismos, del espacio o ambiente físico (o abiótico) y de la energía solar. Son ejemplos de las funciones ambientales los siguientes: el ciclo hidrológico, los ciclos de nutrientes, la retención de sedimentos, la polinización (provisión de polinizadores para reproducción de poblaciones de plantas y dispersión de semillas), la filtración, purificación y desintoxicación (aire, agua y suelo), el control biológico (regulación de la dinámica de poblaciones, control de plagas y enfermedades), el reciclado de nutrientes (fijación de nitrógeno, fósforo, potasio), la formación de suelos (meteorización de rocas y acumulación de materia orgánica), la regulación de gases con efecto invernadero (reducción de emisiones de carbono, captación o fijación de carbono), la provisión de belleza escénica o paisajística (paisaje)”.

vación del agua, la solidaridad entre los seres humanos, a la justicia social y la justicia climática, a la economía plural, al diálogo de saberes y a la responsabilidad histórica por la protección de los sistemas de vida.¹³⁵

De los elementos más destacables de la Ley están valores establecidos “como horizonte alternativo al capitalismo”:

“1) SABER CRECER. Vivir Bien, es crecer y compartir con espiritualidad y fe, en el marco del respeto a la libertad de religión y de las creencias espirituales de acuerdo a las cosmovisiones del pueblo boliviano, que promueve y construye vínculos edificantes, virtudes humanitarias y solidarias para llevar una vida armoniosa. 2) SABER ALIMENTARSE. Vivir Bien, es alimentarse con calidad y productos naturales; saber combinar las comidas y bebidas adecuadas a partir de las estaciones del año, respetando los ayunos y ofrendando alimentos a la Madre Tierra. 3) SABER DANZAR. Vivir Bien, es bailar en gratitud a la Madre Tierra y en celebración de la comunidad y armonía entre las personas donde se manifiesta la dimensión espiritual y energética. 4) SABER TRABAJAR. Vivir Bien, es considerar el trabajo como fiesta y como felicidad. Se retoma el pensamiento ancestral de que el trabajo es fiesta, por tanto se lo realiza con amor y pasión. Es trabajar en reciprocidad y complementariedad; es más que devolver el trabajo o los productos de la ayuda prestada en cualquier actividad. 5) SABER COMUNICARSE. Vivir Bien, es comunicarse y saber hablar. Sentir y pensar bien para hablar, lo que implica hablar para construir, para alentar, para aportar. Todo lo que hablemos se escribe en los corazones y en la memoria genética de los seres de la Madre Tierra. 6) SABER SOÑAR. Vivir Bien, es soñar en un buen futuro, que es proyectar la vida, partiendo de que todo empieza desde el sueño, por lo tanto el sueño es el inicio de la realidad. 7) SABER ESCUCHAR. Vivir Bien, es escucharnos para conocernos, reconocernos, respetarnos y ayudarnos. Es escuchar a los mayores y revalorizar los saberes de las naciones indígenas originarias campesinas; es leer las arrugas de los abuelos para poder retomar el camino. Es no sólo escuchar con los oídos, es percibir, sentir y escuchar con todo nuestro espíritu, conciencia y cuerpo. 8) SABER PENSAR. Es la reflexión no sólo desde lo racional sino desde el sentir, para que sin perder la razón caminemos en la senda del corazón.”¹³⁶

Adicionalmente se destaca el abordaje de acciones de gestión de riesgo,¹³⁷ la previsión de acciones para la efectiva restauración y mitigación de daños por parte del responsable directo¹³⁸ y subsidiariamente por parte del Estado,¹³⁹ la imprescriptibilidad de delitos relacionados con la Madre Tierra,¹⁴⁰ el monitoreo

135 Artículo 4.

136 Artículo 6.

137 Artículo 17.

138 Artículo 15, núm. 9.

139 Artículo 16, núm. 8.

140 Artículo 44.



participativo de la integridad de los sistemas de vida¹⁴¹ y la creación de la institucionalidad encargada de garantizar los postulados de la ley,¹⁴² entre los que se cuenta el Consejo Plurinacional para Vivir Bien en Armonía y Equilibrio con la Madre Tierra,¹⁴³ la Autoridad Plurinacional de la Madre Tierra,¹⁴⁴ un mecanismo conjunto de mitigación y adaptación para el manejo integral y sustentable de los bosques y la Madre Tierra¹⁴⁵ y un Fondo para la ejecución de todos los mandatos.¹⁴⁶

Ecosistemas como personas

Las comunidades estadounidenses fueron pioneras en otorgar el estatus de *persona* a ecosistemas a través de ordenanzas locales. Mientras que en los países latinoamericanos sólo se reconoce a las personas humanas la titularidad de los derechos humanos,¹⁴⁷ en Estados Unidos las empresas sí gozan de estos derechos, lo que les otorga amplias facultades para irrumpir con sus operaciones en territorios sin que las poblaciones tengan oportunidad de resistir.

Desde el año 2006 algunas comunidades resolvieron crear mediante ordenanzas, escenarios legales en los que a las empresas se les priva de la titularidad de estos derechos, mientras que a los ecosistemas se les inviste con ellos. En Tamaqua –Pensilvania–, por ejemplo, se profirió una ordenanza¹⁴⁸ que regula la localización de operaciones de procesamiento de lodos residuales¹⁴⁹ debido al riesgo que representan para la salud, la seguridad y el bienestar de los ciudadanos y del medio ambiente.¹⁵⁰

141 Artículo 16, núm. 9.

142 Artículo 39 y ss.

143 Artículo 52. Integrado por: por el Presidente del Estado, representantes de la Asamblea Legislativa Plurinacional, el Órgano Ejecutivo, la Defensoría de la Madre Tierra, los Gobiernos Autónomos Departamentales, representantes de los Consejos Plurinacionales Sectoriales y representantes de organizaciones sociales.

144 Artículo 53. Bajo la tutela del Ministerio del Ambiente y Agua.

145 Artículo 54. Se trata de la unidad operativa de todos los elementos regulados en la ley.

146 Artículo 57.

147 De hecho, la Corte Interamericana muy recientemente recalcó que en la Convención Americana el término “persona” es todo ser humano y que “las personas jurídicas no son titulares de derechos convencionales, por lo que no pueden ser consideradas como presuntas víctimas”. En la Opinión Consultiva 22 de 2016, sobre los derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

148 Tamaqua Borough, Schuylkill County, Pennsylvania Ordinance No. 612 of 2006.

149 “Sewage sludge” que puede traducirse como aguas o lodos residuales o fangos cloacales. Todas las referencias a textos originalmente escritos en inglés se basan en una traducción propia.

150 Es una de las poblaciones con la tasa más alta de cáncer y esclerosis múltiple a nivel nacional.

En la ordenanza se afirma que las empresas han gozado de un amplio poder para definir las prácticas de gestión de residuos en detrimento de la voluntad de las comunidades municipales y que no es fácil para ellas perseguir la responsabilidad por daños causados al medio ambiente, pero también, que bajo el principio de que la soberanía y el poder devienen del pueblo, la comunidad está facultada para adoptar salvaguardas entre las que se cuentan emitir ordenanzas orientadas a proteger la salud y la conservación ambiental, la seguridad de los habitantes y el mantenimiento del buen gobierno.

En virtud de tal poder, se declaró que los residentes del municipio poseen el derecho fundamental e inalienable a la integridad y, por lo tanto, tienen derecho a estar libres agentes contaminantes en su medio ambiente circundante (aire, agua, suelos, flora y fauna) y que para el ejercicio de sus derechos, los residentes, las comunidades naturales y los ecosistemas deben ser considerados como *personas*, por lo que resulta ilegal que las empresas interfirieran con su existencia y prosperidad¹⁵¹ o les causen daños.

Derivado de lo anterior se estableció un estricto procedimiento para la gestión de permisos del tratamiento de los lodos residuales, su transporte, almacenamiento y disposición, la aplicación de test para establecer que los lodos no excedan los niveles de patógenos considerados seguros, y en caso de vulnerar las disposiciones de la ordenanza, se reservaron el derecho de revocar los permisos, imponer multas, demandar judicialmente el incumplimiento como si se tratase de la comisión de un delito, exigir indemnizaciones y compensaciones del daño. Dos años más tarde, la comunidad de Mohanoy en el mismo Estado, emitió una ordenanza idéntica en relación a esa industria.¹⁵²

Entre tanto, en Halifax –Virginia–, se promulgaba una ordenanza orientada a restringir la actividad minera en el territorio, que explicitó los derechos inalienables de las personas a gozar de un entorno libre de contaminación, a la integridad física, a la subsistencia, al mantenimiento de su herencia cultural, así como el derecho de las comunidades naturales y ecosistemas, en particular los acuíferos, a existir y a prosperar.

En el documento¹⁵³ se enfatizó que las empresas mineras habían violentado a los residentes y a los ecosistemas al verter residuos químicos y radioactivos en el territorio, provocando el hundimiento de suelos, la pérdida de agua, la

151 En el sentido de desarrollarse conforme a sus ciclos naturales, florecer o crecer. En los textos originales “rights to exist and flourish”.

152 Mahanoy Township, Schuylkill County, Pennsylvania Ordinance No. 2008–2.

153 An ordinance to amend the town code of Halifax, Virginia adding “article VII. Corporate Mining And Chemical And Radioactive Trespass” under “Chapter 50 Environment”.



devaluación de las propiedades y contaminación ambiental, todo esto con la anuencia de las autoridades que legalizaron las operaciones en contra de los intereses ciudadanos, en un contexto de neutralización de la capacidad de los ciudadanos de influir en las decisiones que les afectan.

Ante la necesidad de reafirmar el poder popular para enfrentar los privilegios de las empresas, se declaró ilegal toda actividad minera en el territorio incluyendo cualquier intento de entregar licencias o permisos o hacer valer concesiones mineras en contra de la voluntad popular; se prohibió la consideración de empresas como personas, la oposición de cualquier cláusula comercial o contrato que dispusiera de poderes o derechos para las corporaciones y la negación de cualquier tipo de compensación por pérdida de ganancias. También se prohibió la participación de las empresas como patrocinadores de candidatos locales y se ordenó la venta de las tierras a personas con intereses no mineros.

En relación con la disposición de residuos tóxicos se determinó la responsabilidad solidaria de todos los participantes en las operaciones y se acordó realizar demandas colectivas en su contra, cuyas compensaciones se destinarían a la remediación de los daños causados a las personas y a los ecosistemas.

En 2011 la comunidad de Mountain Lake Park –Maryland–, emitió una ordenanza relacionada con la extracción de gas –que prohibió–, retirando a las empresas sus derechos como “personas” y sus poderes legales, por ser ilegítimos e injustos al imponer sus intereses minoritarios corporativos sobre los derechos de los residentes ya que “la sostenibilidad ambiental y económica no se puede lograr si los derechos de las mayorías municipales son anulados”.¹⁵⁴

En esta ordenanza se ratificaron los derechos ciudadanos al acceso y consumo del agua obtenida por su ciclo natural, a un futuro de energía sostenible que incluya producción de energía derivada de fuentes renovables, al autogobierno, así como los derechos de las comunidades naturales y ecosistemas a existir y prosperar, a ser representados por el pueblo de Mountain Lake Park y a que estos derechos sean oponibles contra corporaciones y entidades gubernamentales. En Forest Hills, Baldwin y West Homestead –Pensilvania–, ese mismo año, la extracción de gas motivó la promulgación de ordenanzas idénticas.¹⁵⁵

154 Natural Gas Extraction Ordinance No. 2011–01. An Ordinance Of The Mayor And TownCouncil Of Mountain Lake Park Regulating The Extraction Of Natural Gas Within The Town Of Mountain Lake Park.

155 Borough of Forest Hills Ordinance No. 1017, banning the extraction of and/or exploration for natural gas; “Baldwin Borough’s Community Protection from Natural Extraction Ordinance” No. 838 de 2011; Ordinance of the Borough of West Homestead. Allegheny county, Commonwealth fo Pennsylvania, banning the comercial extraction of natural gas within the confines of the borough.

Al año siguiente los pueblos de Yellow Springs y Broadview Heights –Ohio–, promulgaron ordenanzas similares.¹⁵⁶ El primero prohibió la extracción de gas y petróleo y la técnica de fracking en razón al significativo riesgo que representa de contaminar el acuífero que surte de agua potable a la comunidad y repitió la fórmula de reiterar el derecho del pueblo al autogobierno, a establecer medidas de protección de sus derechos, a retirar los derechos de *personas* a las empresas y a dotar a los ecosistemas de los derechos al agua, a la existencia y a prosperar.

El segundo declaró que la ordenanza representa una medida de emergencia necesaria para preservar la paz, la salud y la seguridad pública puestos en riesgo con el almacenamiento, transporte y disposición de residuos de gas y de petróleo, por lo que reconoció al pueblo, a las comunidades naturales y a los ecosistemas, los derechos al agua pura, al aire limpio, a la existencia y a prosperar.

En 2013, la comunidad de Santa Mónica –California–, promulgó una ordenanza sobre la sustentabilidad¹⁵⁷ en la que se reconocieron los derechos de las comunidades naturales y de los ecosistemas a existir, prosperar y evolucionar, así como los derechos de la población al agua limpia y asequible, a un futuro basado en energía renovable sostenible, así como sostenibles los sistemas de eliminación de residuos y la producción alimentaria. En la ordenanza se hizo referencia expresa a la constitución ecuatoriana y al principio de que el bienestar de la comunidad “está ligado inextricablemente al bienestar del ambiente natural”.

En el texto se propuso subordinar –en la medida legalmente posible–, los intereses privados de las corporaciones al interés general del medio ambiente y representar judicialmente los intereses de las comunidades naturales y ecosistemas, y se impuso a las autoridades de la ciudad, la tarea de presentar como mínimo cada dos años un informe sobre el avance en el cumplimiento de estos objetivos.

Este mismo año, el pueblo de Mora County –Nuevo México–, declaró en otra ordenanza sus deberes de salvaguardar el agua de las operaciones de extracción de gas y petróleo, para bien de las presentes y futuras generaciones, de

156 Yellow Springs Community Protection from gas and oil extraction Ordinance. No. 2012–17 y City of Broadview Heights, Ohio, No. 115–12 Providing for the submission to the electorate of an amendment to the Broadview Heights charter to add a community bill of rights which bans most commercial oil and natural gas extractions as well as the storage, transportation or depositing of oil and gas drilling waste products within the city of Broadview Heights, and declaring an emergency.

157 Ordinance 2421 of the city Council of the City of Santa Monica establishing sustainability rights, 2013.



recuperar el poder local para revertir su usurpación de las manos de las corporaciones y de comprometer a las autoridades locales en la aplicación de salvaguardas para proteger este recurso.

En la norma se otorgaron a los residentes y a los ecosistemas los derechos al agua (proveniente de los ciclos naturales para la sustentabilidad de la vida y la producción de alimentos saludables), a la existencia y prosperidad. Aquí también se incluyó una visión multicultural del territorio y a partir de allí, se posicionó el concepto de *querencia de la tierra*, que significa:

“El respeto amoroso que los residentes del Condado de Mora tienen hacia la tierra, que está enraizado en la cosmovisión indígena: la Tierra está viva y es sagrada, es el hábitat que nos sostiene y está compuesta por los sistemas naturales vivos (flora y fauna), interrelacionados, interdependientes y complementarios, y compartimos un destino común: el derecho a vivir libre de contaminación.”¹⁵⁸

En desarrollo de este mandato impusieron el deber de despojar de privilegios a las corporaciones que los subordinan, incluyendo la declaratoria de ilegalidad de extracción de gas e hidrocarburos, el retiro de los derechos que poseen en calidad de personas sin lugar a compensaciones, y la declaración de responsabilidad por todo daño causado.

Se trata de aproximadamente cuarenta ejercicios normativos similares, en los que las comunidades apelaron a la legitimidad del poder político basado en la voluntad del pueblo (*We the people*),¹⁵⁹ para confrontar la noción de naturaleza como propiedad, los privilegios corporativos que derivan en una asimetría de poder entre las empresas y las comunidades, y la regulación estatal capturada por los intereses de las corporaciones,¹⁶⁰ y se permitieron construir organizativamente otra forma de gestión de lo comunitario, con resultados variopintos cuyas historias aún están por contarse.

Ríos y glaciares como sujetos de derecho o con personalidad jurídica

En 2017 se promulgó en Nueva Zelanda la Ley *Te Awa Tupua*¹⁶¹ que tiene por objeto ofrecer disculpas a las tribus maoríes por las ofensas históricas que reci-

158 Mora County Community Water Rights and Local Self-Government Ordinance, 2013. Traducción propia.

159 Campbell, Anneke y Thomas Linzey. *We the people: stories from the community rights movement in the United States*, 2016.

160 Community Environmental Legal Defense Fund. *Community Rights*, s/f.

161 *Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017*.

bieron por parte de la Corona y dar por terminadas las reclamaciones relacionadas con el acceso al río Whanganui.¹⁶²

Las ofensas tienen que ver con la desposesión abusiva –e incluso violenta–, de las tierras y recursos necesarios para la subsistencia física y cultural de los maoríes (en este caso específicamente el acceso al río), en claro desconocimiento del Tratado de Waitangi suscrito entre la Corona Británica y la mayoría de las tribus en 1840 y que se considera el texto fundacional del país, su constitución.

El problema radica en que dicho instrumento se suscribió en los idiomas inglés y maorí y ambas versiones discrepan en lo relativo al control y uso de las tierras y los recursos: mientras la versión en inglés establece la soberanía de la Corona Británica sobre ellos, en la maorí las tribus sólo otorgaban un permiso de uso. Los conflictos derivados de esta situación se extendieron hasta la década de los setenta, cuando en el apogeo de protestas y movilizaciones históricas inspiradas en la lucha por los derechos civiles de la población afroamericana en Estados Unidos, se creó el Tribunal de Waitangi¹⁶³ como la instancia encargada de contener la conflictividad recopilando los reclamos indígenas, reconstruyendo la memoria histórica de lo ocurrido, reconociendo las injusticias sufridas por los ancestros y proponiendo fórmulas de reparación.¹⁶⁴

En 1999 el Tribunal publicó un extenso informe sobre las reclamaciones relativas al río Wanganui,¹⁶⁵ en cuyas consideraciones preliminares aclaró el debate histórico: con la firma del Tratado de 1840 la posesión de los maoríes fue garantizada a cambio de la cesión de derechos de asentamiento a

162 El río navegable más extenso de Nueva Zelanda, que va desde las laderas del monte Tongariro hasta el mar de Tasmania.

163 Parte 1. Cuestiones preliminares. Propósito de la ley.

164 El trabajo del Tribunal se realiza en acuerdo con las tribus y la interacción con él y con el Estado es consensual. Este modelo es muy efectivo y puede constituir una alternativa al modelo de consulta establecido en el Convenio 169 de la OIT en el que los pueblos indígenas se someten a limitadas formas de interacción, obteniendo resultados que son contrarios a sus derechos e intereses, particularmente cuando se trata de políticas y proyectos que impactan directamente en su territorio. Lo mismo ocurre en Colombia, los pueblos indígenas han logrado avances significativos en el reconocimiento de sus derechos y de su autoridad territorial en el proceso de concertación con el gobierno nacional (en la Mesa Permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas, Decreto 1397 de 1996), pero sus derechos se limitan en la negociación individual que ocurre en los procesos de consulta sobre proyectos en los territorios. En escenarios de consulta los derechos de los pueblos indígenas quedan reducidos a participación en beneficios y negociación de daños, en los de concertación, la autoridad indígena se fortalece y con ella, las democracias plurales.

165 The Whanganui River Report. A Waitangi Tribunal report, 1999. La estructura del texto merece ser descrita, pues en mi opinión, inaugura un sólido modelo de reparación que involucra tanto aspectos culturales como ambientales alrededor de la atribución de personalidad jurídica a un ecosistema.



los británicos pero nunca enajenaron voluntariamente el río, ni otorgaron su consentimiento para ceder sus derechos ni renunciaron a ellos; de hecho, en varios momentos de la historia, las tribus intentaron ejercer su autoridad por la fuerza o con el uso del derecho ante los estrados judiciales. También especificó que las tribus nunca se negaron a la utilización razonable del río, en tanto se respetara su autoridad ancestral sobre él, que por definición es anterior a la Corona y deviene de sus antepasados.

El Tribunal abordó las condiciones de tenencia consuetudinaria del río, lo que éste significa en la cotidianidad de los maoríes –transporte, alimento, tradiciones culturales y fortaleza espiritual–; cómo con sus componentes ecosistémicos –afluentes, lagos, pantanos, acantilados, etc.–, constituyen un todo indivisible considerado un ancestro o padre originario, por lo que merece el respeto debido a una persona que representa “la arteria aorta, el linaje central de ese único corazón”.¹⁶⁶

En el informe es central la reconstrucción de los elementos más significativos del conflicto: los usos de los primeros colonos en su lecho y tierras colindantes, las transacciones comerciales que se llevaron a cabo, la historia de la reglamentación para usos agrícolas, industriales y de manejo de residuos que terminó imponiendo los criterios ingleses por sobre los acuerdos de buena fe y las costumbres maoríes, así como diversos impactos ambientales. En suma, el Tribunal hizo énfasis en la historia de *cómo el río fue tomado* por la Corona en simultánea desposesión de las tribus.

También recopiló las diferentes perspectivas sobre el río, el significado o las voces de los primeros habitantes y de los actuales, de los niños, de los pescadores y de los guardianes tradicionales que cumplen el rol de facilitar la comunicación entre las tribus y él. Particularmente interesante fue la reconstrucción de la actividad judicial desplegada en el litigio que se desarrolló entre 1932 y 1968 para la recuperación de las facultades de autoridad de las tribus,¹⁶⁷ pues confrontó ideas diametralmente distintas sobre conceptos como autoridad, autonomía, propiedad y el reconocimiento y asunción de *valores espirituales* en la ley.¹⁶⁸

166 The Whanganui River Report. p. 38.

167 Conocido como el litigio más largo del país.

168 “Spiritual values in law”. En este punto apeló a la jurisprudencia que ha dotado de personalidad jurídica a ídolos en India, quienes pueden demandar y ser demandados y cuyos intereses son atendidos por quien ostente la calidad de administrador de sus asuntos. En este país se considera a los ídolos como seres vivientes y se les trata “de la misma manera que el dueño de la casa sería tratado por su humilde servidor” (traducción propia del caso *Pramatha Nath Mullick vs Pradyumna Kumar Mullick*, Bombay High Court, 1925). Pero también a sentencias de Tribunales Ingleses como la que reconoció a un templo

Al final, el Tribunal recomendó abordar la cuestión del río desde una perspectiva más amplia que la del sentido de *propiedad* de la ley británica y considerar una gestión conjunta del río que incluyera la construcción de un plan común y la aprobación por consentimiento de toda decisión susceptible de impactarlo, por parte del Comité de Confianza Maorí (Whanganui River Maori Trust Board). En caso de desacuerdo, un tribunal ambiental sería el encargado de dirimir la cuestión. Así también promovió la compensación por el impacto de la hidroeléctrica de Tongariro y la obligación de que la Corona asumiera los costos necesarios para lograr el acuerdo.

En octubre de 2011 se suscribió el acuerdo de entendimiento que enmarcó las negociaciones entre el Comité de Confianza y la Corona; un año más tarde se fijaron los elementos clave para adoptar el instrumento *Te Awa Tupua* y en 2014 las tribus (*iwis*) lo ratificaron. Finalmente se convirtió en ley en 2017.

En esta Ley se dispone que el río Whanganui es *Te Awa Tupua*, un *ser vivo indivisible* (an indivisible and living whole), desde las montañas hasta el mar con sus elementos físicos y metafísicos que dan soporte espiritual y físico a las comunidades y que es tenido como una persona jurídica investida de los derechos, poderes y deberes de tal condición. Su *rostro humano* será el *Te Pou Tupua*, encargado de actuar y hablar en su nombre, promover su bienestar e informar a las tribus y familias (*iwis* y *hapū*) de forma permanente, todo lo relacionado con el río en reconocimiento de la conexión intrínseca que guardan con él.

El *Te Pou Tupua* está conformado por un representante de las tribus indígenas y otro de la Corona, y será considerado como una entidad pública y como una misma persona junto con el río, para efectos tributarios. Cuenta con un comité asesor principal (*Te karewao*) y con grupos de interés en el río (autoridades locales a lo largo de su cauce, instituciones estatales, particulares, grupos ambientales, etc.) quienes integran el foro para tratar los temas relacionados con el bienestar del río.

Otras cláusulas de la ley se refieren a las facultades de estos comités, las reglas generales sobre enajenación, conservación, servidumbres, tratamiento de concesiones, arrendamientos y licencias, transferencias, derechos adquiridos, nuevas autorizaciones, la continuidad de las obras públicas en el río y la aclaración de las competencias de las autoridades pertinentes. También se regla-

como persona (*Bumper Development Corp., Ltd. v. Commissioner of Police of the Metropolis and Others*, 1991 sobre la recuperación del Natajara que integraba la colección del Museo Británico), comprendiendo que las personas jurídicas son creaciones arbitrarias de la ley, y en teoría pueden ser de cualquier tipo, y que si bien las leyes británicas limitan los tipos de personas jurídicas comúnmente reguladas, esto no significa negar la personalidad jurídica a quien la tenga en otros ordenamientos jurídicos.



menta el *Te Korotete*, o fondo que destina la Corona para promover el bienestar del río y garantizar la funcionalidad de sus representantes, comités y demás infraestructura necesaria.

De la mayor importancia es el reconocimiento de responsabilidad que allí hace la Corona. Admite que no trató adecuadamente los reclamos de los maoríes ni respetó su relación especial con el río, que no tuvo disposición para garantizar la participación en su gestión y que esto es incompatible con el principio de buena fe en la aplicación del Tratado de Waitangi. Lamentó haber socavado la capacidad de las comunidades para ejercer sus derechos y responsabilidades para con el río y con ello, haber comprometido su bienestar físico, cultural y espiritual. Reconoció que autorizó actividades que afectaron negativamente el ecosistema y determinadas especies, impactando la alimentación de las comunidades y las prácticas pesqueras tradicionales. Igualmente reconoció que las reclamaciones jurídicas realizadas por las tribus representaron altos costos emocionales y financieros para ellas y que los daños ecosistémicos persistentes son motivo de permanente angustia en las comunidades.

Por todo lo anterior, la Corona ofreció disculpas sin reservas. Manifestó comprender el principio de interconexión entre el pueblo y el río: “yo soy el río y el río soy yo”;¹⁶⁹ y a partir de ello dio por terminados los reclamos históricos sobre el río y saludó el comienzo de una relación de cooperación y confianza mutua.

La declaración tuvo una publicidad destacada, “Nueva Zelanda reconoce a un río como persona”, “Whanganui, el río de Nueva Zelanda que tiene los mismos derechos que las personas”, “Nueva Zelanda le dio personalidad jurídica a un río sagrado para los maoríes”, etc., pero toda la atención fue dirigida a la figura jurídica, opacando el sentido más profundo de la ley: el carácter de reparación histórica, elemento sin el cual cualquier trasplante jurídico puede ofrecer dificultades en su implementación.

Así, tras citar de forma expresa el ejemplo neozelandés, en revisión de una acción de tutela la Corte Constitucional colombiana reconoció en 2016 al río Atrato como una *entidad sujeto* de los derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y de las comunidades étnicas¹⁷⁰ y la Corte de Uttarakhand en el norte de India declaró la condición de *entidades vivientes* de los glaciares Gangotri y Yamunotri y de los ríos Yamuna y Ganges en sentencias derivadas de acciones de interés público.¹⁷¹

169 Artículo 70 literal b.

170 Sentencia T-622 de 2016. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio.

171 High Court of Uttarakhand, writ petition No. 140 of 2015. Lalit Miglani vs. State of Uttarkhand & others, march 30, 2017.

El caso colombiano se produce con ocasión de la contaminación por el vertimiento de peligrosos elementos químicos utilizados en la minería ilegal de oro a lo largo de su cuenca, y la alteración de su cauce, destrucción de sus codos, taponamientos, empalizadas, sedimentación y deforestación, todo esto alentado por la inacción de las autoridades para enfrentar el fenómeno ilegal y adoptar medidas efectivas para su protección. La solución de la Corte fue apelar al principio de precaución en materia ambiental y a los *derechos bioculturales*,¹⁷² y con base en ellos proclamó al río como sujeto de derechos. Para la Corte:

“La justicia con la naturaleza debe ser aplicada más allá del escenario humano y debe permitir que la naturaleza pueda ser sujeto de derechos. Bajo esta comprensión es que la Sala considera necesario dar un paso adelante en la jurisprudencia hacia la protección constitucional de una de nuestras fuentes de biodiversidad más importantes: el río Atrato () dimensionando el ámbito de protección de los tratados internacionales suscritos por Colombia en materia de protección del medio ambiente, la Constitución Ecológica y los derechos bioculturales que predicán la protección conjunta e interdependiente del ser humano con la naturaleza y sus recursos, es que la Corte declarará que el río Atrato es sujeto de derechos que implican su protección, conservación, mantenimiento y en el caso concreto, restauración. Para el efectivo cumplimiento de esta declaratoria, la Corte dispondrá que el Estado colombiano ejerza la tutoría y representación legal de los derechos del río en conjunto con las comunidades étnicas que habitan en la cuenca del río Atrato en Chocó; de esta forma, el río Atrato y su cuenca –en adelante– estarán representados por un miembro de las comunidades accionantes y un delegado del Estado colombiano. Adicionalmente y con el propósito de asegurar la protección, recuperación y debida conservación del río, ambas partes deberán diseñar y conformar una comisión de guardianes del río Atrato ()”.

En agosto de 2017 se constituyó un grupo de 14 guardianes¹⁷³ (7 mujeres y 7 hombres indígenas y afrodescendientes) y dos meses más tarde se articuló el panel de expertos representantes de organismos oficiales, no gubernamentales y académicos, encargados de dar seguimiento a la sentencia.¹⁷⁴ Para todos los sectores constituye una oportunidad sin precedentes para construir una política pública con participación real de las personas, es decir, una política en la que la opinión de las comunidades es tenida en cuenta, porque ellas influyen significativamente en las decisiones adoptadas.

Entre tanto, en India, dos ríos y los glaciares de los que nacen fueron dotados con personalidad jurídica por la Corte de Uttarankhand, inspirada también en el caso neozelandés y en la esperanza de la recuperación de ecosistemas

172 O la “relación de profunda unidad entre naturaleza y especie humana”, que abordaré en una sección posterior.

173 El Espectador. Los guardianes encargados de salvar el Atrato. 15 de noviembre de 2017.

174 El Colombiano. Estos son los expertos que vigilarán el Río Atrato. Octubre 18 de 2017.



muerdos como el río Thames en Inglaterra.¹⁷⁵ El glaciar Gangotri da origen al río Ganges y el Yamunotri al río Yamuna, ambos reservorios de agua dulce enfrentan en los Himalayas un retroceso acelerado como resultado de la degradación ambiental y el calentamiento global, mientras los ríos son el escenario de un sinfín de actividades extremadamente contaminantes.

El 20 de marzo, en el caso *Mohd Salim v. State of Uttarakhand & Others*, se falló una acción de interés público a propósito de una denuncia por la falta de cooperación entre el Gobierno central y el local para materializar las medidas de protección y descontaminación del río Ganges. En el fallo se argumenta la necesidad de tomar *medidas extraordinarias* para salvar la existencia de ambos ríos, que guardan una reconocida relación espiritual con millones de personas.

Aunque la vida animal no sobrevive en sus respectivos cauces, las personas se valen de sus aguas para el consumo, la irrigación de los campos, el baño y todas sus necesidades vitales, entre ellas, sus prácticas rituales. Un sacerdote refirió a Michael Safi de *The Guardian*: “Sí, el Yamuna está contaminado, pero tiene el poder de liberarnos (...) Si te bañas en el Yamuna, no irás al infierno”.¹⁷⁶

Sin embargo, el infierno debe ser muy parecido a su paisaje: icebergs de espuma química, montañas de ropa de los hoteles en su rivera, islas flotantes de basura, desechos de las tenerías, cadáveres incinerados y desolación.¹⁷⁷ El Ganges, venerado como casa de la Diosa Ganga, sufre de los mismos problemas, absorbe más de mil millones de galones de desechos por día,¹⁷⁸ menos de un tercio de las aguas residuales son tratadas y en su cauce irrumpen grandes y pequeñas hidroeléctricas y proyectos mineros.

Aunque el Ganges cuente con una política especial de manejo ambiental desde 1986, una Autoridad Nacional encargada de sus asuntos desde 2009, una Misión Nacional para Limpiarlo –NMCG– desde 2014 y un Ministerio de recursos hídricos, desarrollo fluvial y rejuvenecimiento del Ganges de 2016, que suponen

175 Cuya recuperación responde a la estricta regulación del vertimiento de desechos industriales, el despliegue de una eficiente actividad de tratamiento de aguas y la creación de hábitats para atraer de nuevo la vida al ecosistema. Ver: Gray, Richard. The clean up of the River Thames. The Telegraph. Octubre de 2010.

176 Murder most foul: polluted Indian river reported dead despite ‘living entity’ status. The Guardian, Julio 7 de 2017.

177 Imágenes que pueden apreciarse en Death of a River series del fotógrafo Giulio Di Sturco, en National Geographic: The world’s most polluted river revealed in photos. Abril 12 de 2017; en el trabajo de Daniel Siddiqui, de Reuters en: Eleanor Ross, These Photos show how pollution in India is killing rivers worshipped by hindus. Newsweek, octubre 7 de 2017; o las imágenes recopiladas en Planet Custodian, Ugly reality of Yamuna –Indians most polluted river– in pictures. Octubre 28 de 2015.

178 Black, George. What it takes to clean de Ganges. The Newyorker. Julio 25 de 2016.

una sostenida atención institucional y recursos económicos disponibles,¹⁷⁹ las iniciativas por regular los procesos de las tenerías o curtiembres y la instalación de plantas de tratamiento de aguas residuales no han sido efectivos para contener la degradación.¹⁸⁰ La realidad se decanta en estructuras insuficientes y obsoletas, una ineficiente gestión del gasto público¹⁸¹ y una marcada dinámica de corrupción de las autoridades locales en connivencia con los contaminadores.

La Corte de Uttarakhand declaró que ambos ríos debían ser considerados como o entes vivientes que poseen el estatus de personas jurídicas (*legal person*), con todos los derechos, deberes y responsabilidades que tiene la persona humana, con fundamento en que i) el otorgamiento de personalidad jurídica no depende de a quién o a qué se le otorgue dicho estatus, sino del creador de la ley;¹⁸² ii) en el sistema jurídico hindú no es extraño que entes diferentes de las personas humanas, sean dotados de *juridical person* –los ídolos en este país poseen propiedades y son gravados por ellas¹⁸³–, y iii) el carácter de persona así creado, sólo requiere de agentes humanos que la representen en el cumplimiento de sus capacidades y responsabilidades, tal como los menores tienen tutores.

Bajo la figura de *persons in loco parentis*, el Director de la NMCG,¹⁸⁴ el Secretario de Estado de Uttarakhand y el Fiscal General del Estado fueron nombrados como esos agentes que los representan o son el rostro humano de los ríos Ganges y Yamuna y sus afluentes.

Diez días más tarde, en el caso *Lalit Miglani v. State of Uttarakhand & others*, en el que se solicitaba darle a los glaciares “la calidad de personas jurídicas a la par de los piadosos ríos Ganges y Yamuna”, la misma Corte declaró como personas jurídicas y con derechos fundamentales a “las montañas del Hima-

179 Más de tres mil millones de dólares.

180 El lector encontrará en el texto de Black una descripción detallada de estas situaciones.

181 Report of the Auditor General of India on Rejuvenation of River Ganga. No. 39 de 2017.

182 Pues se trata de un artificio legal que en la historia de la humanidad así como ha negado la calidad de persona a quien era esclavizado, ha entregado dicho estatus a empresas, instituciones como sindicatos, iglesias, universidades u hospitales.

183 Según el precedente establecido en casos como *Yogendra Nath Naskar v. Commission of Income-Tax, Calcutta*, *Ram Jankijee Deities & others v. State of Bihar & others*, *Shiromani Gurudwara Prabandhak Committee, Amritsar v. Shri Som Nath Dass & others*; *Moorti Shree Behari ji v. Prem Dass 7 others*.

184 El programa creado desde 2014 con la misión de i) mejorar el alcantarillado, ii) emprender programas de desarrollo en la rivera del río, iii) disponer la limpieza superficial del río, iv) iniciar programas de conservación de la biodiversidad; v) ejecutar intervenciones para la reforestación; vi) iniciar programas de sensibilización y concienciación de la ciudadanía y vii) monitorear las actividades empresariales.



laya, glaciares, ríos, arroyos, riachuelos, lagos, selvas, aire, bosques, prados, valles, humedales, pastizales y manantiales, para su supervivencia, seguridad, sustento y resurgimiento”, como señal de que las medidas deben abarcar todo el ecosistema.

En este caso, el peso argumentativo de la Corte no se centró en la fundamentación de la atribución del estatus de persona jurídica, sino en el del deber de los tribunales de acoger la jurisprudencia sobre justicia ambiental o jurisprudencia de la Madre Tierra, bajo el principio de *parens patriae* o “el poder supremo del Estado que se activa en interés de la humanidad, y para evitar lesiones en aquellos que no pueden protegerse a sí mismos”.¹⁸⁵ De tal manera que, si los ríos y sus fuentes tributarias tienen derechos como personas, contaminar sus bosques y glaciares equivale, legalmente, a causarles daño, caso en el cual el Estado debe ejercer su *parens patriae*.

Cabe resaltar cómo la Corte resaltó el valor vinculante de los postulados de instrumentos internacionales sobre el medio ambiente¹⁸⁶ y de precedentes como la Declaración de Tilarí de 1968, que heredó el compromiso ambiental del movimiento Chipko:¹⁸⁷

“Los bosques han sido la base de nuestra vida cultural y económica desde el comienzo de esta civilización. Nuestro deber principal es proteger el bosque. La relación armoniosa con el bosque, que es la base de nuestra felicidad y prosperidad, debe ser permanente, ya que es esencial para satisfacer nuestras necesidades. El sistema actual de explotación forestal por parte de contratistas debería ser reemplazado por cooperativas de mano de obra local. Vincular el conocimiento sobre el bosque y el amor hacia él, con la botánica y la geología debe ser uno de los objetivos de la educación. Rendimos homenaje a los valientes mártires de Tilarí y los recordamos con gran reverencia. Su movimiento pacífico y valiente nos inspiran y mantienen alerta para proteger los bosques (...).”¹⁸⁸

En consecuencia, la Corte nombró a los funcionarios que actuarían como el rostro humano de los ecosistemas –*persons in loco parentis*–, les otorgó la facultad de nombrar representantes públicos de las aldeas de Uttarakhand que deberán representar a las comunidades de las riveras de los ríos, lagos y glacia-

185 Lalit Miglani v. State of Uttarakhand & others, traducción propia.

186 Como la Declaración de Estocolmo de 1972, la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres de 1973, la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982, la Declaración de Río de 1992 y el Plan de Acción de Bali de 2007.

187 Un movimiento en defensa de los bosques, predominantemente conformado por mujeres y que marcó la movilización ambiental del país las siguientes décadas e inspiró a grupos ecologistas de todo el planeta.

188 Caso Lalit Miglani, traducción propia.

res y les ordenó adelantar los procesos de licitación de crematorios y promover el cumplimiento de las normas ambientales a las empresas que descargan sus desechos en los lechos.

Sin embargo, cuatro meses más tarde, la Corte Suprema de India suspendió el fallo del 20 de marzo mientras revisaba la apelación del Gobierno de Uttarakhand quien alegó que el cumplimiento del fallo era imposible, debido a que los ríos fluyen más allá de las fronteras de Uttarakhand, por lo que no puede hacerse responsables únicos del cumplimiento del fallo y además, porque no estaba claro cómo debía responder esa nueva persona jurídica ante reclamaciones derivadas, por ejemplo, de catástrofes naturales y de los innegables impactos en la salud humana de su contaminado lecho. El fallo definitivo de la Corte Suprema, aclarará todos estos asuntos.

Entre tanto surgen más experiencias. En Australia, por ejemplo, el parlamento de Victoria adoptó en septiembre de 2017 una Ley para la Protección del Río Yarra –The Yarra River Protection Bill “*Wilip-gin Birrarung murrn*”–, que traduce “mantener el río con vida” en lenguaje Woi-wurrung del pueblo Wurundjeri. Es la primera ley que en Victoria incluye el idioma indígena en un texto legal, que reconoce la importancia de involucrar a los *propietarios originales* en la planeación de la protección y desarrollo de un ecosistema y que garantizó la intervención del pueblo indígena ante el parlamento en virtud de su adopción.¹⁸⁹

Esta ley busca proteger el río como una *entidad natural viva e integrada* con el patrimonio cultural de la comunidad, previendo una planificación ajustada a dicha condición a través de un Plan Estratégico sobre las tierras adyacentes, la constitución de parques urbanos, la creación de un Consejo asesor independiente –que debe estar integrado al menos por dos representantes del pueblo indígena–, el encargo de nuevas tareas al Comisionado para la Sustentabilidad Ambiental sobre el monitoreo de las condiciones del ecosistema y el ajuste normativo pertinente.

El documento establece como principios de acción la adopción de decisiones basadas en i) la integración de la perspectiva ambiental con la social y cultural, ii) la información disponible sobre los impactos del cambio climático, iii) el impacto sobre la salud pública, iv) el bienestar de las generaciones futuras, y v) la responsabilidad compartida entre estado, empresas y comunidades en la protección del medio ambiente.

189 La cuestión no es menor, pues los pueblos indígenas en Australia padecen de una discriminación estructural y cuentan con pocos espacios para la participación en la vida común del país y en la definición de su destino, tal y como lo constató la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en su visita al país en 2017. Ver informe A/HRC/36/46/Add.2 del 8 de agosto de 2017.



El modelo de integración de lo social/comunitario con lo biológico/ambiental que toma en cuenta los principios de responsabilidad intergeneracional y los desafíos ligados al cambio climático, también reconoce la relación con la naturaleza.

Cabe resaltar que un elemento central en esta ley australiana, es el de amabilidad –*amenity*–, o esa “relación tangible e intangible de la comunidad con la naturaleza, que mejora su salud y bienestar”,¹⁹⁰ este enfoque reafirma que la declaración, suscrita luego de un periodo de consultas con la comunidad, encarna un ejercicio de reforzamiento de los controles para la protección del río y los ecosistemas integrados a su funcionamiento, con un componente importante de participación social.

Montañas, páramos y selvas como sujetos de derecho

En 2014 el parque nacional *Te Urewera* en Nueva Zelanda dejó de ser considerado parque –y un bien de la corona– y fue declarado como una entidad legal, con todos los derechos, poderes, deberes y responsabilidades de una persona jurídica, con el fin de conservar sus ecosistemas y reconocer, valorar y respetar su relación con el pueblo Tūhoe.

Este instrumento se ha interpretado como el triunfo de su lucha por el acceso al territorio del *Te Urewera* que perdieron con la constitución del parque en 1954 y su expansión en 1957 sin haber sido consultados.¹⁹¹ De hecho, el Tribunal de Waitangui describió ese despojo como un incidente muy negativo en la vida de los indígenas, pues sólo conservaron el 25% de sus tierras originarias limitando las actividades de subsistencia tradicionales y siendo obligados a vivir en los márgenes, desprovistos de la capacidad de incidir sobre las decisiones de manejo del parque.

“Es importante establecer que desde la creación del Parque, la mayoría de las comunidades a su alrededor sufren de enfermedades endémicas de larga duración como consecuencia de los bajos ingresos, el alto desempleo, la precaria calidad de la vivienda y el acceso a la salud, todo ello desde la década de 1950, siendo los índices los más bajos de la población total maorí”.¹⁹²

En el texto legal, se reconoce que el *Te Urewera* es antiguo y perdurable, una fortaleza de la naturaleza, llena de historia, misterio y belleza que tiene su

190 Parte 1. Consideraciones preliminares, definiciones.

191 Ver: Environmental Justice Atlas: “Māori resistance results in *Te Urewera* gaining legal personality, New Zealand”.

192 Traducción propia de Waitangui Tribunal. *Te Urewera*, Volume V. Report. 2017. p. 213.

propio espíritu (*mana* o fuerza sagrada que impregna la existencia de todos los seres) e identidad, y que inspira a las personas a comprometerse con su cuidado. Que para el pueblo Tūhoe da sentido a su cultura, lenguaje, costumbres e identidad y para los neozelandeses tiene un valor intrínseco y gran significado por su diversidad, valor histórico y científico y escenario de recreación e inspiración.

En razón a ello, la ley promueve fortalecer la conexión entre el *Te Urewera* y los Tūhoe, preservar la integridad del sistema ecológico y garantizar su disfrute como un recordatorio del valor de la naturaleza. Esto implica que el Departamento de Conservación ya no toma las decisiones relativas al parque, sino que lo hace un Consejo en el que tiene participación el pueblo Tūhoe en una proporción de 4 de sus representantes a 4 de la Corona, y progresivamente la representación de los indígenas será de 6 a 3.

El Consejo decide sobre el plan de manejo, control de especies, el establecimiento de áreas protegidas, de amenidades, concesiones y permisos. La ley es muy específica en las directrices para garantizar una gestión completa del territorio, incluyendo los procedimientos que guían la construcción de los planes de manejo y otros actos regulatorios. Resulta interesante en esta ley, además, el listado de conductas que vulneran al *Te Urewera* (como llevarse animales o liberarlos en el territorio, dañar plantas, escavar, remover tierra, ocupar o construir edificaciones), las penalidades y los procedimientos para investigar esas conductas.

Cuatro años más tarde, en Colombia, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del magistrado Luis Armando Tolosa, otorgó a la Amazonía colombiana el estatus de sujeto de derecho al decidir la apelación¹⁹³ de una acción de tutela impetrada por veinticinco niños y jóvenes entre 7 y 26 años de edad, representativos de todas las variantes ecosistémicas del país, que solicitaban la protección de sus derechos fundamentales *como generación futura*, a la vida digna, salud, alimentación, medio ambiente sano y agua amenazados con la deforestación de la Amazonía y el consecuente aumento de la emisión de gases de efecto invernadero, alegando entre otros, los principios de precaución, interés superior de los niños y niñas, y el de equidad intergeneracional:

“En esta de acción de tutela demostramos que el aumento de la tasa de deforestación del 44% en Colombia, entre 2015 y 2016, 39% del cual está concentrado en la Amazonía colombiana

193 El Tribunal de primera instancia negó la acción debido a que consideró que la acción de tutela no era el mecanismo pertinente y que no se había acreditado que el perjuicio fuera irremediable.



genera una amenaza grave sobre los derechos fundamentales de quienes hoy somos jóvenes y que enfrentaremos en nuestra vida adulta los efectos del cambio climático”.¹⁹⁴

Aunque la acción fue considerada como un ejercicio de amparo frente al cambio climático, usando principalmente el argumento intergeneracional,¹⁹⁵ con la sentencia de la Corte Suprema se convirtió en otro eslabón de reconocimiento de un ecosistema como sujeto de derechos.

Los demandantes solicitaban i) que el Gobierno nacional presentara un plan de acción para reducir a cero hasta el 2020 la deforestación en la amazonía. En dicho plan debía garantizarse la participación de los demandantes, ii) la elaboración conjunta de un acuerdo intergeneracional sobre las estrategias de adaptación y mitigación del cambio climático en cada municipio vulnerable del país, iii) incluir en los planes de ordenamiento de cada municipio un plan de acción para reducir la deforestación y adoptar medidas de adaptación y mitigación, iv) que se estableciera la moratoria de actividades que propician la deforestación hasta la adopción del plan solicitado, v) que la Fiscalía investigue las actividades ilícitas que conllevan la deforestación y vi) la garantía presupuestal para que las autoridades competentes puedan cumplir con su rol de control.

La Corte Suprema otorgó las peticiones realizadas¹⁹⁶ y añadió que para proteger ese ecosistema vital para el planeta y con base en el precedente del río Atrato, la Amazonía colombiana debía ser tenida como una entidad “sujeto de derechos, titular de la protección, de la conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las entidades territoriales que la integran”.

En su análisis, la Corte encontró¹⁹⁷ que los derechos ambientales de las próximas generaciones “se cimientan en i) el deber ético de la solidaridad de especie y ii) en el valor intrínseco de la naturaleza”; que el país ha suscrito instrumentos internacionales que implican una acción decidida en la protección de ecosistemas fundamentales como la amazonía; que fue probado que existe un nexo causal entre el cambio climático generado por la deforestación y la afectación de los derechos que los niños y jóvenes alegaron; y también reafirmó el dicho de la Corte Constitucional de que “la protección al ambiente no es un

194 Extracto de la demanda de tutela fechada el 29 de enero de 2018 por José Daniel Rodríguez Peña y otros, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá–Sala Civil.

195 Que pocas veces es utilizado directamente como un argumento en el litigio.

196 Ordenó la reconstrucción del Plan de acción en un plazo de cuatro meses, el pacto intergeneracional y las modificaciones a los planes de ordenamiento territorial en un plazo de 5 meses y asumir con urgencia las acciones necesarias para frenar la deforestación.

197 Sentencia STC 4360–2018. Radicación 11001–22–03–000–2018–00319–01 del 5 de abril de 2018. Sala de Casación Civil.

amor platónico hacia la madre naturaleza, sino la respuesta a un problema que de seguirse agravando al ritmo presente, acabaría planteando una auténtica cuestión de vida o muerte”.¹⁹⁸

Cuatro meses más tarde, la Sala de decisión No. 3 del Tribunal Administrativo de Boyacá, con ponencia de la magistrada Clara Elisa Cifuentes,¹⁹⁹ declaró el Páramo de Pisba como un sujeto de derechos al fallar en segunda instancia una acción de tutela impetrada por trabajadores de una empresa minera que explotaba el carbón en una vereda del páramo y que alegaron violación de sus derechos al debido proceso, al trabajo y a la libertad de escoger oficio, debido a que no se les hizo partícipes del trámite de delimitación del páramo ni se respetó el precedente jurisprudencial que indica que las gestiones administrativas de la delimitación deben contemplar el acceso a la información pública y garantizar la participación deliberativa y efectiva de la comunidad.²⁰⁰

En primera instancia, el juzgado tuteló el derecho de los trabajadores a la participación ciudadana y descartó los cargos sobre el derecho al trabajo. El Ministerio del Ambiente decidió apelar la decisión alegando que el precedente judicial de participación hace referencia a las comunidades que sí gozaron de información adecuada y participaron en espacios deliberativos, “no así a personas con un interés mediato y lejano, cual es el caso de los demandantes”.

Para el Tribunal, el precedente del río Atrato en lo tocante a la responsabilidad del Estado de cuidar las zonas que son fuentes originales de agua,²⁰¹ supone darle a los páramos “la especial protección que merecen como sujetos de derechos, y como entes de los cuales también se derivan ciertos derechos fundamentales y colectivos de la población que de éste dependen, so pena inclusive de comprometer su responsabilidad internacional”.

Más aún, tomando en consideración el principio de precaución en materia ambiental el Tribunal puntualiza:

198 Corte Constitucional, sentencia T-411 de 1992. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

199 Tribunal Administrativo de Boyacá. Sala de Decisión No.3. Expediente 15238 3333 002 2018 00016 01. Accionante Juan Carlos Alvarado Rodríguez y otros, accionado: Ministerio de Medio Ambiente y otros. Sentencia del 9 de agosto de 2018.

200 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-361 de 2017. Magistrado ponente: Alberto Rojas Ríos. Esta sentencia aborda el caso de la delimitación del Páramo de Santurbán y en ella se concede la protección de los derechos a la participación, acceso a la información pública, debido proceso y derecho de petición y se deja sin efecto la resolución administrativa que había delimitado el páramo.

201 El páramo de Pisba regula el agua de las cuencas del Magdalena y el Orinoco, de donde nacen ríos y quebradas que proporcionan agua a 118 municipios de tres departamentos.



“Dada la especial importancia de los páramos y de la visión ecocéntrica up supra descrita, no puede depender su protección de una legislación que se entienda obedece a los planteamientos de un gobierno en turno y no como un compromiso de Estado en pos de la protección ecológica, entendida como un imperativo moral, lo que lo determina como norma ius cogen”.

Este Tribunal fue muy cuidadoso en detallar los efectos de la declaración del Páramo como un sujeto de derechos, indicando que implica: i) dar cumplimiento al deber de conservación de la diversidad contenido en el Convenio de Diversidad Biológica, ii) la prohibición de actividades que atenten contra su conservación como la extracción de minerales o hidrocarburos, la agricultura, la caza y la pesca industrial en virtud del principio de precaución,²⁰² iii) delimitar el páramo con base en criterios científicos, armonizando derechos en conflicto y con plena garantía de la participación de las comunidades, iv) representación legal de los intereses de los ecosistemas del páramo a cargo del Ministerio del Ambiente, particularmente ante concesiones minero energéticas y la solicitud de nuevas concesiones,²⁰³ v) prohibición de autorizar planes de manejo ambiental que sirvan como requisito para la obtención de títulos mineros.

Reconociendo además, que la prohibición de actividades consideradas como tradicionales por la comunidad entra en conflicto con los derechos propios del páramo,²⁰⁴ el Tribunal se anticipó a establecer cómo debe inclinarse la balanza y determinó que es adecuada “cierta restricción de los derechos de las comunidades paramunas”, no sin establecer que esa restricción debe pasar por un proceso de participación de los afectados y un juicioso trabajo armónico de las autoridades concernidas en i) la elaboración del censo de afectados, ii) la garantía de participación efectiva y iii) la injerencia de las comunidades afectadas por daños ambientales en las tareas de monitoreo y control. Adicionalmente, quienes resulten afectados por la restricción de derechos, tendrían derechos a la creación de planes de compensación o reubicación laboral.

Así pues, el Tribunal resume sus disposiciones de la siguiente manera:

1. Al tratarse de derechos derivados del ius cogens, la concertación no puede conducir a la renuncia de derechos, ni por el páramo como sujeto de derechos ni por cuenta de los pobladores en cuanto a recibir una compensación y/o reubicación que procure la satisfacción cabal del principio de dignidad humana.

202 Esta prohibición no requeriría de la adopción de normas, pues sería auto ejecutiva, o un derecho fundamental autónomo del páramo, y sólo se exceptuaría demostrando que la actividad no genera daño ambiental. Esta cláusula, dará sin duda alguna, lugar a diversas interpretaciones.

203 Lo que implica que el Ministerio del Ambiente tiene un doble rol: es el encargado de representar al páramo y al mismo tiempo tiene a cargo el proceso de delimitación.

204 Según el Ministerio de Minas la estabilidad socioeconómica de la población deriva de actividades mineras y agropecuarias desarrolladas por los habitantes del páramo, por lo que su delimitación resulta lesiva para la economía del departamento de Boyacá.

2. Se () debe dar cumplimiento a la orden de compensación sin importar que se trate de actividad agrícola, minera o de cualquier otra índole ().
3. Se debe priorizar en los planes de compensación a los sujetos [reconocidos como de especial protección constitucional] ().
4. Las concertaciones deben ser lo más inclusivas posible ().

La decisión tomada por el Tribunal no es de poca envergadura, teniendo en cuenta que más de la mitad de los páramos del mundo está en Colombia y en el país ellos aportan el 85% del agua potable.

Un balance variopinto: rehabilitar el espíritu desde abajo

La Constitución de Montecristi es muy importante en el desarrollo del constitucionalismo latinoamericano, porque desbordó los límites de lo que era posible nombrar o enunciar en una carta política. El único momento constituyente diverso y con participación *desde abajo* en el Ecuador fue capaz de enunciar plurinacionalidad para hablar de culturas diversas, pachamama para hablar de medio ambiente, *sumak kawsay* para hablar de desarrollo y también estableció cláusulas sobre los límites biofísicos que debía considerar la política económica.

Con ello, se erigió como precedente de muchas iniciativas similares, tal y como fue relatado en las páginas anteriores. Así plantó cara al parsimonioso derecho ambiental internacional y reclamó respuestas a la pregunta sobre el sentido de ser considerados los seres humanos como el centro de todo mientras el entorno es destruido.

Pero en su aplicación, esta constitución ha sufrido los tropiezos comunes a otras constituciones de carácter *aspiracional*,²⁰⁵ que para desarrollarse, como bien menciona Mauricio García Villegas, requieren de:

“Un gran movimiento social y político que acompañe y exija el desarrollo de los postulados constitucionales. En segundo lugar, estas constituciones necesitan de la consolidación de una nueva cultura jurídica sobre la protección de los derechos que no sólo transforme la educación legal en las facultades de derecho sino que imponga una nueva dogmática jurídica y unos nuevos

205 Es decir, aquellas cartas que contienen un catálogo amplio de derechos que refleja las aspiraciones por cambios sustantivos en la vida política y social de países como los nuestros, provocando reclamos permanentes para su efectividad material y fuertes tensiones entre las ramas del poder público, ante la presión por su realización. Ver: Mauricio García Villegas. Constitucionalismo aspiracional: Derecho, democracia y cambio social en América Latina. Universidad Nacional de Colombia. Revista Análisis Político, Vol. 25. Núm. 75. 2012.



parámetros interpretativos, de tal manera que se modifique la visión tradicional que se tiene de los derechos y de su aplicación”.²⁰⁶

La Asamblea Constitucional ecuatoriana tuvo claro que los derechos de la naturaleza sólo podían avanzar con una robusta red de defensores y por ello indultó en 2008 a más de trescientas personas que habían sido imputadas con varios delitos derivados de su defensa de los territorios y de la naturaleza como consecuencia de la *litigación estratégica contra la participación del público*²⁰⁷ usada comúnmente por diversas autoridades a instancia de intereses empresariales.²⁰⁸ En la década siguiente setecientos más serían judicializados²⁰⁹ y el control sobre las organizaciones sociales llevaría a aprobar normas restrictivas para su funcionamiento que han probado ser una eficaz herramienta de censura.²¹⁰

Durante la primera década de existencia de los derechos de la naturaleza este país recibió el mayor número de observaciones y recomendaciones de organismos internacionales de derechos humanos –intergubernamentales y no guber-

206 *Ibíd.*

207 Expresión usada por Maina Kiai, Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación para aludir a la política de criminalización y judicialización de personas defensoras de derechos humanos como estrategia para neutralizar sus causas. Informe A/HRC/29/25 del 28 de abril del 2015, párr. 34.

208 Como se desprende de diversos informes de derechos humanos que fueron realizados a lo largo de la década. Por ejemplo: Amnistía Internacional, Informes 2017/18 La situación de los derechos humanos en el mundo y “Para que nadie reclame nada ¿Criminalización del derecho al a protesta en el Ecuador?” 2012; Federación Internacional de Derechos Humanos –FIDH–, Informes “Vulneración de derechos humanos y de la naturaleza en la Cordillera del Cóndor”, 2017, “Criminalización de defensores de los derechos humanos en el contexto de proyectos industriales: un fenómeno regional en América Latina”, 2016 y “Criminalización de la protesta social frente a proyectos extractivos en Ecuador. Misión Internacional de Investigación”, 2015; Conaie “Resistir es mi derecho. Carpeta informativa”, 2015. FIAN –Ecuador “Criminalización de la resistencia contra la minería en Ecuador”. Fact Sheet, octubre de 2013.

209 Rocío Carpio. Los indultos selectivos de Correa: perdón al peculado y cárcel a la protesta. Tomando información de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador –CONAIE–. En: Fundamedios. Junio 27 de 2017.

210 Los ataques contra periodistas, caricaturistas, blogueros, opositores políticos, y personas defensoras de derechos humanos a través de discursos estigmatizantes, presiones, insultos, descalificaciones, cierre de cuentas de redes sociales, multas, imposición de réplicas, recursos de amparo contra ciudadanos y demandas judiciales penales que exigían desproporcionados pagos indemnizatorios por daño moral y *espiritual* fueron el repertorio utilizado por el presidente Rafael Correa en sus años de gobierno. Fundamedios registró una caída vertiginosa de los ataques contra la libertad de expresión en los primeros cien días del presidente Lenín Moreno, sin embargo, lamentó que su Gobierno no haya dado señales para desmontar efectivamente el aparataje normativo que mantiene las condiciones para disciplinar a los medios de comunicación y a los defensores de derechos humanos. Fundamedios. Menos agresiones a la libertad de expresión pero nulos avances en reformas durante los 100 días de Lenín Moreno. Agosto 31 de 2017.

namentales— para respetar los derechos a la libre expresión, a la asociación y a la defensa de los derechos humanos. Los ataques e intimidaciones en contra de la prensa, la cooperación internacional, las nacionalidades indígenas y los intentos de cierre de una organización tan emblemática como Acción Ecológica, dieron cuenta de que las condiciones materiales para el activismo constitucional, fueron minadas. No se salvaron ni los organismos intergubernamentales. El Gobierno se negó sistemáticamente a atender las observaciones de organismos del Sistema Universal de Derechos Humanos y del Interamericano en estas temáticas.

Así mismo, la mejor oportunidad de la década de materializar los derechos de la naturaleza y el *sumak kawsay* se frustró con el boicót gubernamental al proyecto de dejar el crudo en el subsuelo del Yasuni²¹¹ y la obstrucción al ejercicio de Consulta Popular para blindar la iniciativa, impulsada por el movimiento Yasunidos.²¹² El que fue uno de los proyectos más aclamados internacionalmente para convocar la corresponsabilidad de los países del norte con conservación de la biodiversidad de la amazonía y la protección de pueblos en aislamiento voluntario, dando señales muy concretas sobre el reconocimiento de la deuda ecológica, la lucha contra el cambio climático y el compromiso con la transición energética, terminó demostrando la principal contradicción de los llamados *socialismos del siglo XXI*.

Por otra parte, en el Ecuador no se formó una nueva cultura jurídica. Aunque la sección de mecanismos de protección de derechos fundamentales de la Constitución de Montecristi fue copiada del exitoso modelo constitucional colombiano, en la práctica no se produjo el activismo judicial que experimentó este país, pues muy tempranamente las leyes orgánicas que reglamentaron la Constitución de Montecristi anularon todo protagonismo de la función judicial y la sometieron al poder del mercado presidencialismo que se acentuó en los años siguientes.

Así por ejemplo, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional estableció dos premisas infranqueables: primero, la presunción de que el legislador no se equivoca, y por lo tanto no es susceptible de violar derechos fundamentales (principio *in dubio pro legislatore*)²¹³ y segundo, que la Corte Constitucional debe mantener las leyes en el ordenamiento jurídico, evitando excluirlas a través del control de constitucionalidad (principio de pre-

211 Ver: Martínez, Esperanza. Yasuní. El tortuoso camino de Kioto a Quito. Ediciones Abya-Yala y Comité Ecuménico de Proyectos CEP. Quito, 2009. La reacción de las organizaciones sociales ante la decisión gubernamental de explotar el Yasuní también quedó registrada en la rueda de prensa “Las organizaciones de autoconvocan para defender al Yasuní luego de que el gobierno terminara con la iniciativa de dejar el crudo en el subsuelo”. Agosto 16 de 2013.

212 Ver Colectivo de Investigación y Acción Psicosocial. Estrategias de represión y control social del Estado ecuatoriano Informe psicosocial en el caso Yasunidos. Quito, Enero de 2015.

213 Art. 76 núm. 3



sunción de constitucionalidad de las normas y principio de permanencia²¹⁴). Estas premisas blindaron a normas tan polémicas como las de comunicación, participación, control de organizaciones de la sociedad civil, etc.²¹⁵

El mecanismo del Gobierno ecuatoriano para aparentar dar cumplimiento al mandato constitucional del *Sumak Kawsay* consistió en nombrar sus planes de desarrollo: “Plan Nacional para el Buen Vivir 2009–2013: Construyendo un estado plurinacional e intercultural” y “Buen Vivir Plan Nacional 2013–2017”. En el primero de ellos se hizo explícito que el Gobierno no trataría de “mantener incólume el patrimonio natural” y las leyes subsiguientes estarían enfocadas en ampliar las formas de explotación de la naturaleza. Como lo señala Natalia Sierra:

“Las leyes que se han redactado e impuesto desde la aprobación de la Constitución de 2008, están destinadas a garantizar un marco jurídico de control del mundo de la vida (Leyes de Tierras, Soberanía Alimentaria, Ley Minera, Ley de Aguas, Ley de Educación Medida y Superior, etc.) con lo cual se garantiza la aplicación del modelo económico articulado a las demandas del capital internacional.”²¹⁶

Otro tanto ocurrió en Bolivia. Un elemento muy importante de la Ley 71 de 2010 sobre los Derechos de la Madre Tierra, es la cláusula que claramente impedía el uso de organismos modificados genéticamente:

“La Madre tierra tiene los siguientes derechos: () A la diversidad de la vida. Es el derecho a la preservación de la diferenciación y la variedad de los seres que componen la Madre Tierra, sin ser alterados genéticamente ni modificados en su estructura de manera artificial, de tal forma que amenace su existencia, funcionamiento y potencial futuro.”²¹⁷

Ante la presión de las empresas y de los sectores afines al uso de dichos organismos, el presidente Evo Morales manifestó que esa cláusula constituía

214 Art. 76, núm. 2 y 4. En el caso colombiano, en cambio, muy tempranamente la Corte Constitucional estableció la prevalencia de sus fallos en el sistema de fuentes jurídicas y desplegó un activismo judicial robusto que ha implicado la exclusión de leyes contrarias a la constitución, un fuerte control convencional, la creación de sub-reglas a través de la modulación de los fallos e inclusive la ampliación de la protección de derechos por la vía de la conexidad, la fundamentalidad, e inclusive la creación de derechos –derechos innominados–, que hacen explícito lo implícito en el texto constitucional para beneficio de sujetos de especial protección constitucional.

215 A esto se suma la práctica de la Corte de demorar el estudio de determinadas leyes a través de la acción de inconstitucionalidad, como puede verse en el relato de Acción Ecológica en las pruebas de descargo ante el procedimiento de disolución en su contra, enero de 2016.

216 Sierra, Natalia. La avanzada del post-neoliberalismo encubierta en un usurpado discurso de izquierda. En: *Sumak Kawsay o Plan Nacional del Buen Vivir ¿Qué está detrás del discurso?*. Acción Ecológica, 2012.

217 Artículo 7 núm. 2.

un error que era preciso corregir: “Creo que en la Ley de Madre Tierra, *de contrabando*, metieron algunos términos, algunos párrafos. Así entiendo. Hay que revisar por supuesto, para garantizar alimento para el pueblo boliviano”.²¹⁸

Esas correcciones se realizarían dos años más tarde con la Ley de la Madre Tierra, que claramente dio un sentido de legitimación de la producción y de la explotación de los recursos naturales. En relación con los organismos genéticamente modificados, estableció una cláusula prohibiendo “el traslado *ilegal* de material genético”,²¹⁹ la introducción de semillas genéticamente modificadas “de las que Bolivia es centro de origen o diversidad y de aquellas que atenten contra el patrimonio genético, la biodiversidad, la salud de los sistemas de vida y la salud humana”²²⁰ y la eliminación gradual de cultivos de este tipo autorizados.²²¹ Aún con derechos de la Madre Tierra, y con principios como “saber alimentarse” en Bolivia hoy se cultivan y se consumen alimentos genéticamente modificados.

En esta ley el lenguaje utópico de la protección de la naturaleza se acompañó con otro más práctico sobre su aprovechamiento,²²² uso,²²³ registro,²²⁴ industrialización²²⁵ y acceso²²⁶ a sus componentes, en particular los relacionados con minería e hidrocarburos;²²⁷ la mejora de la capacidad de producción y comercialización,²²⁸ la adopción de instrumentos económicos de regulación ambiental en actividades de alto riesgo,²²⁹ la utilización de mejores tecnologías²³⁰ y la mayor productividad agropecuaria.²³¹

218 Eldiario.es. Morales está dispuesto a corregir la ley de la Madre Tierra que veta los transgénicos. Noviembre 11 de 2012. Las cursivas son mías.

219 Artículo 13, núm. 5. La cursiva es mía.

220 Artículo 24, núm. 7.

221 Artículo 24, núm. 8. Todas estas cláusulas matizan el postulado previo relativo a impedir la contaminación genética.

222 Artículos 5, núm. 6; 15, núm. 1; 16, núm. 1; 27.

223 Artículo 5, núm. 14.

224 Artículo 51.

225 Artículo 10, núm. 5.

226 Artículo 19.

227 Artículo 26.

228 Artículo 20.

229 Artículo 11, núm. 4.

230 Artículos 15, núm. 3; 30.

231 Artículo 15, núm. 6.



De hecho, en el caso de los bosques, la Ley autorizó la conversión del uso de los suelos ante proyectos “de interés nacional y utilidad pública”.²³² La prueba de la relajación de los propósitos establecidos en las normas sobre la Madre Tierra se encuentra en el desafortunado trato del Gobierno boliviano al conflicto sobre el TIPNIS, en el que la represión y otros actos de abuso de poder han marcado la construcción de la carretera.²³³

La promoción de derechos de la Madre Tierra poco ha permeado las políticas internas –de hecho la Defensoría de la Madre Tierra nunca fue creada–, pero ha sido un elemento clave en la diplomacia ambiental boliviana, junto con el discurso sobre el Vivir Bien. *Ama qhilla*, *ama llulla* y *ama suwa* fueron principios recogidos en la Declaración de la Primera Reunión Especializada de Ministros y Altas Autoridades de Prevención y Lucha Contra la Corrupción, que se realizó en Santa Cruz en 2013 y fueron reafirmados un año después en la III Cumbre de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños –CELAC– y en 2014, en la Cumbre G77 + China:

“Tomamos nota con aprecio de los valores tradicionales y ancestrales de algunos de nuestros pueblos, como los principios andinos de *ama suwa* (“no seas ladrón”), *ama llulla* (“no seas mentiroso”) y *ama qhilla* (“no seas perezoso”) y que, de conformidad con todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, contribuyen a los esfuerzos para prevenir y combatir la corrupción.”²³⁴

Un año más tarde la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Resolución 69/327 sobre la promoción de servicios públicos inclusivos y responsables en pro del desarrollo sostenible y en su parte considerativa incluyó un párrafo, muy publicitado, en el que reconoció:

“En sus contextos específicos, que los pueblos indígenas y las comunidades locales contribuyen de manera positiva a reforzar los compromisos del individuo y de la sociedad en lo que respecta a mejorar la eficiencia, la eficacia y la transparencia de la administración pública y promover unos servicios públicos inclusivos y responsables para el desarrollo sostenible mediante, entre otros, algunos de sus valores y principios tradicionales, como los principios de *ama suwa* (no seas ladrón), *ama llulla* (no seas mentiroso) y *ama qhilla* (no seas perezoso) de los pueblos andinos, los valores de *pitqiksigautaiññiq* (honestidad) y *qiksiksrautiqañiq* (respeto hacia los demás) de los *inupiat* y el valor de *tukuki* (imparcialidad e incorruptibilidad) de los *pies negros*, al tiempo que reconoce que los Estados, cualesquiera que sean sus sistemas políticos, económicos y culturales, tienen el deber de promover y proteger todos los derechos humanos y libertades fundamentales.”²³⁵

232 Artículo 25, núm. 4.

233 Una reseña sobre el conflicto puede leerse en: Pablo Solón, TIPNIS la saga por los derechos de la naturaleza y los pueblos indígenas, octubre de 2017 y el pronunciamiento público del I Encuentro Nacional en Defensa del TIPNIS, agosto de 2017.

234 Párr. 47.

235 Párrafo 11.

De nuevo, en la Declaración Política de 2015 de la CELAC se hizo alusión específica a la necesidad de avanzar en la Agenda 21 bajo el principio de armonía con la naturaleza y se manifestó el compromiso de promover una educación que fomente la convivencia humana con ella,²³⁶ compromisos que se repitieron al año siguiente en este mismo espacio.²³⁷

Todas estas menciones han sido capitalizadas por el Gobierno boliviano, que se autoproclama como líder en la protección de la Madre Tierra. Se trata de un fenómeno que comparte con Ecuador: el uso de un discurso internacional inflado que permite la toma de una posición privilegiada en las discusiones sobre medio ambiente, pero que no se corresponde con las medidas internas, y que de hecho, las contradice. En palabras del propio Evo Morales, *no se hace lo que se dice*.²³⁸

Esta es una de las formas de desviación del sentido del concepto de Buen Vivir que François Houtart había advertido y que denominó *instrumentalización del vocabulario por parte de los adversarios o del poder político*:

“El Sumak Kawsay se transforma en “la redistribución del desarrollo”, como dice René Ramírez (2010, 24). En otras palabras, se transforma en su contrario. Esto conduce a promover políticas extractivas o de monocultivos (como fuente de recursos a ser redistribuidos) utilizando el lenguaje del “Buen Vivir”, sin siquiera hablar de transición. Por otra parte, como lo dice Eduardo Gudynas, el concepto se banaliza: se utiliza como equivalente de políticas asistenciales a favor de los pobres, se presenta como una reivindicación meramente indígena, o se repite como un eslogan que finalmente pierde sentido.”²³⁹

Pese a esta contradicción, la idea del Buen Vivir llegando a muchos lugares. En Colombia, por ejemplo, en el marco de la negociación del fin del conflicto entre el Gobierno y la guerrilla de las FARC, la Cumbre Agraria campesina, ét-

236 Párrafos 26, 50 y 66.

237 Declaración Política de Quito – Mitad del Mundo. IV Cumbre de la CELAC, celebrada en la ciudad de Quito, el 27 de enero de 2016.

238 En el discurso que pronunció ante la COP20 se escuchó: “Estamos aquí para hacer un acuerdo climático por la vida y para la vida y no para los negocios y el mercantilismo capitalista. El segundo principio: “No seamos mentirosos (ama llulla)”. No podemos continuar en una negociación de un nuevo acuerdo climático donde los países se mienten unos a otros, donde dicen que van a hacer algo por el cambio climático pero en realidad no se quiere hacer nada, o donde se dice una cosa pero en realidad se piensa hacer otra. No se dice lo que se piensa y no se hace lo que se dice. Hay muchos países mentirosos e hipócritas en la negociación del cambio climático. No son éticos los acuerdos que no garantizan la integridad ambiental de la madre tierra y la integridad de nuestra maravillosa comunidad humana. Son mentirosos los acuerdos que sólo piensan en los negocios y no promueven la vida”. Noviembre 9 de 2014. Lima, Perú.

239 El concepto del Sumak Kawsay (buen vivir) y su correspondencia con el bien común de la humanidad. En ALAI América Latina en Movimiento. Junio 2 de 2011.



nica y popular, desarrolló un pliego de exigencias titulado “Mandatos para el buen vivir la democracia y la paz”²⁴⁰ en el que se reivindicaba la capacidad de decisión de las comunidades rurales sobre el ordenamiento territorial²⁴¹. Finalmente, en el texto del Acuerdo se incluyó el Buen Vivir como principio, en el Punto 1 sobre reforma rural integral, en los siguientes términos:

“El objetivo final es la erradicación de la pobreza y la satisfacción plena de las necesidades de la ciudadanía de las zonas rurales, de manera que se logre en el menor plazo posible que los campesinos, las campesinas y las comunidades, incluidas las afrodescendientes e indígenas, ejerzan plenamente sus derechos y se alcance la convergencia entre la calidad de vida urbana y la calidad de vida rural, respetando el enfoque territorial, el enfoque de género y la diversidad étnica y cultural de las comunidades”.

Así, en Colombia, la recepción del Buen Vivir se puede describir como una ratificación de las obligaciones del Estado relativas a los derechos económicos, sociales y culturales, pero con un peso simbólico adicional, relacionado con la posibilidad de las comunidades rurales de incidir localmente en las decisiones que afectan a los territorios.

En cuanto a la iniciativa de armonía con la naturaleza de las Naciones Unidas, si bien ha puesto en el debate elementos reivindicados por el movimiento ambiental global, lo cierto es que en sus diálogos interactivos ha tendido a involucrar prevalentemente a representantes del primer mundo expertos y representantes de Estados— y ha omitido escuchar las voces del tercero —comunidades, pueblos, organizaciones ecologistas—, cuyo discurso y quehacer está marcado por la resistencia no solo al modelo económico sino a las soluciones propuestas en el paradigma del desarrollo sostenible y de la economía verde.

Ese desequilibrio en la representación de los delegados supone lo que Haidar y Berros caracterizan como un escenario de disputa *por el sentido* de vivir en armonía con la naturaleza entre la cosmovisión andina y la occidental. Para las investigadoras es claro que en la iniciativa se subordina este principio al desarrollo sostenible:

240 Cumbre agraria campesina, étnica y popular. 19 de marzo de 2014.

241 Así se lee: “El país necesita un proceso de Ordenamiento Territorial donde sean las comunidades quienes redefinan la manera como se organiza la producción, se distribuye el uso del suelo, se gobierna el subsuelo, y se protegen el aire, el agua, los ecosistemas estratégicos y los medios de vida de las comunidades agrarias. Ese ordenamiento apuntará a armonizar la conservación del medio natural con el aprovechamiento para la pervivencia de las comunidades agrarias. Por lo anterior, exigimos: Que sean las comunidades y los pueblos quienes definan cuáles deben ser los usos del territorio y las maneras de habitarlo, conservarlo y cuidarlo conforme a las cosmovisiones de los pueblos y comunidades agrarias, de acuerdo a una política diferencial propia que incluya a las distinciones étnicas, regionales y productivas, y que garantice la seguridad jurídica para los territorios individuales y colectivos”.

“Así la Res. 64/196 decide incluir en el programa de su sexagésimo quinto período de sesiones un “subtema” titulado “Armonía con la Naturaleza”, en relación con el “tema” titulado “Desarrollo sostenible”, subordinación que se repite en la Res. 67/214. También en esta última se afirma que “algunos países reconocen los derechos de la Naturaleza en el contexto de la promoción del desarrollo sostenible”, y solicita que “se adopten enfoques holísticos e integrados del desarrollo sostenible”. Se quiere confinar el buen vivir a un problema de “desarrollo” traicionándose la inspiración que desde el Sur se imprime al enunciado relativo a la “armonía con la naturaleza”.²⁴²

A la iniciativa de las Naciones Unidas le hace falta entrar en un terreno de discusión política sobre las realidades de los conflictos o resistencias socio ambientales. Sin esta perspectiva, sin reconocer el desequilibrio de poderes entre las empresas y las comunidades, sin reconocer la sistemática omisión estatal en el cumplimiento de los principios mínimos establecidos en el defectuoso derecho ambiental, sin comprender o denunciar las dinámicas de abuso o desvío de poder estatal,²⁴³ la construcción de las categorías asociadas al principio de armonía con la naturaleza constituye otra malinterpretación del buen vivir. En efecto, Houtart también advirtió sobre el vaciamiento del concepto cuando su recepción se plantea en el terreno de lo utópico, romántico o meramente cultural. Se trata de la desviación *por fundamentalismo*, cuando se expresa “la visión holística del mundo, necesaria para reconstruir una nueva relación con la naturaleza, únicamente por medio del pensamiento simbólico, pensando que solo esta expresión es legítima”.

Más impacto ha tenido el Vaticano en desarrollo del *Laudato sí*. La Iglesia desempeñó un papel fundamental en la aprobación de la Ley salvadoreña que prohíbe la minería metálica,²⁴⁴ en Argentina se instituyó el Parlamento Federal del Clima inspirado en la Encíclica, y comunidades insertas en conflictos de carácter socio ambiental, en toda la región, han recurrido al documento para convocar a la iglesia a los debates sobre explotación de recursos y tomar partido en contextos de conflictos socio ambientales.

242 Entre el *sumak kawsay* y la “vida en armonía con la naturaleza”: disputas en la circulación y traducción de perspectivas respecto de la regulación de la cuestión ecológica en el espacio global. Revista THEOMAI. No. 32. Segundo semestre de 2015. p. 146.

243 Categoría que requiere ser revisitada y que muestra una gran claridad en la comprensión de los fenómenos de desviación del poder estatal, tal y como se plasma en el proceso del Tribunal Permanente de los Pueblos México “Libre comercio, violencia, impunidad y derechos de los pueblos”. Para ello puede consultarse la acusación de la fiscalía del tribunal, “El desvío del poder político” a cargo de Magdalena Gómez, “Desvío del poder legislativo” a cargo de Raymundo Espinoza, “Desvío del poder económico” a cargo de Raúl García y “Desvío del poder comunicativo” a cargo de Primavera Téllez en la audiencia final de este proceso.

244 Puede leerse la reseña de Juan Paullier para BBC Mundo, “Un día histórico: cómo El Salvador logró prohibir por ley la minería metálica en el país”.



Precisamente en este punto se constata un impulso²⁴⁵ de la Iglesia de participar activamente en los escenarios de denuncia e incidencia jurídico-política. Por lo menos tres iniciativas dan cuenta de ello. En primer lugar, la insólita presencia de la Iglesia²⁴⁶ como peticionaria ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –CIDH²⁴⁷–, para dar testimonio sobre “la angustia y sufrimiento de muchos hermanos y hermanas que sufren en algunas circunstancias las consecuencias de una devastadora y cada vez más amenazante actividad extractiva sin rostro humano, ni ética”, en palabras de Pedro Barreto, Arzobispo de Huancayo en Perú.²⁴⁸

En esta audiencia se escucharon testimonios directos sobre los tremendos impactos ambientales, sociales y en la salud humana que causan en la región los proyectos extractivos, así como el extendido empleo de la criminalización y la represión como repertorio de neutralización de las comunidades en resistencia y de los sacerdotes y laicos acompañantes.²⁴⁹

La Iglesia hizo un llamado a la *metanoia*, entendida como cambio radical de corazón y de actitud para favorecer condiciones de vida más digna. En su intervención los clérigos propusieron i) que los Estados asumieran su co-responsabilidad en el respeto de los derechos humanos y de la Naturaleza, ii) que se abstuvieran de utilizar la criminalización para contener las protestas sociales,

245 O renovación de las iniciativas pastorales. La iglesia ya desarrollaba iniciativas de promoción de derechos territoriales y salud ambiental como la Red Eclesial Panamazónica –REPAM– o la Red Iglesias y Minería. Ver: <http://iglesiasymineria.org/quienes-somos/>

246 Específicamente del Departamento de justicia y solidaridad del Consejo Episcopal Latinoamericano (CELAM), el Secretariado latinoamericano y del Caribe de CárITAS (SELACC), la Confederación latinoamericana y caribeña de religiosos y religiosas (CLAR), la Comisión amazónica de la Conferencia Nacional de Obispos de Brasil (CNBB) y la Red Eclesial Panamazónica (REPAM).

247 En la audiencia “Derechos humanos e industrias extractivas en América Latina” durante el 154 periodo de sesiones, en marzo de 2015.

248 La audiencia puede verse en: <https://www.youtube.com/watch?v=fPnscR0im1Y>. El informe entregado a la CIDH “Posición de la Iglesia Católica ante vulneración y abusos contra los derechos humanos de las poblaciones afectadas por las industrias extractivas en América Latina”, puede encontrarse en el sitio del Observatorio de Conflictos Mineros de América Latina.

249 Los clérigos hicieron mención a tres casos amazónicos: el desastre ambiental de la minería en Piquiá de Baxio (Açailândia, Brasil), el caso de amedrentamiento de grupos armados vinculados a la empresa minera y a las autoridades locales de San José del Progreso y Magdalena de Teitipac (Oaxaca, México), y el caso de la irregular autorización de explotación petrolera en el Parque Nacional Yasuní en el Ecuador. También mencionaron los casos de las amenazas, secuestros y ataques contra miembros de la comunidad Nueva Esperanza (Atlántida, Honduras) y sus acompañantes, con ocasión de los intereses mineros del empresario Lenir Pérez en la zona, e hicieron alusión al caso de la exploración del Lote petrolero N° 116 (Amazonas, Perú), sin que mediara el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, ni se les permitiera un adecuado acceso a la justicia.

iii) que consideraran el papel de la iglesia como mediadora en conflictos socio ambientales y iv) que protegieran efectivamente a los pueblos indígenas y reconocieran su derecho al territorio.

En segundo lugar, previo a la COP 21 en París, cardenales y obispos de todo el mundo, dirigieron un llamamiento a los negociadores para adoptar un acuerdo mundial justo y en armonía con la naturaleza, que incluyera aspectos éticos y morales del cambio climático, el reconocimiento de que la atmósfera y el clima son bienes comunes globales, obligaciones vinculantes, con una hoja de ruta clara, para limitar las emisiones y avanzar hacia la descarbonización y hacia el fin de los combustibles fósiles, así como garantizar la participación de los más pobres y el acceso al agua y a la tierra para consolidar “sistemas alimentarios resilientes”.²⁵⁰

Finalmente, a instancias de la Iglesia surgió el movimiento multilateral “Ética en Acción”²⁵¹ que en diciembre de 2017 se propuso intervenir en el ámbito del desarrollo sostenible e integral, en once líneas de acción en defensa de la justicia climática, entre las que se cuentan el acercamiento a las grandes empresas extractivas transnacionales, la incidencia en encuentros intergubernamentales y la generación de redes de expertos, entre otros.²⁵²

250 Documento suscrito por Oswald Gracias, cardenal arzobispo de Bombay (India), y presidente de FABC (Asia); Gabriel Mbilingi, CSSp, arzobispo Lubango (Angola) y presidente de SECAM (África); Péter Erdő, cardenal arzobispo de Esztergom (Budapest) y presidente de CCEE (Europa); Joseph Kurtz, cardenal arzobispo de Louisville y presidente de USCCB (Estados Unidos); Reinhard Marx, cardenal arzobispo de Múnich (Alemania) y presidente de COMECE (Europa); John Ribat, MSC, arzobispo de Port Moresby (Papúa Nueva Guinea) y presidente de FCBCO (Oceanía); Rubén Salazar, cardenal arzobispo de Bogotá (Colombia) y presidente de CELAM (América Latina); David Douglas Crosbi OMI, obispo de Hamilton (Canadá) y presidente de CCCB-CECC y Béchara Boutros Rai, patriarca de Antioquía (Maronitas) y presidente del Consejo de los Patriarcas Católicos de Oriente.

251 Dirigido por Monseñor Marcelo Sánchez Sorondo, Canciller de las Academias Pontificias y con el apoyo de la Fundación Blue Chip, el Instituto Fetzer, Christina Lee Brown y Jacqueline Corbelli, la Red de Soluciones de Desarrollo Sostenible (SDSN) de las Naciones Unidas, Religions for Peace y la Universidad de Notre Dame. Más información sobre la iniciativa se encuentra en el sitio <http://www.endslavery.va>

252 Conforme a la su Declaración “Justicia Climática” Se prevén acercamientos a las diez principales petroleras del mundo, entre las que se cuenta Chevron y a fondos de inversión para promover inversiones éticas y también la desinversión en los sectores de gas, petróleo y carbón; interceder por los Estados insulares pequeños afectados por el clima en las Naciones Unidas y por los obispos y comunidades del Delta del Níger en el conflicto con Royal Dutch Shell; promover la encíclica *Laudato si* y la Ética del Cambio Climático en Universidades, en la Primera Conferencia Mundial sobre Contaminación Atmosférica y Salud Humana de la OMS y en el G20; convocar a la Alianza Interreligiosa para la Conservación de los Bosques en la agenda por una deforestación cero, apoyar el establecimiento del precio de las emisiones de carbono y convocar a los líderes “de las comunidades de fe para desarrollar estrategias de modo de inspirar, formar y movilizar a nuestras congregaciones y comunidades locales de fe en pos del apoyo a las acciones integrales orientadas a enfrentar el cambio climático”.



Pero cualquier avance en la reivindicación de los derechos de las comunidades naturales, encontrará resistencia. Los ejercicios de constituir ecosistemas como personas, dan cuenta de ello. En el caso Braine Township –Washington–, la reacción de dos empresas mineras fue demandar a la comunidad por violación de sus derechos constitucionales,²⁵³ solicitar la nulidad del documento y la indemnización por el perjuicio causado por la prohibición. Ante la presión, el Gobierno local decidió rescindir la ordenanza.²⁵⁴

Lo mismo ocurrió en Packer Township –Pennsylvania–, donde el propio Fiscal General del Estado interpuso una demanda en contra de la comunidad por perturbar la normalidad de las operaciones agrarias. La comunidad rescindió la ordenanza, pero debido a la movilización y al ambiente creado, no se presentaron nuevos vertimientos contaminantes.

En 2011 una empresa del negocio del fracking, demandó a la comunidad de Morgantown –West Virginia–, por considerar que no tenían la autoridad para prohibir mediante sus ordenanzas las actividades autorizadas a las empresas en las leyes estatales y federales. La jueza del caso falló en favor de la empresa:

“En su decisión, la jueza Susan Tucker dictaminó que los municipios no son más que criaturas del estado sin jurisdicción para legislar sobre la perforación o el fracking dentro de sus fronteras. Tucker escribió además que el interés del Estado en el desarrollo y la producción de petróleo y gas en todo el Estado suponen que el control exclusivo de esta competencia normativa esté en manos del Estado de West Virginia. Las preocupaciones ambientales de los residentes de Morgantown, a su juicio, no eran relevantes para la decisión.”²⁵⁵

En 2014 Pennsylvania General Energy Company demandó a la comunidad de Grant Township –Pennsylvania–, por promulgar otra ordenanza que prohibía el fracking.²⁵⁶ Lo significativo de este caso es la exhibición de significativas acciones de fuerza que incluyen la invocación de sanciones económicas y disciplinarias contra los abogados de la comunidad.²⁵⁷

253 Las enmiendas sobre libre expresión, debido proceso e igualdad ante la ley.

254 Campbell, ob cit.

255 Traducción propia de Margil, Mari. Can communities reclaim the right to say “no”?. En: Yes magazine. Agosto de 2011.

256 Stewart, Sara. They told a fracking company to go away. 3 years later, they’re still in court. Huffingtonpost.com, 2017.

257 Community Environmental Legal Defense Fund. Press release: Federal Court sanctions lawyers for defending community’s right to say “no” to frack wastewater injections wells. Enero de 2018.

Así, en enero de 2018 se impuso una multa de US\$ 52 000 contra los abogados (la empresa pedía US \$500 000), por la invocación de “alegatos y mociones frívolas, infundadas y acosadoras en pos de fines ilegítimos”.²⁵⁸ Para el tribunal, los abogados incurrieron en dos faltas. Por un lado, violentaron las reglas federales de carácter civil²⁵⁹ al pretender invocar derechos de los ecosistemas, la gobernanza comunitaria y la negación de los derechos de las corporaciones; por otro, al interponer múltiples mociones para hacer valer las cláusulas de la ordenanza y evitar que la empresa realizara sus actividades *lícitas*, actuaron de mala fe.

Pero, en medio de estas reacciones negativas a los reclamos comunitarios, no todo ha sido invalidado ni desechado. En 2013 en un caso sobre levantamiento de la reserva sobre un acuerdo que involucraba a una familia que había denunciado afectación por operaciones de fracking,²⁶⁰ una jueza de Pensilvania determinó que las empresas no gozaban de los derechos de las personas, y en Nottingham –New Hampshire–, las ordenanzas desarrolladas desde hace una década siguen en pie y no han sido objeto de acciones de contención judicial.²⁶¹

El creciente número de comunidades que promueven las ordenanzas desafían es *statu quo* y confrontan la médula del problema: el poder empresarial. En estos ejercicios comunitarios en los que se levanta la voz *we the people*, emerge, en términos de Rancière, la política. Los que no eran tenidos en cuenta, obligan a las instituciones a ser escuchados,²⁶² las empresas son convocadas a los tribunales y las operaciones se atrasan hasta tanto la administración de justicia se pronuncia sobre lo que antes no cabía pronunciamiento, pues era un hecho dado, normalizado.

La impasibilidad se ha roto. No es normal perturbar la vida comunitaria alegando el derecho a la libre empresa. No es normal el desequilibrio del poder de las compañías respecto de las comunidades. Es el momento en que les corresponde a los operadores judiciales explicar por qué *we the people* no es ya la raíz de la legitimidad del Estado y del derecho y en el que trasluce el imperio de la desigualdad en regímenes que se definen como democráticos.

258 Pennsylvania General Energy Company. LLC (plaintiff) vs Grant Township (defendant). Magistrate Judge Baxter. Case 1:14-cv-00209-SPB. Filled 01/05/18.

259 Esas leyes suponen que los litigantes persiguen propósitos respaldados por la ley, evitan presentar argumentos orientados a revertir las leyes existentes o establecer nuevas y se abstienen de dilatar los procedimientos.

260 Community Environmental Legal Defense Fund. CELDF statement: a new civil rights movement: liberating our communities from corporate control, 2013.

261 Campbell, ob cit.

262 Jacques Rancière. Política, policía, democracia. LOM Ediciones. 2006.



Oscar Vilhena describe así el momento en el que el derecho constituye una herramienta muy necesaria para recomponer el ideal de justicia:

“Si bien las instituciones jurídicas también son extremadamente vulnerables a la subversión de los poderosos, pueden producir cortocircuitos en el sistema político. Al traducir un reclamo social en uno jurídico, pasamos de una competencia de poder puro a un proceso donde las decisiones deben justificarse en términos legales. Y la necesidad de una justificación legal reduce el espacio para la discreción pura. En tales circunstancias, el sistema jurídico puede otorgar visibilidad pública, en términos de reconocimiento de derechos, a aquellos que el sistema político y la sociedad misma descartaron.”²⁶³

Ejercicios similares a las ordenanzas prosperan en muchos lugares, las personas están promoviendo consultas como un ejercicio de democracia directa para proteger la naturaleza, construir dinámicas territoriales participativas y limitar el poder empresarial. A pesar de la frustración del proceso de consulta del Yasuní, el movimiento que se originó –los Yasunidos–, refrescó la debilitada agenda social ecuatoriana y se perfila como uno de los movimientos ambientales más importantes de la región; en Colombia las consultas populares para prohibir la extracción de petróleo o de minería se multiplicaron²⁶⁴ logrando una alta participación ciudadana y al Estado no le fue fácil contenerlas;²⁶⁵ en varios países de la

263 Desigualdad estructural y Estado de Derecho. En: El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Siglo Veintiuno Editores, 2011. p. 43.

264 La consulta de Piedras, departamento del Tolima, que prohibió la minería con la pregunta: ¿Está de acuerdo, como habitante del municipio de Piedras, Tolima, que se realice en nuestra jurisdicción actividades de exploración, explotación, tratamiento, transformación, transporte, lavado de materiales, provenientes de las actividades de explotación minera aurífera a gran escala, almacenamiento y el empleo de materiales nocivos para la salud y el medio ambiente, de manera específica el cianuro y/o cualquier otra sustancia o material peligroso asociado a dichas actividades y se utilicen las aguas superficiales y subterráneas de nuestro municipio e dichos desarrollos o en cualquier otro de naturaleza similar que pueda afectar y/o limitar el abastecimiento de agua potable para el consumo humano, la vocación productiva tradicional y agrícola de nuestro municipio?; la consulta de Tauramena, departamento del Casanare que prohibió la explotación petrolera con la pregunta: “¿Está usted de acuerdo con que se ejecuten actividades de exploración sísmica, perforación exploratoria, producción y transporte de hidrocarburos, en las veredas San José, Monserrate Alto, Monserrate La Vega, Guafal del Caja, Bendiciones, Visinaca, Lagunitas, Aguamaco, Zambo, Oso y Jaguito, donde se ubica la zona de recarga hídrica del municipio de Tauramena?”, o la Iniciativa Popular Normativa que en 2010 prohibió la actividad minera en el Páramo El Almorzadero, en el departamento de Santander. Sobre estos procesos puede revisarse el texto “Mecanismos de participación ciudadana en defensa del ambiente y los territorios”. CENSAT y Fundación Evaristo García, 2014.

265 La contención de las consultas populares en asuntos minero energéticos por parte del gobierno nacional expuso todo el andamiaje del poder central en contra de la voluntad popular: desde amenazas de sanciones disciplinarias contra los mandatarios locales hasta la cooptación de la Corte Constitucional para que revirtiera el precedente jurisprudencial que permitía a los gobiernos locales prohibir la extracción, lo que finalmente se concretó en la desafortunada sentencia adoptada el 11 de octubre de 2018, expediente T-6.298.958, con ponencia de Cristina Pardo Schlesinger, antigua secretaria jurídica de la Presidencia de la República.

región comunidades –particularmente indígenas– han declarado sus territorios como Zonas Libres de Transgénicos²⁶⁶ y justamente estas comunidades están apelando a las consultas autónomas como una forma de corregir las limitaciones y perversiones de las consultas del Convenio 169 de la OIT.²⁶⁷ Se trata de una lucha por la autonomía y la justicia ambiental en todo el continente.

En cuanto a la declaración de ríos como personas, el caso de Nueva Zelanda es claramente diferente de cualquier otro. Se trata de un ejercicio de reparación de ofensas históricas y de violaciones de derechos humanos impunes que abre la puerta a la gestión compartida de recursos, bajo la premisa de paridad en la adopción de decisiones. Además es una medida plenamente concertada, de la que esperamos derivar en los próximos años, ejemplos de buenas prácticas de política ambiental.

Pero no todos los casos son idílicos, de hecho podrían resultar desastrosos aquellos en los que las comunidades impactadas no tomaron parte en la construcción del nuevo sujeto de derechos, sino que les fue impuesto.

El trasplante jurídico de la experiencia del río Whanganui en Colombia e India, y el eco del caso del río Atrato en la protección de la Amazonía colombiana y del páramo de Pisba nacieron por iniciativa de jueces concretos que confiaron en que se trataba de un recurso novedoso para responder a la imperativa necesidad de brindar protección reforzada a los ecosistemas que están en grave riesgo, pero su decisión tiene efectos colaterales significativos.

266 Ver: Semillas de Identidad Campaña por la Defensa de la Biodiversidad y la Soberanía Alimentaria. Zonas y Territorios Libres de Transgénicos Guía Metodológica para Declarar Zonas y Territorios Libres de Transgénicos. Bogotá, 2012.

267 En Colombia se han llevado a cabo más de siete mil consultas del Convenio 169 de la OIT sobre medidas administrativas con pueblos indígenas, afrodescendientes y rom. Casi todas ellas terminan protocolizadas (es decir, se llega a acuerdos entre los pueblos, el gobierno nacional y las empresas), pero no siempre satisfacen los fines establecidos en el Convenio. En aproximadamente cien sentencias emitidas por la Corte Constitucional en revisión de procedimientos de las consultas, se concluye que tendencialmente han sido realizadas de mala fe. El derecho de consulta que inicialmente se invoca como un derecho de participación, queda convertido, en la práctica, como un derecho de carácter patrimonial, el mecanismo por excelencia de legalización de la pérdida de autonomía sobre la determinación de los usos propios de los territorios, que conlleva al despojo físico de los mismos. Sobre la cuestión he escrito algunos artículos: Revisión crítica del derecho a la consulta previa de proyectos y sus procedimientos. Revista Semillas No. 55/56. Bogotá, julio de 2014; Guajira: Consultas previas frente al extractivismo en Colombia. Reflexión a través de la historia de la desviación de un río y de un derecho. En coautoría con Dora Lucy Arias. En: Senderos de la Justicia. Instrumentos de litigio y defensa de comunidades afectadas por la minería. Fundación Rosa Luxemburgo, *Justiça Global y Justiça nos Trilhos, 2015* y Modelo de indicadores para la realización de consultas en el marco del Buen Vivir: una revisión de salvaguardas para los pueblos indígenas en consultas de medidas administrativas. En: Consulta previa y modelos de desarrollo: juego de espejos. Reflexiones a propósito de los 25 años del Convenio 169 de la OIT. Aura María Puyana, compiladora. Red Observa y Proindígena Giz. Noviembre de 2016.



La sentencia de río Atrato debe sortear un riesgo latente: la Corte también ordenó que el Estado y las comunidades construyeran un “plan de acción conjunto para neutralizar y erradicar definitivamente las actividades de minería ilegal” a lo largo de la cuenca y en todo el departamento. Ordenar una política criminal “participativa” en un contexto de exterminio físico de líderes comunitarios en el país²⁶⁸ es riesgoso, y de muchas maneras, desafortunado.

Tampoco está muy claro si la figura de los guardianes comunitarios será extendida a la vigilancia y promoción de la salud de ecosistemas frente a actividades lícitas, donde media la autorización estatal pero que causan impactos muy graves en la vida de las comunidades y en la naturaleza. El Gobierno colombiano ha neutralizado la participación ciudadana de muchas maneras, se ha opuesto a consultas populares que buscan restringir actividades extractivas en los entes territoriales, ha promovido políticas que restringen el acceso a la información en asuntos que impactan el medio ambiente y ha desmontado paulatinamente mecanismos de gestión y control ambiental.

Entonces cabe la pregunta de si la figura de los guardianes corregirá el déficit democrático de las políticas de desarrollo con impacto local, o si será un ámbito más de apariencia de participación y legitimación de los despojos de la autonomía y del territorio a las comunidades.²⁶⁹

El caso de la Amazonía parece ser prometedor en lo tocante a la adopción de políticas con perspectiva intergeneracional en serio, y la inclusión de niños y jóvenes en la reflexión sobre las condiciones de vida futuras y las decisiones del presente puede ser un poderoso escenario de educación ambiental²⁷⁰, pero también pudo articularse una respuesta institucional coordinada para detener la deforestación si la Corte Suprema establecía una figura similar al Estado de Cosas Inconstitucional, que ya ha funcionado para mitigar fenómenos como el desplazamiento forzado o la crisis en el sistema pensional y que crea un sistema de seguimiento riguroso por parte de los jueces.

268 Entre 2016 y 2017 han sido asesinados casi trescientos líderes sociales en Colombia.

269 Como la Mesa de Trabajo Interinstitucional para la investigación sobre los impactos de la actividad minera en el territorio, creada por la Corte Constitucional mediante la sentencia T-445 de 2016, que fue creada mediante la Resolución 0931 del 16 de mayo de 2017 del Ministerio del Ambiente y Desarrollo Sostenible, que desde el inicio su conformación estuvo sesgada y era excluyente por lo que decenas de investigadores y organizaciones de la sociedad manifestaron preocupación sobre la efectividad de ese espacio de participación.

270 Sobre los retos de la educación ambiental escribí un artículo recopilación de estándares internacionales de derechos humanos para la política de educación para la paz en Colombia. Universidad El Bosque, 2017.

En cuanto al caso del páramo de Pisba, este puede terminar siendo la más refinada excusa para desalojar a los campesinos del ecosistema, repitiendo los mismos problemas del conservacionismo en cuyo nombre se ha desplazado, despojado y marginado a poblaciones que son también parte de los ecosistemas. Curiosamente, evoca la situación que en primer lugar, empobreció a los maoríes en el *Te Urewera* y que posiblemente no será resuelta con la ley adoptada en este país en el 2014.²⁷¹

En cuanto al caso de la India, hasta tanto no se produzca una sentencia definitiva de la Corte Suprema, no conoceremos el alcance de la declaración de los ríos y glaciares como personas. Pero podemos preguntarnos hasta dónde esa declaración constituye ciertamente una protección reforzada de estos ecosistemas. Existen ejemplos de descontaminación de ríos en Francia, Reino Unido, Corea del Sur, Portugal, Estados Unidos y tantos otros, en los que la voluntad política y una fuerte inversión en plantas de tratamiento de aguas residuales, eliminación de zonas industriales en la rivera de los ríos, renovación del alcantarillado, sistema de multas y sanciones penales, declaraciones de zonas de reserva, uso de métodos biológicos, restauración de paisajes, etc., han marcado la diferencia.

En la India ya existía una robusta institucionalidad creada en los últimos años para lidiar con los problemas de contaminación del río Ganges y, sin embargo, la Corte optó por otorgar estatus de persona a los ríos y glaciares. Esto parece ser la expresión de activismo judicial exacerbado²⁷² y allí es donde reside su mayor debilidad. A diferencia del caso Whanganui en el que la declaratoria pasa por un proceso de construcción *desde abajo*, los casos de India y Colombia carecen de piso social en sus determinaciones y por ello, muy seguramente las medidas adoptadas permanecerán en el ámbito de la regulación administrativa y no trascenderán al ámbito de la transformación cultural.

271 Hay que tener en cuenta que el *Te Urewera Act* mantiene incólume el Crown Minerals Act de 1991, es decir, mantiene las actividades mineras que se desarrollan en el antiguo parque. A las comunidades no se les devuelve la propiedad, sólo se les convierte en autoridad de control ambiental.

272 Daniel Bonilla Maldonado, ha caracterizado al Tribunal Supremo Indio, el Tribunal Constitucional sudafricano y la Corte Constitucional Colombiana, como los tribunales "más importantes y creativos del Sur Global (...) la jurisprudencia de estos tres tribunales, por consiguiente, tiene con qué contribuir al diálogo mundial actual sobre el constitucionalismo". En: *Constitucionalismo del Sur Global*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores. 2015. El ejemplo dado por las altas cortes, tiende a permear la cultura jurídica e inspirar a otros operadores judiciales a abandonar el extremo formalismo y abrazar formas de creatividad y activismo judicial.



Encuentro razón a la iniciativa de armonía con la naturaleza, cuando se afirma que en tiempos en los que la *antropósfera*²⁷³ “gobierna o interrumpe los ciclos y funciones interconectados de los ecosistemas terrestres”,²⁷⁴ el potencial de las reflexiones sobre la naturaleza es el de “inspirar una apreciación del valor de la felicidad y la satisfacción del espíritu humano”²⁷⁵ y su rehabilitación.²⁷⁶ Pero la rehabilitación del espíritu no se establece en una ley, ni se ordena en una sentencia. Creo que se construye en la filigrana de la movilización social, en las formas de resistencia territorial de las comunidades, en sus conocimientos y lenguaje propio, en los debates que promueven las organizaciones y los movimientos sociales en la esfera de la ecología política, en la arena jurídica en el campo social y en el campo social y en la democratización de los Estados.

El buen vivir puede ser alternativa viable al desarrollo o convertirse en slogan o en el título de planes de desarrollo que contienen las mismas cláusulas predatorias del ambiente de siempre. La naturaleza con derechos puede ser la superación del caduco derecho ambiental, derivar en *pachamamismo* puro y simple o ser una nueva excusa para el despojo territorial de las comunidades locales o de su autonomía. Los ríos como personas pueden ser el remedio para nuestro *déficit de naturaleza* y nuestra oportunidad de cambiar patrones de producción y consumo, o sumarse a otras medidas ambientales fallidas. Ciertamente nos encontramos en una batalla por *el sentido* de estas declaraciones y ofrecemos resistencia a que esas categorías sean capturadas, banalizadas o pervertidas.

Mientras esto ocurre se está gestando un Derecho Internacional de los Derechos Humanos orientado a las cuestiones ambientales. La vigencia de un mandato en los procedimientos especiales de Naciones Unidas dedicado a la cuestión del medio ambiente y los derechos humanos, el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho al medio ambiente saludable a través de una Opinión Consultiva que va más allá de los derechos estrictamente étnicos, la promulgación de un instrumento regional para regular el principio 10 de la Declaración de Río y la irrupción de las reflexiones sobre derechos bioculturales, dan cuenta de ello. Pero se trata de un tema para otro escrito.

273 Que incluye “la tecnosfera (todo nuestro desarrollo industrial) y la noosfera (nuestra conciencia colectiva). Informe A/69/322 del 18 de agosto de 2014. Párr. 27.

274 Informe A/67/317 del 17 de agosto de 2012. Párr. 28.

275 Informe A/68/325 del 15 de agosto de 2013. Párr. 19.

276 *Ibidem*. Párr. 61.

BIBLIOGRAFÍA

- Acción Ecológica. Respuesta al numeral sexto del procedimiento administrativo 001–CGJ–2016 del pasado 20 de diciembre que da inicio al proceso de disolución de la organización ecologista más antigua del Ecuador y una de las más influyentes en el pensamiento ambiental en América Latina y en otros continentes, Acción Ecológica. Enero 6 de 2016.
- Alkire, Sabina. Centre for Bhutan Studies. The Gross National Happiness Index of Bhutan. Method and Illustrative Results. 2011.
- Auditor General of India. Report of the comptroller and Auditor General of India on Rejuvenation of River Ganga. No. 39 de 2017.
- Black, George. What it takes to clean de Ganges. The Newyorker. Julio 25 de 2016.
- Campbell, Anneke y Thomas Linzey. We the people: stories from the community rights movement in the United States, 2016.
- Carpio, Rocío. Los indultos selectivos de Correa: perdón al peculado y cárcel a la protesta. Fundamedios. Junio 27 de 2017.
- Central de Pueblos Étnicos Mojeños de Beni –CPEM–B– y otros. Pronunciamiento público del I Encuentro Nacional en Defensa del TIPNIS, agosto de 2017.
- Centre for Bhutan Studies & GNH Research. A compass towards a just and harmonious society. 2015 GNH Survey Report.
- Colectivo de Investigación y Acción Psicosocial. Estrategias de represión y control social del Estado ecuatoriano Informe psicosocial en el caso Yasunidos. Quito, Enero de 2015.
- Community Environmental Legal Defense Fund. CELDF statement: a new civil rights movement: liberating our communities from corporate control, 2013.
- Community Environmental Legal Defense Fund.
 - Community Rights, s/f. En: <https://celdf.org/community-rights/>
 - Press release: Federal Court sanctions lawyers for defending community's right to say "no" to frack wastewater injections wells. Enero de 2018. En: <https://celdf.org/2018/01/press-release-federal-court-sanctions-lawyers-defending-communitys-right-say-no-frack-wastewater-injection-wells/>
- Confluencia Nuevo B'áqtun. El Utzllij K'aslema. El Raxnaqull K'aslema "El Buen Vivir" de los Pueblos de Guatemala. 2014



- Cumbre agraria campesina, étnica y popular. Pliego de exigencias: mandatos para el buen-vivir, la democracia y la paz. 19 de marzo de 2014. En: <http://censat.org/es/analisis/pliego-de-exigencias-mandatos-para-el-buen-vivir-la-democracia-y-la-paz>
- Davis-Cohen, Simon. Court orders nonprofit law firm to pay \$52.000 to oil gas company for defending local fracking waste ban. DESMOG. Enero de 2018. <https://www.desmogblog.com/2018/01/17/community-environmental-legal-defense-fund-pennsylvania-grant-township-fracking-waste-ban>
- Departamento de justicia y solidaridad del Consejo Episcopal Latinoamericano –CELAM–, Secretariado latinoamericano y del Caribe de Cáritas –SELACC–, Confederación latinoamericana y caribeña de religiosos y religiosas –CLAR–, Comisión amazónica de Conferencia Nacional de Obispos de Brasil –CNBB–, Red Eclesial Pan-amazónica –REPAM– “Posición de la Iglesia Católica ante vulneración y abusos contra los derechos humanos de las poblaciones afectadas por las industrias extractivas en América Latina”. Informe presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante su 154 Periodo de sesiones, marzo de 2015.
- De Roux, Francisco. El Papa de la Tierra. Revista Javeriana Edición No. 818, “Laudato si” El cuidado de la casa común. Bogotá, septiembre de 2015.
- El Colombiano. Estos son los expertos que vigilarán el Río Atrato. Octubre 18 de 2017. En: <http://www.elcolombiano.com/colombia/el-rio-atrato-y-sus-nuevos-guardianes-AA7516233>
- Eldiario.es. Morales está dispuesto a corregir la ley de la Madre Tierra que veta los transgénicos. Noviembre 11 de 2012. En: https://www.eldiario.es/economia/Morales-dispuesto-Madre-Tierra-transgenicos_0_67893212.html
- El Espectador
 - El papa Francisco y la ONU piden cuentas a las multinacionales. 20 de enero de 2018. En: <https://www.elespectador.com/noticias/el-mundo/el-papa-francisco-y-la-onu-piden-cuentas-las-multinacionales-articulo-734429>
 - Los guardianes encargados de salvar el Atrato. 15 de noviembre de 2017. En: <https://www.elespectador.com/noticias/medio-ambiente/los-guardianes-encargados-de-salvar-el-atrato-articulo-723291>
- Ética en Acción. Declaración sobre la Justicia Climática. Diciembre 15 de 2017. En: <http://www.endslavery.va/content/endslavery/es/eia/climate.html>
- Fundamedios. Menos agresiones a la libertad de expresión pero nulos avances en reformas durante los 100 días de Lenín Moreno. Agosto 31 de 2017. En: <http://www.fundamedios.org/menos-agresiones-a-la-libertad-de-expresion-pero-nulos-avances-en-reformas-durante-los-100-dias-de-lenin-moreno/>

- García Villegas, Mauricio. Constitucionalismo aspiracional: Derecho, democracia y cambio social en América Latina. Universidad Nacional de Colombia. Revista Análisis Político, Vol. 25. Núm. 75. 2012.
- Gray, Richard. The clean up of the River Thames. The Telegraph. Octubre de 2010. En: <http://www.telegraph.co.uk/news/earth/wildlife/8059970/The-clean-up-of-the-River-Thames.html>
- Haidar, Victoria y Valeria Berros. Entre el sumak kawsay y la “vida en armonía con la naturaleza”: disputas en la circulación y traducción de perspectivas respecto de la regulación de la cuestión ecológica en el espacio global. Revista THEOMAI. No. 32. Segundo semestre de 2015.
- Houtart, François. El concepto de sumak kawsai (buen vivir) y su correspondencia con el bien común de la humanidad. En América Latina en Movimiento. Junio 2 de 2011. En: <https://www.alainet.org/es/active/47004>
- Huanacuni Mamani, Fernando. CAOI. Buen Vivir/Vivir Bien. Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas. 2010.
- Margil, Mari. ¿Can communities reclaim the right to say “no”? En: Yes magazine. Agosto de 2011.
- Martínez, Esperanza. Yasuní. El tortuoso camino de Kioto a Quito. Ediciones Abya-Yala y Comité Ecuménico de Proyectos CEP. Quito, 2009.
- Murcia, Diana Milena.
 - Mecanismos de participación ciudadana en defensa del ambiente y los territorios. CENSAT y Fundación Evaristo García, 2014.
 - Revisión crítica del derecho a la consulta previa de proyectos y sus procedimientos. Revista Semillas No. 55/56. Bogotá. 2014.
 - Guajira: Consultas previas frente al extractivismo en Colombia. Reflexión a través de la historia de la desviación de un río y de un derecho. En coautoría con Dora Lucy Arias. En: Senderos de la Justicia. Instrumentos de litigio y defensa de comunidades afectadas por la minería. Fundación Rosa Luxemburgo, Justiça Global y Justiça nos Trilhos, 2015
 - Modelo de indicadores para la realización de consultas en el marco del Buen Vivir: una revisión de salvaguardas para los pueblos indígenas en consultas de medidas administrativas. En: Consulta previa y modelos de desarrollo: juego de espejos. Reflexiones a propósito de los 25 años del Convenio 169 de la OIT. Aura María Puyana, compiladora. Red Observe y Proindígena Giz. 2016.
 - Recopilación de estándares internacionales de derechos humanos para la política de educación para la paz en Colombia. En: Reflexiones Interdisciplinarias en torno a la educación para la paz. Universidad El Bosque, 2017.



- Paullier, Juan. “Un día histórico: cómo El Salvador logró prohibir por ley la minería metálica en el país”. Marzo 31 de 2017. En: BBC Mundo. <http://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-39451498>
- Presidencia de la República del Ecuador.
 - Plan Nacional para el Buen Vivir 2009–2013: Construyendo un estado plurinacional e intercultural.
 - Plan Nacional para el Buen Vivir 2013–2017: Todo el mundo mejor.
- Rancière, Jacques. Política, policía, democracia. LOM Ediciones. Chile. 2006.
- Ross Eleanor, These Photos show how pollution in India is killing rivers worshipped by hindus. Newsweek, octubre 7 de 2017. En: <http://www.newsweek.com/why-are-indias-rivers-dying-634302>
- Safi, Michael. Murder most foul: polluted Indian river reported dead despite ‘living entity’ status. The Guardian, Julio 7 de 2017.
- Semillas de Identidad Campaña por la Defensa de la Biodiversidad y la Soberanía Alimentaria. Zonas y Territorios Libres de Transgénicos Guía Metodológica para Declarar Zonas y Territorios Libres de Transgénicos. Bogotá, 2012.
- Sierra, Natalia. La avanzada del post-neoliberalismo encubierta en un usurpado discurso de izquierda. En: *Sumak Kaysay* o Plan Nacional del Buen Vivir ¿Qué está detrás del discurso? Acción Ecológica, 2012.
- Solón, Pablo. TIPNIS la saga por los derechos de la naturaleza y los pueblos indígenas. Octubre de 2017. En: <https://fundacionsolon.org/2017/10/24/tipnis-la-saga-por-los-derechos-de-la-naturaleza-y-de-los-pueblos-indigenas/>
- Stewart, Sara. They told a fracking company to go away. 3 years later, they’re still in court. Huffingtonpost.com, 2017.
- Stiglitz, Joseph E., Amarya Sen y Jean–Paul Fitoussi. Comisión sobre la medición del Desarrollo Económico y del Progreso Social. Informe. 2009.
- Somvichian–Clausen, Austa. The world’s most polluted river revealed in photos. Photo Gallery, National Geographic. Abril 12 de 2017. En: <https://news.nationalgeographic.com/2017/04/ganges-river-photos-giulio-di-sturco/>
- Vilhena Vieira, Oscar. Desigualdad estructural y Estado de Derecho. En: El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Siglo Veintiuno Editores, 2011.

Referencia de normas, estándares internacionales y jurisprudencia

- Asamblea General de las Naciones Unidas
 - Informe Armonía con la Naturaleza A/65/314 del 19 de agosto de 2010.
 - Informe Armonía con la Naturaleza A/66/302 del 15 de agosto de 2011.
 - Informe Armonía con la Naturaleza A/67/317 del 17 de agosto de 2012.
 - Informe Armonía con la Naturaleza A/68/325 del 15 de agosto de 2013.
 - Informe Armonía con la Naturaleza A/69/322 del 18 de agosto de 2014.
 - Informe Armonía con la Naturaleza A/70/268 del 4 de agosto de 2015.
 - Informe Armonía con la Naturaleza A/71/266 del 1 de agosto de 2016.
 - Resolución 63/278. Día Internacional de la Madre Tierra. Mayo 1 de 2009.
 - Resolución 64/196. Armonía con la naturaleza. Diciembre 21 de 2009.
 - Resolución 65/164. Armonía con la naturaleza. Diciembre 20 de 2010
 - Resolución 65/309. La felicidad: hacia un enfoque holístico del desarrollo. Agosto 25 de 2011.
 - Resolución 66/288. El Futuro que queremos. Julio 27 de 2012.
 - Resolución 69/327. Promoción de servicios públicos inclusivos y responsables en pro del desarrollo sostenible. Octubre 6 de 2015.
- Baldwin Borough's Community Protection from Natural Extraction. Ordinance No. 838, 2011.
- Banco Interamericano de Desarrollo. ECO Integración de América Latina: Ideas inspiradas por la Encíclica *Laudato Si'*. Marzo de 2017.
- Bombay High Court. Pramatha Nath Mullick vs Pradyumna Kumar Mullick on 28 April, 1925.
- Carta Encíclica *Laudato Si* del Santo Padre Francisco Sobre el Cuidado de la Casa Común. 24 de mayo de 2015.
- Carta Mundial de la Naturaleza, Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 37/7 del 28 de octubre de 1986.
- City of Broadview Heights, Ohio, Ordinance No. 115-12 Providing for the submission to the electorate of an amendment to the Broadview Heights charter to add a community bill of rights which bans most commercial oil and natural gas extractions as well as the storage, transportation or depositing of oil and gas drilling waste products within the city of Broadview Heights, and declaring an emergency. 2012.



- City of Santa Monica Sustainability Rights Ordinance, 2013.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano. Estocolmo, 1972.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Río de Janeiro, 1992.
- Constitución del Ecuador, 2008.
- Corte Constitucional de Colombia.
 - Sentencia C-094 de 2015. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.
 - Sentencia T-622 de 2016. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-22/16 sobre la interpretación y alcance del Artículo 1.2 (Artículo 1, Párrafo Segundo) de la Convención (Personas jurídicas) realizada el 28 de marzo de 2014 por Panamá.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia STC 4360-2018 del 5 de abril de 2018. Radicación 11001-22-03-000-2018-00319-01.
- Court of Appeal, Civil Division, England. Bumper Development Corp., Ltd. v. Commissioner of Police of the Metropolis and Others, 1991.
- Declaración Ama Qhilla, Ama Llulla y Ama Suwa, Primera Reunión Especializada de Ministros y Altas Autoridades de Prevención y Lucha Contra la Corrupción. Santa Cruz, Bolivia, noviembre de 2013.
- Declaración de Santa Cruz, Cumbre G77 + China. Santa Cruz, Bolivia, junio de 2014.
- Declaración del Parlamento del Mercosur: “Loas al pontificado el Papa Francisco, en reconocimiento al empeño y trabajo de su Santidad como artífice de la Paz, al promover el entendimiento entre las diversidades humanas y culturales, el desarrollo sustentable y defender refugiados, pobres, niños, ancianos, minorías y excluidos”. Noviembre 13 de 2017.
- Declaración Política de Quito-Mitad del Mundo. IV Cumbre de la CELAC, celebrada en la ciudad de Quito, el 27 de enero de 2016.
- Declaración III Cumbre de la CELAC, La Habana-Cuba. Enero de 2014.
- Declaración Política de Belén. III Cumbre de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno de la CELAC. Belén, Costa Rica. 28 y 29 de enero de 2015.
- Declaración sobre el derecho al desarrollo, Asamblea General de las Naciones Unidas, 1986.
- Demanda de tutela fechada el 29 de enero de 2018, impetrada por José Daniel Rodríguez Peña y otros, en contra la Presidencia de la República y otros, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá-Sala Civil.

- Forest Hills Ordinance No. 1017, banning the extraction of and/or exploration for natural gas, 2011.
- Foro Permanente sobre las Cuestiones Indígenas. Informe “Estudio sobre la necesidad de reconocer y respetar los derechos de la Madre Tierra”. Carlos Mamani y Bartolomé Clavero. E/C.19/2010/4 del 14 de enero de 2010.
- Halifax, Virginia adding “article VII. CORPORATE MINING AND CHEMICAL AND RADIOACTIVE TRESPASS” under “CHAPTER 50 ENVIRONMENT”.
- High Court of Uttarakhand.
 - Mohd Salim v. State of Uttarakhand & Others, march 20, 2017.
 - Lalit Miglani vs. State of Uttarkhand & others, march 30, 2017.
- Kiai, Maina. Relator Especial sobre los derechos al a libertad de reunión pacífica y de asociación. Informe A/HRC/29/25 del 28 de abril del 2015.
- Ley de Derechos de la Madre Tierra. Bolivia. Ley 071 del 21 de diciembre de 2010.
- Mahanoy Township, Schuylkill County, Pennsylvania Ordinance No. 2008-2.
- Natural Gas Extraction Ordinance No. 2011-01. An ordinance of the mayor and town council of Mountain Lake Park regulating the extraction of natural gas within the Town of Mountain Lake Park.
- Ordinance 2421 of the city Council of the City of Santa Monica establishing sustainability rights, 2013.
- Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. Visita a Australia, informe A/HRC/36/46/Add.2 del 8 de agosto de 2017.
- Supreme Court of India. Thirumulpad Godavarman v. Union of India. 1996.
- Tamaqua Borough, Schuylkill County, Pennsylvania Ordinance No.612 of 2006.
- Yellow Springs Community Protection from gas and oil extraction Ordinance” No. 2012-17
- Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017. Parliament of New Zeland.
- Te Urewera Act 2014. Parliament of New Zeland.
- Tribunal Administrativo de Boyacá. Sala de Decisión No.3. Expediente 15238 3333 002 2018 00016 01. Sentencia del 9 de agosto de 2018.
- Tribunal Permanente de los Pueblos Capítulo México 2011-2014. La audiencia final (12 al 15 de noviembre de 2014). Editorial Itaca. Ciudad de México, 2016.
-



- Waitangi Tribunal.
 - The Whanganui River Report. 1999.
 - Te Urewera, Volume V. Report. 2017.
- Yarra River Protection (Wilip-gin Birrarung murrn) Bill 2017. Victorian Legislative Council.

CAPÍTULO II
JUDICIALIZACIÓN Y BALANCE EN ECUADOR

EL DERECHO PENAL Y LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA

Hugo Echeverría V.¹

“Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza”.
Constitución de la República del Ecuador. Art. 71

Hace diez años, la Constitución de la República del Ecuador declaró a la Naturaleza como *sujeto de derechos*². La norma suprema reconoce a la Naturaleza derechos que garantizan su existencia, mantenimiento y regeneración; y, también, su restauración.³

En diez años de vigencia de la Constitución se han expedido leyes que incorporan disposiciones sobre la materia. Entre estas leyes destacan las de aplicación de estos derechos en casos concretos; esto es, el ejercicio de acciones legales para exigir el cumplimiento de los derechos de la Naturaleza. Así, por ejemplo, el Código Orgánico General de Procesos, de reciente vigencia, incluye a la Naturaleza entre los *sujetos procesales* que están legitimados para presentar **acciones civiles** por daño ambiental⁴.

1 Doctor en Jurisprudencia Pontificia Universidad Católica (Ecuador). Master of Laws McGill University (Canadá). Miembro de la Comisión Mundial de Derecho Ambiental UICN. Profesor en Derecho Ambiental del Colegio de Jurisprudencia Universidad San Francisco de Quito. Contacto hugo.echeverria@mail.mcgill.ca

2 Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449: 20/10/2008. Artículo 10, inciso segundo: “La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución”.

3 *Ibídem*: Artículo 71.–“La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos”. Artículo 72.– “La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados”.

4 Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial Suplemento N° 506: 22/05/2015 Artículo 30.– “Las partes. El sujeto procesal que propone la demanda y aquel contra quien se la intenta son partes en el proceso.

La primera se denomina actora y la segunda demandada. Las partes pueden ser:

1. Personas naturales.
2. Personas jurídicas.
3. Comunidades, pueblos, nacionalidades o colectivos.
4. La naturaleza”.



En este tiempo también se han ejercido **acciones constitucionales** orientadas a la tutela efectiva de los derechos de la Naturaleza (*i.e.* acción de protección), algunas de las cuales han sido resueltas a su favor, como el conocido caso del río Vilcabamba⁵. En este marco, cabe preguntarse: ¿qué ha ocurrido con la aplicación de los derechos de la Naturaleza en **materia penal**?

Como se sabe, el derecho penal es de *ultima ratio*, esto es, “el último argumento que emplea el Estado en casos extremos, para obtener el respeto a los bienes jurídicos”.⁶

El presente artículo se refiere a este tema. Se trata de un ámbito de los derechos de la Naturaleza que está emergiendo a través de las primeras sentencias judiciales dictadas en aplicación del Código Orgánico Integral Penal de 2014, que tipifica *delitos contra la Naturaleza* y establece la restauración como una obligación concomitante a la responsabilidad penal. El artículo presenta la legislación penal del 2014 y resume cuatro casos penales en los que se hizo referencia expresa a los derechos de la Naturaleza, para concluir que el derecho penal sí está incorporando este nuevo paradigma. Finalmente, se anotan algunos aspectos procesales, como la representación judicial de la Naturaleza y la restauración; esto último de pendiente aplicación práctica. Para este efecto, dividiremos el análisis en aspectos sustantivos y aspectos procesales.

Aspectos sustantivos

Los aspectos sustantivos aquí presentados se refieren a la evolución penal en esta materia y a la interpretación judicial de los delitos contra la Naturaleza.

Código Orgánico Integral Penal

El 10 de agosto de 2014 entró en vigencia el Código Orgánico Integral Penal,⁷ ley orientada a describir o *tipificar* las infracciones penales y establecer el *pro-*

Artículo 38.– “Representación de la naturaleza. La naturaleza podrá ser representada por cualquier persona natural o jurídica, colectividad o por el Defensor del Pueblo, quien además podrá actuar por iniciativa propia. La naturaleza no podrá ser demandada en juicio ni reconvenida. El Defensor del Pueblo responderá conforme con la ley y con este Código. Las acciones por daño ambiental y el producido a las personas o a su patrimonio como consecuencia de este se ejercerán de forma separada e independiente”.

5 <https://mariomelo.wordpress.com/2011/06/01/exigibilidad-judicial-de-los-derechos-de-la-naturaleza/>

6 Albán, Ernesto. Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Ediciones Legales. Quito, 2014. p.16.

7 Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento No. 180: 10/02/2014.

cedimiento para el juzgamiento penal, con estricta observancia del debido proceso constitucional.⁸ Esta ley derogó el Código Penal de 1971 y sus reformas posteriores, incluyendo una del año 2000, que incorporó *delitos contra el medio ambiente* al ordenamiento jurídico ecuatoriano.⁹

A diferencia del Código Penal de 1971, el Código Orgánico Integral Penal de 2014 tipifica *delitos contra el ambiente y la naturaleza*. Sin duda, la referencia a la Naturaleza en la denominación de estos delitos tendrá una profunda repercusión en el derecho penal, la que –por el corto tiempo de vigencia de la ley– todavía no ha sido examinada exhaustivamente. No obstante, hay quienes consideran que en Ecuador la Naturaleza –en sí misma– estaría tutelada por el derecho penal, en razón de su *valor intrínseco* y no solamente como un recurso natural. Como se anota más adelante, esta interesante doctrina proviene de la Función Judicial.

De allí que la materia penal haya provisto un escenario en el que se refleja –con claridad– la diferencia constitucional entre la *protección* de un recurso natural (objeto) y el *respeto* a la naturaleza (sujeto). Aquélla es una tesis sustentada en el reconocimiento y garantía de los derechos constitucionales ambientales (derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado), de corte antropocéntrico; ésta es una tesis sustentada en los derechos constitucionales de la Naturaleza, de corte biocéntrico.

El Código Orgánico Integral Penal define a la infracción penal como una “conducta típica, antijurídica y culpable”.¹⁰ Una infracción penal, entonces, consiste en un acto u omisión descrita en la ley que, sin causa justa y con pleno conocimiento, pone en peligro o lesiona un bien jurídico protegido.¹¹ La ley ecuatoriana clasifica la infracción penal en delitos y contravenciones.¹²

En este marco, y bajo el título de *delitos contra el ambiente y la naturaleza*, el Código Orgánico Integral Penal tipifica infracciones contra la biodiversidad, los recursos naturales y la calidad ambiental. El maltrato animal también está tipificado, aunque no como delito sino como contravención. En este contexto; y para efectos de este artículo, nos remitiremos a aquellas conductas antijurídicas que atentan contra los ecosistemas, las especies silvestres y la diversidad genética. Así, la ley penal sanciona la invasión de áreas protegidas y ecosiste-

8 Ibídem. Artículo 1.

9 Sobre el tema: Echeverría, Hugo. Manual Sobre Derecho Penal Ambiental Ecuatoriano. Imprenta Noción. Quito, 2016. Página 44.

10 Ibídem. Artículo 18.

11 Ibídem. Artículos 22, 25, 29, 34.

12 Ibídem. Artículo 19.



mas frágiles;¹³ los incendios forestales¹⁴; el tráfico de especies silvestres amenazadas de extinción;¹⁵ y el acceso no autorizado a recursos genéticos.¹⁶

A la fecha, ya existen acciones penales por estos delitos, algunas de las cuales han sido juzgadas; e, incluso, se han expedido sentencias condenatorias. El elemento común de estas acciones ha sido la referencia que los jueces o tribunales de garantías penales han realizado a los derechos de la Naturaleza.

-
- 13 *Ibíd.* Artículo 245.- “Invasión de áreas de importancia ecológica.- La persona que invada las áreas del Sistema Nacional de Áreas Protegidas o ecosistemas frágiles, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. Se aplicará el máximo de la pena prevista cuando: 1. Como consecuencia de la invasión, se causen daños graves a la biodiversidad y recursos naturales. 2. Se promueva, financie o dirija la invasión aprovechándose de la gente con engaño o falsas promesas”.
- 14 *Ibíd.* Artículo 246.- “Incendios forestales y de vegetación. - La persona que provoque directa o indirectamente incendios o instigue la comisión de tales actos, en bosques nativos o plantados o páramos, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. Se exceptúan las quemas agrícolas o domésticas realizadas por las comunidades o pequeños agricultores dentro de su territorio. Si estas quemas se vuelven incontrolables y causan incendios forestales, la persona será sancionada por delito culposo con pena privativa de libertad de tres a seis meses. Si como consecuencia de este delito se produce la muerte de una o más personas, se sancionará con pena privativa de libertad de trece a dieciséis años”.
- 15 *Ibíd.* Artículo 247.- “Delitos contra la flora y fauna silvestres.- La persona que cace, pesque, capture, recolecte, extraiga, tenga, transporte, trafique, se beneficie, permute o comercialice, especímenes o sus partes, sus elementos constitutivos, productos y derivados, de flora o fauna silvestre terrestre, marina o acuática, de especies amenazadas, en peligro de extinción y migratorias, listadas a nivel nacional por la Autoridad Ambiental Nacional así como instrumentos o tratados internacionales ratificados por el Estado, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. Se aplicará el máximo de la pena prevista si concurre alguna de las siguientes circunstancias: 1. El hecho se cometa en período o zona de producción de semilla o de reproducción o de incubación, anidación, parto, crianza o crecimiento de las especies. 2. El hecho se realice dentro del Sistema Nacional de Áreas Protegidas. Se exceptúan de la presente disposición, únicamente la cacería, la pesca o captura por subsistencia, las prácticas de medicina tradicional, así como el uso y consumo doméstico de la madera realizada por las comunidades en sus territorios, cuyos fines no sean comerciales ni de lucro, los cuales deberán ser coordinados con la Autoridad Ambiental Nacional”.
- 16 *Ibíd.* Artículo 248.- “Delitos contra los recursos del patrimonio genético nacional. El atentado contra el patrimonio genético ecuatoriano constituye delito en los siguientes casos: 1. Acceso no autorizado: la persona que incumpliendo la normativa nacional acceda a recursos genéticos del patrimonio nacional que incluya o no componente intangible asociado, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años de prisión. La pena será agravada en un tercio si se demuestra que el acceso ha tenido finalidad comercial. 2. Erosión genética: la persona que con sus acciones u omisiones ingrese, reproduzca, trafique o comercialice organismos o material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional, que incluyan o no componente intangible asociado, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años, tomando en consideración el valor de los perjuicios causados. 3. Pérdida genética: la persona que con sus acciones u omisiones provoque pérdida del patrimonio genético nacional, que incluya o no componente intangible asociado será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años, tomando en consideración el valor de los perjuicios causados”.

Acciones penales por delitos contra la naturaleza

Para efectos de este artículo, se han seleccionado cuatro casos que corresponden a varias regiones naturales del país. El primero trata de un caso por tenencia de iguanas endémicas en Galápagos; el segundo, por incendio del páramo del Parque Nacional Cajas, en Azuay; el tercero, por cacería de pecarí de labio blanco en las orillas del río Napo, en Orellana; y, el cuarto, un reciente caso por transporte de tiburones en la Reserva Marina de Galápagos.

Tenencia de iguanas endémicas de Galápagos¹⁷

El 6 de septiembre del 2015, fue detenida una persona de nacionalidad extranjera en la ciudad de Puerto Ayora, a quien se le encontraron iguanas marinas y terrestres entre sus pertenencias. Según consta en la sentencia, el parte policial señaló:

“Al realizar un patrullaje preventivo por el lugar antes mencionado, se pudo divisar a un individuo con las mismas características mismo que estaba cargado una mochila de negra y un teléfono celular en su mano, en el interior de la mochila negra, al realizar el registro se encontró animales de vida silvestre que se encuentran protegidas y amenazadas en su extinción del ecosistema de las Islas Galápagos, como es: nueve (09) iguanas marinas neonatas (especie: *AMBLYRHYNCHUS CRISTATUS*) y dos iguanas terrestres juveniles (*CONOLOPHUS SUBCRISTATUS*)”.

El sospechoso fue puesto a órdenes de la autoridad judicial de Galápagos, ante la que se ejerció la acción penal por delito tipificado en el artículo 247 del Código Orgánico Integral Penal. El 13 de febrero de 2015 se dictó sentencia condenatoria de dos años de privación de la libertad, multa y reparación económica. Las iguanas estaban vivas, por lo que fueron devueltas a su hábitat natural, luego de un procedimiento cuarentenario. En la sentencia hay varias referencias al reconocimiento constitucional de la Naturaleza como sujeto de derechos, incluyendo la siguiente:

“Nuestra Constitución consagra en su exposición de motivos: “Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*”. El Art. 10, Inc. 2 de la Constitución establece: “La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución”. **Siendo un sujeto y bien jurídico protegido la NATURALEZA**, se garantiza en su favor los derechos establecidos en los Artículos: 71 a 74 *ibidem*”.

17 Consejo de la Judicatura. Consulta de procesos. No. 20332-2015-00616.



Incendio de páramo en el Parque Nacional Cajas¹⁸

El 13 de septiembre del 2015, tres personas ingresaron sin autorización al Parque Nacional Cajas, a la altura de la laguna de Sunincocha. En el lugar, uno de ellos tomó un fósforo; y, luego de encender un cigarrillo, lo lanzó al pajonal seco. Este acto provocó un incendio que se expandió rápidamente y afectó 199,1 hectáreas del frágil ecosistema, cuya restauración se estimó demoraría tres décadas.

El sospechoso fue detenido por la Policía y puesto a órdenes de la autoridad judicial de la provincia del Azuay ante la que se ejerció la acción penal por delito de incendio forestal y de vegetación, tipificado en el artículo 246 del Código Orgánico Integral Penal. El 9 de noviembre de 2015 se dictó sentencia condenatoria de un año de privación de la libertad, multa y reparación integral consistente en la colocación de señalética en el área protegida.

En la sentencia el juez estimó que la Naturaleza es el sujeto *“titular del bien jurídico tutelado por el derecho penal”*. Se trata de la primera interpretación penal de la Naturaleza como *sujeto pasivo* del delito de incendio forestal y vegetación; pues, hasta entonces, el sujeto pasivo de estos delitos había sido el ser humano.

Cacería de pecarí en el río Napo

El 14 de julio de 2016, dos personas fueron captadas en vídeo mientras daban muerte a varios especímenes de pecarí de labio blanco, a orillas del río Napo, en el sector de Nuevo Rocafuerte. Estas personas estaban navegando en una canoa; y, con machete y arma de fuego, dieron muerte a los animales: los animales recibieron impactos de bala y, además, sus hocicos fueron cercenados con machete para procurar su ahogamiento.

Tras la denuncia realizada por turistas que grabaron los hechos, se emprendió una búsqueda por el sector, encontrándose carne de pecarí faenada en los domicilios de los sospechosos y sus familiares. Además, el teléfono celular incautado a uno de los sospechosos contenía un vídeo en el que observó cómo las patas y las cabezas de los animales habían sido lanzadas al río. De las imágenes del celular también se identificó a uno de los sospechosos fotografiándose con los animales sacrificados, así como el lugar del faenamamiento.

18 Consejo de la Judicatura. Consulta de procesos. No. 01283-2015-05477.

Los sospechosos fueron detenidos por la Policía y puestos a órdenes de la autoridad judicial de la provincia de Orellana, ante la que se ejerció la acción penal por delito de cacería de fauna silvestre, tipificado en el artículo 247 del Código Orgánico Integral Penal. El 30 de agosto de 2016 se dictó sentencia condenatoria de tres y dos años de privación de la libertad, comiso, multa y reparación económica.

En la sentencia hay varias referencias al reconocimiento constitucional de la Naturaleza como sujeto de derechos; señalándose específicamente que la cacería de estos animales constituyó un “hecho atentatorio a los derechos de la Naturaleza”.

En tal virtud, el juez de la causa estimó que “con el accionar de los procesados se ha lesionado el *bien jurídico protegido* previsto en el Art. 71 de la Constitución de la República del Ecuador, que refiere a los derechos de la naturaleza”.

Transporte de tiburones en la Reserva Marina de Galápagos

El 12 de agosto de 2017, una embarcación de bandera extranjera fue detectada dentro de la Reserva Marina de Galápagos. Una vez interceptada y abordada por las autoridades marítimas y ambientales ecuatorianas, se encontró trescientas toneladas de pesca, almacenada en sus bodegas, incluyendo 6223 tiburones de varias especies amenazadas de extinción.

El capitán y la tripulación, junto con la embarcación y la pesca, fueron trasladados a Puerto Baquerizo Moreno, en la isla San Cristóbal, donde fueron puestos a órdenes de la Policía y de la autoridad judicial de la provincia de Galápagos, ante la que se ejerció la acción penal por delito de tenencia y transporte de fauna silvestre, tipificado en el artículo 247 del Código Orgánico Integral Penal. El 27 de agosto de 2017 se dictó sentencia condenatoria de cuatro, tres y un año de privación de la libertad (según el rol de cada persona a bordo de la embarcación), comiso, multa y reparación económica. La sentencia fue confirmada en apelación, aunque hubo variaciones en las penas aplicables.

En la sentencia hay varias referencias al reconocimiento constitucional la Naturaleza como sujeto de derechos; señalándose específicamente que:

“El bien jurídico afectado es la naturaleza o pacha mama, sujeto de derechos en lo que la Constitución lo determina y lo es, en el presente caso, pues la referida Carta Magna (sic), determina a la naturaleza como espacio vital donde se reproduce la vida, y debe respetarse integralmente su existencia, mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales y procesos evolutivos, siendo los tiburones martillo, silky, zorros y maku, encontrados en el buque especies protegidas que se



encontraron dentro del Sistema Nacional de Áreas Protegidas, como lo ha reconocido la Constitución en sus arts. 10, 71 y 70. Los tiburones al ser predadores naturales, estar en la cúspide de la cadena alimenticia y estar protegidos, permite la recuperación de los ecosistemas marinos, la estabilidad de los niveles poblacionales de especies en los niveles bajos de esta cadena así como equilibran el estado de los océanos”.

El análisis conjunto de estos casos nos lleva a concluir, al menos preliminarmente, que la Naturaleza –en sí misma– estaría tutelada por el derecho penal. Esto es interesante y ratifica lo que la doctrina más autorizada del Ecuador opina sobre este tema: en su Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Ernesto Albán señala:

“Juristas vinculados a los movimientos ecológicos han venido sosteniendo en los últimos años la posibilidad de reconocer a la naturaleza como titular, con autonomía, de ciertos derechos que podrían ser lesionados penalmente a través de delitos de destrucción de biosistemas, extinción de flora y fauna, etc. La Constitución vigente (Arts. 71 y 72), en esta línea, señala derechos de la naturaleza y en el Código se han tipificado ya delitos específicos contra el medio ambiente y la naturaleza (Arts. 245 y siguientes)”.¹⁹

Aspectos procesales

Los aspectos procesales aquí presentados se refieren a la representación judicial de la Naturaleza y a su restauración en el ámbito penal.

¿Quién defiende a la Naturaleza en juicios penales?


A diferencia de otras materias (como la constitucional o la civil) en las que cualquier persona u organización social puede ejercer las acciones legales para exigir el cumplimiento de los derechos de la Naturaleza; en materia penal esta situación no tiene una perspectiva clara.

En materia penal, el ejercicio de la acción pública corresponde a la Fiscalía. Se trata de un rol que la Constitución y la ley asignan específicamente a este órgano de la Función Judicial.²⁰ No obstante, la ley también prevé la posibilidad de que la *víctima* del delito participe en el proceso. Según la ley penal, víctima es quien ha sufrido daño a un bien jurídico.²¹ En este marco; y a diferencia de la legisla-

19 Albán, Ernesto. Manual de Derecho Penal ecuatoriano. Ediciones Legales. Quito, 2014. p. 152.

20 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 195.
Código Orgánico Integral Penal. Artículo 410.

21 Código Orgánico Integral Penal. Artículo 441.



ción procesal civil, el Código Orgánico Integral Penal no reconoce a la Naturaleza como *víctima* de delito. Por el contrario, la ley prevé que el Estado pueda constituirse en acusador particular cuando resulte afectado por una infracción;²² y, en tal virtud, la autoridad ambiental nacional ha comparecido como víctima de delitos contra la Naturaleza. Es decir, en estos años, la Naturaleza ha sido representada por el Estado, pero no por ciudadanos ni organizaciones sociales.

Cabe entonces, la pregunta: ¿pueden los ciudadanos o las organizaciones sociales actuar como acusadores particulares en casos penales por delitos contra la Naturaleza? La ley penal no es clara acerca del rol de los ciudadanos en esta materia: el artículo 441 numeral 7 del Código Orgánico Integral Penal considera como víctima a “cualquier persona que tenga *interés directo* en caso de aquellas infracciones que afecten intereses colectivos o difusos”.²³ Una primera lectura permitiría concluir que la disposición plantea un esquema abierto de representación judicial. No obstante, por definición, los intereses colectivos y los intereses difusos son distintos a los intereses directos. Éstos son individuales y determinados, mientras que aquéllos son grupales e indeterminados. Entonces ¿cómo exigir la demostración de un interés individual-directo en un caso relativo a intereses supraindividuales-difusos?

Esto nos lleva al dilema práctico de que la decisión acerca de la procedencia de una acusación particular ciudadana recaerá sobre el juez de la causa. Es decir, la posibilidad de que una persona u organización pueda comparecer como acusador particular no dependerá de la ley, sino de la interpretación que un juez realice de la ley, en cada caso. Esto es algo que, como quedó anotado, no ocurre ni en materia constitucional ni en materia civil, en la que la ley es clara: cualquier persona puede ejercer acciones legales en defensa de la Naturaleza.

La restauración: un reto por cumplir

El Código Orgánico Integral Penal prevé la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas afectados por el delito contra la Naturaleza.²⁴ Se trata de una obligación concomitante a la sanción penal.

Conforme quedó anotado, al menos en los casos analizados, la obligación de *restaurar* no fue aplicada. En estos casos se aplicaron mecanismos de *reparación integral* que comprenden restitución, rehabilitación e indemnización; y,

22 Ibidem. Artículo 441 num. 6.

23 Ibidem. Artículo 441 num. 7.

24 Ibidem. Artículo 257.



también, medidas de satisfacción y garantías de no repetición.²⁵ No obstante, estos mecanismos y medidas de reparación integral, de obligatoria aplicación, son distintas a la restauración que implica el retorno del ecosistema a su condición original.

Conclusiones

En diez años de vigencia de la Constitución, el derecho penal empieza a cumplir un rol en la tutela de los derechos de la Naturaleza. Este rol ha sido promovido por la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, que tipifica delitos contra la Naturaleza. En este marco, las primeras sentencias judiciales anuncian un importante rol del derecho penal en esta materia, particularmente en el ámbito del cuidado de los ecosistemas y las especies silvestres.

Las sentencias judiciales evidencian un esfuerzo por elevar el estándar jurídico en cuanto a la relación del ser humano con la Naturaleza, un estándar que trasciende la lógica de protección de un recurso natural hacia el respeto a la Naturaleza como sujeto de derechos constitucionales.

En el corto tiempo de vigencia de la legislación penal aplicable a nuestra materia, los jueces han realizado interesantes planteamientos acerca de la Naturaleza como sujeto pasivo del delito. Lo mismo puede decirse acerca del bien jurídico protegido. Por su relevancia, estos temas requieren de un análisis exhaustivo; y, por ende, se perfilan como una tarea ineludible para la doctrina jurídica nacional.

En cuanto a los aspectos procesales, es necesario examinar si el Código Orgánico Integral Penal está cumpliendo con la regla constitucional de legitimación abierta de la Naturaleza. La norma procesal que requiere demostración de interés directo debe ser contrastada con la regla constitucional que prescinde del interés directo. Lo propio en cuanto a la restauración, cuyos efectos son distintos a los de la reparación integral.

En el mundo jurídico, son pocos quienes creen que el derecho penal pueda llegar a ser efectivo a la hora de sancionar las infracciones contra el medio ambiente. Ante semejante escenario, cabe preguntarse si el derecho penal será efectivo en la sanción de infracciones contra la Naturaleza. El tiempo nos dará una respuesta. Por lo pronto, hay que recordar que, en los tres años de vigencia del Código Orgánico Integral Penal (con todas sus fortalezas y debilidades normativas), se han procesado más casos que en todos los años de vigencia de la

25 Ibídem. Artículo 78.

reforma penal ambiental incorporada al Código Penal de 1971 y que tipificaba estos delitos como infracciones al ambiente. Se trata de un importante indicador, que aporta esperanza a nuestra materia.

BIBLIOGRAFÍA

- Albán, Ernesto. Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Ediciones Legales. Quito, 2014.
- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449: 20/10/2008.
- Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial Suplemento No. 506: 22/05/2015.
- Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento No. 180: 10/02/2014.
- Melo, Mario. La exigibilidad de los derechos de la naturaleza, 2011 Disponible en <https://mariomelo.wordpress.com/2011/06/01/exigibilidad-judicial-de-los-derechos-de-la-naturaleza/>.
- Echeverría, Hugo. Manual sobre Derecho Penal Ambiental Ecuatoriano. Imprenta Noción. Quito, 2016.
- Consejo de la Judicatura. Consulta de procesos. No. 20332-2015-00616.
- Consejo de la Judicatura. Consulta de procesos. No. 01283-2015-05477.

UNA MIRADA A LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA DESDE EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Fred Larreátegui Fabara¹

Seguramente, uno de los ámbitos que debiera tener más repercusión en el campo del Derecho tras el reconocimiento constitucional de los Derechos de la Naturaleza, es aquel del Derecho Administrativo. Más aún, cuando la primera fuente de este Derecho es precisamente la Constitución, en sus facetas dogmática y orgánica.

Es la administración pública –entendida como Gobierno central y los respectivos Gobiernos Autónomos Descentralizados– la que debe enfrentar los efectos directos que se generan a partir de la problemática ambiental. La concesión de campos petroleros, de grandes extensiones para proyectos mineros, el otorgamiento de licencias ambientales, la aprobación de estudios de impacto ambiental, el trámite de servidumbres mineras son un pequeño ejemplo de los varios actos emanados de la Administración que a partir del nuevo marco constitucional ecuatoriano, en principio, deberían garantizar la efectiva vigencia de los derechos de la naturaleza y velar por su desarrollo y aplicación.

En gran medida, los derechos de la Naturaleza han servido para llenar los “considerandos” de varios de los actos administrativos y leyes que se emplean para poner en riesgo estos mismos derechos. Otra aplicación de los Derechos de la Naturaleza en la última década ha sido para que un buen grupo de funcionarios públicos, llenen sus discursos “ambientalistas” en foros de alto nivel internacional, como Asambleas de Naciones Unidas, Convenciones Internacionales, Cumbres relacionadas con el cambio climático, entre otras. Es decir, han servido de argumentario meramente discursivo para las denominadas “momias cocteleras” con un discurso “verde” que hace alarde del Ecuador como el primer país en el planeta Tierra en reconocer a la Naturaleza como un sujeto de derechos.

En definitiva, el hito de reconocer en la Constitución ecuatoriana los Derechos de la Naturaleza no ha sido aplicado de una manera concreta y sensata en el esquema jurídico del país. Se suponía que en base a este nuevo marco cons-

1 Abogado en libre ejercicio en Ecuador, miembro de varios colectivos de abogados por el ambiente. Contacto: fred.larreategui@gmail.com



titucional, se implementaría un proyecto de desarrollo en el que, de manera primordial, se respetaría a la Naturaleza así como los derechos de los pueblos y comunidades que viven en estrecha relación con ésta y que fueron el fundamento de su reconocimiento.

Por el contrario, a pesar de que se cuenta con este explícito reconocimiento,² con claros principios de aplicación de los derechos,³ con expresos derechos reconocidos a favor de los pueblos y nacionalidades, y con fundamentos que trazan claramente la forma jerárquica en la que se debe aplicar la Constitución,⁴ prácticamente nada se ha hecho para desarrollar la normativa –en particular administrativa– que garantice los derechos de la Naturaleza. Esto constituiría una alternativa para un desarrollo más justo y respetuoso con los pueblos, comunas, comunidades y nacionalidades indígenas, y en especial con las futuras generaciones.

Para profundizar lo referido, analizaremos en este texto, de manera sucinta, algunos ejemplos puntuales que denotan cómo la Administración Pública en ejercicio desde el 2007 hasta el 2017, en lugar de ampliar las posibilidades para que adquieran eficacia los Derechos de la Naturaleza, generó actos administrativos y normativos que contradicen o limitan su aplicación.

Conflictividad a partir de las competencias entre Gobiernos Autónomos Descentralizados (GAD) vs. Gobierno central

Aparte de los planteamientos formulados por organizaciones sociales y populares para alcanzar, entre otros, el reconocimiento de los Derechos de la Naturaleza en la Constitución de Montecristi, hubo una fuerte incidencia de algunos Gobiernos Descentralizados para desconcentrar varias de las actividades de la Administración Pública como una respuesta a décadas de un bi-centralismo en el Ecuador. Ciertas regiones, provincias y capitales reclamaron la necesidad de tomar sus propias decisiones en el marco de sus problemáticas y realidades particulares.

Así se dio paso a un régimen de Gobiernos Autónomos Descentralizados,⁵ que gozan, en el papel, de autonomía política, administrativa y financiera y que forman parte de un sistema nacional, obligatorio y progresivo, de competencias.

2 Ver los artículos 10 y del 71 al 74 de la Constitución de la República del Ecuador.

3 Ver el artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE).

4 Ver artículos 424 y siguientes CRE.

5 Ver artículos 238 y ss. de la CRE.

Estos distintos niveles de Gobierno tienen la capacidad legal de dictar actos administrativos encaminados al cumplimiento de sus objetivos y su planificación.

En términos generales, hay ciertas competencias que han sido reservadas de manera exclusiva para el Gobierno central –que eventualmente modifica su “política de desarrollo” cada cuatro años– y otras competencias que de manera exclusiva debe ejercer cada Gobierno Autónomo Descentralizado.

En consecuencia, para la extracción de recursos naturales no renovables –petróleo y minerales principalmente– se presenta cierta conflictividad respecto este régimen de competencias, ya que la obtención de estos recursos incide de manera agresiva y directa en el medio ambiente y en localidades que deben ser administradas por diferentes GAD. La consideración de esta competencia como exclusiva del Gobierno central desvirtúa y debilita en gran medida la capacidad de los GAD para la toma de decisiones y aplicación de sus planes y programas, más aun recordando la transversalidad que según la Constitución tiene el tema ambiental.⁶

Por ejemplo, conforme a la Constitución, se establecen responsabilidades propias para los diferentes niveles de Gobierno: Regionales Autónomos, Provinciales; Municipales y Gobiernos Parroquiales Rurales. Estos niveles de gobierno tienen funciones tales como: (i) planificación de manera articulada con los otros planes territoriales; (ii) gestionar el ordenamiento de cuencas hidrográficas; (iii) fomentar las actividades productivas regionales; (iv) la gestión ambiental provincial; (v) fomentar la actividad agropecuaria; (vi) fomentar las actividades productivas provinciales; (vii) ejercer el control sobre el uso y ocupación del suelo en el cantón; (viii) prestar los servicios públicos de agua potable, alcantarillado, depuración de aguas residuales, manejo de desechos sólidos, actividades de saneamiento ambiental; (ix) preservar, mantener y difundir el patrimonio arquitectónico, cultural y natural del cantón y construir los espacios públicos para estos fines; (x) delimitar, regular, autorizar y controlar el uso de las playas de mar, riberas y lechos de ríos, lagos y lagunas, competencias todas estas que tienen como uno de sus ejes principales a los recursos naturales y al ambiente.

En este ejercicio de su autonomía algunos cantones del Ecuador han dictado Ordenanzas Municipales⁷ que determinan la importancia y la necesidad de conservar y mantener el patrimonio natural y cultural de las respectivas jurisdicciones, la cantidad y la calidad del agua, la calidad del suelo, los remanentes de bosques

6 Art. 395.2 de la CRE.

7 Como ejemplo se puede analizar la Ordenanza Metropolitana de Quito No. 137 de 1 de septiembre de 2016.



naturales, la diversidad de los sistemas naturales, todo esto ligado a la necesidad de sustentar la soberanía alimentaria para las actuales y futuras generaciones.

Sin embargo de la existencia de estas Ordenanzas –sin que el Municipio de Quito sea el único caso– éstas aparentemente no han sido suficientes para ejercer controles ambientales en el ámbito de sus competencias frente a la embestida minera a la que se enfrenta el Ecuador desde hace nueve años y que en sus fases iniciales de exploración ya va generando conflictos.

Cambio de normativa ambiental y seguridad jurídica

Tomando como ejemplo el ámbito minero, existen ejemplos varios de cómo, en los últimos años, se ha modificado el marco normativo ecuatoriano para ablandar los controles y facilitar la incursión de estas actividades en nuestro país.

La Ley de Minería de 2009, que ha sido uno de los cuerpos legales que ha sido objeto una importante cantidad de reformas –siete modificaciones en siete años–⁸ las mismas que, desde luego, no han estado direccionadas para ampliar o garantizar la aplicación y vigencia de los Derechos de la Naturaleza sino, por el contrario, se han destinado a implementar con mayor agresividad la minería en el Ecuador y para facilitar la entrada de las empresas transnacionales mineras. Incluso, en ciertos casos estas reiteradas reformas parecerían haber sido elaboradas con la directa participación y beneplácito de las mismas empresas mineras, pero excluyendo por ejemplo, a los propios GAD que en última instancia son los que en el futuro deberán afrontar las consecuencias de los impactos mineros.

La ‘técnica legislativa’ mediante la cual únicamente se enuncian en la Ley principios rectores de aplicación, organización institucional, atribuciones, ha permitido que en el campo minero, las entidades de la Administración central –como el Ministerio del Ambiente (MAE), la Agencia de Regulación y Control Minero (ARCOM), el Ministerio de Hidrocarburos, Minería– tengan una amplia potestad reglamentaria ulterior, lo que evidentemente afecta a la seguridad jurídica en nuestro país.

Para dar mayor flexibilidad a la Administración del Gobierno central, se han modificado algunos preceptos que constaban en la Ley a fin de ser regulados únicamente por disposiciones de carácter “normativo ambiental”, es decir, que ciertas garantías y procedimientos ya no constan en la Ley, sino en una norma-

8 La Ley se publica en enero de 2009 y es reformada en fechas: 24-nov-2011; 16-jul-2013; 10-feb-2014; 12-sep-2014; 29-dic-2014; 18-dic-2015; y, 29-abr-2016.

tiva secundaria que puede ser dictada y modificada por un Ministro de Estado o por otra autoridad administrativa delegada.

En este sentido se puede mencionar, como ejemplo, determinada normativa de carácter administrativo que vulnera los derechos de la Naturaleza, como aquella contenida en los artículos 86 y 136 del Reglamento Ambiental de Actividades Mineras, dictado por el Ministro del Ambiente;⁹ o, aquella normativa administrativa dictada por la ARCOM que vulneró derechos fundamentales como la seguridad jurídica y el debido proceso, que estaban contenidos en la recientemente derogada Resolución N° 043-DIR-ARCOM-2015 del 29 de junio de 2015.¹⁰

Otra clara manifestación de lo aquí expresado es la primera disposición transitoria de la “Ley Orgánica Reformativa a la Ley de Minería, a la Ley Reformativa para la Equidad Tributaria en el Ecuador y a la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno” de 16 de julio de 2013, que determina que:

“Las normas aplicables en materia minera respecto de los procedimientos y procesos de otorgamiento, conservación y extinción de derechos mineros, así como también, los atinentes a interacciones, amparos administrativos, oposiciones, invasiones, servidumbres, caducidades, nulidades, actos cautelares, suspensiones temporales o clausuras de actividades, multas, incrementos de volúmenes de producción, revocatoria de permisos, procesos de formalización, cambios de modalidad concesional, de jurisdicción y competencia administrativa, del Ministerio Sectorial y de la Agencia de Regulación y Control Minero, se harán constar en el Reglamento General de esta Ley y en la normativa que establezca la Agencia.”

El desviar del procedimiento administrativo común a estos actos y dedicarles una normativa ajustada a sus intereses evidentemente genera dispersión normativa y afecta la seguridad jurídica de los pueblos, nacionalidades, de los ciudadanos en general y de la Naturaleza.

Otra muestra de esta inseguridad jurídica se presenta en las mencionadas reformas de 2013. En esta oportunidad se reformó el artículo 26 de la Ley de Minería, reduciendo la cantidad de actos administrativos previos que se requerían para el inicio de las actividades mineras. Inicialmente existían diez actos administrativos previos¹¹ entre los cuales se consideraba expresamente con la

9 Para referencia, ver Acción Pública de Inconstitucionalidad presentada el 30 de junio de 2017, Número 0032-17-IN que se sustancia desde dicha fecha ante la Corte Constitucional.

10 Para referencia, ver Acción Pública de Inconstitucionalidad presentada el 09 de noviembre de 2015, Número 0093-15-IN, Sentencia No. 009-18-SIN-CC de 16 de mayo de 2018.

11 Los actos administrativos previos inicialmente con la Ley de 2009 eran: aprobación de Estudio de Impacto Ambiental y el informe sobre la afectación a áreas protegidas por el MAE; del Concejo Municipal, dentro de zonas urbanas y de acuerdo con el ordenamiento territorial y la planificación del desarrollo económico social cantonal; del MTOP y del Consejo



participación de los GAD Municipales. Con la reforma de julio de 2013, quedaron en vigencia únicamente dos, a saber: la licencia ambiental debidamente otorgada por un lado, y el acto administrativo, motivado y favorable, respecto a la eventual afectación a cuerpos de agua superficial y/o subterránea y el cumplimiento al orden de prelación sobre el derecho al acceso al agua.

Como se ha dicho, esta reforma eliminó la competencia de los Gobiernos Municipales con relación a la obligación que tenían de emitir un acto administrativo que guarde concordancia entre un proyecto minero y la planificación del desarrollo económico social cantonal. Desde luego, es otra faceta de la problemática competencial que se trató en el acápite precedente.

Así, con las reformas en diversos cuerpos normativos, se han modificado las reglas del juego a favor de la minería en el campo administrativo y se ha ajustado un procedimiento administrativo a la medida de sus intereses. Esto ha generado una eventual multiplicidad de procedimientos administrativos, dispersión normativa y posibles afectaciones a derechos fundamentales, como la seguridad jurídica, el derecho a la defensa y el debido proceso.¹²

El 7 de julio de 2017 se publicó el Código Orgánico Administrativo,¹³ el cual, en ninguno de sus artículos hace referencia al reconocimiento constitucional de los Derechos de la Naturaleza en Ecuador y, evidentemente, ningún énfasis por desarrollar estos derechos.

No se debe olvidar que toda esta actividad jurídica emanada de la Administración, debe siempre guardar coherencia y concordancia con las normas y garantías constitucionales y deben estar encaminadas a la protección de los intereses colectivos y generales, en el marco de un Estado Constitucional de Derechos y de Justicia.

Responsabilidad de la Administración Pública y sometimiento a garantías fundamentales

Tras la entrada en vigor de la Constitución de Montecristi, todos los actos que emanan de la Administración Pública deben someterse, como ya se ha dicho,

Provincial respecto a vías y caminos; Secretaría Nacional de Telecomunicaciones; Ministerio de Defensa; autoridad única del Agua; Dirección Nacional de Hidrocarburos; Dirección de Aviación Civil; Ministerio de Electricidad y Energías Renovables y del Instituto Nacional de Patrimonio Cultural, respecto los ámbitos de sus correspondientes competencias.

12 Por ejemplo, ver Acción de Inconstitucionalidad N° 0093-15-IN contra artículos de la Resolución No. 043-DIR-ARCOM-2015, referida anteriormente.

13 Registro Oficial Suplemento No. 31 publicado el día 7 de julio de 2017, y que según la Disposición Final, entrará en vigencia en un año a partir de su publicación.

a la supremacía constitucional y a las garantías básicas como la del debido proceso, la de motivación y, en particular, sus artículos 11, 66, 76, 424 y siguientes, aplicando criterios de objetividad, eficacia, eficiencia, juridicidad, control y responsabilidad.

En este sentido se debe enfatizar que Ecuador, a partir del 2008, está obligado a implementar un sistema garantista de derechos que, en palabras de Rodolfo Moreno Cruz, significa que funciona “(s)uperando la tradición de la primacía de lo político sobre lo jurídico, el Estado de derecho garantista se propone invertir los papeles: el derecho ya no es más un instrumento de la política; ahora al contrario la política deberá ser un instrumento del Derecho, sometida en todos los casos a los vínculos normativos constitucionales”.¹⁴

Sin embargo, aun con la existencia de normas constitucionales claras, las administraciones públicas encargadas del ámbito minero y ambiental, en ciertas ocasiones, han hecho caso omiso de tal régimen de garantías, sin observar ni garantizar plenamente el respeto de los derechos de protección y de libertad consagrados en la Constitución del Ecuador.

Tomando el caso de la consulta previa y de la consulta ambiental consagrada en los Arts. 57.7 y 398 de la Constitución respectivamente, se debe destacar la no aplicación de manera directa, por medio de actos administrativos y potestades reglamentarias, de estos derechos que se encuentran expresamente garantizados por el marco constitucional.

El artículo 398 de la Constitución establece que:

“Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente **deberá ser consultada a la comunidad**, a la cual se informará **amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado.** La ley regulará la **consulta previa**, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta.

El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley.”

[Negrilla fuera de texto]

14 Moreno Cruz Rodolfo. “El Modelo Garantista de Luigi Ferrajoli”. Biblioteca virtual de la UNAM. México. p. 829.



Todas estas actividades de consulta previa a las comunidades, de manera amplia y oportuna, las debe realizar el Estado y no las empresas mineras. La implementación y cumplimiento de estas obligaciones se deben llevar a cabo para permitir a las y los ciudadanos ejercer su derecho a ser debida y previamente informados del tipo de actividad, decisión o autorización que podría afectar su entorno.

Ante lo indicado, no se debe soslayar la existencia de una norma constitucional expresa que determina que no se puede alegar falta de ley o desconocimiento de normas, el momento de dictar actos administrativos, como son las concesiones mineras o petroleras, y así justificar vulneración de derechos y garantías constitucionales. Así, el Estado ecuatoriano está obligado a aplicar los procedimientos adecuados para el correcto ejercicio del derecho a la consulta previa y ambiental, las cuales incluso deben ser garantizadas por medio de una Ley y no de normativa de jerarquía inferior.

Conclusiones

El reconocimiento de los Derechos de la Naturaleza no ha trascendido de una manera positiva en el resto del ordenamiento jurídico ecuatoriano, considerando que en el campo del Derecho Administrativo este reconocimiento tiene una importancia fundamental. A pesar de la retórica política, de la planificación estatal y de la abundante reforma legal “como el reciente Código Orgánico del Ambiente” y demás normativa, no se ha desarrollado la aplicación de los Derechos de la Naturaleza en el Ecuador.

La idea de proteger a la naturaleza y al medio ambiente por medio del reconocimiento de los Derechos de la Naturaleza implica la descentralización y desconcentración de competencias a favor de los Gobiernos locales que son los que mantienen proximidad con los habitantes de un determinado territorio. Si bien existió este ánimo, en poco tiempo las reformas legales han mermado tales objetivos.

La reiterada urgencia económica del país ha llevado a que se concesionen enormes cantidades del territorio ecuatoriano a la minería y que se continúe con la extracción petrolera, en un marco constitucional que incluye los derechos de la naturaleza. Este ánimo neo-extractivista ha devenido en constantes reformas legales y reglamentarias cuya coherencia con los derechos, reglas y principios constitucionales deja mucho que desear.

El Derecho Administrativo debería ser una de las principales herramientas para el desarrollo y la aplicación de los Derechos de la Naturaleza, pero es preocu-

pante que tras diez años de su vigencia, nada se haya avanzado hacia el pleno reconocimiento de tales derechos en nuestro país. Prácticamente ningún estamento jurídico o administrativo ha visto la necesidad o la importancia de impulsar estos derechos como una vía para plantear un tipo de desarrollo que no comprometa los recursos naturales como el agua, la alimentación, el suelo fértil, la biodiversidad para las futuras generaciones.

BIBLIOGRAFÍA

a. Fuentes Normativas

- Constitución de la República del Ecuador
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional
- Ley de Minería y posteriores reformas.
- Ley Orgánica Reformatoria a la Ley de Minería, a la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador y a la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno.
- Código Orgánico Administrativo.
- Resolución No. 043-DIR-ARCOM-2015 de la Agencia de Regulación y Control Minero.
- Ordenanza Metropolitana de Quito No. 137 de 1 de septiembre de 2016.

b. Referencias Judiciales

- Acción de Inconstitucionalidad N° 0093-15-IN
- Acción Pública de Inconstitucionalidad N° 0032-17-IN

c. Referencias bibliográficas

Moreno Cruz, Rodolfo. "El Modelo Garantista de Luigi Ferrajoli". Biblioteca virtual de la UNAM. México. p. 829.

DERECHOS DE LA NATURALEZA: ANÁLISIS CRÍTICO DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Francisco Bustamante Romo Leroux¹

Mucho se ha hablado sobre los derechos de la naturaleza² desde la entrada en vigencia de la Constitución de Montecristi en el año 2008. Una de las principales discusiones, proveniente en su mayoría de abogados, continúa siendo que sólo las personas naturales y jurídicas son capaces de adquirir derechos y obligaciones; siendo imposible que la naturaleza, o sus componentes, puedan actuar como tal.

Aunque esta discusión debiera ser superada, en tanto la Constitución así lo determina³, el reconocimiento de derechos a la naturaleza ha generado más dudas que certezas respecto a su implementación y eficacia.

Alimentando a esta discusión, por una parte, tenemos la falta de normatividad en relación a los derechos de la naturaleza, en la medida que no ha permitido aportar a la construcción de su contenido, como una guía u orientación legal de cómo éstos deben ser interpretados por las autoridades públicas. El Código Orgánico del Ambiente únicamente repite lo señalado por la Constitución, más no desarrolla su contenido⁴. En cambio, esto no sucede con el derecho

1 Docente universitario. Miembro de varios colectivos sobre derechos ambiental en el Ecuador. Contacto: fjbustamante81@gmail.com

2 Constitución de la República, artículo 71.-“La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema”. Art. 72.-“La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados”.

3 Ibídem, artículo 10.- Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.
La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.

4 Código Orgánico del Ambiente, artículo 6.- Derechos de la naturaleza. “Son derechos de la naturaleza los reconocidos en la Constitución, los cuales abarcan el respeto integral de su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos, así como la restauración. Para la garantía del ejercicio de sus derechos,



al ambiente sano, el cual se encuentra detallado en el artículo 5 del Código Orgánico del Ambiente.

Además, queda la duda de cómo los derechos reconocidos en favor de la naturaleza, se engranan con la política pública de carácter extractivista, profundizada durante los diez años del Gobierno del expresidente Rafael Correa, como fuente de obtención de recursos económicos; y que, al parecer, continuará como política gubernamental principal dentro del mandato del Presidente actual.

Es allí cuando aparece la importancia de construir jurisprudencia constitucional para la eficacia de los derechos de la naturaleza pues, los jueces constitucionales deben aplicarlos, a pesar de que no existen normas jurídicas que le orienten o le sirvan de guía para su implementación.⁵ Ante esta carencia, el juez constitucional deberá efectuar una argumentación construida con base en los principios y valores constitucionales, como una fuente importante de derecho en el país.

El presente ensayo tiene como objeto, en un primer momento, introducir al lector en la labor del juez constitucional en cuanto al desarrollo y protección de los derechos constitucionales en general, y en particular los de la naturaleza; en lo posterior contrastaré la labor y diligencia jurisdiccional en los fallos de primera y segunda instancia expedidos dentro de la acción de protección incoada en contra del proyecto minero Mirador, que son fallos que reducen la eficacia de los derechos de la naturaleza.⁶

De igual modo, este contraste permitirá concluir entre otras cosas, cómo estos derechos han sido entendidos por el juez constitucional y a partir de ello, brindar conclusiones, criterios y cuestionamientos que permitan fortalecer la discusión hacia una protección eficaz de los derechos de la naturaleza.

en la planificación y el ordenamiento territorial se incorporarán criterios ambientales territoriales en virtud de los ecosistemas. La Autoridad Ambiental Nacional definirá los criterios ambientales territoriales y desarrollará los lineamientos técnicos sobre los ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos de la naturaleza”.

5 Constitución de la República, artículo 11.3. “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte ()No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento”.

6 Para efectos del siguiente análisis, se consideraron únicamente las sentencias dictadas en primer y segundo nivel en la sustanciación de la acción de protección presentada en contra del Proyecto Mirador, dado que los accionantes no presentaron acción extraordinaria de protección.

La labor del juez constitucional dentro de procesos de garantías jurisdiccionales

Para poder explicar de mejor manera la función del juez constitucional dentro del Estado Constitucional de Derechos y Justicia,⁷ es necesario señalar que la obligación principal que tiene el Estado con sus ciudadanos, y ahora la naturaleza, es el respetar y hacer respetar los derechos consagrados en el texto constitucional, como su más alto deber.⁸

Primero es necesario considerar que, a diferencia del Estado de Derecho, la ley no es la fuente más importante del ordenamiento jurídico, bajo el nuevo modelo adoptado, la Constitución asegura ser la norma suprema que define y consagra los derechos constitucionales además de cumplir su rol de limitador del poder de turno.

Un ejemplo de ello es la eficacia de la norma constitucional pues ésta debe ser aplicada de forma directa e inmediata por cualquier servidor público en el ejercicio de sus funciones, aunque para tal efecto no existan disposiciones infra constitucionales que determinen cómo los derechos deben ser protegidos o entendidos. Es decir, los operadores de justicia no pueden argumentar falta de ley para dejar de proteger los derechos constitucionales, pues los mismos, incluidos los de la naturaleza, son plenamente justiciables.⁹

7 La Corte Constitucional, en su jurisprudencia vinculante n° 001-10-PJO-CC, publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial n° 351 de 29 de diciembre de 2010, determinó respecto a lo que implica un Estado Constitucional en lo principal: "Tres son los efectos esenciales que trae consigo el Estado Constitucional () a) El reconocimiento de la Constitución como norma vinculante, valores, principios y reglas constitucionales; b) El tránsito de un juez mecánico aplicador de reglas a un juez garante de la democracia constitucional y de los contenidos axiológicos previstos en la Constitución; y, c) La existencia de garantías jurisdiccionales vinculantes, adecuadas y eficaces para la protección de todos los derechos constitucionales. Son estos los elementos sustanciales que justifican la razón de ser del Estado Constitucional de Derechos, y precisamente por ello, se constituyen en los avances más notables e importantes que refleja la Constitución de Montecristi en relación a la Constitución de 1998. Muestra de ello es el tránsito de garantías constitucionales extremadamente formales, meramente cautelares, legalistas, con un ámbito material de protección reducido a la justiciabilidad de derechos civiles y políticos, a garantías jurisdiccionales de conocimiento, libres de formalidades desde su activación, y lo más importante, protectoras y reparadoras de todos los derechos constitucionales".

8 Constitución de la República, artículo 11, numeral 9. "El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución".

9 Ídem, numeral 3. "Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento".



Además de ser todos los derechos constitucionales justiciables, también son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.¹⁰ Esto implica que los derechos constitucionales, incluidos los de la naturaleza, no pueden ser sujeto de renuncia, ni ser divididos u otorgarles el carácter de transigibles y todos se encuentran relacionados entre sí. Así mismo, al ser todos los derechos de igual jerarquía, conlleva a que el juez constitucional deba argumentar de manera amplia y suficiente el porqué de la limitación efectuada a un derecho en beneficio de otro.¹¹ De esta forma, el juez constitucional deberá aplicar los principios referidos al momento de resolver un caso en el que los derechos de la naturaleza entren en conflicto con el ejercicio de otros derechos, por ejemplo, el derecho al trabajo.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha señalado con respecto al rol del juez dentro del Estado Constitucional de Derechos lo siguiente:

“En este punto sobra recordar que la nueva corriente del constitucionalismo, en la que el Ecuador está inmerso, cuestiona la posición del juez como un simple “director del proceso” o espectador, pues mira al juzgador avocado al activismo judicial en miras a precautelar los derechos constitucionales, cumpliendo un rol proactivo durante la sustanciación de las garantías jurisdiccionales de los derechos, comprometido en alcanzar una verdadera justicia, tomando el ordenamiento jurídico y la realidad social como su fundamento”.¹²

Este criterio ha sido ratificado en varios fallos emitidos por el máximo organismo de justicia en la materia, haciendo una relación entre el Estado Constitucional de Derechos y el juez dentro de la sustanciación de garantías jurisdiccionales:

“El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, esto implica, entre otras cosas, el sometimiento de toda autoridad, función, ley, reglamento, o acto, a la Constitución de la República. La presencia del constitucionalismo procura perfeccionar al Estado de derecho, sometiendo todo poder –legislativo y ejecutivo– a la Constitución, es decir, apela a la constitucionalidad y no a la legalidad; vale decir que coloca a la jurisdicción constitucional como garante y de última instancia de cualquier materia jurídica a evaluar y decidir vicisitudes de una nueva realidad jurídica, política, económica y social. Bajo esas características, el constitucionalismo ecuatoriano incorpora contenidos materiales o sustanciales vinculantes dentro de la Constitución de la República. En otras palabras, el Derecho ha adquirido una fuerte carga axiológica; se ha rematerializado, inspirado por una supremacía distinta de valores. Este nuevo orden constitucional le

10 Ídem, numeral 6. “Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”.

11 Este ejemplo se podrá advertir con mayor facilidad al momento del análisis de la jurisprudencia del caso mirador, desarrollada en párrafos posteriores.

12 Corte Constitucional del Ecuador, sentencia n° 102-13-SEP-CC, caso n° 0380-10-EP.

permite al juez constitucional pensar, sentir, argumentar, interpretar, evaluar, comparar y ponderar respecto al caso concreto, a fin de que la decisión sea aceptable en derecho y justicia...¹³ (El subrayado es mío)".

Con fundamento en lo anotado, queda claro que el juez constitucional, al tener que aplicar normas de forma directa, deja de realizar ejercicios de subsunción de hechos a normas, sino que debe efectuar una interpretación de las mismas a la luz de los demás derechos, principios y valores consagrados en el texto constitucional, incluida la justicia.¹⁴

Consiguientemente, al no tener que definir, por ejemplo, qué se entiende por respeto integral a la existencia de la naturaleza, el juez deberá realizar una interpretación sistemática de la Constitución; además de aplicar los ya referidos principios y valores, para construir una verdadera argumentación jurídica constitucional, dotando de eficacia a los derechos; en otras palabras, tendría que definir qué se debe entender por respeto integral.

Así mismo, es importante señalar que, dentro de la labor proactiva de los jueces en el Estado Constitucional de Derechos,

"Corresponde () determinar, caso a caso, en qué circunstancias se encuentran ante una vulneración de derechos como tal, por existir una afectación de su contenido; y en que (sic) circunstancias, el caso puesto a su conocimiento se refiere a un tema de legalidad, que tiene otras vías idóneas para ser resuelto (...) el papel de los jueces constitucionales es fundamental para la protección de derechos constitucionales, en el sentido de que se constituyen en los actores protagónicos del respeto de la Constitución. Consecuentemente, los jueces constitucionales no deben desnaturalizar el sentido de la acción de protección, rechazando la garantía sin previo haber realizado una verificación real de la vulneración de derechos constitucionales, ni mucho menos sustentar tal negativa en la existencia de otras vías para que el accionante formule su acción, sin previamente fundamentar las razones de su conclusión intelectual, tomando como fundamento principal la protección de derechos constitucionales"¹⁵ (El subrayado es mío).

Conforme lo expuesto por la Corte Constitucional en su fallo, al conocer y resolver sobre una garantía jurisdiccional, los jueces constitucionales deben efectuar un análisis del fondo del asunto que permita determinar con certeza¹⁶ si ha existido vulneración de derechos, encontrándose facultados para

13 Corte Constitucional del Ecuador, sentencia n° 115-14-SEP-CC, caso n° 1683-12-EP,

14 Ver Montaña Juan y Pazmiño Patricio, Algunas consideraciones del nuevo modelo constitucional ecuatoriano en Manual de Justicia Constitucional, Benavides Jorge y Escudero Jhoel coords, Corte Constitucional del Ecuador, 2013.

15 Corte Constitucional del Ecuador, sentencia n° 175-14-SEP-CC, caso n° 1826-12-EP.

16 A excepción de las medidas cautelares que no requieren de comprobación para ser concedidas.



realizar las diligencias que consideren necesarias para verificar si dicha vulneración se ha producido.

Así pues, por ejemplo, el juez constitucional debería disponer que se efectúen todas las diligencias que considere necesarias, tales como trasladarse al lugar de los hechos para verificar la afectación ambiental (y así la vulneración), además de poder solicitar ayuda de peritos calificados en la materia. Sólo una vez que se ha analizado debidamente la presunta vulneración de derechos señalará si efectivamente ocurrió o no tal vulneración.¹⁷

No está demás señalar que, en el caso de constatar que efectivamente se ha vulnerado un derecho, el juez deberá ordenar medidas de reparación integral, adecuadas y pertinentes a la vulneración acaecida.¹⁸ No obstante, su labor no se limita exclusivamente a ordenar dichas medidas de reparación integral, sino que tiene la obligación de velar por su cumplimiento en conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.¹⁹

En síntesis, podemos decir que el juez constitucional no es un mero aplicador de normas jurídicas. Tampoco es un ser estático que realiza solamente subsunciones de hechos a normas. Se destaca entonces el papel de la jurisprudencia constitucional y en especial del juez que conoce un caso de garantías jurisdiccionales quien debe, por sobre todas las cosas, velar por la protección de los derechos utilizando para el efecto todos los medios que considere pertinentes. Por lo tanto, al momento de decidir un caso donde existe choque o disputa de derechos (ejemplo, derechos de la naturaleza vs. derecho al trabajo), el juez tiene la obligación de motivar su fallo en el sentido de dotar de suficiente argumentación para entender las razones que le llevaron a beneficiar un derecho constitucional, en detrimento de otro.

17 Existen algunas excepciones, por ejemplo en la acción de protección, en caso que esta sea presentada en contra de una decisión emanada del Consejo Nacional Electoral o se la presenta contra una sentencia judicial. Sólo en estos casos la acción de protección es objeto de inadmisibilidad, y por tanto no será objeto de análisis de fondo.

18 Corte Constitucional del Ecuador, sentencia n°175-14-SEP-CC, caso n°1826-12-EP " En tal virtud, los jueces constitucionales, en las sentencias que emitan, conforme lo dispuesto en el artículo 86 numeral 3 de la Constitución, se encuentran en la obligación que en los casos en los cuales determinen la vulneración de derechos constitucionales, ordenen la reparación integral, material e inmaterial, especificando e individualizando las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias que deben cumplirse..."

19 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 21.- La jueza o juez deberá emplear todos los medios que sean adecuados y pertinentes para que se ejecute la sentencia o el acuerdo reparatorio, incluso podrá disponer la intervención de la Policía Nacional. Durante esta fase de cumplimiento, la jueza o juez podrá expedir autos para ejecutar integralmente la sentencia e incluso podrá evaluar el impacto de las medidas de reparación en las víctimas y sus familiares; de ser necesario, podrá modificar las medidas.

De este modo el juez constitucional se convierte en el mayor garante de la protección y eficacia de los derechos constitucionales, para lo cual debe empoderarse de su nuevo rol, de acuerdo al marco constitucional establecido a partir del año 2008.

A continuación se analizará la actuación de los jueces constitucionales que conocieron y resolvieron la acción de protección presentada en contra del proyecto minero Mirador, a la luz de los principios constitucionales y las jurisprudencias expuestas.

Caso de Estudio: Acción de Protección en contra del Proyecto minero Mirador

Antecedentes generales del proyecto minero

El Proyecto minero Mirador se encuentra ubicado en la provincia de Zamora Chinchipe, y se realizará a cielo abierto y a gran escala. Los estudios indican que el proyecto tiene importantes reservas de cobre, plata y oro para el desarrollo de la industria y la generación de recursos para el país. El proyecto se encuentra en fase de explotación –construcción de la mina– y cuenta con una duración de vida de 27 años desde el inicio de la producción.²⁰

Cabe señalar que, de acuerdo al contenido de la sentencia de primera instancia²¹, este proyecto minero a cielo abierto y a gran escala

“Se encuentra en la cordillera del Cóndor, una formación montañosa aislada de la cadena oriental de los Andes, en un bosque siempre verde, clasificado como un bosque húmedo tropical, donde se halla un ecosistema frágil que posee una alta biodiversidad de especies faunísticas, según afirma Walsh, y que según conservación internacional en los años 90 priorizó a esta cordillera como un área entre las primeras de acuerdo a su potencial importancia para la conservación de la biodiversidad. De los estudios realizados por Walsh en el año 2010, reconoce que la cordillera del Cóndor tiene con certeza una de las concentraciones más altas de especies de plantas vasculares aún desconocidas científicamente, estimando que la flora de la cordillera del Cóndor excede las 4 000 especies de esta clase de plantas y que según el estudio se registró 6 especies vegetales endémicas concluyendo que el bosque del área está en un buen estado de conservación, contando con una diversidad alta () En cuanto a la fauna esta cordillera alberga una alta diversidad biológica de reconocida importancia local y global, que constituye el hábi-

20 Tomado de <https://drive.google.com/file/d/0B9t02UvtK83SVjBnMlpRcnJYNkk/view>, 05 de diciembre de 2017.

21 Sentencia obtenida de <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>



tat de especies endémicas y amenazadas del Ecuador y Perú, pues en el año 2000 el Ministerio del Ambiente ya determina que la cordillera del Cóndor no solo presenta una alta riqueza de especies, sino que tiene índices de endemismo bien significativos, constata con respecto a los anfibios y reptiles que existe una fuerte tendencia a la extinción y que sería catastrófico ya que, existen especies que son únicas, y que por esta razón, el Ministerio del Ambiente ha recomendado iniciar un programa de monitoreo de especies de anfibios que son desconocidos para la ciencia; y, que de haber explotación aurífera se recomienda extrema protección de los afluentes menores, ya que allí se producen muchas especies de anfibios (), respecto de los ecosistemas de agua dulce la mencionada empresa determina que es de gran importancia debido a la existencia de una inmensa red hidrográfica que podría verse afectada por la actividad minera en especial la artesanal, que albergan a una gran diversidad acuática que todavía no ha sido investigada y que su conservación ayudará a mantener la calidad y cantidad de agua que es de vital importancia para todos los procesos biológicos y socio económicos de la zona..."

Conforme se desprende de la sentencia, los accionantes han descrito a la zona del proyecto como un ecosistema frágil; zona poblada de especies de flora y fauna endémicas, algunas de ellas amenazadas; y que, por falta de investigación, no se cuenta con información suficiente y precisa sobre el total de las especies que se podrían encontrar allí.

También los accionantes se refirieron, de acuerdo al propio estudio de impacto ambiental (EIA), a la importancia de las fuentes de agua ubicadas en el sector, las mismas que forman parte de una gran red hidrográfica; por este motivo advierten que una afectación a cualquiera de ellas, implicaría también la generación de efectos adversos sobre los ecosistemas de las demás.

Antecedentes procesales y de hecho

Con fecha 15 de enero de 2013 los accionantes²² presentaron una acción de protección en contra del Ministro de Recursos Naturales No Renovables, la Ministra de Ambiente y el apoderado de la empresa minera, solicitando al juez constitucional declare a la concesión minera, al contrato de explotación y a la licencia ambiental, expedidos para el funcionamiento de la actividad, como ac-

22 Los accionantes. conforme se desprende del sistema de la función judicial, fueron: Arpi Bermeo Abel Marcelino, Tentdentza Antun José Isidro, Arcentales Chamba José Efraín, Kayap Sharup Luis Martin, Itjtiat Yuu Angel Sergio, Cholango Tipanluisa Manuel Humberto - Presidente de la Conaie, Tenesaca Caguana José Delfín - Presidente de Ecuarunari, Viteri Gualinga Franco Tulio - Presidente de Confeniae, Monge Yoder Hermana Elsie - Directora Ejecutiva de la Comisión Ecuménica de Derechos Humanos, Almeida Albuja Nely Alexandra - Presidenta de la Corporación Acción Ecológica, Balarezo León Pablo Mauricio - Director Ejecutivo de la Fundación Pachamama, Greene López Natalia Andrea - Apoderada de la Coordinación Ecuatoriana de Organizaciones para la Defensa de la Naturaleza y Medio Ambiente, Cordero Heredia David Alberto - Presidente de la Fundación Inredh.

tos atentatorios contra los derechos, particularmente los de la naturaleza. Así mismo solicitaron medidas cautelares, entre ellas la suspensión de la actividad.

Una vez sorteada la causa, correspondió al juzgado vigésimo quinto de lo Civil de Quito, sustanciar la misma. Conforme se establece en la sentencia, la pretensión de los accionantes consistía en:

“CUARTO. Los demandantes fundamentados en el Art. 41 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y en los Arts. 71, 73, 66.2 y 12 de la Constitución de la República del Ecuador, solicitan que se declare al Proyecto Minero Mirador como tal, como acto violatorio de los derechos de la naturaleza, incluyendo la concesión, el contrato de explotación minera firmado por el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables con la empresa Ecuacorriente S.A. ECSA, y la Licencia Ambiental emitida por el Ministerio del Ambiente, ya que son actos estatales que provocarían daños graves y vulneración a los derechos de la naturaleza, el derecho al agua, y el derecho a una vida digna; solicitando además medidas cautelares”.

En otras palabras, los accionantes argumentan que el proyecto minero mirador constituye un acto vulneratorio a los derechos de la naturaleza, consagrados principalmente en el artículo 71 de la Constitución.

Conforme consta en la sentencia de primera instancia, destaco algunos de los principales alegatos de los legitimados activos:

1. Estudio de impacto ambiental incompleto y que necesita ser actualizado.²³

23 Sentencia de 18 de marzo de 2013 por el juez vigésimo quinto de lo civil de Quito, “ que en la Licencia Ambiental para la fase de explotación, el Ministerio del Ambiente determina que Ecuacorriente S.A, deberá presentar un informe final de análisis de alternativas, durante las actividades de la fase de explotación, deberá realizar estudios necesarios para determinar el alcance del efecto de borde sobre la flora y fauna del sector, en convenio con Universidades o Institutos de Investigación, incluir dentro del plan de rescate de flora y fauna a las especies de aves y mamíferos endémicas bajo alguna categoría de amenaza, utilizando mayor número de cámaras, trampas, para el monitoreo de meso y macromamíferos del área de manera ideal permanentes, sin embargo, vista la importancia en la prevención de impactos adversos en la flora y fauna, la Licencia Ambiental no determina el plazo para la presentación de dichos informes. Indican que el 5 de marzo del 2012, el estado ecuatoriano a través del Ministerio de Recursos Naturales No Renovables, en la ciudad de Quito, suscribe el contrato de explotación minera con Ecuacorriente respecto al Proyecto Minero Mirador, contrato que confiere a la mencionada Empresa el derecho exclusivo a prospectar, explorar, explotar, beneficiar, fundir, refinar, comercializar y enajenar todas las sustancias minerales que puedan existir y obtenerse en el área de concesión, a pesar de que solo cuenta con una Licencia Ambiental para Explotación. Que el mencionado contrato le confiere además a Ecuacorriente el derecho de construir e instalar plantas de beneficio, fundición y refinación, depósitos de acumulación de residuos, edificios, campamentos, ductos, plantas de bombeo y fuerza motriz, cañerías, talleres, líneas de transmisión de energía eléctrica, planta de generación de hidroeléctrica, sistemas de autogestión de energía eléctrica, estanques, sistemas de comunicación,



2. Fragilidad del ecosistema localizado en lugar donde se ejecuta la obra, en cuanto a las especies de flora y fauna, y su situación de amenaza.²⁴
3. Impactos generados por la minería en sí, constituyen vulneración a los derechos de la naturaleza.²⁵
4. Necesidad de aplicar el principio de precaución y restricción para este tipo de actividades.²⁶

caminos, líneas férreas y demás sistemas de transporte local, canales muelles, puertos marítimos y fluviales y realizar actividades necesarias para el desarrollo de sus operaciones e instalaciones, sin que en la Licencia Ambiental conferida por el MAE ni del EIA realizado por WALSH determinan los impactos ambientales y sociales de estas actividades”.

- 24 Ídem “Que el área de estudio del Proyecto Minero Mirador se encuentra en la cordillera del Cóndor, una formación montañosa aislada de la cadena oriental de los Andes, en un bosque siempre verde, clasificado como un bosque húmedo tropical, donde se halla un ecosistema frágil que posee una alta biodiversidad de especies faunísticas, según afirma Walsh, y que según conservación internacional en los años 90 priorizó a esta cordillera como un área entre las primeras de acuerdo a su potencial importancia para la conservación de la biodiversidad. De los estudios realizados por Walsh en el año 2010, reconoce que la cordillera del Cóndor tiene con certeza una de las concentraciones más altas de especies de plantas vasculares aún desconocidas científicamente, estimando que la flora de la cordillera del Cóndor excede las 4000 especies de esta clase de plantas y que según el estudio se registró 6 especies vegetales endémicas concluyendo que el bosque del área está en un buen estado de conservación, contando con una diversidad alta y recomienda desarrollar un programa verdadero de restauración que se aplique al área de intervención que debe estar inmerso de un plan de monitoreo, y que ECSA al momento de realizar la remoción de la cobertura vegetal en la explotación minera de cielo abierto debe contemplar un equipo botánico para rescatar y colectar las especies que son desbrozadas. En cuanto a la fauna esta cordillera alberga una alta diversidad biológica de reconocida importancia local y global, que constituye el hábitat de especies endémicas y amenazadas del Ecuador y Perú, pues en el año 2000 el Ministerio del Ambiente ya determina que la cordillera del Cóndor no solo presenta una alta riqueza de especies, sino que tiene índices de endemismo bien significativos, constata con respecto a los anfibios y reptiles que existe una fuerte tendencia a la extinción y que sería catastrófico ya que, existen especies que son únicas, y que por esta razón, el Ministerio del Ambiente ha recomendado iniciar un programa de monitoreo de especies de anfibios que son desconocidos para la ciencia; y, que de haber explotación aurífera se recomienda extrema protección de los afluentes menores, ya que allí se producen muchas especies de anfibios. En síntesis Walsh confiesa que ante el registro de estas especies no se han establecido programas adecuados de manejo y rescate de fauna para iniciar la operación del proyecto minero. Se indica que respecto de los ecosistemas de agua dulce la mencionada empresa determina que es de gran importancia debido a la existencia de una inmensa red hidrográfica que podría verse afectada por la actividad minera en especial la artesanal, que albergan a una gran diversidad acuática que todavía no ha sido investigada y que su conservación ayudará a mantener la calidad y cantidad de agua que es de vital importancia para todos los procesos biológicos y socio económicos de la zona”.
- 25 Ídem, “Que tratándose de minería industrial o de gran escala, de cielo abierto, esto produce impactos directos, en la eliminación de la vegetación y la capa superior del suelo, ya que se dinamita la roca, se remueve todo el material hasta llegar al yacimiento, produciendo la contaminación a los suelos y agua, ruido y contaminación del aire, eliminación de cobertura vegetal, eliminación del bosque en un área de al menos de 2000 hectáreas, siendo también otro impacto directo el transporte de material y las vías de comunicación que se requiere”.
- 26 Ídem, “una minería industrial a cielo abierto eliminará toda la vegetación y la capa superior

Los argumentos expuestos en la acción de protección debieron ser atendidos por el operador de justicia al momento de argumentar si acepta o niega la misma. No obstante, veremos que los argumentos expuestos por el juez para negarla, fueron insuficientes e incompletos, incurriendo en falta de motivación.

Análisis del fallo de primera instancia

A continuación, se analizará la sentencia dictada por parte del juzgado vigésimo quinto de lo Civil de Quito, el 18 de marzo de 2013, para lo cual, he considerado individualizar las razones expuestas para mejor entendimiento de lo dicho por el juez lo largo de su fallo.

1. Cumplimiento requisitos legales

De acuerdo al juez, el proyecto minero mirador ha cumplido tanto con todos los requisitos establecidos en la ley de minería como con la normativa ambiental para efectuar su actividad. Para tal efecto cita textualmente el contrato suscrito por la compañía minera y el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables, concluyendo:

“De lo manifestado se concluye que por parte de la Entidad Estatal, Ministerio del Ambiente, se han realizado los estudios correspondientes para poder otorgar la Licencia Ambiental. Asimismo, de lo expuesto en líneas precedentes, se concluye que el Estado ecuatoriano para concesionar el área minera del Proyecto Minero Mirador, haber celebrado el contrato de explotación minera con Ecuacorrientes S.A, y autorizar el otorgamiento de la Licencia Ambiental, a través del Ministerio del Ambiente, ha realizado los estudios de factibilidad de conservación del medio ambiente, para precautelar que el ecosistema no resulte afectado por la explotación minera, observando y haciendo uso de su derecho, de las disposiciones constitucionales contenidas en los artículos: 71, 72 y 73, 313, 317, 318, 408, en concordancia con el numeral 11 del Art. 261 de la indicada Norma Suprema, reconociendo el Estado el derecho de la naturaleza, su protección y restauración; así como el de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos de acuerdo con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficacia, elementos que como queda dicho se encuentran estipulados tanto en el Contrato de Concesión Minera (). En este sentido se precautela

del suelo, es decir, eliminará el bosque húmedo tropical de la cordillera del Cóndor que se encuentra en buen estado de conservación, eliminando 4000 especies de plantas vasculares que contiene probablemente la mayor riqueza de América del Sur, se provocará la remoción total de los hábitats de especies de anfibios y reptiles endémicos en peligro de extinción, en un área de 6220 ha en la estribaciones del Bosque Protector de la Cordillera del Cóndor, es decir que, para el ecosistema de esta Cordillera, resultaría ser catastrófico, al verse afectado con la extinción de las especies y reptiles de la zona”.



además el derecho del buen vivir, de quienes habitan en el cantón Panguí de la Provincia de Zamora Chinchipe, que se halla previsto en el numeral 5 del Art. 3, 12 y 14 de la Carta Magna, y exclusivamente para el área operativa declarada dentro de las coordenadas geográficas delimitadas para su explotación; así como también ha prevenido la restauración en caso de existir daños ambientales que se produzcan por la actividad minera, verificando que la Concesionaria ha realizado los estudios pertinentes para la conservación del medio ambiente, responsabilizándole de su reparación en caso de que el ecosistema resulte afectado, así sea, en una proporción menor a lo previsto”.

Se observa que para el juez de primer nivel quedó claro que al haber obtenido la empresa la licencia ambiental, se ha precautelado suficientemente el ambiente. Sin embargo, lo que llama más la atención, es que para llegar a dicha conclusión haya tomado como fuente el contrato de explotación.

Cabe entonces plantearse, ¿en qué contrato se estipularían condiciones que afecten al ambiente, y que omita deliberadamente las obligaciones ambientales del operador minero? Además, estamos hablando de procesos jurisdiccionales donde se analizan derechos constitucionales, no obstante, el juez a partir de estipulaciones contractuales concluye que se han adoptado medidas suficientes para evitar daños ambientales.

2. Sectores estratégicos

Otra situación que hay que considerar, y muy vinculada con el análisis anterior es el argumento esgrimido respecto a los sectores estratégicos. Como se señala en el fallo, el Estado se encuentra facultado en virtud de la propia Constitución a administrar, regular, controlar, y gestionar los denominados sectores estratégicos.

Los sectores estratégicos, en conformidad con lo establecido en el 313 de la Constitución de la República, son áreas que representan un valor de especial interés e importancia para el Estado. Entre estos, se incluyen a los recursos naturales no renovables y a la biodiversidad, respecto de los cuales, el Estado se asegura absoluta soberanía.

Este particular, a mi criterio, provoca un claro conflicto de interés, además de lesionar la participación en democracia. En sí, al tratarse de sectores estratégicos, el Gobierno goza de la última palabra respecto a la gestión de recursos naturales no renovables, y del cuidado del ambiente y naturaleza al mismo tiempo. ¿Acaso no es visible el conflicto de interés?

3. Proyecto no afecta áreas protegidas, ni bosque o vegetación protectores

De lo señalado en el fallo objeto de análisis, el juez advierte que el área del proyecto, como tal, no intersecta con áreas protegidas o bosques y vegetación protectores, por lo que resulta inaplicable el artículo 407 de la Constitución.²⁷ Basta con leer la parte pertinente del fallo para darse cuenta de que el juez no sabe la diferencia entre bosque protector y áreas protegidas, evidenciando así el desconocimiento jurisdiccional que existe en materia ambiental.

4. Sumak kawsay y bien común

De la lectura del fallo, se observa que el juez de instancia realiza una ponderación de derechos bastante interesante en relación al sumak kawsay como principio constitucional:

“De tal manera que en nuestro sistema jurídico, se establece que el buen vivir o sumak kawsay está sobre los intereses particulares, de tal suerte que el Estado debe procurar que la sociedad a quien representa alcance el bien común, y para ello el Estado debe tener un desarrollo económico sustentable, para el cumplimiento de sus fines sociales”.

De acuerdo al criterio esgrimido, el juzgador toma como referencia al sumak kawsay para argumentar que alcanzar el desarrollo económico sustentable es la prioridad para el Estado, quien define además, qué debe entenderse como bien común. Sólo respecto de este pequeño fragmento podrán escribirse ensayos enteros, puntualmente en cuanto al uso del sumak kawsay como fundamento para dar paso a actividades mineras.

27 Idem, “A fojas 1589 consta un mapa en el que el Ministerio del Ambiente señala el Área operativa donde se va a realizar el Proyecto Minero Mirador Fase de Explotación, del que se aprecia que se encuentra fuera del área de zonas protegidas (Bosque Protector Cordillera del Cóndor). SEXTO. De las pruebas aportadas al proceso y del análisis realizado en los Considerandos Cuarto y Quinto de esta sentencia, se concluye que respecto del Proyecto Minero Mirador, según consta de la documentación revisada anteriormente, esta actividad minera se va a desarrollar fuera de la zona protegida (Bosque Protector Cordillera del Cóndor), y no como argumentan los accionantes de que se va a realizar dentro del área considerada como “Áreas Protegidas”, de tal manera que la invocación de la norma constitucional (Art. 407) no es aplicable en el presente caso. Por consiguiente, el Proyecto Minero Mirador, no intersecta con el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, Bosques Protectores y Patrimonio Forestal del Estado ecuatoriano”.



5. Existencia de vías administrativas y ordinarias para materia minera

Finalmente, el juez alude la existencia de vías pertinentes en sede administrativa cuando se traten de denuncias relacionadas con temas mineros, las cuales deben agotarse previo al proceso constitucional.²⁸

Al respecto, y conforme lo ha señalado la Corte Constitucional, el juez en conocimiento de una acción de protección, para poder determinar que existen vías alternativas para reclamar la protección de un derecho. Primeramente, debió inteligenciarse sobre el fondo del asunto con el objeto de verificar si hubo o no vulneración de derechos constitucionales. Únicamente luego de haber efectuado este ejercicio, podrá determinar la existencia de vías alternas para la resolución del conflicto.

En el caso de los derechos de la naturaleza, estos no gozan de un procedimiento propio en la justicia ordinaria, por tanto, la acción de protección resulta la vía idónea para reclamar su protección. De tal manera, el argumento esgrimido por el juez no tiene sustento constitucional alguno.

En conclusión se puede afirmar que el juez fundamentó principalmente su fallo en estipulaciones contractuales, así como la obtención previa de permisos, para determinar que ni el proyecto, ni el contrato, ni la licencia ambiental concedida –aparentemente con base a información incompleta– vulneran derechos constitucionales.

Estos fundamentos sin embargo, no responden a un análisis constitucional propio, dado que el caso se sostiene en un contrato celebrado entre el Estado y la empresa minera. Este argumento, así como el cumplimiento de requisitos legales, son alegatos –que serán objeto de análisis en párrafos siguientes–, los cuales violentan derechos y principios constitucionales a mi criterio.

Análisis del Fallo de segunda instancia

Una vez apelado el fallo de primera instancia, y efectuado el sorteo correspondiente, la causa recayó a conocimiento de la Sala Civil, Mercantil, Inquilinato y

28 Ídem, "OCTAVO. Por otro lado, el Art. 91 de la Ley de Minería, referente a las denuncias de amenazas o daños sociales ambientales, prevé la acción popular para denunciar las actividades mineras que puedan o generen impactos sociales, culturales o ambientales, ante el Ministerio del Ramo, denuncia que del proceso no aparece haberse realizado por parte de los demandantes, conforme mandan además los artículos 85 y 95 de la Constitución de la República".

Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, la misma que convocó a las partes a una audiencia, que se llevó a efecto el 9 de mayo de 2013.

Esta sala, mediante sentencia de 20 de junio de 2013, ratificó el fallo expedido en primera instancia por el juez vigésimo quinto de Quito y rechazó el recurso de apelación formulado, con base en los siguientes criterios:

1. Sectores estratégicos como derecho del Estado: derecho al desarrollo vs. los derechos de la naturaleza

Los jueces, al inicio de su fallo, identifican el problema jurídico que se crea entre la necesidad de desarrollo económico/social con la protección ambiental.²⁹ Luego de ello, y de citar doctrina nacional sobre la materia, concluyen:

“Es el mismo Estado desde el Legislativo () asumiendo su rol de ser el ente llamado a corregir desfases y ante todo a regular y normar el esquema bajo el cual el Estado pueda proceder a viabilizar el desarrollo vía la explotación minera, cual es el presente caso. Es menester por tanto, no perder de vista que, de ninguna manera, y siguiendo este orden de argumentaciones y vía de discusión, se pueda –siquiera hacer referencia– a que el Legislativo ‘pueda’ vedar de plano el extractivismo minero a gran escala; sino ‘regularlo’: esto es, determinar las condiciones en las cuales se deberá realizar la actividad minera en el país, propendiendo con ello además al desarrollo social sostenible. Por lo dicho, no es posible que dicha actividad, como cualquiera otra de índole de política estatal que infiera el cambio de la matriz productiva y que sea relacionada como “área estratégica” de principal interés de la Administración Pública, sea prohibida o negada en su actividad. Evidentemente, aquello tampoco implica que dicha normativa no contenga condiciones de excepción para el ejercicio de dichas actividades”.

En esta parte del texto de la sentencia se observa que los jueces determinan que no se puede impedir al Estado –entiéndase Gobierno en este caso– realice actividades que se encuentren dentro de los llamados sectores estratégicos, como es el caso de la explotación minera. En esta sección, efectúan una ponderación de derechos–en abstracto– para determinar que el derecho al desa-

29 Sentencia de segunda instancia, dictada por la Sala Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Pichincha, de fecha 20 de junio de 2013 “ Como se ha mencionado, nos hallamos frente a un debate amplio: por un lado, el Estado [entiéndase la Administración del Estado], convencida de implementar el desarrollo integral, y dentro de éste, es evidente y legítimo desde el punto de vista estrictamente político, el desarrollo de la minería con vista a su ulterior explotación; teniendo en consideración que se orienta hacia el ‘progreso’ en todo el espectro [cambio de matriz productiva, desarrollo de áreas estratégicas, etc.], todo lo cual sin lugar a dudas exige, dentro de otras, la implementación de políticas orientadas, reiteramos, hacia el extractivismo minero a gran escala; y, por otro lado, la visión biocéntrica, orientada a defender el ambiente en toda la línea. Lo que podría considerarse como visiones irreconciliables, que no lo son “.



rollo de la población es más importante que los impactos ambientales que puedan sufrir determinadas zonas:

*“No se puede admitir, en un sistema democrático, que desde un solo enfoque ambiental se ob-
jete cuanto proyecto minero, para el caso, sea emprendido desde el ente estatal; aquello sería
redundar en una visión maniqueísta que pretenda que no se pueda ejercer el desarrollo de dicha
área estratégica bajo ningún concepto y sin que exista condición alguna. De ninguna manera
se puede perder de vista que toda actividad humana repercute en la naturaleza y en su hábitat,
tal como sucedió en la época del boom petrolero; sin embargo, el ejercicio de ponderación
justamente se analiza desde el punto de vista del mejoramiento de la condiciones de vida de la
sociedad en su conjunto frente al impacto ambiental que se podría provocar en una determinada
área. Este pretendido mejoramiento de las condiciones de vida, recursos y desarrollo está por
encima, ciertamente, del impacto en una determinada zona” (El subrayado es mío).*

Consecuentemente, para la sala, lo primordial es garantizar el desarrollo de la población, mediante la inversión en otras áreas de carácter social como la salud y la educación; y que la satisfacción de estos derechos, se encuentra por sobre el interés ambiental.

2. Ubicación, no existencia de daños presentes y conclusión final de la sala

Continuando con el análisis, la sala de apelación coincide con el criterio vertido por el juez de primera instancia, en el sentido que el proyecto minero no se ejecutará dentro de un bosque protector;³⁰ además razona que al no estar todavía en fase de explotación, no se puede hablar de la existencia de un daño ambiental, para lo cual, contractualmente, el operador minero está obligado a implementar medidas de control y mitigación para evitar eventos que puedan vulnerar derechos, y medidas de mitigación y contingencia en caso de efectivamente suscitarse.³¹ En esta línea concluye que: “...mientras el contrato

30 Ídem, “Es esencial así también establecer que el funcionario de ambiente ha referido de manera expresa en su informe que el Proyecto no “intersecta” el área del bosque ‘protector’, de lo cual se infiere que la explotación se llevará a cabo en un área específica y objetivamente determinada”.

31 Ídem, “De la misma forma, en la medida en que el proyecto aún no entra en fase de explotación, se deduce que “aun” es exigible en dicha fase que se cumplan con todos los parámetros para que el impacto sea mermado en relación a los temas de relavado y de acidificación de suelos; ante lo cual cabe, sin lugar a dudas las auditorías ambientales, con la oportunidad del caso y ante los órganos y en las condiciones que se exige a las partes contractuales. La expectativa de daño ambiental no significa que se “incumplirán” las condiciones contractuales en cuanto a seguridad ambiental. Más aun, es evidente que existirá “impacto” sobre el ambiente, empero, este impacto tendrá que ver con el manejo sustentable del proyecto con el concurso del control ciudadano, de las Ong’s involucradas, etc. () Cuando es evidente que la zona se halla ‘focalizada’ y

cumpla con las exigencias legales [y en el marco constitucional: buen vivir, derechos de la naturaleza], no es justo posible de una forma externalizada acusarlo [al contrato] como que incumple con los Derechos de la Naturaleza y por ende tildar a un Juez de hallarse en contra de los derechos de la Naturaleza...”.

Una vez expuestos estos argumentos, los jueces concluyen:

“Por lo expuesto, este Tribunal no encuentra, que la actividad minera a realizarse por la accionada “Ecuacorriente”; ni los actos administrativos emanados de las Instituciones Públicas demandadas, vulneran derechos o garantías constitucionales referentes a la naturaleza como sujeto de derechos, pues se trata de actos y contratos legalmente suscritos por autoridad competente, dentro de sus campos de competencia, con informes previos de por medio. En uso de las atribuciones constantes de los Arts. 88 de la Constitución Política del Estado y 24 de la ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Primera Sala Civil, Mercantil, Inquilinato y Residuales: ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, desecha el recurso de apelación interpuesto por los accionantes y confirma el fallo venido en grado que rechaza la acción propuesta”.

Es decir, vemos que la sala determina que el proyecto minero en sí, no vulnera derechos de la naturaleza, al contar con todas las autorizaciones emanadas por las distintas instituciones estatales involucradas en la gestión de recursos mineros, las cuales consisten en actos administrativos considerados válidos y legítimos.

Una vez revisado el contenido –y el análisis empleado por los operadores de justicia– de ambas sentencias, dictadas dentro del caso del Proyecto minero Mirador, a continuación se expondrán algunas conclusiones:

3. Conclusiones generales de los fallos

Para empezar, con el análisis propuesto, es necesario volver a puntualizar que los accionantes no presentaron acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional. Este hecho hubiese sido útil, en tanto significaría que este organismo debe ratificar o rectificar los criterios esgrimidos por la Sala de

‘pendiente’ de asegurar (conforme consta del Contrato) que el impacto ambiental sea reducido garantizando el cumplimiento de medidas adecuadas; es decir, contienen argumentaciones generalizadas y con evidente sesgo de argumentación dirigido a las consecuencias; esto es, dar por hecho una consecuencia que siendo previsible, es evidentemente subsanable en la medida de ejercer protección responsable; conforme las exigencias del marco legal ambientalista y del contrato de explotación minera mismo.



la Corte Provincial. De este modo, la jurisprudencia dictada, en ambas instancias, resulta pertinente.

Con base a lo señalado, se aprecia que las sentencias coinciden prácticamente en todos los argumentos para negar la acción de protección planteada por los accionantes en contra del contrato minero, el Proyecto minero Mirador (concesión) y de la licencia ambiental, al considerarlos como actos atentatorios a los derechos de la naturaleza. A modo de ejemplo, ambas instancias justificaron dicha improcedencia al señalar que el proyecto no se encuentra en áreas protegidas o en zona de bosques protectores, como uno de los argumentos.

Sin embargo, el argumento más importante vertido en ambas instancias por el cual se niega la acción, resulta ser que para los jueces, al haberse cumplido los requisitos legales –entiéndase obtención de permisos– para su operación, el proyecto no puede ser considerado atentatorio a los derechos de la naturaleza, menos aún el contrato y la licencia ambiental en sí, al ser actos administrativos considerados legítimos.

No obstante, el criterio vertido por los operadores de justicia, en ambas instancias, contravinieron algunos derechos constitucionales, entre ellos el debido proceso en la garantía de la motivación como el principal,³² la tutela judicial efectiva³³ e incluso la seguridad jurídica.³⁴

Considero que los jueces no efectuaron una labor diligente en su actuación como garantes de los derechos constitucionales (tutela judicial), conforme lo ha señalado la Corte Constitucional, en la jurisprudencia antes revisada. Es decir, no realizaron un esfuerzo intelectual que permita determinar si puede existir o no la vulneración de derechos de la naturaleza conforme lo expuesto en el escrito contentivo de la acción.

32 Constitución de la República, artículo 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

33 *Ibídem*, artículo 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

34 *Ibídem*, artículo 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

En primer término, dieron por sentado que, al ser actos administrativos legítimos amparados por la ley, estos han sido debidamente conferidos; haciendo énfasis en que el permiso ambiental o licencia, fue otorgada en base a las competencias atribuidas al MAE. Empero, uno de los argumentos vertidos justamente por los accionantes consistió en que el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) efectuado era incompleto, pues no contenía información exacta y/o veraz. Ante ello, los jueces en ambas instancias no dudaron un instante en señalar que la licencia ambiental constituye un acto administrativo válido.

Al estar en juego los derechos de la naturaleza, sin embargo, no se advierte del expediente, que los jueces hayan analizado el contenido del EIA cuestionado por los accionantes. Si realmente se empoderaban del rol de juez constitucional, conforme lo señalado anteriormente, debieron al menos dudar del contenido del EIA, gozando todas las facultades otorgadas por la propia ley para verificar, como ejemplo, si la información contenida es precisa y actual. Para ello, pudieron también haberse apoyado en peritos especializados en la materia, para que lo analicen y determinen su necesidad o no de ser actualizado.

A mi criterio, lejos de actuar como jueces constitucionales, constituyeron un argumento cargado en la legalidad –obtención de permisos mediante actos administrativos– para la resolución de un proceso de naturaleza constitucional.

En este orden, el hecho que los jueces consideren a la obtención del permiso ambiental como parámetro de cumplimiento de los derechos de la naturaleza vulnera el derecho a la motivación. Por cuanto se parte de una premisa errónea, en tanto la obtención de los permisos ambientales para efectuar una u otra actividad es una forma del derecho ambiental tradicional para proteger y garantizar el derecho al ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el cual es un derecho distinto e independiente de los derechos reconocidos a la naturaleza.

Entonces, de acuerdo al razonamiento efectuado por los jueces en ambas instancias, los derechos de la naturaleza se protegerían de la misma forma que el derecho al ambiente sano, lo cual crea una confusión en el contenido de los mismos, haciéndolos equiparables entre sí; lo que contraviene el principio de progresividad y prohibición de no regresividad de los derechos, conforme lo establecido en el artículo 11 de la Constitución.

De considerar al permiso ambiental como parámetro para determinar vulneración a los derechos de la naturaleza, cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿cuál sería la diferencia, en el fondo, entre los derechos de la naturaleza y el derecho al ambiente sano? La respuesta a esta pregunta puede ser objeto de ensayos independientes por su complejidad, pero cabe plantearse otra pregunta, se-



guramente aún más difícil de responder: ¿qué tan efectivos son los derechos de la naturaleza dentro de un país que necesita desesperadamente de recursos para alcanzar el “desarrollo”? Esto, en consideración con lo señalado por los jueces de la Corte Provincial sobre la supremacía del derecho al desarrollo con relación a los derechos de la naturaleza. Los jueces efectuaron una ponderación totalmente abstracta e indebidamente efectuada, por la cual se beneficia el derecho al desarrollo por sobre los derechos de la naturaleza.

Estas son algunas interrogantes que se plantean luego de efectuar un análisis de los fallos expedidos en primera y segunda instancia dentro de la acción de protección propuesta en contra del proyecto minero Mirador.

Consideraciones finales

A continuación algunas consideraciones finales para contribuir al debate del contenido y eficacia de los derechos de la naturaleza.

Como primer paso, para garantizar la efectividad de los mismos resulta necesario fortalecer el conocimiento de los jueces, tanto sobre los derechos de la naturaleza como sobre, asuntos ambientales en general. Se requiere la implementación de iniciativas tendientes a brindar conocimientos adicionales a los operadores de justicia con el objeto de que cuenten con elementos teóricos suficientes para proteger adecuadamente los derechos de la naturaleza.

Igual de importante e imperioso es contar con un sistema judicial independiente de cualquier otro poder o función del Estado; jueces que no tengan miedo de fallar en contra de intereses del poder de turno y respondan a los intereses de la ciudadanía y de la naturaleza.

Además, con el objeto de fortalecer y consolidar los derechos de la naturaleza, es necesario reconsiderar el nivel de participación de la ciudadanía en temas relacionados con ella y el ambiente, especialmente en su labor para la protección de los derechos.

La consulta previa es el mecanismo de participación designado para proyectos, obras o actividades a realizarse dentro del territorio de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.³⁵ Sin embargo, la consulta

35 *Ibidem*, artículo 57.7.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: 7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos

previa, tal como se encuentra concebida en la Constitución,³⁶ no es el mecanismo más eficaz que asegure real protección a través de la participación ciudadana. Más aún considerando que en caso de existir oposición mayoritaria de la comunidad frente a una obra, actividad o proyecto que pueda afectar el ambiente y la naturaleza, será el Estado quien tenga la última palabra.

Ideada de esta manera, la consulta previa se convierte en una mera formalidad, donde en realidad no existe real participación en la toma de decisiones. Este mero formalismo al cual es reducida la participación social en materia ambiental, contraviene el espíritu del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, a través del cual se intenta cambiar a un modelo más democrático donde impere la participación ciudadana.

Además, es necesario señalar que, de acuerdo a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, el Estado debe obtener el consentimiento libre e informado de la comunidad “antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo...”.³⁷ Bajo esta premisa, y siendo, el consentimiento libre, informado y previo un mecanismo de participación y un estándar más garantista que favorece a la aplicación de los derechos, debería ser el mecanismo de participación prevaleciente en el país.³⁸

no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.

- 36 *Ibidem*, artículo 398.- Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta. El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley.
- 37 Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, adoptada el 13 de septiembre de 2017, mediante resolución n° 61/95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada por el voto, entre ellos del gobierno de Ecuador, artículo 32.2.
- 38 Constitución de la República, artículo 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o



Por otro lado, es oportuno señalar que una forma de garantizar los derechos de la naturaleza es a través de la implementación de normas de carácter penal que contengan sanciones ejemplares por delitos en contra de los derechos de la naturaleza o el ambiente.³⁹ No obstante, en la realidad hemos visto que las sanciones contempladas para delitos contra la flora y fauna silvestre, por ejemplo, constituye una pena privativa de libertad de uno a tres años máximo. La máxima pena para estos delitos, en general, corresponde una pena privativa de libertad de cinco años. La pregunta que surge es ¿son estas penas privativas de libertad, consecuentes con el hecho de haber otorgado derechos a la naturaleza.

Finalmente, considero que para garantizar la eficacia de los derechos de la naturaleza, el Ejecutivo necesita variar su política extractiva para la obtención de recursos económicos. Es contradictorio que un país que reconoce derechos a la naturaleza, tenga como principal fuente de ingreso, aquel generado por la extracción de recursos naturales no renovables. Como ocurrió en el caso del Yasuní, donde a la final prevaleció la necesidad de recurso económico.

Esto nos lleva a preguntar nuevamente ¿cómo pueden acoplarse los derechos de la naturaleza, dentro del actual sistema capitalista? ¿Cómo pueden los derechos de la naturaleza prevalecer frente a la necesidad de desarrollo? ¿Son éstos, conceptos antónimos o en algún punto pueden confluir? Estas son algunas interrogantes que dejo planteadas con el objeto de fortalecer la discusión sobre los derechos de la naturaleza y su implementación, en el contexto del mundo moderno, a partir del análisis de los fallos dictados dentro de la acción de protección en contra del Proyecto minero Mirador.

BIBLIOGRAFÍA

- a. Fuentes Normativas
 - Constitución de la República.
 - Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional
 - Código Orgánico del Ambiente.

desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

39 El Código Orgánico Integral Penal consagra un capítulo respecto a delitos contra el ambiente y la naturaleza o Pachamama, ver artículos 245 y siguientes.

- b. Instrumentos internacionales.
Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

- c. Sentencias Judiciales
Jurisprudencia vinculante n° 001-10-PJO-CC, publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial n° 351 de 29 de diciembre de 2010.
Corte Constitucional del Ecuador, sentencia n° 102-13-SEP-CC, caso n° 0380-10-EP, de 04 de diciembre de 2013.
Corte Constitucional del Ecuador, sentencia n° 115-14-SEP-CC, caso n° 1683-12-EP, de 06 de agosto de 2014.
Corte Constitucional del Ecuador, sentencia n° 175-14-SEP-CC, caso n° 1826-12-EP.
Sentencia dictada por el juez vigésimo quinto de lo civil de Quito de 18 de marzo de 2013.
Sentencia dictada por la Sala Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Pichincha, de fecha 20 de junio de 2013.

- d. Fuentes bibliográficas
Montaña Juan y Pazmiño Patricio, Algunas consideraciones del nuevo modelo constitucional ecuatoriano en Manual de Justicia Constitucional, Benavides Jorge y Escudero Jhoel coords, Corte Constitucional del Ecuador, 2013.

- e. Documentos varios
Proyectos mineros estratégicos, www.mineria.gob.ec <https://drive.google.com/file/d/0B9t02UvtK83SVjBnMlpRcnJYNkk/view>, 05 de diciembre de 2017.

UN BALANCE DESDE LA INTERCULTURALIDAD

Pacari Vega Conejo ¹

Nota de los editores:

Incluimos en este libro el artículo de Nina Pacari sobre interculturalidad y derechos de la naturaleza desde el análisis de un caso de plantación de pinos en el páramo de Tangabana, pues da pistas certeras de la necesidad de un tratamiento de estos derechos desde la interculturalidad.

El balance de los primeros diez años con Derechos de la Naturaleza desde una perspectiva intercultural, es más bien pobre en el país. Ha sentado preocupantes precedentes como es por ejemplo el caso de los Secoyas, en la Amazonía ecuatoriana, en el que se argumentaron violaciones a los Derechos de la Naturaleza en contra de este pueblo indígena, por la deforestación del bosque para siembra de palma, a pesar de ser un proyecto impulsado y financiado por el propio Estado. El Ministerio del Ambiente les impuso una multa que sería pagada con la compensación por aceptar la entrada de la actividad petrolera. Es el Estado el que asumió la tutela de un territorio que pertenece y ha sido cuidado por el pueblo Secoya. Los Derechos de la naturaleza sirvieron no para proteger derechos sino para imponer la entrada de una de las actividades más destructivas conocidas por la humanidad: la actividad petrolera.

El caso de los wao en el Yasuní, el Ministerio del Ambiente, que es quien ha otorgado las licencias ambientales para la operación petrolera, sancionó a indígenas waorani por cacería ilegal de tres monos, a pesar de que la cacería es una práctica cultural histórica del pueblo y que ellos argumentaron que el transporte de los monos eran para un enfermo del mismo pueblo que se encontraba hospitalizado en la ciudad del Coca. La multa obliga a los indígenas a buscar recursos económicos, que los obtienen de la propia industria petrolera.

Han habido varios casos de minería ilegal, tanto en territorios indígenas como en territorios de pueblos afroecuatorianos, en los que el Estado acude al argumento de derechos de la naturaleza para la prohibición de operaciones, sin embargo es permisivo con los proyectos de gran escala de la actividad minera, para los que se han creado una serie de dispositivos legales que permiten estas actividades a pesar de ser aun más destructivas para la naturaleza (y los pueblos).

¹ Abogada, líder indígena del Ecuador. Ex jueza de la Corte Constitucional, Presidenta de La Corporación "Instituto para las Ciencias Indígenas Pacari". Contacto: nina_pacari05@hotmail.com



En el caso Trinitaria, sin ser un caso indígena, pues es una población marginal de Guayaquil, se antepuso también el concepto de derechos de la naturaleza por sobre los derechos colectivos, en el proyecto “ecológico” de recuperación del estero salado, este proyecto incluyó un proceso de “reasantamiento involuntario de familias”, es decir de desalojos forzados.

Introducción

La noción de que la naturaleza tiene vida y que se trata de un sujeto de derechos nace en los pueblos indígenas como parte de un todo en la relación ser humano-naturaleza-sociedad.

De igual modo, en la lucha en defensa del medio ambiente en nuestro país, una de las corrientes de las organizaciones ecologistas se hace eco del pensamiento indígena y, superando el mero conservacionismo o el enfoque del desarrollo sustentable o sostenible, asumen a la naturaleza como un sujeto que requiere ser tutelado en sus derechos frente a la depredación ambiental, a la explotación minera o petrolera, a la pérdida de la capa de ozono o al cambio climático.

Si bien para los pueblos indígenas, el *principio de relacionalidad* obliga a la no separación de los sujetos que ejercen derechos, un nuevo acercamiento hermenéutico ha generado la condición de identificar a un nuevo sujeto sin romper la relacionalidad existente entre las personas (sujeto individual), la comunidad-pueblo o nacionalidad (sujeto colectivo) y la naturaleza. Este esfuerzo hermenéutico es el que se refleja en el Art. 10, inciso segundo, de la Constitución cuando expresa que “La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución”.

Análisis intercultural

Un análisis intercultural debe girar en torno a los derechos de la naturaleza estrechamente vinculados a los derechos humanos, el derecho ambiental y el derecho colectivo de los pueblos originarios, en el marco de un Estado que se define como constitucional de derechos y justicia.

En este caso, lo que se espera es, por un lado, superar la forma convencional de analizar los derechos y sus posibles violaciones ya que se trata de un nuevo sujeto y, por otro, considerar obligatoriamente otros principios que el marco jurídico constitucional incorpora, como el de la plurinacionalidad e interculturalidad (Art. 1 de la Constitución vigente).

Es posible que nos preguntemos ¿qué tiene que ver la plurinacionalidad en un caso que se demanda por la violación de los derechos de la naturaleza? Pues diremos que existe una vinculación directa e indivisible por varias razones, entre ellas: 1) La Constitución es explícita al reconocer la existencia de las nacionalidades indígenas que comparten un territorio común del Ecuador; 2) Las nacionalidades indígenas son portadoras de nociones distintas a las de corte occidental, en consecuencia, al reconocer su existencia lo hace también respecto de sus costumbres, idiomas, tradiciones, ritos y, sobre todo, sus conocimientos, sus nociones, sus conceptos; 3) La sociedad y el Estado son plurinacionales, por tanto, la estructura institucional debe aplicar los principios que los sustentan, en otras palabras, las nociones de los pueblos o nacionalidades indígenas no pueden ser soslayadas a la hora de resolver un conflicto.

Ahora bien, tratándose de la naturaleza como sujeto portador de derechos y que dicha idea proviene de los pueblos o nacionalidades originarios, la identificación de una violación a su ser (la naturaleza), exige incorporar nuevas reglas de interpretación, considerando el carácter plurinacional del Estado, así como el principio intercultural establecidos en los Arts. 1, 71 al 74 de la Constitución. Por ello, es imprescindible una labor hermenéutica coherente con los avances constitucionales que, a la vez, genere precedentes jurisprudenciales de gran valía en sociedades plurinacionales.

Sin duda, dado el carácter del presente caso, este puede convertirse en precedente para el sistema judicial ecuatoriano debido a su compromiso constitucional de proteger los derechos de la naturaleza, de manera coherente, adecuada y efectiva.

Sobre la importancia que reviste el caso Tangabana en el desarrollo interpretativo para el ejercicio de derechos que asiste a la naturaleza

Inicialmente es necesario destacar que el páramo de Tangabana representa un importante patrimonio nacional que beneficia a corto y largo plazo a los habitantes de la provincia de Chimborazo, del Ecuador y del mundo; más aún dado el cambio climático que es de preocupación de los Estados y gobiernos. Debemos tener presente que este caso representa una oportunidad inigualable para el Ecuador para promover una nueva forma de interpretación respecto del alcance de los derechos de la naturaleza interrelacionados con los derechos humanos, el medio ambiente, los derechos colectivos y los intereses económicos que pudieren existir.

Por ello, no es pertinente un análisis anquilosado en lo justo o injusto para las partes procesales, ni si conviene o no favorecer a una de ellas, así como tampoco puede limitarse en señalar que por existir un programa de reforestación,



como parte de una política pública general, cualquier actividad de reforestación pueda ser permitida.

Considerando que el páramo de Tangabana constituye un elemento clave para la estabilidad y equilibrio de la naturaleza local y global, el juez está obligado a implementar la interpretación judicial que no es otra cosa que

*“Un proceso intelectual que acompaña necesariamente la aplicación del derecho. Básicamente, todas las normas, en tanto que deben ser aplicadas de manera racional, requieren de una interpretación; pero, en todo caso, el acto de interpretación depende de la formación jurídica, así como de la cultura de la persona que interpreta, y es que el derecho no solo se crea, modifica o extingue, mediante la actividad de los cuerpos legislativos, sino que en muchas ocasiones los órganos aplicadores lo complementan, modifican, crean e incluso derogan; en efecto, al quedar en posibilidad de interpretar, el órgano aplicador incorpora o adiciona nuevos elementos a los materiales jurídicos existentes”.*²

Si bien este es el sentido general que ha desarrollado el conocimiento occidental, en la interpretación judicial o constitucional en el marco de un Estado Plurinacional, debe aplicarse la dimensión intercultural. Al respecto, el Art. 66 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional así como el Art. 344 literal e) del Código Orgánico de la Función Judicial señalan que al momento de su actuación y decisiones judiciales, los jueces deberán interpretar interculturalmente los derechos controvertidos en un litigio, procurando tomar elementos culturales relacionados con las costumbres, normas o prácticas ancestrales como el epistémico o cognitivo desarrollado por los pueblos indígenas.

Dado que el origen de la noción que gira en torno a la naturaleza como “sujeto de derechos” proviene de los pueblos indígenas y que ha sido asumido como un esfuerzo epistémico o un posible “pacto epistémico” por el concepto occidental conforme se encuentra establecido en el Art. 10 de la Constitución, al analizar el caso del Páramo de Tangabana, debe aplicarse irrestrictamente la interpretación intercultural; siendo así, la labor interpretativa del Juez está orientada a conocer, en el caso que nos ocupa, el pensamiento que han construido las naciones originarias en cuanto a la naturaleza (Pachamama, en el idioma kichwa).

De ahí que, el caso del Páramo Tangabana es de vital importancia para hacer efectivo el cumplimiento de la norma constitucional en cuanto a la protección de los derechos de la naturaleza mediante acciones que pueden promover las

2 Reyes Pérez, Daniel. Algunas consideraciones sobre la Hermenéutica jurídica. http://www.robertexto.com/archivo18/hermeneu_juridic.htm

personas o colectivos conforme lo establece el Art. 71 inciso segundo de la Constitución que expresa: “Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda”, es decir, principios como el de la plurinacionalidad que no es otra cosa que conocer y tomar en cuenta las nociones construidas por las comunas, pueblos o nacionalidades indígenas a quienes se les reconoce también como sujetos de derechos.

Visión holística

Según la “visión holística del mundo” que han desarrollado los pueblos indígenas, todos los componentes del patrimonio indígena, incluyendo el conocimiento, las expresiones culturales, la espiritualidad, el territorio, la biodiversidad o la naturaleza, forman parte de un todo integrado e interdependiente, que requieren la misma protección.

Entre la naturaleza, la cultura, el territorio o el conocimiento existe una conexión intrínseca, lo que hace imposible que una protección fragmentada pueda ser adecuada o eficaz; esto conlleva a que la naturaleza como sujeto de derechos no puede ser considerada sin antes evaluar otros derechos, tales como el derecho a la vida, al equilibrio de su ecosistema, incluso del derecho a la vida de las personas y de los pueblos. Así, en la cosmovisión indígena, la protección de los derechos que asiste a la naturaleza, no es vista como algo separado de los otros derechos que asiste al sujeto individual o al sujeto colectivo de derechos.

La interconexión y mutua dependencia entre biodiversidad, naturaleza, diversidad genética, variedad de especies y ecosistema, cultura, conocimiento, incluso el paisaje, tienen que ver con elementos esenciales como el sostenimiento de la salud, alimentación, calidad y cantidad del agua, bienestar espiritual, sentido de lo sagrado e incluso sistemas de economías justas y equitativas.

Esta forma de concebir al ser humano-naturaleza-sociedad como un todo integral e interdependiente, enfatiza la necesidad de proteger no solo el derecho de la naturaleza en sí misma sino de todos los componentes interrelacionados que conforman los recursos bio-genéticos, el conocimiento tradicional, los valores culturales, espirituales, el territorio o las normas e instituciones propias que puedan estar amenazadas al haberse violado los derechos de la naturaleza.



Un ejemplo de ese carácter holístico puede ser apropiado en este momento con relación al agua, tomando en cuenta tres nociones básicas.

- a) El agua, considerada como fuente de vida y divinidad: es decir el agua como origen de la vida y del universo. No en vano el culto al agua implica el culto a la vida, a lo eterno, porque además es un signo de continuo movimiento y permanente fluir. Las fuentes de agua sagrada “pugyo” o las cascadas “faccha” constituyen el centro de la ritualidad en las fiestas mayores del Inti Raymi “Fiestas del Sol” en tiempos del solsticio de verano (junio), de la cosecha y de la abundancia. Aquí encontramos la interrelación de los derechos a la vida, a la cultura, a la religiosidad o ritualidad, incluso el derecho a preservar los mitos y relatos a través de los cuales se mantiene viva la historia de los pueblos ancestrales.
- b) El agua como ser vivo y de relación de igualdad: en la medida en que entre ser humano-naturaleza-sociedad se establece una relación de no dominación. Según la cosmogonía indígena, el sol, la luna, las plantas, la tierra, los ríos, tienen vida, poseen un espíritu y mantienen entre ellos relaciones semejantes a las relaciones sociales. Estos seres también tienen estados de ánimo. Por ello el agua, unos días puede estar bondadosa y otros no. Aquello implica que es necesario establecer una relación de diálogo y de reciprocidad que no es otra cosa que la expresión de la complementariedad e interrelacionalidad. Por ello, previo a cultivar la tierra se pide permiso a la Pacha y Allpa Mama, se preparan cánticos para la siembra y cosecha pero, sobre todo, el pueblo o comunidad (ayllu) vela por mantener el equilibrio del ecosistema.
- c) El agua como parte de un todo: lo que significa que no puede estar separada de su entorno territorial e identitario para mantener el equilibrio de la naturaleza, del ayllu (familia-comunidad), de la producción para cubrir la necesidad –en el entendido de no promover la acumulación–; es decir, está latente la interconexión existente entre páramo, bosque primario o nativo, agua, riego, cultivo, producción, economía, fortaleza espiritual; es decir, cada elemento está vinculado a otro.

A diferencia de lo que se anota, en la visión “moderna” de corte occidental, se considera al páramo o al agua que nace en los páramos, meramente como factores de producción, como recursos que deben estar sujetos a la disposición y uso “racional” del hombre.

Precisamente para aproximar estas dos formas de pensar a la naturaleza y detener el deterioro de la misma, emprendida por la mano del hombre, la Constitución vigente establece por un lado la concepción de un nuevo sujeto de derechos (naturaleza) y, por otro, la obligación que tienen las personas, los grupos, colectivos, comunas, pueblos o nacionalidades indígenas y aún más el Estado y los operadores de justicia, de proteger los derechos de la naturaleza.

Se podría pensar que la existencia de esas dos nociones daría lugar a que se pueda elegir la supremacía de una de ellas. Pero no es así. En este caso, debiendo el ámbito judicial tomar la decisión sobre la demanda ante un derecho vulnerado, está obligado a incorporar en su reflexión estos dos contenidos

epistémicos. Más aún, la interpretación intercultural exige que no se restrinja derecho alguno por lo que la decisión que se debe adoptar debe ser aquella que más favorezca a la efectiva vigencia y respeto de un derecho (Art. 11, numeral 5), en este caso, del sujeto “naturaleza.”

En resumen, diremos que, por lo general, los pueblos indígenas tienen una visión holística de la naturaleza y consideran al ser humano una parte integrante de la tierra (páramo, para este caso) y no algo ajeno a ella. Según este principio, la tierra es un sujeto vivo, fértil, que tiene un valor intrínseco y no utilitario; no se la considera como una materia pasiva e inanimada que deba ser explotada para la expansión comercial en nombre del progreso económico. La tierra, el páramo y todo su ecosistema constituyen su despensa, su guía, su fuente de vida, al tiempo que son parte de ella (Pacha y allpa-mama, naturaleza al mismo tiempo).

Sobre los derechos explícitos de la naturaleza

Debemos tener presente que los sujetos de derechos (entre ellos la naturaleza) gozan del derecho a la tutela judicial efectiva. ¿Qué implica aquello? Implica la libertad para acceder al poder judicial sin trabas; la necesidad de una interpretación adecuada de los hechos y de la normativa (de ninguna manera restrictiva) conforme hemos señalado en este escrito; que exista una sentencia fundada (decisión) en un tiempo razonable.

Al revisar las normas constitucionales correspondientes (Arts. 71 al 74), encontramos que la naturaleza goza de los siguientes derechos: El derecho a la vida, esto es, el derecho a que se respete integralmente su existencia; el derecho a mantener y regenerar sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos; el derecho a conservar su ecosistema, es decir, no alterar el patrimonio genético de los seres que integran el ecosistema.

La naturaleza y su derecho a la existencia o a la vida: El reconocimiento constitucional de la naturaleza como sujeto de derechos, presenta una primera ruptura con la propia noción occidental que considera a la tierra, las piedras o el agua, como seres inertes o inanimados, es decir, objetos sin vida, sin energía, sin *samay* (en el idioma kichwa).

Esta visión definía como objetos naturales a aquellos no hechos por el hombre como el agua, la arena, las rocas o las piedras. Empero, en la medida en que la naturaleza no es solo la biodiversidad –porque ella por sí sola no tendría vida de no estar interrelacionada con la madre tierra o allpa-mama–, el concepto constitucional da un tránsito fundamental. De aquella concepción que la consideraba como



objeto, pasa a reconocérsele la condición de sujeto de derechos y, en consecuencia y de modo expreso, el derecho a la vida de la naturaleza y el respeto integral a su existencia. Es posible que haya quienes no compartan con este señalamiento constitucional, por ello, el numeral 4 del Art. 395 textualmente dice: “En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza”.

Valdría preguntarnos en este punto ¿en qué momento se concreta la violación del derecho a la vida de la naturaleza o de qué modo podemos identificar si hubo o no vulneración del derecho a la existencia? Para el efecto, primeramente es necesario señalar lo que entendemos por ecosistema, que no es sino el conjunto de especies de un área determinada que interactúan entre ellas y con el ambiente, en la visión integral que hemos referido en líneas anteriores; mediante procesos como la depredación, el parasitismo, la competencia y la simbiosis, que luego de la desintegración vuelven a ser parte del ciclo de energía y de nutrientes. En definitiva, las especies del ecosistema, incluyendo bacterias, hongos, plantas, animales y personas, en su amplia comprensión, dependen unas de otras. Las relaciones entre las especies y su medio, resultan en el flujo de materia y energía del ecosistema. A esto se suma el énfasis geográfico en referencia analógica a las formaciones o tipos de vegetación, por ejemplo, matorral, pastizal o la paja de páramo, entre otros.

Entonces, si se destruye o se extrae del medio la vegetación para “sembrar” en su lugar plantas ajenas al medio y que puede alterarla, efectivamente se está destruyendo la naturaleza, es decir, vulnerando su derecho a la vida o a la existencia. Esta acción, sin duda puede repercutir en el deterioro del medio, en la variación del ecosistema y en la reducción, por ejemplo, del volumen de agua como consecuencia del desequilibrio al que se le ha sometido al ecosistema. En algunos casos puede llegar a desaparecer la fuente de agua o la cascada (pugyo-faccha). En tal caso, la alteración del ecosistema de un páramo no solo estaría violando el derecho que asiste a la naturaleza, sino a los derechos colectivos de los pueblos indígenas como es el caso de la preservación cultural, de sus ritos y fiestas en las cuales se pone de manifiesto la historia, la memoria, la minga, la reciprocidad, la producción, la alimentación o la salud.

Entonces, en la labor interpretativa del juez deben considerarse la violación de derechos de la naturaleza y además debe determinar si existe o no la violación de algún derecho colectivo como los arriba señalados.

Derecho a mantener y regenerar sus ciclos vitales, estructura, funciones: Efectivamente, este derecho tiene relación directa con el núcleo esencial del derecho, el mismo que habría que identificar. Conforme se puede apreciar, la norma alude a tres elementos centrales que deben ser mantenidos o preservados: ciclos, estructura y funciones.

Sin ánimo de extendernos en este punto, debemos señalar brevemente que los ciclos se refieren a que los diferentes elementos que existen en un páramo, en un bosque o en un espacio determinado, mantienen un proceso permanente de interacciones mutuas. Así, lo que se conoce como “ambiente natural es un complejo de sistemas de interrelación, físicos, químicos y biológicos, que se acostumbra denominar sistema ecológico o ecosistema. Es este último el que permite la sobrevivencia biológica del ser humano, proporcionándole además los recursos esenciales para sus actividades económicas y productivas.”³

En cuanto a la estructura de un ecosistema, diremos en primer lugar que los ecosistemas requieren una fuente de energía para funcionar, siendo la principal, la energía solar. La compleja estructura del ecosistema, de acuerdo a la teoría desarrollada en el pensamiento occidental constan los siguientes: a) Productores; b) Consumidores; c) Descomponedores; d) Relaciones tróficas; e) Pirámides tróficas; y, f) Flujo de energía.

Tratándose de un páramo, por ejemplo, en el momento en que la mano del ser humano interviene para expulsar la capa vegetal nativa, estaría atacando el proceso fotosintético (productores) y toda la estructura del ecosistema, generando un desequilibrio. Esta primera acción, vulnera en sí el derecho a la conservación que asiste a la naturaleza. Más los efectos o consecuencias afectan a otros elementos como el agua y la consecuente disminución en su volumen, hecho que repercute en la sequía, la baja producción, la alimentación y salud del ser humano, por tanto, la consecuencia también tiene que ver con la violación de los derechos humanos y ambientales de las personas del entorno, de los grupos de pobladores o de las comunas, pueblos o nacionalidades indígenas.

En relación a las funciones, debe quedar claro que:

“El sistema natural no es algo estático e inmutable; que tiene una dinámica que hace posible recuperar los elementos que son extraídos por el hombre en su actividad productiva y al mismo tiempo garantiza la preservación de las condiciones mencionadas. Dicha dinámica descansa en algunos procesos básicos que son: la captación, conversión, acumulación y transporte de energía; los ciclos biológicos e hidrológicos que posibilitan el paso de minerales y nutrientes esenciales a la vida; los procesos mediante los cuales los organismos vivos cumplen su ciclo vital, multiplicándose, adaptándose y evolucionando”.⁴

3 Estrada Medina Roberto Carlos. “La interacción del ser humano con el sistema natural y social”. <https://returntopast.wordpress.com/bimestre-3/tareas/tecnica-conservacion-y-cuidado-de-la-naturaleza/>

4 Ídem.



Esta función de equilibrio es la que se ve vulnerada en el momento en que el ser humano extrae los elementos, con el agravante de que no permitirá la renovación de su propio ecosistema puesto que al introducir plantas extrañas al medio, modifica y destruye el ecosistema primario que garantizaba la calidad y cantidad de agua, pudiendo provocar efectivamente una sequía a futuro y una disminución del agua de modo inmediato. Debemos tener presente que una plantación de pinos en un ecosistema frágil como el páramo afecta en la pérdida del volumen de agua hasta más del 60% según varios autores.

Los pueblos indígenas han construido un sentido holístico para preservar los mal llamados recursos de la naturaleza. Dicha preservación se aleja de la visión especializada de un solo elemento, es decir, se aleja del trato aislado que se le pueda dar a la naturaleza. En la medida en que no se puede considerar al ser humano sin la naturaleza, porque somos parte de ella, están de por medio la religiosidad-espiritualidad, las relaciones sociales, la subsistencia de las comunidades, el conocimiento sobre el valor curativo de cada elemento del ecosistema, por tanto, el núcleo esencial del derecho en este caso tiene que ver con la regeneración de los elementos propios del ecosistema en equilibrio. Cuando aquella regeneración se ve truncada o alterada por la introducción de elementos extraños, como el pino, efectivamente se habrá vulnerado el núcleo esencial del derecho a la regeneración de su propio ecosistema. Dicho en otras palabras, *la regeneración* para mantener el equilibrio (la preservación de la cantidad de agua, por ejemplo) será posible en la medida en que se respete los ciclos, estructura y funcionamiento de los ecosistemas propios concebidos como parte de un todo integral, interdependiente e interrelacionado; aún más, en estos tiempos en que el conflicto mundial por el agua o el calentamiento global es cada vez más acentuado.

El derecho a conservar su ecosistema: Esto es para no alterar el patrimonio genético de los seres que integran el ecosistema

Aunque, patrimonio genético, suele ser entendido solo como el “material genético que garantiza la cadena alimenticia del ser humano.” En este punto, quisiera referirme a los recursos genéticos y a la agricultura, que juegan un papel crucial en la seguridad alimentaria.

En primer lugar, es una labor sobre todo de los Estados el de identificar la situación crítica de la biodiversidad que está siendo amenazada, debiendo desarrollar un plan de acción para conservar el ecosistema y no alterar su patrimonio genético.

Por esta razón, no es viable una política de reforestación con especies exóticas o extrañas en los páramos andinos puesto que, al modificar el ecosistema, estaría promoviendo la ruptura con la calidad de los suelos, con la cadena o

ciclos propios del ecosistema, con la salud o la alimentación, con la vida socio-cultural, entre otros problemas, conforme se ha señalado en párrafos anteriores. De igual modo, al permitir que iniciativas privadas impulsen actividades que alteran el patrimonio genético, el Estado sería copartícipe de la violación de los derechos de la naturaleza establecidos en la Constitución.

Finalmente, quisiera añadir que son los pueblos indígenas quienes han contribuido directamente a preservar el delicado equilibrio entre el ser humano y la naturaleza. También que es obligación de un Estado –que se autodefine como plurinacional e intercultural– tener presente el principio de que los derechos de la naturaleza son exigibles, progresivos y expansivos (como la de los otros sujetos de derechos), e imponer a los operadores de justicia una actitud interpretativa consecuente, basada en la necesidad de considerar en cada caso, más allá del sentido y alcance de la norma o de los hechos de modo convencional, la nueva realidad constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

- Constitución de la República Del Ecuador, 2008.
- Estrada Medina Roberto Carlos. “La interacción del ser humano con el sistema natural y social”. <https://returntopast.wordpress.com/bimestre-3/tareas/tecnica-conservacion-y-cuidado-de-la-naturaleza/>
- Reyes Pérez, Daniel. Algunas consideraciones sobre la Hermenéutica jurídica. http://www.robertexto.com/archivo18/hermeneu_juridic.htm
- Unidad multicompetende de Colta, Demanda por el caso de Tangabana, Domenica Belen Cadena Castro, y otros en contra de Empresa ERVIC S.A. 2014.
- Unidad multicompetende de colta, Sentencia Juicio No:06334-2014-1546.

CAPÍTULO III
JURISDICCIÓN UNIVERSAL Y DERECHOS
DE LA NATURALEZA

JURISDICCIÓN UNIVERSAL Y DERECHOS DE LA NATURALEZA ¹

Joel I. Colón-Ríos²

Este escrito tiene como propósito sentar las bases para una justificación al ejercicio de la jurisdicción universal sobre acciones graves en contra de los derechos de la naturaleza. La primera parte del escrito consiste en un examen del desarrollo del principio de la jurisdicción universal, así como de las tensiones entre éste y el principio de la soberanía estatal. La segunda parte del escrito mostrará que la igualdad e independencia que el derecho internacional le atribuye a los estados, la soberanía estatal, responde a que estos son (o deben ser) el producto de un ejercicio de soberanía popular (es decir, del ejercicio del derecho a la libre determinación de los pueblos). A su vez, argumentaré que la protección de la naturaleza, ya sea a través del respeto a derechos de tercera generación o a través del reconocimiento de derechos a la naturaleza misma, debe entenderse como una pre-condición para el ejercicio futuro de la soberanía popular. Finalmente, sostendré que esta concepción de la soberanía popular provee las bases para una justificación del ejercicio de la jurisdicción universal, a nombre de la humanidad (presente y futura), en casos de violaciones graves a los derechos de la naturaleza en cualquier parte del planeta.

La Soberanía del Estado y la Jurisdicción Universal

La soberanía de los estados (y por tanto su igualdad), como sabemos, es uno de los principios básicos en los que descansa el derecho internacional. La soberanía estatal tiene claras implicaciones jurisdiccionales,³ tan es así que en

1 Amicus Curiae Demanda contra BP por el derrame en el Golfo de México. 2010.

2 Senior Lecturer, Victoria University of Wellington. Experto en Jurisdicción Universal. Contacto: Joel.Colon-Rios@vuw.ac.nz

3 El término jurisdicción puede utilizarse para describir la capacidad de un Estado para adoptar legislación aplicable a determinados actos o entidades, para llevar a cabo procedimientos judiciales, y para describir la capacidad del Estado de utilizar su poder coercitivo para hacer cumplir con su legislación y determinaciones judiciales. Kenneth C. Randall, "Universal Jurisdiction Under International Law", 66 *Texas Law Review* 785 (1988) 786. En el contexto del derecho internacional, este último aspecto de la jurisdicción es el que generalmente resulta más problemático, pues puede implicar el ejercicio directo del poder de un Estado en el territorio de otro estado.



1933 la Corte Permanente de Justicia Internacional expresó que “la jurisdicción es una de las formas más obvias del ejercicio del poder soberano”.⁴ Esto requiere, primero, el reconocimiento de que cada Estado posee la jurisdicción exclusiva (*prima facie*) sobre su territorio y sobre los seres humanos que allí se encuentran. Segundo, que cada Estado tiene un deber de no-intervención sobre asuntos que recaigan bajo la jurisdicción de otros estados.⁵ Como declarara la antecesora de la actual Corte Internacional de Justicia en su famosa decisión *Lotus*, “la primera y principal limitación que impone el derecho internacional sobre los Estados es que, a falta de una regla permisiva en contrario, un Estado no puede ejercer su poder de ninguna forma en el territorio de otro Estado. En este sentido, la jurisdicción es ciertamente territorial; ella no puede ser ejercida por un Estado fuera de su territorio excepto en virtud de una regla permisiva derivada de la costumbre internacional o de una convención”.⁶

Dicho de otra manera, procesar e imponer penas a aquellos que incurren en conducta criminal en territorio extranjero puede ser inconsistente con el principio de soberanía estatal, pues podría suponer una interferencia en los asuntos domésticos de otros estados.⁷ Esto no quiere decir, sin embargo, que el derecho internacional no haya reconocido bases no-territoriales para el ejercicio de la jurisdicción. Como señalara también la Corte en *Lotus*, la prohibición al ejercicio del poder de un estado *en territorio extranjero* no implica una prohibición al ejercicio de la jurisdicción, en el territorio estatal (es decir, en las cortes nacionales), sobre actos ocurridos en el extranjero.⁸ De hecho, la propia doctrina de la jurisdicción territorial ha sido interpretada para incluir

4 Caso Status Legal del Este de Groenlandia, Series A/B, No. 53 (1933).

5 Ian Brownlie, *Principles of International Law* (Oxford: Oxford University Press, 1990) 285. Además, la soberanía estatal implica que las obligaciones de los estados originadas en el derecho consuetudinario y en los tratados internacionales deben estar basadas en el consentimiento.

6 *S.S. Lotus* (France v. Turkey) [1927] C.I.J., Ser. A, No. 10.

7 Esta idea fue expresada por el Tribunal Supremo de España en el Caso Guatemala: “Cuando la extensión territorial de la ley penal tenga su base en la naturaleza del delito, en tanto que afecte a bienes jurídicos de lo que es titular la Comunidad Internacional, se plantea la cuestión de la compatibilidad entre el principio de justicia internacional y otros principios de Derecho Internacional Público” (es decir, el principio de la igualdad soberana entre los estados, el principio de no intervención, y el principio de la inmunidad soberana). Tribunal Supremo de España, *Caso Genocidio Guatemala* (2003). Véase además Hernán Salinas Burgos, “El Principio de Jurisdicción Internacional: ¿*Lex Lata* o *Lex Desiderata*?”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, 107-134 (2007). La determinación del Tribunal Supremo en el Caso Guatemala fue dejada sin efecto por el Tribunal Constitucional de España en la Sentencia 237/2005. Contrario a lo concluido por Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional determinó que conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial de España (1985), el ejercicio de la jurisdicción sobre determinados crímenes no dependía de la existencia de algún nexo con España, sino que la jurisdicción universal era una jurisdicción “concurrente”, solamente limitada por el principio de cosa juzgada.

8 *Lotus*, *supra* nota 4, para. 46.

actos ocurridos parcialmente en el territorio de un Estado así como sobre actos ocurridos en un estado que producen *efectos* en el estado que pretende ejercer la jurisdicción.⁹ Se han desarrollado, además, una serie de principios que buscan justificar el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción. Así, conforme al principio de nacionalidad, un Estado puede ejercer jurisdicción sobre sus nacionales aunque hayan incurrido en conducta delictiva en el territorio de otro Estado.¹⁰ El principio de protección, por su parte, permite que un Estado castigue los hechos perpetrados en territorio extranjero, independientemente de la nacionalidad del sospechoso o de la víctima, “siempre que estos lesionen sus intereses o afecten a la seguridad del Estado o al ejercicio de las prerrogativas del poder público”.¹¹ Conforme al principio de personalidad pasiva, el Estado tiene la facultad de procesar y castigar hechos cometidos por no nacionales en territorio extranjero cuando las víctimas sean sus ciudadanos nacionales.¹²

Los principios de nacionalidad, protección, y personalidad pasiva proveen bases no-territoriales (o extraterritoriales) para la jurisdicción, en el sentido de permitir a los Estados ejercer su soberanía con respecto a actos ocurridos en territorio extranjero y, en ese sentido, podrían tener un efecto “universal”. Sin embargo, son principios que descansan en la idea de que existe algún nexo entre el estado que se encuentra autorizado a ejercer poderes jurisdiccionales y la víctima o el victimario, o (en el caso del principio de protección), que los actos en cuestión ponen en riesgo la seguridad del Estado en cuestión (como lo sería, por ejemplo, la planificación, en territorio extranjero, de un golpe de Estado). Además, estos principios encuentran su justificación en la necesidad de evitar que ciertos actos queden impunes y por lo general son atribuidos con un carácter suplementario a la jurisdicción territorial. Por ejemplo, el principio de nacionalidad busca evitar que un sospechoso escape del lugar en donde cometió el delito, regrese a su territorio nacional y, a los fines de evitar ser procesado, se ampare en una norma que impida la extradición. El principio de protección

9 Ver *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945). La doctrina de los efectos fue implícitamente contemplada en *Lotus*, donde se señaló que: “La Corte no conoce ningún argumento del cual pueda concluirse que los Estados reconocen estar sujetos a una obligación recíproca en el sentido de sólo tomar en cuenta el lugar en que el autor de un delito se encontraba al momento de cometer el delito. Por el contrario, es claro que las cortes de muchos países, incluso de aquellos que han dado a su legislación criminal un carácter estrictamente territorial, interpretan el derecho criminal en el sentido de que los delitos cuyos autores al momento de cometerlos están en territorio de otro Estado, deben, no obstante, ser considerados como cometidos en el territorio nacional cuando uno de los elementos constitutivos del delito y, más especialmente, sus efectos han ocurrido allí”.

10 Jan-Michael Simon, “Jurisdicción Universal: La perspectiva del Derecho Internacional”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2002), 21.

11 *Ibíd.* 22.

12 *Ibíd.*



responde a la necesidad de permitir a un Estado proteger sus intereses en caso de que el Estado en el que ocurrieron los actos no tome las medidas adecuadas, y el principio de personalidad pasiva permite que un Estado proteja a sus nacionales en caso de que estos sean víctimas de un crimen en un Estado extranjero que a su vez no ejerza su jurisdicción territorial efectivamente.¹³

En este sentido, más que girar en contra de la soberanía estatal, estas formas de jurisdicción no territorial buscan proteger intereses estatales importantes en casos en que estos sean vulnerados por actos ocurridos fuera de su territorio que de otra manera quedarían impunes. En esos casos, siempre existirá un nexo entre el Estado que pretende ejercer la jurisdicción y los actos en cuestión o la víctima o el victimario. Por el contrario, y entendida por ahora en el contexto criminal, la jurisdicción universal puede definirse como “la jurisdicción penal basada únicamente en la naturaleza del crimen, indistintamente de donde hubiera sido cometido dicho crimen, de la nacionalidad del presunto o culpable perpetrador, de la nacionalidad de la víctima, o de cualquier otro vínculo con el estado que ejerza tal jurisdicción”. Hugo Grotius presentó quizás una de las primeras formulaciones de esta idea, al expresar (en 1625):

“Debe también reconocerse que los reyes, y cualquier otro con derechos similares a estos, pueden exigir que un castigo sea impuesto no sólo por los males perpetrados contra ellos o contra sus asuntos, sino también en contra de todos los males que no se dirijan específicamente contra ellos, pero que violan de forma extrema a cualquier persona, al Derecho Natural o al Derecho de las Naciones”.¹⁴

La doctrina de la jurisdicción universal, entonces, responde al reconocimiento de que existen intereses que le son comunes a todos los estados (y a la comunidad internacional como un todo) y que a veces no son suficientemente protegidos por la jurisdicción territorial y sus excepciones tradicionales. Como ha señalado Bassiouni, la jurisdicción universal descansa en la idea de que al ejercerla, el estado en cuestión “actúa en representación de la comunidad internacional porque tiene un interés en la preservación del orden global como un miembro de dicha comunidad”.¹⁵ O, en palabras del Tribunal Constitucional de España:

13 Mitsue Inazumi, *Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes under International Law* (Antwerp: Intersentia, 2005) 24-25.

14 Citado en Simon, *supra* nota 5, 26.

15 M. Cherif Bassiouni, “Jurisdicción Universal para crímenes internacionales. Perspectivas históricas y práctica contemporánea”, originalmente publicado como “Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice”, 42 *Virginia Journal of International Law* 81 (2001), 96 (en el original).

“La persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las particulares características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad (paradigmáticamente en el caso del genocidio) trasciende la de las concretas víctimas y alcanza a la Comunidad Internacional en su conjunto”.¹⁶

Conforme a esta visión, al ejercer la jurisdicción universal, el estado lleva a cabo una *actio popularis* en contra de un individuo que, por cometer un crimen internacional (por ejemplo, la piratería, la esclavitud, los crímenes de guerra, el genocidio, y la tortura), se considera *hostis humani generis*.¹⁷

Breve examen del Desarrollo del Principio de Universalidad

Las discusiones en torno al desarrollo del principio de universalidad generalmente comienzan con el delito de la piratería, el caso más antiguo de jurisdicción universal. El derecho consuetudinario internacional claramente reconoce la jurisdicción universal sobre este delito, jurisdicción que ha sido explícitamente reconocida en tratados internacionales. Por ejemplo, la Convención de Ginebra sobre la Alta Mar de 1958, en su Artículo 19, establece que:

“Todo Estado puede apresarse en alta mar, o en cualquier otro lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado, a un buque o a una aeronave pirata. Los Tribunales del Estado que hayan efectuado la presa podrán decidir las penas que deban imponerse y las medidas que haya que tomar respecto de los buques, las aeronaves y los bienes”.

Hay dos razones principales por las cuales se reconoció la jurisdicción universal sobre la piratería: (1) la gravedad del crimen (es decir, el hecho de que el mismo no afecta solamente los intereses –comerciales– de un Estado sino la seguridad de los mares y de la comunidad internacional); (2) y la ausencia de un Estado con clara jurisdicción sobre el caso (pues los hechos ocurren en altamar).¹⁸ Temprano en el siglo XX, y basándose en el reconocimiento de la jurisdicción universal sobre la piratería, algunos estados intentaron incluir en su legislación nacional otros crímenes (particularmente crímenes relacionados al tráfico de esclavos)¹⁹ entre los sujetos a jurisdicción universal.

16 Sentencia 237/2005 (Fundamentos de Derecho, Párrafo Noveno).

17 Ibid. 88 (en el original).

18 Ibid. 50-51.

19 Para una discusión, ver M. Cherif Bassiouni, “Jurisdicción Universal para crímenes internacionales: perspectivas históricas y práctica contemporánea”, originalmente publicado como “Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice”, 42 Virginia Journal of International Law 81 (2001), 113 (en el original).



La mayoría de las discusiones sobre la posible extensión de la jurisdicción universal a otros crímenes se centraban en la naturaleza del crimen en cuestión, y muchos argumentos apuntaban a que los crímenes de una gravedad similar a la piratería también deberían estar sujetos a la jurisdicción de todos los estados.²⁰ Es decir, no se hacía mucho énfasis en el hecho de que parte de razón por la cual no había sido tan difícil reconocer la jurisdicción universal sobre la piratería era que, por ocurrir en alta mar, la posibilidad de conflicto con la jurisdicción territorial (y por tanto con la soberanía) de otros estados no estaba presente. A nivel del derecho internacional, en casos de crímenes distintos a la piratería, la jurisdicción universal, si se reconocía, era vista como estrictamente subsidiaria (es decir, existiría únicamente cuando los estados que normalmente tendrían jurisdicción sobre los sospechosos no se encontraran en posición de ejercerla o en casos en que la extradición al Estado con jurisdicción territorial no era posible). Un ejemplo de lo anterior es la inclusión en algunos tratados de disposiciones que dan efectividad al principio de *aut dedere aut judicare* (extraditar o juzgar).

Uno de estos tratados es el Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves de 1970, cuyo Artículo 7 establece:

“El Estado Contratante en cuyo territorio sea hallado el presunto delincuente, si no procede a la extradición del mismo, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio”.

El Artículo 5(2) de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes contiene una disposición similar: “Todo Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición”. Este tipo de disposición autoriza a un Estado a ejercer cualquier tipo de jurisdicción (jurisdicción no-territorial y jurisdicción universal incluidas), en casos en que no se proceda a la extradición del sospechoso. En ese sentido, el principio de *aut dedere aut judicare* no es equivalente al reconocimiento de la jurisdicción universal, pero puede resultar en el ejercicio de esta.

A partir de la Segunda Guerra Mundial, sin embargo, los desarrollos más importantes del principio de la jurisdicción universal han sido consecuencia del

20 Ibid. 51. Para una discusión, ver M. Cherif Bassiouni, “Jurisdicción Universal para crímenes internacionales: perspectivas históricas y práctica contemporánea”, originalmente publicado como “Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice”, 42 *Virginia Journal of International Law* 81 (2001), 112 (en el original).

consenso²¹ acerca de que las violaciones graves a los derechos humanos son un asunto que atañe a la comunidad internacional, pues implican la negación de valores fundamentales y amenazan a la paz y seguridad internacional; dicho de otra manera, dichas violaciones constituyen actos que ofenden la conciencia de la humanidad.²² Naturalmente, gran parte de estas discusiones han girado en torno al crimen de genocidio. La Convención para la Prevención y la Sanción del Crimen de Genocidio de 1948 dispone en su Artículo VI: “Las personas acusadas de genocidio o de cualquiera de los actos enumerados en el artículo III,²³ serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción”. Es decir, a pesar de su gravedad (especialmente si se compara con el crimen de la piratería), esta Convención, al menos de una lectura literal, no establece la jurisdicción universal sobre el genocidio, sino que contempla la posibilidad de que una corte penal internacional creada mediante un tratado asuma jurisdicción sobre actos de genocidio ocurridos en el territorio de los estados contratantes.²⁴

En las décadas de 1970 y 1980, varios reportes fueron preparados en las Naciones Unidas en donde se recomendaba el reconocimiento de la jurisdicción universal sobre el crimen del genocidio con el objetivo de aumentar la efectividad de la Convención de 1948, pero estas no fueron aceptadas por los estados miembros.²⁵ A pesar de lo anterior, el *Restatement of the Law (Third) of Foreign Relations Law*²⁶ de Estados Unidos (una compilación del derecho aplicable que, a pesar de no ser vinculante, es frecuentemente citada en decisiones judicia-

-
- 21 Dicho consenso quedó ejemplificado en la Resolución 96(I) de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en la cual las partes se comprometieron a prevenir y a castigar a aquellos que cometieran el delito de genocidio. Mitsue Inazumi, *Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes under International Law* (Antwerp: Intersentia, 2005) 21.
- 22 Los Convenios de Ginebra de 1949 sobre los crímenes de guerra, aunque no contienen disposiciones específicas en torno a la jurisdicción universal, establecen las bases para que los estados ejerzan la jurisdicción universal en casos de “infracciones graves” a los Convenios. Ver Artículo 49, CG I, Artículo 50, CG II, Art. 129, CG III, Artículo 146, CG IV.
- 23 a) El genocidio; b) La asociación para cometer genocidio; c) La instigación directa y pública a cometer genocidio; d) La tentativa de genocidio; e) La complicidad en el genocidio.
- 24 En *Attorney-General of the Government of Israel v. Adolf Eichman*, la Corte de Distrito de Israel determinó tener jurisdicción universal sobre el crimen del genocidio descansando en parte en el hecho de que el genocidio es un crimen internacional conforme a la Convención de 1948, y que el antes citado Artículo 6 no excluía la existencia de otras bases para la jurisdicción.
- 25 Inazumi, *supra* nota 10, 74-75.
- 26 *Restatement of the Law (Third) of Foreign Relations Law of the United States* (American Law Institute Publishers, 1987).



les), se refirió en su versión de 1987 (Sección 404) a la existencia de jurisdicción universal para una serie de delitos, incluyendo el genocidio:

“Un estado puede ejercer jurisdicción para definir y sancionar delitos que la comunidad internacional ha reconocido como de interés universal, tal como la piratería, el tráfico de esclavos, los ataques o los apoderamientos ilícitos de aviones, los crímenes de guerra, posiblemente el terrorismo, aunque no estén presente ninguna de las bases de jurisdicción identificadas en la Sección 402”.

Otros desarrollos importantes ocurrieron en la década del 1990, cuando se crearon los tribunales *ad hoc* para Yugoslavia y Ruanda, y se adoptó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998). A pesar de que la creación de estos tribunales *ad hoc* (cuya jurisdicción se limitó a los crímenes cometidos en el contexto de los conflictos en cuestión), y la adopción del Estatuto de Roma, por sí sola, no confirió jurisdicción universal a los estados, la misma tuvo el efecto de reafirmar el compromiso de la comunidad internacional con la prevención y la sanción de determinados crímenes internacionales, y podría decirse que indirectamente resultó en el ejercicio de la jurisdicción universal por algunos estados (siendo el Caso Pinochet uno de los ejemplos más importantes).²⁷ En el caso del Estatuto de Roma,²⁸ aunque su preámbulo no se refiere específicamente a la jurisdicción universal, este le impone la responsabilidad a los Estados de tomar medidas nacionales y ejercer su jurisdicción sobre crímenes internacionales.

Así, diversos estados comenzaron a expandir su jurisdicción criminal en preparación para la ratificación del Estatuto de Roma y la entrada en vigor de la Corte Penal Internacional (la cual opera conforme al principio de complementariedad, es decir, sólo ejerce su jurisdicción cuando los estados que normalmente tendrían jurisdicción sobre los hechos no están “dispuestos a actuar” o son “incapaces” de así hacerlo).²⁹ Bélgica, por ejemplo, enmendó su legislación nacional para reconocer la jurisdicción universal sobre el genocidio y sobre crí-

27 Inazumi, *supra* nota 10, 83. En el contexto del Caso Pinochet, la solicitud de extradición del juez Baltasar Garzón estuvo basada en el principio de jurisdicción universal, aunque la decisión de la Cámara de los Lores giró principalmente en torno a las obligaciones de Reino Unido y España en torno a la Convención Contra la Tortura.

28 El preámbulo del Estatuto de Roma expresa: “Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”.

29 Ver Artículos 17.2 y 17.3 del Estatuto de Roma. Para una discusión de la legislación nacional en torno a la jurisdicción universal en distintos países europeos, ver Wolfgang Kaleck, “From Pinochet to Rumsfeld: Universal Jurisdiction in Europe 1998-2008”, 30 *Michigan Journal of International Law* 927 (2009).

menes contra la humanidad.³⁰ El caso de Bélgica es particularmente interesante pues su legislación nacional le otorgaba a sus cortes jurisdicción universal *in absentia* en relación a algunos crímenes internacionales, es decir, aun si los sospechosos no estaban presentes en territorio belga.³¹ En el año 2000, como resultado de una orden de arresto emitida por Bélgica en contra del entonces Ministro de Relaciones Exteriores de la República Democrática del Congo, la Corte Internacional de Justicia tuvo oportunidad de expresarse acerca de la jurisdicción universal y del alcance de la legislación belga.

Algunos jueces se expresaron en contra del principio de la jurisdicción universal. Por ejemplo, el entonces Juez Presidente Gilbert Guillaume, expresó que “el derecho internacional solamente conoce un caso verdadero de jurisdicción universal: la piratería”. Además, señaló que, con la excepción de la piratería y de la jurisdicción universal subsidiaria contemplada en alguno tratados, “el derecho internacional no acepta la jurisdicción universal; mucho menos la jurisdicción universal *in absentia*”.³² La minoría disintió de esas expresiones, afirmando, por ejemplo, que no existe ninguna norma de derecho internacional consuetudinario ni ningún tratado que prohíba el ejercicio de la jurisdicción universal *in absentia*, y que la presencia del sospechoso en el territorio no es un componente esencial de la jurisdicción universal. Como sabemos, en el año 2003³³ (ante la presión de otros estados) Bélgica enmendó su legislación nacional sustituyendo la jurisdicción universal con otras formas de jurisdicción no territorial basadas, por ejemplo, en el principio de personalidad pasiva (algo parecido sucedió en el 2009 con respecto a la legislación nacional española).³⁴

30 En 1993, Bélgica adoptó la “Ley sobre la Sanción a Infracciones Graves al Derecho Internacional Humanitario”, como parte de los esfuerzos para implementar los Protocolos I y II de los Convenios de Ginebra. Esta ley fue enmendada en 1999 para incluir el genocidio y los crímenes contra la humanidad para así implementar la Convención para la Prevención y Sanción del Crimen del Genocidio y el Estatuto de Roma, respectivamente.

31 Inazumi, *supra* nota 10,94.

32 Citado en *ibid*, 95.

33 En febrero de 2003 la Corte Suprema Belga revocó una determinación de la Corte de Apelaciones que disponía que la jurisdicción universal sólo podía ejercerse en casos en que el acusado se encontrara presente en Bélgica. Así, la Corte Suprema dejó abierta la posibilidad para que las cortes belgas ejercieran la jurisdicción universal de la forma más amplia posible. Cour de Cassation, Feb. 12, 2003, *Pasicrisie Belge* 2003, vol. 1, 307, 317-18 (Belg.). Para una discusión, ver Kaleck, *supra* nota 21, 934.

34 El Artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de España, aprobada en 1985 (y parcialmente enmendado en 1999), disponía: “(i)gualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: a) Genocidio; b) Terrorismo; c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves; d) Falsificación de moneda extranjera; e) Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces; e) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes; g) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España”. A través de la Ley Orgánica 1/2009, la siguiente oración fue



Hasta ahora, la discusión se ha enfocado en la jurisdicción universal en material penal, pues es en ese contexto en donde han ocurrido los principales debates sobre el principio de universalidad. Sin embargo, es importante señalar que el ejercicio extraterritorial de la ley también puede ocurrir, y ocurre, en materia civil. El ejemplo más conocido es el *Alien Tort Claims Act* (ATCA)³⁵ de los Estados Unidos, adoptado en 1789. Dicha ley permite a las cortes estadounidenses ejercer jurisdicción original civil sobre casos ocurridos en el exterior, entre extranjeros, en donde se han causado daños como parte de una violación al derecho internacional consuetudinario (*law of nations*) o a un tratado ratificado por los Estados Unidos. En el famoso caso de *Filartiga* (un caso de tortura entre nacionales paraguayos, ocurrido en Paraguay),³⁶ una corte federal de apelaciones, a través de una analogía con el delito de la piratería, decidió que la “tortura oficial” constituía una violación al derecho internacional consuetudinario. Por lo tanto, señaló la corte: “Para los propósitos de la responsabilidad civil, el torturador se convierte –al igual que el pirata y el traficante de esclavos en el pasado– en *hostis humanis generi*, en enemigo de la humanidad”.³⁷

Como el derecho internacional (y su principio básico de igualdad soberana) no permite que un Estado ejerza jurisdicción sobre otro Estado (por ejemplo, en casos en que el segundo Estado ha incurrido en violaciones graves a los derechos humanos), las cortes estadounidenses han recurrido al ATCA a los fines de aplicar la noción tradicional de la responsabilidad civil a los individuos que han llevado a cabo los actos en cuestión. Interesantemente, en muchos de los casos recientes bajo el ATCA, el demandado es una corporación privada, no un individuo. Por ejemplo, en *Doe v. Unocal*³⁸ el demandado era una compañía multinacional contra la cual se reclamaba haber contribuido a violaciones a los derechos humanos en Birmania, en *Flomo v. Firestone Natural Rubber*,³⁹ se alegaba que una corporación privada había violentado el derecho internacional consuetudinario al incurrir en determinadas prácticas de trabajo infantil en Liberia (argumento que fue rechazado por la corte a pesar de aceptar que el ATCA le otorgaba jurisdicción sobre actos de corporaciones) y en las etapas

añadida al Artículo 23.4: “Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles”.

35 28 USC 1350 (1789).

36 *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F2D 876 (2d cir 1980).

37 *Ibid.*

38 U.S. Court of Appeals, 9th Circuit (2002).

39 U.S. Court of Appeals, 7th Circuit, No. 10-3675 (2011).

iniciales del caso *Chevron-Texaco* se demandó a esa corporación en las cortes estadounidenses bajo la antes mencionada disposición legislativa.⁴⁰ Algunos autores plantean que en muchos de los casos decididos bajo el ATCA, los remedios más importantes no han sido la compensación monetaria, sino el valor obtenido, de la atribución de responsabilidad civil al violador de los derechos humanos del demandante. Así, señala Teitel, las demandas bajo el ATCA “parecen servir propósitos comúnmente asociados a las sanciones penales, tal como el reconocimiento y la condenación”⁴¹ de determinados actos.

Soberanía y límites del ejercicio unilateral de la jurisdicción

Aunque podría criticarse el aparente retroceso en materia de legislación nacional sobre jurisdicción universal en países como Bélgica y España, es perfectamente entendible que algunos estados vean con preocupación la expansión de esta doctrina. Después de todo, el ejercicio de la jurisdicción universal podría, en algunos casos, suponer claras violaciones al principio tradicional de la soberanía estatal y al derecho exclusivo de cada Estado a regular y castigar los actos que ocurren dentro de su territorio. El problema quedó reflejado en una reciente discusión sobre la jurisdicción universal que tuvo lugar en el Sexto Comité de la Asamblea General de Naciones Unidas. Por ejemplo, el delegado de Argentina expresó que aunque la jurisdicción universal es una herramienta importante en el sistema de justicia internacional, su uso “imprudente” podría “crear fricciones entre los estados, pues podría ser percibido como una herramienta para interferir en los asuntos internos de otros países o en una especie de “jurisdicción hegemónica” ejercida por algunos estados desarrollados en contra de los nacionales de países en desarrollo”.⁴² De forma similar, el delegado de Venezuela señaló que el principio de jurisdicción universal “debería reflejar principios generales del derecho internacional, particularmente la no-interferencia en los asuntos internos de otros estados y el respeto por la soberanía estatal”.⁴³

Según se desprende de lo anterior, cuando se piensa en el principio jurisdicción universal desde la perspectiva *de los estados*, no es difícil entender que el

40 *Aguinda v. Texaco, Inc*, 142 F. Su. 2d 534, 537 (S.D.N.Y. 2001).

41 Ruti Teitel, “The Alien Tort and the Global Rule of Law”, *International Social Science Journal*, Vol. 57, No. 185 (2005) 553. Para un breve examen de disposiciones en el derecho doméstico de diversos países que autorizan la jurisdicción universal en casos civiles, ver “Universal Jurisdiction: The Scope of Universal Civil Jurisdiction”, *Amnesty International* (Julio 2007).

42 Sixty-sixth General Assembly, Sixth Committee, 12th & 13th Meetings. 12 de October octubre de 2011.

43 En casos en los cuales los sospechosos son oficiales gubernamentales de gobiernos extranjeros, la tensión entre la jurisdicción universal y la soberanía estatal se acentúa más aún.



mismo haya sido recibido con distintos grados de resistencia. No es casualidad que haya sido en el contexto de la piratería en el cual la jurisdicción universal lograra los avances más importantes: además de ocurrir en alta mar, la piratería constituye una afrenta directa a los intereses comerciales de los estados y a su seguridad económica. Además, desde el punto de vista del debido proceso de ley, parece preferible que sea una corte del territorio en donde ocurrieron los actos quien ejerza la jurisdicción (pues ésta estará en mejor posición para entender el contexto social del delito, habrá una mayor probabilidad de que la evidencia y los testigos estén disponibles, etc.).⁴⁴ En casos en que la jurisdicción universal se pretende ejercer *in absentia*, el derecho del acusado de estar presente en su juicio y defenderse sería directamente vulnerado.⁴⁵ Por eso, no es sorprendente que no exista un consenso internacional en torno a la validez y alcance de la jurisdicción universal.

Aun ante la ausencia de tal consenso, sin embargo, vale la pena hacerse la siguiente pregunta: ¿Puede un Estado ejercer la jurisdicción universal sobre determinados actos en la ausencia de un tratado que así lo autorice? En casos como ese, ¿sería el ejercicio de la jurisdicción contrario al derecho internacional consuetudinario? La respuesta más importante a esas preguntas es la expresada en el antes mencionado caso *Lotus*:

“Lejos de dictar una prohibición general en el sentido de que los Estados no puedan extender la aplicación de sus leyes y la jurisdicción de sus tribunales sobre personas, bienes o actos que se encuentren fuera de su territorio, el derecho internacional les deja, a este respecto, una amplia discreción que sólo es limitada en ciertos casos por reglas prohibitivas; en los otros casos, cada Estado es libre de adoptar los principios que considere mejores y más apropiados”.

Conforme a este razonamiento, el derecho internacional no parece imponer límites *prima facie* al alcance de la jurisdicción de un Estado.⁴⁶ Pero esto no quiere

44 Hernán Salinas Burgos, “El Principio de Jurisdicción Internacional: ¿*Lex Lata* o *Lex Desiderata*?”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, 107-134 (2007).

45 En *AG v. Yeung Sun-chun* [1987] HKLR 997, Lord Diplock expresó que el principio de territorialidad tiene su origen en los juicios por jurado, en donde el acusado es juzgado por sus iguales, es decir, por otros ciudadanos de la localidad en que ocurrió el crimen. Esa razón histórica no debe aparecer hoy día como el obstáculo a ir más allá del principio de territorialidad: la única restricción en cuanto a abandonar ese principio surge del derecho internacional. Para una discusión, véase M. Sornarajah, “Extraterritorial Criminal Jurisdiction: British, American and Commonwealth Perspectives”, *Singapore Journal of International & Comparative Law*, vol. 2 (1998) 15.

46 Inazumi, *supra* note 9, 132. La llamada teoría de la atribución descansa en un cuestionamiento directo de esta posición. Conforme a esa teoría, la soberanía estatal es otorgada a los estados por el derecho internacional, de manera que los estados siempre tendrán que mostrar una norma de derecho internacional que los autorice a actuar. Para una discusión ver, Luc Reydams, *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives* (Oxford University Press, 2003) 13-14.

decir que no existan reglas prohibitivas de derecho internacional consuetudinario o convencional que conviertan en ilegal el ejercicio de tal jurisdicción.

Por ejemplo, como hemos visto anteriormente, en algunos casos el ejercicio de la jurisdicción universal podría violentar el principio de la soberanía estatal (consagrado en la Carta de las Naciones Unidas), y sus corolarios de la jurisdicción territorial exclusiva sobre un territorio y el deber de no intervención en los asuntos domésticos de otros estados. Es interesante notar, sin embargo, que si dejamos a un lado el poder de ejecutar sentencias judiciales, la jurisdicción universal normalmente no implica el ejercicio de poder en el territorio de otro Estado: el ejercicio de la jurisdicción universal ocurre en las cortes del Estado que la ejercita, no en el territorio del Estado donde ocurrieron los actos que se pretenden juzgar.⁴⁷ En ese sentido, el mero ejercicio de la jurisdicción universal (por ejemplo, el dictar una sentencia conforme a una ley doméstica que confiera a las cortes estatales jurisdicción sobre ciertos actos)⁴⁸ no necesariamente violenta el principio de no-intervención y la norma establecida en *Lotus* de que “un Estado no puede ejercer su poder de ninguna forma en el territorio de otro Estado”.⁴⁹ Puede además argumentarse que la jurisdicción universal no hace otra cosa que fortalecer el principio de soberanía estatal.

Es decir, sería extraño describir a un Estado como “soberano” si este se encuentra incapaz de juzgar a una persona que se encuentra en su territorio y que es sospechosa de haber cometido un crimen grave en el extranjero (en casos en que la extradición no sea posible).⁵⁰ En torno a este punto, Brusa señalaba que la mera presencia de un criminal en el territorio de un Estado constituye una amenaza al orden legal y moral, por lo que la jurisdicción universal puede verse como una expresión de la soberanía interna.⁵¹ El caso de la ejecución de una sentencia dictada en el ejercicio de la jurisdicción universal *in absentia* es dis-

47 Ibid, 135.

48 Como ha explicado García Arán, “las declaraciones de extraterritorialidad de la ley penal formuladas por un Estado [desde un punto de vista formal] no plantean problemas de interferencia con la soberanía de otros. Los Estados no pueden realizar actos de soberanía en el territorio de otro, pero son soberanos para decidir el ámbito de su propio poder punitivo. El grado de eficacia de tales declaraciones dependerá, a su vez, del grado de legitimación internacional que se les reconozca, especialmente si el sujeto perseguido se encuentra en el territorio de otro Estado al que debe solicitarse la extradición.” García Arán y López Garrido (ed.), *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal: El Caso Pinochet* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2000).

49 Ibid. Si el sospechoso es agente u oficial de otro Estado, el ejercicio de la jurisdicción universal podría aparecer como un intento de un Estado de asumir jurisdicción sobre otro Estado, lo que sería contrario al principio de soberanía estatal y de igualdad entre los Estados.

50 Ibid. 144.

51 Para una discusión, ver Luc Reydams, *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives* (Oxford University Press, 2003) 31.



tinto, pues en ausencia de una autorización expresa, el arresto de una persona en el territorio de otro Estado, o la congelación de bienes ubicados en el extranjero, sería claramente inconsistente con el principio de soberanía estatal. En el contexto de la jurisdicción universal en casos civiles, en donde el remedio que se busca no es el arresto del sospechoso sino algún tipo de compensación o reconocimiento de parte del demandado, uno podría esperar más tolerancia de los estados en cuanto al ejercicio extraterritorial de la jurisdicción.⁵²

No obstante lo anterior, y aun dejando por ahora a un lado la ejecución de las sentencias, el ejercicio unilateral y extraterritorial de la soberanía puede tener un impacto en los intereses de otros estados y por lo tanto puede crear fricciones entre los mismos.⁵³ Precisamente por esa razón es que cualquier ejercicio unilateral de la jurisdicción con implicaciones extraterritoriales tiene que ser justificado, usualmente ubicándolo dentro de alguna de las excepciones reconocidas al principio de jurisdicción territorial (sin tener que recurrir a un reclamo de jurisdicción universal). Cuando no hay otra opción que el ejercicio de la jurisdicción universal en casos de crímenes internacionales como el genocidio, la tortura, y la esclavitud, la justificación tomaría una forma como la siguiente: existe un consenso entre la comunidad internacional que algunos crímenes implican violaciones tan graves a los derechos humanos que deben ser sancionados independientemente de donde ocurran. Por lo tanto, el Estado que se dispone a ejercer la jurisdicción universal lo haría en nombre *de los demás estados* y a los fines de proteger un orden internacional que se ha comprometido en juzgar y castigar ciertos crímenes.

Siempre que no se utilice con propósitos imperiales, esta justificación tradicional en muchos casos podría ser suficiente. Ahora bien, en el caso del ejercicio de la jurisdicción universal para proteger los *derechos de la naturaleza*, esa justificación no funciona. Es decir, no sólo no existe un consenso en la comunidad internacional acerca de la existencia de los derechos de la naturaleza sino tampoco acerca de que los actos que pongan en riesgo a la naturaleza deban ser sometidos a normas jurisdiccionales similares a las que aplican a crímenes internacionales como la piratería y el genocidio. En este sentido, a pesar de que (si seguimos al caso de *Lotus*) podemos concluir que el ejercicio de la jurisdicción universal para proteger los derechos de la naturaleza no se encuentra explícitamente prohibido por el derecho internacional, se necesita una justificación para dicho ejercicio.⁵⁴

52 Ruti Teitel, "The Alien Tort and the Global Rule of Law", *International Social Science Journal*, Vol. 57, No. 185 (2005) 559.

53 Ver Daniel Bodansky, "What's So Bad About Unilateral Action to Protect the Environment?", *European Journal of International Law*, Vol. 11, No. 2 (2000), 341.

54 Valga señalar que cualquier justificación del ejercicio de la jurisdicción universal, por

Pero tiene que ser una justificación que no descansa en la premisa de que la jurisdicción universal sólo puede ejercerse respecto a actos que *los estados* han determinado que atentan contra el orden internacional. En la siguiente parte del escrito, pretendo sentar las bases una justificación de ese tipo. Dicha justificación, en vez de centrarse en los *estados* o en la *comunidad internacional*, apunta hacia la necesidad de proteger los derechos de las generaciones presentes y futuras (en cualquier parte del planeta) de gobernarse a sí mismas, de llevar a cabo actos de soberanía popular. Ya que existe una conexión fundamental entre el principio de soberanía estatal y el principio de soberanía popular, veremos que para defender el ejercicio de la jurisdicción universal sobre actos violatorios de los derechos de la naturaleza no es necesario abandonar el principio de soberanía estatal. Por el contrario, se necesita profundizar aún más sobre ese principio.

El ejercicio futuro de la soberanía popular, los derechos de la naturaleza, y la humanidad como sujeto político

Antes de continuar es necesario señalar lo siguiente. El objetivo de esta sección del escrito es sentar las bases para una justificación al ejercicio de la jurisdicción *universal* en aras de proteger los derechos de la naturaleza fuera del territorio nacional, cuando aquellos que han violentado estos derechos no son nacionales del Estado que pretende ejercer la jurisdicción. Sin embargo, es posible encontrar justificaciones al ejercicio de la jurisdicción en este tipo de casos basándose no en la jurisdicción universal sino en las excepciones tradicionales a la jurisdicción territorial (esos argumentos, por supuesto, podrían en su momento utilizarse para fortalecer un reclamo de jurisdicción universal sobre determinados hechos). Por ejemplo, en un estudio preparado en la década de los 70, Richard Bilder, entonces profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Wisconsin, presentó una serie de argumentos que podrían utilizarse para justificar lo que él llamaba “la acción unilateral para prevenir daños internacionales al medioambiente”, definida como “acciones que toma un Estado, independientemente de alguna forma de cooperación expresa con otro Estado o institución internacional”⁵⁵ dirigidas a proteger a la naturaleza.

Por ejemplo, Bilder decía que el principio de protección (el cual busca proteger intereses estatales importantes) podría expandirse a fines de incluir determi-

sí sola, no convierte automáticamente a dicho ejercicio en uno “legal”, pero proveer tal justificación es necesario pues es la única manera en que un Estado puede legitimar sus acciones ante la comunidad internacional.

55 Escrito en 1973 y publicado en 1981 bajo Richard B. Bilder, “The Role of Unilateral State Action in Preventing International Environmental Injury”, 14 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 51 (1981) 53.



nados tipos de amenazas contra el medioambiente. A su vez, señalaba que la jurisdicción territorial, la cual a veces se argumenta puede ser invocada por estados respecto a actos que, a pesar de ocurrir en territorio extranjero producen efectos en el territorio nacional, podría utilizarse en casos de daños ambientales.⁵⁶ Esto es particularmente relevante en casos de daños a la naturaleza ya que, aunque pueden originarse en el territorio de un Estado, frecuentemente tienen efectos extraterritoriales y planetarios. Además, para Bilder, ya para la década del 70 venía desarrollándose “una creciente concientización acerca de que todos los pueblos y naciones inevitablemente comparten el planeta tierra y, como resultado, tienen la responsabilidad, para con ellos mismos así como con respecto a generaciones futuras, de preservarlo”.⁵⁷ Conforme a esa perspectiva, añadía, la legitimidad de las acciones unilaterales para defender el medioambiente aparece fortalecida, pues se trataría de acciones dirigidas a proteger una naturaleza compartida por todos los pueblos.⁵⁸

Finalmente, Bilder sugirió que era posible que, en algún momento futuro, la comunidad internacional reconociera un derecho de legítima defensa bajo el cual los estados pudieran ampararse en casos en que fuera necesario actuar unilateralmente para prevenir daños ambientales graves, aunque los actos en cuestión ocurrieran en territorio extranjero o en territorio no sujeto a la jurisdicción de ningún estado.⁵⁹ En el resto de este escrito, me dispongo a presentar una defensa del principio de jurisdicción universal en el contexto de la protección de la naturaleza, que (como los argumentos de Bilder) toma en serio los intereses de las generaciones futuras y la responsabilidad de la comunidad internacional respecto al planeta tierra. No obstante, esta defensa descansará principalmente en una interpretación del principio de la soberanía estatal y la relación de ésta con la soberanía popular. Como veremos, desde una perspectiva democrática, la soberanía estatal no puede verse separada de la soberanía popular, y no puede haber soberanía popular sin la protección de ciertos derechos y la existencia de una naturaleza saludable. Así, será una defensa de la jurisdicción universal basada en el respeto mismo a la idea de soberanía.

56 Ibid, 69.

57 Ibid, 73. Véase además, David Takas, “The Public Trust Doctrine, Environmental Human Rights, and the Future of Private Property”, 16 *New York University Environmental Law Journal* 711 (2008).

58 Ibid.

59 Ibid, 78. Un argumento similar, pero basado en la doctrina del ‘estado de necesidad’, puede encontrarse en Laurence Boisson de Chazournes, “Unilateralism and Environmental Protection: Issues of Perception and Reality of Issues”, *European Journal of International Law*, Vol. 11, No. 2 (2000) 333-334.

Los derechos, la democracia, y la soberanía

Cuando el Artículo 2(1) de la Carta de las Naciones Unidas dispone que “La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros”, parece apelar a la autoridad última de los estados como sujetos del derecho internacional. Es decir, se le reconoce a todos los estados su soberanía externa, su derecho a actuar dentro de su territorio sin interferencia extranjera, y su capacidad de actuar en el plano internacional en una relación de igualdad e independencia respecto a los demás estados. Cabe preguntarse por qué el derecho internacional le atribuye un carácter soberano a los estados. En el siglo XXI –cuando el derecho a la libre determinación de los pueblos reconocido en el Artículo 1 de la Carta de la ONU– aparece como uno de los pilares del derecho internacional, la respuesta a esa pregunta requiere ir más allá de los estados. Es decir, a pesar de que el derecho internacional identifica a los estados como la entidad que goza de soberanía en el plano internacional, es el hecho de que se presume que dichos estados han sido constituidos por los *pueblos* en el ejercicio de su derecho a la libre determinación, en donde radica, a mi juicio, la razón principal para el respeto a la soberanía estatal.⁶⁰

La libre determinación de los pueblos, la cual los faculta a determinar libremente su estatus político, no es otra cosa que el reconocimiento de la *soberanía* del pueblo, la *soberanía popular* (o, si se quiere, el poder constituyente del pueblo).⁶¹ Conforme a la doctrina democrática contemporánea, el ejercicio de la soberanía popular debe incluir altos grados de participación política, pues solo

60 Ver Christian Hillgruber, “Soberanía: La Defensa de un Concepto Jurídico”, *Revista para el Análisis del Derecho* (Febrero 2009). El famoso caso de *Nicaragua v. Estados Unidos* (Corte Internacional de Justicia, 1986) parecería indicar lo contrario, al expresar que parte fundamental del principio de no-intervención y de la soberanía estatal es el derecho del Estado a determinar libremente su sistema político, económico, social, y cultural. Sin embargo, el punto es que, desde una perspectiva democrática, se presume, que a nivel interno del Estado, dicha “determinación libre” la hará el pueblo o sus representantes. Existan propuestas de que sólo aquellos gobiernos constituidos democráticamente deben tener representación en la ONU, y en algunos casos diversas organizaciones internacionales se han negado a reconocer a estados creados por golpes de Estado.

61 La soberanía popular incluye (o puede considerarse como equivalente), al poder constituyente del pueblo. Esta visión ha sido recientemente defendida por Andreas Kalyvas, quien arguye que “el soberano es el titular del poder constituyente, es quien determina la forma de la constitución, la identidad política y jurídica, y la estructura gubernamental de una comunidad”. Andreas Kalyvas, *Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power*, *Constellations*, Vol. 12, No. 2 (2005) 226. La teoría del poder constituyente del pueblo no es ajena a América Latina, en donde recientemente se han adoptado constituciones a través de procesos altamente participativos y que, además, contemplan la posibilidad de que el pueblo, en el ejercicio de su poder constituyente, transforme la Constitución vigente a través de procesos parecidos a los utilizados cuando la constitución fue originalmente creada. Este es el caso de las nuevas constituciones de Venezuela, Bolivia, y Ecuador (véase Artículos 348, 411, y 444 de las respectivas constituciones de los países antes mencionados).



así cabe hablar de un orden constitucional, de un Estado, que descansa en la voluntad del pueblo y actúa en su nombre. En la doctrina tradicional, la soberanía popular (o el poder constituyente) apunta hacia un poder ilimitado, no sujeto a ninguna forma de derecho positivo. Incluye el poder de crear constituciones nuevas o de modificar de forma fundamental una constitución estatal existente libre de cualquier otro límite que no sea el respeto mismo a la soberanía popular. En trabajos anteriores he sostenido que, a pesar de no estar sujeto a ninguna forma de derecho positivo, el ejercicio *futuro* de este poder requiere el respeto a ciertos derechos. Es decir, el respeto a derechos *constitutivos* de la democracia, derechos sin los cuales sería imposible o muy difícil cualquier acto genuino de participación y deliberación democrática.⁶² Los derechos constitutivos de la democracia generalmente son limitados a los derechos básicos de participación política y, según algunos autores, deberían también incluir derechos de autonomía personal y derechos económicos y sociales.

Por ejemplo, en términos de los derechos de participación política es fácil entender que la democracia no podría existir sin el derecho al voto. De igual forma, sin el derecho a asociarse con otros con fines políticos, los ciudadanos muy difícilmente podrían crear y participar en organizaciones y movimientos sociales que deliberen y hagan propuestas sobre el presente y futuro del orden constitucional. Asimismo, sin el derecho a expresarse libremente, ningún proceso de deliberación democrática podría ocurrir. En términos de los derechos individuales, las conexiones con la democracia no son tan claras. Estos derechos (por ejemplo, el derecho a la privacidad y el derecho a la libertad de culto), por sí solos, no otorgan la facultad legal de participar en procesos políticos, sino que crean una esfera privada en la cual el Estado no puede intervenir. El intento más ambicioso de demostrar que tanto los derechos políticos como los derechos individuales están fundamentalmente conectados con la democracia es la tesis de co-originalidad defendida por Jürgen Habermas.

De acuerdo a Habermas, los ciudadanos solo estarán en posición de participar en la creación del derecho positivo, de participar en el proceso democrático si estos son “suficientemente independientes en virtud de una autonomía privada protegida” constitucionalmente⁶³. A la misma vez, sin embargo, los derechos individuales que protegen esa autonomía privada solamente existirán y serán respetados si los ciudadanos hacen un uso apropiado de sus derechos

62 Para una discusión breve de estos derechos y su relación con la democracia, ver Walter Murphy, “Constitutions, Constitutionalism, and Democracy” in *Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World* (Douglas Greenberg, Stanley N. Katz, et al, eds.) (Oxford: Oxford University Press, 1993) 3-5.

63 Jürgen Habermas, “Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles?”, *Political Theory*, 2001, vol. 29 (6), 767.

políticos.⁶⁴ Es decir, los ciudadanos solamente podrán ejercer sus derechos políticos si pueden formar sus opiniones y desarrollar sus personalidades en una esfera privada protegida, y solamente podrán disfrutar de libertades individuales si ejercen sus derechos políticos a los fines de determinar el contenido específico de los derechos individuales. Por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión no puede existir si los ciudadanos no son libres de formar sus opiniones en la privacidad de su hogar, sin intrusión del Estado ni de otros ciudadanos. A su vez, ese derecho a la privacidad no podría existir si los ciudadanos no definen su significado y alcance a través del ejercicio de sus derechos políticos. Habermas además sugiere que, en situaciones de desigualdad económica, el reconocimiento de derechos económicos y sociales aparece como una precondition para el ejercicio de cualquier otro derecho.⁶⁵

Dicho de otra manera, sin acceso apropiado a la salud, educación, y la alimentación, difícilmente un ciudadano estaría en condiciones de participar formalmente en el proceso político. Así, a pesar de que la soberanía popular apunta hacia un poder ilimitado, el ejercicio de ese poder encuentra como precondition el reconocimiento de determinados derechos. De ahí que se justifique que, en una constitución democrática, el pueblo se autolimita, colocando la abolición de los derechos que son necesarios para el ejercicio futuro de su propio poder soberano (de su poder constituyente) fuera del alcance de los poderes legislativos del Estado (de los poderes constituidos). Ahora bien, si tomamos en serio este razonamiento, debemos concluir que la protección de la naturaleza es necesaria para el ejercicio de esos derechos y por lo tanto constituye una precondition para la posibilidad del ejercicio futuro de la soberanía popular. Es decir, los derechos de primera y segunda generación no podrían ser real y significativamente ejercidos en la ausencia de condiciones de vida adecuadas. Sin una garantía de que aquellos sujetos al orden constitucional existirán, en el presente y en el futuro, en un contexto adecuado para la realización y disfrute de la vida, la democracia no sería posible. En otras palabras, el ejercicio de la soberanía popular requiere la protección de la naturaleza.⁶⁶ La

64 Ibid.

65 Habermas específicamente menciona: “[b]asic rights to the provision of living conditions that are socially, technologically, and ecologically safeguarded, insofar as the current circumstances make this necessary if citizens are to have equal opportunities to utilize [their rights]”. Como vemos, Habermas sugiere que la protección de la naturaleza (no necesariamente el reconocimiento de derechos a la naturaleza), es necesario para el ejercicio de otros derechos. Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge: MIT Press, 1996, 123. Para una discusión, ver David Ingram, *Habermas Introduction and Analysis*, Ithaca: Cornell University Press, 2010, 169-170, 184-189.

66 Conforme a esta concepción, en vez de mirarse al movimiento en la dirección de constitucionalización de los derechos de la naturaleza “como un serio peligro para la democracia y la libertad”, estos derechos aparecen como pre-condición misma para la



protección de la naturaleza puede tener lugar a través del reconocimiento de derechos ambientales (derechos de tercera generación, como los reconocidos en los Artículos 33 y 34 de la Constitución de Bolivia, en donde un medioambiente saludable es visto como un derecho del *humano*)⁶⁷ o a través del reconocimiento de derechos a la *naturaleza* misma (como en la nueva Constitución de Ecuador).⁶⁸ Para propósitos de esta parte del escrito, el punto a destacar no es la forma específica que dichos derechos asuman (lo cual, en todo caso, dependerá de la efectividad de los mismos en lograr su propósito último –la protección de la naturaleza–⁶⁹, sino en el hecho de que el respeto a los mismos

democracia. Para una discusión de esas críticas en el contexto de la ecología profunda, ver Eugenio Raúl Zaffaroni, “La Pachamama y el Humano” en *La Naturaleza con Derechos: De la Filosofía a la Política* (editado por Alberto Acosta y Esperanza Martínez) (Quito, 2011) 85.

- 67 Artículo 33: “Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente”. Artículo 34: “Cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad, está facultada para ejercitar las acciones legales en defensa del derecho al medio ambiente, sin perjuicio de la obligación de las instituciones públicas de actuar de oficio frente a los atentados contra el medio ambiente”.
- 68 Art. 71: “La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema”. Art. 72: “La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependen de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas”. Art. 73: “El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales. Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional”. Art. 74: “Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir. Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado”.
- 69 Sobre la relación entre los derechos ambientales y los derechos de la naturaleza, Alberto Acosta ha señalado que “urge distinguir que los derechos a un ambiente sano son parte de los Derechos Humanos, y que no necesariamente implican Derechos de la Naturaleza. La finalidad de esta distinción es indicar que las formulaciones clásicas de los Derechos Humanos de tercera generación, es decir de los derechos a un ambiente sano o calidad de vida, en esencia son antropocéntricas, y que deben entenderse separadamente de los Derechos de la Naturaleza. Sin embargo, es preciso disputar ideológicamente el concepto de derecho a un medio ambiente sano en la línea de epistemología del sur, tal como la plantea Boaventura de Souza Santos. Es más, es evidente que no se podrá asegurar los derechos a un ambiente sano si no se respetan los derechos de la Naturaleza. Aquí aflora nuevamente

es una pre-condición para el ejercicio de la soberanía popular (la cual, como hemos visto, es lo que justifica la importancia que el derecho internacional le atribuye a la soberanía *estatal*). La idea de que una naturaleza saludable es una precondition para el ejercicio de la soberanía popular quedó implícitamente reconocida en el preámbulo de la Constitución de Bolivia, en donde se indica: “Cumpliendo con el mandato de nuestros pueblo, *con la fortaleza de nuestra Pachamama* y gracias a Dios, refundamos Bolivia” (énfasis suplido). Sin la fortaleza provista por la Madre Tierra, se sugiere en dicho preámbulo, no sería posible ejercer el poder constituyente.

Como ha señalado Alberto Acosta, “al final la destrucción de la Naturaleza niega las condiciones de existencia de la especie humana y por tanto atenta contra todos los Derechos Humanos”.⁷⁰ Así mismo, en ausencia de las condiciones necesarias para que los seres humanos se auto-gobiernen, los principios básicos de democracia, libre determinación, soberanía popular, y soberanía estatal carecerían de ningún sentido práctico. En la Corte Internacional de Justicia también se ha reconocido la relación entre los derechos humanos y la protección de la naturaleza. Por ejemplo, en el caso Hungría vs. Eslovaquia (1998), el entonces vicepresidente Weermantry expresó que “la protección del medioambiente es también una parte vital de la doctrina contemporánea de los derechos humanos, ya que es un *sine qua non* de numerosos derechos humanos, tales como el derecho a la salud y el mismo derecho a la vida”. Añadió que no era necesario elaborar ese punto, pues era claro que “el daño al medioambiente puede afectar y debilitar [*impair and undermine*] todos los derechos humanos mencionados en la Declaración Universal así como en otros tratados de derechos humanos”.⁷¹

La jurisdicción universal y la humanidad

Hasta aquí, he intentado defender tres argumentos principales. Primero, que no existe una prohibición, *prima facie*, al ejercicio de la jurisdicción universal para proteger los derechos de la naturaleza. Sin embargo, aun en ausencia de tal prohibición, el ejercicio de la jurisdicción universal tiene que ser justificado frente a los demás estados soberanos. Segundo, que, desde una perspectiva democrática, el reconocimiento de la soberanía estatal encuentra como últi-

la necesidad de establecer una vinculación correcta y estratégica entre Derechos Humanos y Derechos de la Naturaleza”. Alberto Acosta, “Los Derechos de la Naturaleza: Una Lectura sobre el Derecho a la Existencia” en *La Naturaleza con Derechos: De la Filosofía a la Política* (editado por Alberto Acosta y Esperanza Martínez) (Quito, 2011) 349-350.

70 Alberto Acosta, “Los Derechos de la Naturaleza: Una lectura sobre el derecho a la existencia” en *La Naturaleza con Derechos: De la Filosofía a la Política* (editado por Alberto Acosta y Esperanza Martínez) (Quito, 2011) 355.

71 1997 I.C.J. 85, 91-92 (opinión separada del vicepresidente Weermantry).



mo fundamento a la soberanía popular y, tercero, que el ejercicio de la soberanía popular no sólo requiere la protección de derechos de primera y segunda generación, sino también la protección de la naturaleza (que puede lograrse a través del reconocimiento de derechos a la naturaleza misma). En esta parte final del escrito, y descansando en esos tres argumentos, estableceré lo que considero serían las bases para una justificación al ejercicio de la jurisdicción universal en casos de daños graves al medioambiente (o de violaciones graves a los derechos de la naturaleza).

Esta justificación partiría de la premisa de que, en ausencia de un consenso interestatal acerca de la protección de la naturaleza y mucho menos sobre el ejercicio de la jurisdicción universal para proteger sus derechos, es necesario mirar más allá de los estados. Los estados, después de todo, históricamente no han mostrado el mismo nivel de preocupación en torno a la protección de la naturaleza que en cuanto a la prevención de acciones de otro tipo, muchas veces no comparables, en términos de gravedad, con algunas acciones dañinas al medioambiente. El caso más claro, otra vez, es el de la piratería. Es interesante notar que el crimen internacional de la piratería no incluye daños a los ecosistemas acuáticos; es decir, abordar una embarcación y apropiarse de parte de la mercancía allí almacenada es, desde la perspectiva de la comunidad internacional (y la noción prevaleciente de la jurisdicción universal), un acto mucho más grave que la contaminación intencional de los océanos con efectos planetarios.⁷²

Entre las razones para la atribución del carácter de crímenes internacionales a determinadas acciones, pero no a los “crímenes” contra la naturaleza, se pueden enumerar las siguientes. Primero, a diferencia de actos como la piratería, el genocidio y la tortura, los daños ambientales a veces pueden traer consigo beneficios sociales aparentes (por ejemplo, el desarrollo económico a corto plazo).⁷³ Segundo, a diferencia de otros actos caracterizados como crímenes internacionales (como el genocidio, la tortura, etc.), los daños ambientales en ocasiones tienen efectos extraterritoriales y planetarios, pero no tienen efectos directos en un grupo particular que pueda identificarse como víctima (o, en el caso de las acciones civiles, no afectan de manera especial a determinados grupos o individuos).⁷⁴ Tercero, los daños ambientales presentes en mu-

72 Frédéric Mégret, “The Problem of an International Criminal Law of the Environment” 36 *Columbia Journal of Environmental Law* 195 (2010) 205-206. Debe señalarse que el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I) dispone en su Artículo 35(3): “Queda prohibido el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural”.

73 *Ibid.*, 109, 221.

74 *Ibid.*, 228.

chos casos solamente tendrán efectos con respecto a generaciones futuras.⁷⁵ Debido a este carácter intergeneracional, las víctimas humanas de la destrucción del medioambiente serán personas que todavía no existen (y que no habitan en una jurisdicción en particular). A continuación me enfocaré en la segunda y tercera de esas razones: el carácter extraterritorial de los daños ambientales y su carácter intergeneracional.

Esas dos características de los daños a la naturaleza atribuyen a estos un carácter global, un impacto que va más allá de los individuos, los estados, y de los pueblos particulares. Como ha señalado Frédéric Mégret, los daños graves a la naturaleza (por ejemplo, los daños causados por el reciente derrame de petróleo en el Golfo de México), ponen en riesgo las condiciones básicas que hacen posible la vida humana en el planeta.⁷⁶ Por eso no es sorprendente que, luego de expresar preocupación por el hecho de que ciertas actividades humanas pueden afectar las características climáticas mundiales “amenazando a las generaciones presentes y futuras con consecuencias económicas y sociales potencialmente graves”, la Asamblea General de la ONU calificara al cambio climático como “una preocupación común de la humanidad, dado que el clima es un elemento esencial de la vida en la tierra”.⁷⁷ De forma similar, en el caso de Hungría v. Eslovaquia, la Corte Internacional de Justicia expresó que la protección del medioambiente es importante “no sólo para los Estados sino para el conjunto de la humanidad”.

Desde esta perspectiva, cualquier justificación para el ejercicio de la jurisdicción universal sobre actos que resulten en daños ambientales graves, deberá descansar, al menos en parte, en que el poder estatal se está ejerciendo esencial y principalmente en nombre de la humanidad. Es decir, el énfasis no es en actuar a base de un consenso entre los estados, sino con el objetivo de proteger la vida, y calidad de vida, de todos los pueblos. Ahora bien, ¿qué tiene que ver todo esto con la soberanía? Desde una perspectiva democrática, como hemos visto, la soberanía de los estados debe verse como una manifestación de la soberanía popular: los estados son tratados como iguales y soberanos, pues se presume que los mismos fueron constituidos por sus res-

75 Existen diversas iniciativas dirigidas al establecimiento de “crímenes contra las generaciones futuras” en el derecho internacional. Dichos crímenes se refieren a actos “ocurridos en el presente que tienen repercusiones graves al ambiente natural, a las poblaciones humanas, a las especies o ecosistemas en el presente y que, conforme a un examen realizado en el presente, tienen consecuencias para las poblaciones humanas a largo plazo”. “Crimes Against Future Generations”, *World Future Council* (<http://www.worldfuturecouncil.org/fcrimes.html>).

76 Mégret, *supra* note 66, 241, 245.

77 Asamblea General, Resolución 43/53, *Protección del Clima para las Generaciones Presentes y Futuras* (6 de diciembre de 1988).



pectivos pueblos en el ejercicio de la libre determinación. Pero la soberanía popular, como el poder constituyente, no se agota por haber sido ejercida una vez. Por el contrario, el respeto a la soberanía popular requiere el reconocimiento de aquellos derechos que hacen posible su ejercicio futuro. Esos derechos, hemos dicho, además de incluir derechos políticos, individuales, económicos y sociales, solo podrían ejercerse en el contexto de una naturaleza saludable, compatible con la existencia y disfrute de la vida humana (lo cual puede lograrse ya sea a través de derechos de tercera generación o a través del reconocimiento de derechos a la naturaleza misma).

El respeto a esos derechos es una condición necesaria para el ejercicio futuro de la soberanía popular y, como resultado, el propio principio de soberanía estatal resulta indirectamente protegido. En este sentido, la justificación para el ejercicio de la jurisdicción universal en casos que envuelvan daños ambientales graves (definidos como daños que pongan en riesgo la calidad de vida y la viabilidad de generaciones presentes y futuras), estaría basada en tres fundamentos principales. Primero, los daños graves a la naturaleza tienen efectos en todas partes del planeta (en este sentido, siempre habrá un nexo entre el estado que ejerce la jurisdicción y los efectos de los actos en cuestión). Segundo, el ejercicio de la jurisdicción universal en estos casos no se estaría llevando a cabo únicamente para prevenir actos contrarios a los intereses de los estados (intereses de la “comunidad internacional”), sino para proteger la soberanía de los pueblos, sobre la cual descansa la soberanía estatal (por eso la ausencia de un consenso entre los estados acerca del alcance de la jurisdicción universal en el contexto de daños ambientales no debe ser considerado determinante).⁷⁸

Ahora bien, esta concepción de la jurisdicción universal, al estar dirigida a proteger la soberanía de los pueblos, indirectamente apunta hacia la humanidad (es decir, hacia el conjunto de todos los pueblos) como el sujeto donde descansa la autoridad política última en nuestro planeta. Así, el tercer fundamento sería que, en el ejercicio de la jurisdicción universal sobre actos que resultan en daños ambientales graves, la Corte Nacional estaría actuando principalmente a nombre de la humanidad (no simplemente a nombre del pueblo que la constituyó o a nombre de la comunidad internacional).⁷⁹ La idea de la humanidad

78 Como ha señalado Mégret, los peligros que envuelven los daños graves a la naturaleza hacen muy difícil esperar por el desarrollo de un “consenso internacional”. Mégret, *supra* nota 67, 256. Dicho esto, existen un número de documentos internacionales que de alguna manera apuntan hacia una concientización de la comunidad internacional acerca de la protección de la naturaleza. Por ejemplo, véase la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente (16 de junio de 1972), la Declaración de Río Sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (14 de junio de 1992), y el Artículo 11 del Protocolo de Salvador (17 de noviembre de 1988).

79 En el contexto del debate en torno a la jurisdicción universal (criminal) durante la primera mitad del siglo XX, M. Travers argumentó que la única misión de los estados es proteger sus

como sujeto político no es nueva, y de hecho, existen propuestas acerca de la creación de una Segunda Asamblea en la ONU, compuesta por delegados llamados a representar a los pueblos, en vez de a los estados.⁸⁰ En el contexto específico de los derechos de la naturaleza, vale recordar la propuesta del presidente de Bolivia, Evo Morales, acerca de la celebración de un referéndum global sobre el cambio climático y la protección de la Madre Tierra, de la Pachamama o, como dirían los maoríes en Nueva Zelanda, de Papatuanuku.

Este tipo de propuesta asume que, en los tiempos de la globalización, de los acuerdos multilaterales, y de la delegación de ciertos poderes a entidades supranacionales, cabe hablar del poder constituyente de los pueblos, es decir, de la humanidad como titular de un poder constituyente global, una soberanía de la humanidad. Una vez se concibe a la humanidad como el titular de un poder constituyente global, el ejercicio de la jurisdicción universal aparecerá como necesario en casos que se pone en riesgo la facultad de generaciones presentes y futuras, en cualquier jurisdicción, de participar en la constitución y re-constitución de los estados que conforman a la comunidad internacional.⁸¹ Bajo esta concepción habría que rechazar la noción tradicional de la soberanía popular y del poder constituyente, originadas en las Revolución Americana y la Revolución Francesa, y expresada elocuentemente por Thomas Jefferson: “La tierra le pertenece siempre a la generación viviente: Pueden, por tanto, administrarla, y administrar sus frutos, como les plazca, durante su usufructo. Son también dueños de sus propias personas y, por consiguiente, pueden gobernarlas como les plazca”.⁸² Si bien Jefferson tenía razón en que los pueblos tienen derecho a gobernarse “como les plazca”, su propia capacidad de gobernarse a sí mismos, a ser pueblos soberanos (y a constituir estados soberanos), depende en última instancia, de su relación con una entidad no-humana, de la protección de la naturaleza.

propios intereses, y que en el ejercicio de la soberanía estatal, un Estado nunca podría actuar a nombre de la humanidad. Para una discusión, ver Luc Reydams, *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives* (Oxford University Press, 2003) 32.

- 80 Para una discusión, ver Daniele Archibugi, “From the United Nations to Cosmopolitan Democracy” en *Cosmopolitan Democracy: An Agenda for a New World Order* (Daniele Archibugi & David Held eds.) (Polity Press, 1995) 137-138.
- 81 Por eso, en casos como el reciente derrame de petróleo en el Golfo de México, podríamos señalar, con Esperanza Martínez que: “Este derrame tuvo efectos planetarios y, de acuerdo a evaluaciones científicas, afectó la estructura de los ecosistemas acuáticos. En esa medida se plantea que se trata de una ofensa al conjunto de la humanidad, y se evidencia la necesidad de adaptar la figura de la jurisprudencia universal, por tratarse de delitos de lesa naturaleza”. Esperanza Martínez, “Prólogo” en *La Naturaleza con Derechos: De la Filosofía a la Política* (editado por Alberto Acosta y Esperanza Martínez) (Quito, 2011) 19.
- 82 Thomas Jefferson, “Letter to James Madison” en *The Portable Thomas Jefferson* (Penguin, 1975) 445.

CAPÍTULO IV
EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA

LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LEYES DE LA NATURALEZA

Adolfo Maldonado¹ y Esperanza Martínez²

A pesar de que resulta una arrogancia pensar que las leyes que gobiernan el universo son las desarrolladas por los humanos, en su corta existencia, los Derechos de la Naturaleza están siendo creados como parte de la evolución de los Derechos Humanos.

Las leyes que gobiernan la vida en la tierra son las leyes de la naturaleza: las leyes de la física, de la química, de la ecología. Carpintero dice que “el sistema económico es un subsistema dentro de un sistema más amplio (biosfera) y, por tanto, su funcionamiento está restringido y condicionado por las leyes que gobiernan el funcionamiento de la propia biosfera, esto es, las leyes de la termodinámica y de la ecología”³

La naturaleza tiene su metabolismo, con sus códigos que gobiernan las relaciones de los seres humanos con ella. Las leyes de la física, más cercanas a la complejidad del universo, contribuyen a explicar los procesos metabólicos de la sociedad y de la naturaleza misma. Entre ellas, las leyes de la termodinámica bajo las cuales se suspenderían todos los proyectos extractivos, pues estos interfieren con el desarrollo de la vida. Con la primera –la ley de la conservación de la energía–, también se impedirían los transgénicos pues suponen una gran pérdida de energía en toda la producción agrícola, con la segunda –la llamada ley de la entropía–, se proibiría la obsolescencia programada que sostiene al consumismo.⁴

Sin embargo, se han creado más leyes para cuidar la propiedad intelectual de las empresas o para garantizar las inversiones que para controlar las actividades que afectan el metabolismo de la naturaleza y conservar territorios. Es con

-
- 1 Médico, miembro de Acción Ecológica, Investigador en temas de salud. Coordinador de la Clínica Ambiental. Contacto: clinicambiental@gmail.com
 - 2 Bióloga, abogada, miembro de Acción Ecológica. Coordinadora de la Oficina Pro defensa de la Naturaleza y sus derechos. Contacto: esperanza@accionecologica.org
 - 3 Carpintero, O. (2007). La Apropiación Humana de Producción Primaria Neta (AHN) como aproximación al metabolismo económico. *Revista Ecosistemas* 16. p. 26. 2007.
 - 4 Maldonado, A. (2010). *Un indicador para el Sumak Kawsay*. Quito: Clínica Ambiental. pp. 64-71. 2010.



el reconocimiento de los derechos de la naturaleza que se recuperan, para el mundo del derecho y de las leyes, temas como los ciclos vitales, las estructuras de los ecosistemas o los procesos metabólicos de la naturaleza.

El pensar que la Tierra es un ser vivo que tiene sus propias leyes está presente en todas las culturas en algún momento. En la antigüedad los romanos y griegos dieron un carácter de diosa a Gea o Gaia. La idea no muere en el Renacimiento: Para Gilbert (siglo XVI), redescubridor de la brújula, la Tierra es un organismo con una especie de instinto de supervivencia. Kepler (siglo XVII), el astrónomo, la trata en sus escritos como si estuviese viva. Hutton (siglo XVIII) propone crear una nueva ciencia, la geofisiología, es decir la fisiología de la Tierra y trabaja con la idea de esta como un superorganismo. Suess (siglo XIX) acuña el término *biosfera*. Y así, sucesivamente, se arriba a la hipótesis Gaia de Lovelock.⁵

La idea de la naturaleza como un ser vivo está muy presente en los pueblos amerindios. Galeano recoge el siguiente testimonio:

“¿Tiene dueño la tierra? ¿Cómo así? ¿Cómo se ha de vender? ¿Cómo se ha de comprar? Si ella no nos pertenece, pues nosotros somos de ella. Sus hijos somos. Así siempre, siempre. Tierra viva. Como cría a los gusanos, así nos cría. Tiene huesos y sangre. Leche tiene, y nos da de mamar. Pelo tiene, pasto, paja, árboles. Ella sabe parir papas. Hace nacer casas. Gente hace nacer. Ella nos cuida y nosotros la cuidamos. Ella bebe chicha, acepta nuestro convite. Hijos suyos somos. ¿Cómo se ha de vender? ¿Cómo se ha de comprar?”⁶

La Carta Mundial de la Naturaleza de 1982 fue un intento de recuperar, al menos de manera declarativa, la importancia de la naturaleza y el sentido de pertenencia de las sociedades humanas a ella.

“La humanidad es parte de la naturaleza y su vida depende del funcionamiento inintermitido de los sistemas naturales lo que garantiza el suministro de energía y de nutrientes. La civilización tiene sus raíces en la naturaleza la misma que ha moldeado a la cultura humana y ha influenciado todos los avances artísticos y científicos, el vivir en armonía con la naturaleza permite al hombre obtener las mejores oportunidades para el desarrollo de su creatividad y para su recreación y relajación.”⁷

El sentido de ruptura, de desconocimiento y de violencia para con la naturaleza tiene su propia historia. El modelo de acumulación originaria, que marcó la historia de las sociedades humanas y dibujó en sus orígenes al sistema capitalista, se sustentó hasta la actualidad fundamentalmente, en la expropiación

5 De Castro, Carranza, C. El año de Darwin y Lovelock. 2009, p. 2.

6 Galeano, E. Memoria del fuego I. Los nacimientos. Madrid: Siglo XXI. 1984, p. 185.

7 Carta Mundial de la Naturaleza, A/RES/37/7. 1982.

de tierras y territorios y en el control del agua. Las tierras fueron ocupadas con diferentes argumentos como declararlas tierras abandonadas, baldías, libres o no ocupadas, para dar paso a un despojo que permitiera la acumulación en manos de unos pocos privilegiados. Marx describe ese modelo de ocupación y despojo de la siguiente manera:

“La producción capitalista congrega a la población en grandes centros, y hace que la población urbana alcance una preponderancia siempre creciente. Esto tiene dos consecuencias, por una parte, concentra la fuerza motriz histórica de la sociedad; por otra, perturba la interacción metabólica entre el hombre y la tierra, es decir, impide que se devuelvan a la tierra los elementos constituyentes consumidos por el hombre en forma de alimentos y ropa, e impide, por lo tanto, el funcionamiento del eterno estado natural para la fertilidad permanente del suelo. Con ello destruye, al mismo tiempo, la salud física de los obreros urbanos y la vida intelectual de los trabajadores rurales. (...) En la agricultura, como en la manufactura, la transformación capitalista del proceso de producción aparece a la vez como martirologio de los productores (...) Al igual que en la industria urbana, la fuerza productiva acrecentada y la mayor movilización del trabajo en la agricultura moderna, se obtienen devastando y extenuando la fuerza de trabajo misma. Y todo progreso de la agricultura capitalista no es sólo un progreso en el arte de esquilmar al obrero, sino a la vez en el arte de esquilmar el suelo; todo avance en el acrecentamiento de la fertilidad de éste durante un lapso dado, resulta un avance en el agotamiento de las fuentes duraderas de esa fertilidad”⁸

Desde el punto de vista filosófico, predominará la visión de Francis Bacon (1561-1626) quien llegó a decir que “(l)a naturaleza debe ser obligada a servir, reducida a la obediencia, y esclavizada, (...) para extraer, bajo tortura, todos sus secretos”. Bacon, uno de los ideólogos del industrialismo, separa la historia civil y la natural afirmando la necesidad de su dominio. Descartes, más explícito, disocia al *hombre* de la naturaleza, planteando la diferencia entre quién-piensa y la naturaleza, a la que da el valor de máquina. La dualidad, quién-piensa y máquina, también se manifiesta en la consideración kantiana de lo social o mundo del espíritu libre y lo natural, pasivo y causal. La naturaleza, desde esa mirada, quedó reducida a ser objeto de propiedad y se le otorgó solo un valor de uso y de cambio y se la sacrificó subordinándola a los procesos de producción.

No solo se trató de interferir, presionar y sobreexplotar la capacidad de fertilidad de los suelos, sino de romper los vínculos con la tierra imponiendo, hasta hoy, procesos productivos que convierten al trabajo con y para la tierra en un ejercicio de explotación y despojo.

8 Marx, K. (1867). *El capital*. Tomo I: proceso de acumulación capitalista (digital). México: Siglo XXI. 1867, pp 612-613



Con la colonización se construyó la imagen de una naturaleza hostil, pero al mismo tiempo subordinada y explotable. El europeo que vino a América fue un hombre renacentista, un hombre que se sentía el centro de la creación y que consideraba a todo lo natural como posible de ser apropiado privadamente; vino a América a amasar fortuna. Si la naturaleza para él era explotable, lo fueron también los “naturales” que encuentra en el lugar (Sangronis, 2011). Por eso Gomez Nadal (2017) plantea que los dos mecanismos para colonizar el continente eran declarar “alma nula” y “tierra nula” (tierras baldías) y de alguna manera se conservan hasta hoy para seguir colonizando las mentes y los territorios.

La naturaleza ha sido relegada a ser fuente de riquezas y, en el mejor de los casos, a ser el “medio ambiente” de las personas. La colonización impuso un modelo que esclavizó a la naturaleza y para ello se valió de la espada y de la cruz. De esta manera fue “pesada la servidumbre que llega dentro del cristianismo. Serán esclavas las palabras, esclavos los árboles, esclavos los hombres” (libro Chilam Balan de Chumayel citado por Lenkersdorf, 1999).

El mandato de usar y destruir la naturaleza se hizo extensiva a los pueblos que vivían en ella. Así, solo en Brasil, un estudio de Ribeiro (1971, 26) refiere que el 38% de los pueblos que existían en 1900, en la Amazonía de ese país, estaban extinguidos en 1957 y que el 17% de ellas estaban ‘integradas’ en la sociedad occidental. Su explicación era la siguiente:

“El interés por las tierras ocupadas por los indígenas era económico, pues en el 60% del territorio ocupado por las tribus desaparecidas se desarrollaron proyectos de agricultura tardía y actividades extractivas de caucho, madera, ...”⁹

Sin embargo, más allá de los procesos de colonización que supusieron la imposición, el despojo, la destrucción de naturaleza y el desconocimiento de las normas y derechos propios, estos no fueron los elementos centrales que inspiraron el reconocimiento de los derechos humanos.

Cuando surgen los derechos humanos (DDHH), lo que se logra en el ámbito internacional es que las personas adquieran el estatus de sujeto de derechos, pues antes en el Derecho Internacional, los únicos sujetos de derechos eran los Estados.

“(l)os individuos, en cambio, no ostentaban derechos; no eran sujetos, sino objetos del Derecho Internacional. Ello hacía que la manera como los Estados trataban a sus nacionales fuese una

9 Ribeiro, D. 1971. Fronteras indígenas, Buenos Aires. Siglo XXI. 1971, p. 26.

cuestión que pertenecía exclusivamente a la jurisdicción interna de cada Estado. Este principio negaba a los otros Estados el derecho a interceder o intervenir en favor de los nacionales del Estado en que eran maltratados. La única excepción permitida era la institución de la intervención humanitaria”.¹⁰

Así como las personas carecían de derechos, pues estos solo pertenecían a los Estados, el reconocimiento de los DDHH determina que las personas tengan derechos propios y que estos sean protegidos por los Estados; pero además que sean protegidas por el derecho internacional, pues muchas veces son los Estados los violadores de los derechos humanos. Con la irrupción de los derechos de la naturaleza se plantea una disyuntiva similar. No solo se trata de que la naturaleza y todas las especies vivientes no humanos, tengan derechos propios, sino que se plantea además quien debe protegerlos, sobre todo considerando que nuevamente son los Estados los principales agentes violadores de estos derechos

Uno de esos escenarios que vale la pena observar es el derecho internacional de los derechos humanos. Ya se ha reconocido en Naciones Unidas (NNUU) que:

“La humanidad es parte de la naturaleza y su vida depende del funcionamiento ininterrumpido de los sistemas naturales lo que garantiza el suministro de energía y de nutrientes. La civilización tiene sus raíces en la naturaleza la misma que ha moldeado a la cultura humana y ha influenciado todos los avances artísticos y científicos, el vivir en armonía con la naturaleza permite al hombre obtener las mejores oportunidades para el desarrollo de su creatividad y para su recreación y relajación”.¹¹

El reconocimiento de las leyes naturales y de una naturaleza con derechos propios, está en plena gestación y está filtrando procesos de reflexión en todos los ámbitos, incluyendo ahora el Derecho. Desde los procesos sociales se han desplegado centenares de estrategias de **resistencia** que promueven superar la **inercia** con la que se aceptan los desastres. Desde los movimientos ambientales el **ímpetu** en la denuncia ha alcanzado mucha **fuerza**, al punto de ser ya la agenda que genera mayor movilización. La búsqueda de un nuevo **equilibrio** y la superación de actividades que generan **entropía** ya no son una elección, son caminos inevitables e impostergables para cuya reflexión las leyes de la naturaleza son un aporte.

10 Gómez, F. (s. f.). La protección internacional de los Derechos Humanos. Hegoa y UPV. 2017, p. 2.

11 Carta Mundial de la Naturaleza, A/RES/37/7. 1982.



Cuadro 1. Ejemplos de leyes naturales

RESISTENCIA	La ley de Ohm dice que el Voltaje (V) es igual a la Resistencia (R) que oponen los cuerpos por la Intensidad (I)
INERCIA	La primera ley de la inercia de Newton establece que toda masa o cuerpo persevera en su estado de reposo o movimiento uniforme y rectilíneo a no ser que sea obligado a cambiar su estado por fuerzas impresas sobre él
ÍMPETU	Buridán dio el nombre de ímpetu a la virtud o poder comunicado a un cuerpo en movimiento, que es proporcional a la velocidad y la masa. Donde no existen estas causas de destrucción, el ímpetu permanece perpetuamente el mismo.
FUERZA	La segunda Ley de la Fuerza de Newton establece: La masa (M) es igual a la Fuerza (F) sobre la Aceleración (A)
EQUILIBRIO	Ley Cero de la Termodinámica o del "Equilibrio Térmico", dice que los sistemas o cuerpos en contacto tienden a mantenerse con la misma temperatura.
ENTROPÍA	La segunda ley de la termodinámica que habla de la irreversibilidad de los fenómenos físicos, y pérdida de calor que hay en los procesos.

Elaboración propia

Progresión en la historia de los Derechos Humanos

Las Naciones Unidas, en su "Breve Historia sobre los Derechos Humanos" (NNUU, sf), presenta como primer documento escrito en favor de los derechos Humanos un cilindro de barro cocido atribuido a Ciro, rey de Persia, en el año 539 a.C.; con motivo de la liberación de esclavos en Babilonia, la elección libre de religión y el establecimiento de la igualdad de razas. El contenido de ese documento está incluido en los 4 primeros artículos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Tras este primer precursor se aluden otros documentos que profundizan en la consecución de derechos individuales y colectivos, mencionando la Carta Magna de 1.215 d.C, en Inglaterra, en la que se promueven derechos por herencia, la propiedad de tierras a mujeres y su igualdad ante la ley, prohibiendo el soborno de funcionarios y el control del Estado sobre la Iglesia, y derechos tan importantes como el acceso a un juicio justo, y la protección de las tierras y bosques comunitarios en favor de los campesinos.

Otro salto se menciona, con la Declaración de Libertades Civiles del Parlamento inglés de 1628, frente a los abusos de poder del Rey Carlos I. Dicha declaración impedía, entre otras cosas, recaudar impuestos sin la aprobación del Parlamento, encarcelar a alguien sin causa probada, o usar la ley marcial en tiempos de paz.

También presentan como precursores a la Constitución de los Estados Unidos de 1787 y la Carta de Derechos de 1791, que fueron las primeras enmiendas a esa Constitución, pues hablan de libertad de expresión y religiosa, el derecho de reunirse y la libertad de petición; así como de prohibir los castigos crueles, privar a cualquier persona de la vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal. Todos estos derechos se convirtieron en agendas centrales en la defensa de derechos humanos, aunque también se reconoció el derecho de tener y portar armas.

Casi paralelamente, durante la Revolución Francesa, se elabora en 1789 la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano; la cual abolió la monarquía absoluta y el feudalismo, y garantizaba los derechos de “libertad de propiedad, seguridad, y resistencia a la opresión”. Todo ello con el criterio de que los derechos naturales de cada hombre sólo tuvieran los límites que permitieran a los otros miembros de la misma sociedad el goce de los mismos derechos; y la ley se destinaba a promocionar esta equidad de derechos y prohibir “sólo acciones dañinas para la sociedad” (NNUU, sf). A estos referentes habría que añadir el Acta General de Bruselas de 1890 y la Convención Internacional para la Abolición de la Esclavitud y la Trata de Esclavos de 1926.

Mirados a la distancia, los derechos humanos han tenido una ruta que va desde los derechos de la libertad a los de igualdad, de la igualdad a la solidaridad y de ésta a la armonía. Los derechos son la expresión de una racionalidad que se realiza progresivamente en el tiempo y que tiende a enfocarse en un sistema unitario que se ha ido completando con el paso del tiempo.

Los derechos a las libertades individuales

Los derechos a las libertades individuales, que son calificados como la primera generación de derechos, fueron la respuesta a la barbarie que supuso la Segunda Guerra Mundial. Cincuenta países crean en 1945 la Organización de las Naciones Unidas y en 1948 se hace pública la que se conocerá como Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Esta declaración pretende limitar el poder estatal frente al individuo desde la idea de libertad y con un claro matiz burgués (González, sf: 2). Este texto se centró en la libertad de los individuos y pretendía asegurar su participación política en la toma de decisiones. Los derechos reconocidos incluyen el derecho a la vida; a la integridad física y moral; al acceso a la justicia; a la igualdad de trato y no discriminación; a la libertad individual de pensamiento, conciencia, religión, opinión, expresión, movilidad; y, los derechos políticos que permitan a los individuos participar en la organización estatal, elegir y ser elegido



y el derecho a agruparse políticamente. Tradicionalmente, se consideraba que estos derechos imponen obligaciones meramente negativas (“de no hacer”) cuyo objetivo es el limitar la acción del Estado. Así, se buscaba evitar pretensiones autoritarias y el uso abusivo del poder estatal, limitando sus acciones para garantizar el respeto de los derechos.

Si bien la Declaración de Derechos Humanos fue aprobada por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, no es vinculante para los Estados al no ser un tratado en sí. A pesar de esto y de que su origen esté marcado por una tendencia liberal, la aprobación de la Declaración Universal abrió la puerta para iniciar un proceso sumamente importante de reconocimiento de derechos, mediante la aprobación de varios tratados en esta materia. Actualmente, se considera que la Declaración Universal recoge principios básicos (que fueron posteriormente positivizados) que pueden ser considerados como costumbre internacional, adquiriendo el carácter de vinculantes.

Amnistía Internacional destaca que el siglo XVIII fue un siglo de logros importantes y al mismo tiempo de considerables limitaciones en cuanto a la defensa de los derechos humanos. En particular las declaraciones, tanto la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la Constitución de los Estados Unidos de 1787 y la Carta de Derechos de 1791, como la Declaración de Derechos Humanos de 1948, hablan de los ‘Derechos de los Hombres’ (las mujeres quedaban excluidas). Además, estas frecuentemente eran ‘compatibles’ con la esclavitud. De hecho, en Estados Unidos no se abolió la esclavitud hasta la Guerra de Secesión, en 1865 y en España se abolió en 1814, aunque se permitió que continuara en las colonias, como en Cuba, hasta 1880 (Amnistia-catalunya.org, 2017).

Los derechos a la igualdad

De los “derechos de libertad” se pasó a los “derechos por la igualdad.” Se considera que el documento central que habla de la igualdad es el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, suscrito en 1966 pero que entró en vigor solo en 1976. Sin precisión histórica, quienes asumen la teoría de las generaciones de derechos consideran a los derechos económicos y sociales como la segunda generación de derechos y explican esta respuesta por la tensión Este-Oeste. Estos derechos reconocen y promueven una serie de reivindicaciones, como su nombre lo indica, de carácter económico, social y cultural. Los derechos económicos incluyen los derechos a la propiedad individual y colectiva, y la seguridad económica; mientras que los derechos sociales hacen referencia a la alimentación, trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias, seguridad social, salario justo y digno y equitativo, al descanso, la sindicali-

zación, la huelga, a la seguridad e higiene en el trabajo, a la limitación de la jornada laboral, a disfrutar de vacaciones periódicas pagadas, al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, vivienda, vestido y educación. Finalmente, los derechos culturales incluyen la participación en la actividad cultural, así como a beneficiarse con la ciencia y tecnología.

“Los movimientos obreros emprenden la defensa de los derechos humanos desde una perspectiva colectiva, de manera más amplia, es el momento en el que los trabajadores exigen sus reivindicaciones. Ya en el siglo XX, las revoluciones mexicana y rusa de 1917 constituyen hechos históricos determinantes para la consagración jurídica de estos derechos colectivos, los derechos económicos y sociales” (Amnistía Internacional, sf).

Estos derechos, llamados por sus siglas en español DESC, tuvieron como fuente de inspiración el pensamiento socialista del siglo XIX y la incorporación de algunas de sus tesis en Constituciones o Declaraciones. A modo de ejemplo, la Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado de Rusia de 1918 desarrolló los derechos sociales, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 reconoció la obligación del Estado de impartir educación gratuita (artículo 3), de facilitar protección a la niñez, y se establecieron normas relativas al trabajo y a la previsión social y se encontraba reconocido el derecho a la huelga (artículos 4, 5 y 6).

Los derechos sociales reconocidos en la primera mitad del siglo XX fueron agenda para muchos procesos sociales a lo largo de la historia, de hecho, el incumplimiento del Estado de estos derechos llevó a que el Ejército Zapatista de Liberación Nacional, el 1 de enero de 1996, en su Cuarta Declaración de la Selva Lacandona, emitiera como reclamos:

“Techo, tierra, trabajo, pan, salud, educación, independencia, democracia, libertad, justicia y paz. Estas fueron nuestras banderas en la madrugada de 1994. Estas fueron nuestras demandas en la larga noche de los 500 años. Estas son, hoy, nuestras exigencias”¹²

Como se puede apreciar, las demandas son una mezcla de libertades y exigencias de igualdad, derechos incumplidos por el Estado mexicano, a pesar de tenerlos reconocidos.

En el desarrollo de los “derechos de igualdad” fue clave la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en 1919, instancia fundamental para que los derechos económicos, sociales y culturales aterricen en normas internacionales (IEPALA, s. f.).

12 EZLN. Cuarta Declaración de la Selva Lacandona. 1996.



En la actualidad muchos de estos derechos están reconocidos a nivel constitucional e infraconstitucional, lo que implica que los Estados se comprometen no solo ante la comunidad internacional sino también con sus nacionales.

Los derechos colectivos

De los “derechos de la igualdad” se daría un nuevo paso, aquel que se refiere a nuevos temas en el escenario internacional como la paz, la libre determinación y la solidaridad. Entre estos derechos se incluyen los derechos colectivos, que protegen grupos humanos con identidad y formas de gobierno propias, como son los pueblos indígenas.

Estos derechos, llamados de tercera generación, a diferencia de los anteriores marcados por la tensión Este-Oeste, cobran fuerza en los años 70 con la tensión Norte-Sur sobre todo por el empuje de los procesos de independencia en África. Surgen en momentos en que los temas centrales que aquejan a la comunidad internacional son los procesos de emancipación de los Estados africanos. Son varios los momentos e instrumentos con que se desarrollaron. Así, se aprueba la Declaración sobre la Concesión de independencia a los Países y Pueblos Coloniales (1960), en donde se hace referencia al derecho de autodeterminación de los pueblos; la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de la UNESCO (1972) que valora el derecho al patrimonio común de la humanidad (fondos marinos, casquetes polares, espacio exterior o vestigios de interés cultural); la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (1986); la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Cumbre para la Tierra de 1992); la Declaración sobre una Cultura de Paz (1999).

Como se puede observar, un elemento central de los derechos de esta llamada tercera generación, además de la autodeterminación y la paz, son los temas ambientales. Amnistía Internacional sostiene que este grupo de derechos, que incluyen el derecho a un ambiente saludable, a respirar aire puro o a disponer de alimentos no contaminados, no está incluido en la Declaración de Derechos Fundamentales de 1948 porque la sensibilidad medioambiental no estaba desarrollada. Sin embargo, fueron los terribles sucesos que se dieron después, los que motivaron su inclusión. Entre ellos figuran:

“La fuga de pesticidas de la fábrica de Bhopal en 1984, el accidente de la central nuclear de Chernóbil en 1986, los constantes vertidos de petróleo a los océanos, el trasiego de residuos tóxicos hacia el Tercer Mundo, la deforestación de las selvas tropicales, la desertización de amplias zonas de la tierra, el agujero de la capa de ozono, las emisiones de dióxido de carbono a la atmósfera, las lluvias ácidas, el deshielo de los glaciares y de los casquetes polares, el ago-

tamiento de los caladeros, la reducción global de la biodiversidad... la lista sería interminable” (Amnistía Internacional, s. f.).

Incluso se podría empezar con las bombas nucleares estalladas en Hiroshima y Nagasaki por EEUU en 1945, cuatro meses después de la creación de la ONU. A pesar de que responden a una amplia gama de problemas, son los que tienen menos respaldo jurídico para ser exigidos.

Con la Revolución Industrial del siglo XIX y, posteriormente, con los grandes desastres, surgió la necesidad de poner límites ambientales, acarreado consigo el nacimiento del concepto de medio-ambiente. La naturaleza sigue siendo objeto y propiedad pero se limita la posibilidad de su destrucción, aunque justamente para garantizar la continuidad de los procesos productivos en el tiempo. El medio ambiente, un concepto de carácter liberal con orígenes en la modernidad, no es más que el espacio en donde se realizan las necesidades de los seres humanos, algo sobre lo que se tiene derecho, y aplicarse derechos de propiedad. Es posible afirmar, entonces, que la transformación de la naturaleza en objeto, en medio usable, rentable y destructible, fue el resultado de un largo proceso histórico que apuntaba a la desposesión, colonización y concentración del poder. Se justificó y se justifica aún en la actualidad su destrucción en nombre del desarrollo, a pesar de las fuerzas, muchas veces incontrolables, que se desatan a nivel local y global.

La crisis ambiental ha llegado a tal extremo que instituciones como el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, en su informe de 2010, denunció que “en la actualidad, se pierden cien especies por millón al año”. El informe menciona cómo “la sobreexplotación, la contaminación y el aumento de las temperaturas de los océanos amenazan al 63 por ciento de la población de peces evaluada del mundo”, y cómo “en los próximos 40 años el total de suelos vulnerables a las inundaciones aumentará en un 50 por ciento”. Adicionalmente, señala que “la erosión del suelo ya ha provocado una caída, a nivel mundial, del 40 por ciento de la productividad agrícola” mientras que de los más de 200 000 productos que la industria química ha puesto en circulación, hoy apenas se regula un centenar de ellos.¹³

Tras todos y cada uno de estos desastres y agresiones contra la naturaleza hay comunidades, sociedades o personas que sufren con sus impactos, ya sea a los modos de vida, a su salud o seguridad. Con el capitalismo globalizado se impulsaron los grandes emprendimientos, las mega infraestructuras, la extracción cada vez más intensiva y extensiva de materias primas. Los grandes proyectos industriales han ido dejando enormes huellas de devastación social y am-

13 Maldonado, A. Un indicador para el Sumak Kawsay. Quito: Clínica Ambiental. 2010, pp. 6-7.



biental. Según CETIM, los mega proyectos tienen un impacto decisivo sobre el desarrollo económico, social, cultural y medioambiental y, en consecuencia, sobre el goce de todos los derechos humanos (CETIM, 2014, 5).

Los efectos de esta crisis ambiental pueden ser graves, vastos y duraderos. Una diferenciación de los mismos está presente en varios instrumentos de Derecho Internacional. Así, los efectos graves, según esta rama del Derecho, provocan una perturbación o un daño grave o notorio para la vida humana, los recursos naturales y económicos u otras riquezas; los efectos vastos cubren una superficie de varios cientos de kilómetros cuadrados; y, los efectos duraderos cubren un período de varios meses o el tiempo de una estación (Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles (ENMOD, 1976). A esto se suma que las crisis ambientales terminan siendo determinantes de migraciones desplazamientos forzados. "Hoy los desplazados ambientales superan en una proporción de diez a uno a los desplazados causados por las guerras y los conflictos armados fronterizos".¹⁴

El derecho a vivir en un ambiente sano se ha convertido en uno de los ejes de defensa del derecho a la vida, pues desde él se puede determinar que la vida requiere de condiciones materiales para su realización y una de ellas es el ambiente. La protección del derecho a la vida no está limitada a la prohibición de la privación arbitraria de la vida, sino que debe garantizarse una vida digna con una concepción mucho más amplia. En palabras de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "(e)n esencia, este derecho [a la vida] comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna".¹⁵

El derecho a vivir en un ambiente sano incluye el deber del Estado de garantizar no sólo la existencia de un grupo humano como tal sino también la subsistencia también de los conocimientos ancestrales acerca de la medicina natural, la filosofía o pachasofía,¹⁶ expresiones artísticas como la música y la danza, el lenguaje y la vestimenta, entre otros.

14 Mesa, G. *Derechos ambientales en perspectiva de integralidad* (1era ed.). Bogotá: UNC. 2007, p. 20.

15 OEA, & CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09. 2009, p 156.

16 Estermann, A. *Filosofía Andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*. 1998, p. 146.

Es preciso recalcar que, a pesar de la estrecha relación entre las poblaciones indígenas y la naturaleza, no son los únicos sujetos que tienen derecho a vivir en un ambiente sano. Ese mismo derecho ha sido reconocido a aquellas personas que viven en condiciones urbanas en donde la intervención de los espacios naturales es extrema. De esta manera, el garantizar un ambiente sano implica también proteger y crear condiciones de vida digna a nivel urbano. Al respecto, la Constitución del Ecuador de 2008, en su artículo 31, reconoce la importancia de lo mencionado. Así:

“(l)as personas tienen derecho al disfrute pleno de la ciudad y de sus espacios públicos, bajo los principios de sustentabilidad, justicia social, respeto a las diferentes culturas urbanas y equilibrio entre lo urbano y lo rural. El ejercicio del derecho a la ciudad se basa en la gestión democrática de ésta, en la función social y ambiental de la propiedad y de la ciudad, y en el ejercicio pleno de la ciudadanía”.

Si bien los derechos ambientales responden a grandes desastres que afectan a las sociedades humanas, estos, además, afectan al conjunto de la naturaleza.

Los derechos por la armonía

Un salto histórico de la solidaridad a la armonía es la que se dará a partir de la inclusión de los derechos de la naturaleza en las Constituciones de Bolivia y Ecuador. Sin embargo, los derechos de la naturaleza, como tal, aún no constan en instrumentos internacionales. De acuerdo a Gómez:

“(L)a principal objeción que se les puede hacer a estos derechos emergentes es que, salvo el derecho a beneficiarse del Patrimonio Común de la Humanidad, ninguno de los otros nuevos derechos ha sido reconocido mediante un instrumento convencional de alcance universal, es decir, mediante un tratado internacional vinculante para los Estados que lo ratifiquen. El reconocimiento de estos nuevos derechos [tercera y cuarta generación] se ha efectuado principalmente a través de resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, [o Constituciones de dos países] lo que nos plantea el espinoso tema del valor jurídico de tales resoluciones”.¹⁷

El tránsito de la NATURALEZA-OBJETO a la NATURALEZA-SUJETO ha empezado. Está viva en las percepciones de los pueblos indígenas, pero además ha sido recogido por muchos juristas en la defensa de los derechos de los otros, y ha salpicado a los escenarios internacionales que reconocen un valor intrínseco a la naturaleza. Ha permeado el escenario institucional de las Naciones Unidas, con la creación del grupo Armonía para la Naturaleza, adi-

17 Gómez, F. La protección internacional de los Derechos Humanos. Hegoa y UPV. (s. f.), pp. 22-23.



cionalmente en diferentes países se ha empezado a crear jurisprudencia alrededor de estos derechos.

Como dice Vladimir Serrano (1987), “(e)l Derecho no puede permanecer inmóvil y debe ir modificándose frente a las nuevas circunstancias históricas que vive la sociedad e inclusive frente a los nuevos enfoques que se van formulando de antiguas realidades”.¹⁸

Inspirados en las luchas de defensa de los territorios y en los países con una fuerte presencia social y política indígenas nacen formalmente los derechos de la naturaleza, al ser reconocidos en las Constituciones de Ecuador y Bolivia. Ambas constituciones proponen una definición de la naturaleza bajo los preceptos indígenas, es decir que se reconoce a la naturaleza como la Madre Tierra o Pachamama, una entidad de la que los humanos somos parte. Además, incorpora, junto a la naturaleza con toda su biodiversidad, a la comunidad, las relaciones y los territorios.

Para las poblaciones que viven ligadas a las selvas y a la naturaleza en general, la relación con la naturaleza es distinta, a decir de Descola, los seres vivos y no vivos, y con frecuencia supernaturales no son vistos como entes que constituyen dominios distintos y separados –definitivamente no son vistos como esferas opuestas de la naturaleza y la cultura– y se considera que las relaciones sociales abarcan más que a los humanos. Descola sostiene que “en tales ‘*sociedades de la naturaleza*’, las plantas, los animales y otras entidades pertenecen a una comunidad socio-económica, sometida a las mismas reglas que los humanos”.¹⁹

En este sentido, seguramente no hay una ley indígena, pero hay dispersas muchas nociones que hablan de su manera de organizarse, de sus reglas y ordenamiento. En un encuentro de autoridades indígenas de diferentes países realizado en Ecuador, organizado por Acción Ecológica el año 2006 se expresaron algunas de esas nociones:

“La Ley de Origen y la Ley Natural es el mismo derecho mayor, pero que tienen otro nombre de acuerdo a la filosofía de cada pueblo. Decimos Derecho Mayor por ser antiguo. Porque somos originarios de estas tierras. A nosotros nos parió la tierra, un gran caudal, una avalancha hizo nacer a nuestro pueblo”.²⁰

18 Serrano, V. (1987). *Ecología y Derecho*. 1987, pp.13-14.

19 Descola, P. & Gisli, P.(Eds.). (1997). *Nature and society. Anthropological perspectives*. 1997, p. 14.

20 Muelas, L. (2007) *Del Derecho mayor a la Constitución de Colombia*. 2007, p. 10.

Este proceso de nacimiento del mundo es de alguna manera permanente y localiza a nuestros orígenes vitales y nuestros espacios de reproducción existenciales en las selvas, en los bosques, en el agua, en el maíz, en la naturaleza, bajo condiciones de armonía.

La economía, cultura y formas de vida de los pueblos indígenas tienen directa relación con –o se desarrollan principalmente en función de– los elementos de la Naturaleza, por lo que la destrucción o daños producidos a estos afecta directamente al bienestar social del grupo.

Estas nociones de interdependencia y de armonía pertenecen en general a los pueblos que viven o vivieron apegados a la naturaleza. De acuerdo a Vandana Shiva, al otro lado del Pacífico, en la India, muchas culturas reconocen la vida en la selva como “la más alta forma de evolución cultural” y, recogiendo las palabras de Tagore, añade, que la “civilización india se ha caracterizado por ubicar sus fuentes de regeneración en las selvas y bosques, no en la ciudad”.²¹

Esta visión se asemeja a la apreciada por los pueblos indígenas de Estados Unidos, quienes, aún hasta hoy también tienen abierto un franco diálogo con la naturaleza. En 1855, el Jefe Seattle, dirigente de los pueblos Suquamish y Duwamish, envía una famosa carta al presidente de los Estados Unidos, Franklin Pierce, señalando que:

“(A)l hombre blanco le es indiferente una tierra que otra, porque no la ve como hermana, sino como enemiga. Cuando ya la ha hecho suya, la desprecia y la abandona. Saquea la tierra de sus hijos y le es indiferente. Trata a su madre –la Tierra– como objeto que se compra, se usa y se vende. Hambriento, acabará tragándose la tierra, no dejando tras de sí más que un desierto. (...) Continúad contaminando y corrompiendo vuestro lecho y cualquier noche moriréis ahogados en vuestra propia suciedad”.²²

La tradición de despreciar o desconocer las relaciones de armonía es, de acuerdo a Carlos Lenkersdorf, propia del colonizador. Para los indígenas no hay la fractura entre los seres humanos y la naturaleza “no hay nada que no tenga corazón”, esa es la condición que establece la condición de existencia y protección. “En la naturaleza están incluidos animales de la casa y del monte, la milpa, las flores y los árboles, piedras, cerros y el agua y las nubes, la multitud de cosas que llenan la naturaleza están incluidas en el nosotros”.²³

21 Shiva, V. (2009). La civilización de la selva. En E. Martínez & A. Acosta (Eds.), *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*. 2009, p. 99.

22 Seattle. (1854). Carta del Gran Jefe Seattle, de la tribu de los Swamish, a Franklin Pierce, Presidente de los Estados Unidos de América. 1984.

23 Lenkersdorf, C. *Los hombres verdades, voces y testimonios Tojolabales*. 1999.



La Corte Constitucional de Colombia, señala que “(c)uando se abordan los derechos ambientales, aun si solamente pensáramos en las poblaciones humanas, viene a la mente la imagen de los pueblos indígenas del páramo o de la selva amazónica en su hábitat natural y estas son poblaciones que ciertamente tienen derechos a vivir conforme a su cultura”. Al respecto, Kimerling señala que “(l)os derechos de los pueblos indígenas son violados cuando los recursos naturales de que dependen son agotados, deteriorados o destruidos”.²⁴ Bosco Najandein, dirigente Shuar, sostiene que “(c)uando se habla de nuestros recursos, se habla de nuestros derechos: ahí está nuestra sabiduría y nuestros poderes. (...) Al no aceptar a las empresas se está ejerciendo el derecho colectivo al territorio, al aire, a la vida; se está poniendo en práctica la defensa de la biodiversidad”.²⁵

Los derechos de la naturaleza se constituyen con una serie de aportes e insumos que antecedieron a las reflexiones sobre los estos derechos. Entre ellas están las declaraciones de la Asamblea General de las Iglesias Evangélicas, realizada en Corea de sur en 1989, que propusieron los “Derechos para las futuras generaciones - Derechos de la Naturaleza”. Otros encuentros se sucedieron, en Ginebra en 1990; en Sao Paulo en 1991; en Wellington en 1992, pero sería en el año 1997, en Debrecen, Hungría, cuando se volvió a plantear la discusión del tema desde la perspectiva de los Derechos de la Naturaleza, en el marco de la visión bíblica de la creación. Otro esfuerzo desde la sociedad civil, fue la Declaración Universal de los Derechos de la Tierra, impulsada por EnAct International, desde Sudáfrica, entre otras.²⁶

A esto se suman los esfuerzos desde los gobiernos. Por ejemplo en Bolivia, a raíz del fracaso de la Cumbre de Copenhague en diciembre del 2009, el presidente Evo Morales convocó a la Conferencia Mundial de los Pueblos sobre el Cambio Climático y los Derechos de la Madre Tierra, que se realizó en Tikipaya, Cochabamba, en abril del 2010. Allí, a más de promocionar el tema de los Derechos de la Naturaleza, se planteó la creación de un tribunal internacional para sancionar los delitos ambientales.

Los derechos por la armonía son bastante amplios y, en principio, permiten proteger derechos culturales y territoriales a nivel local, pero además permiten una defensa de los ecosistemas más allá incluso de las fronteras nacionales.

24 (Kimerling, 1996, 23).

25 Najandein, B. Exploración petrolera en Morona Santiago. *El Oriente es un mito. Foros Ecología y Política*, 2. 2003, p. 110.

26 Acosta, A. Hacia la Declaración Universal de los Derechos de la Naturaleza. Reflexiones para la acción. *Revista AFESE*, 54. 2010, p. 25.

Las barreras de unos y otros se funden y, de hecho, se podría decir que unos de han inspirado en los otros, sobre todo al momento del desarrollo doctrinario. En este sentido la reflexión de Abramovich y Courtis es ilustradora:

“Muchos derechos tradicionalmente abarcados por el catálogo de derechos civiles y políticos han sido reinterpretados en clave social () Desde el ángulo inverso, la tradicional calificación de los derechos de sindicalización y huelga como derechos sociales también ha generado dificultades teóricas, ya que la distinción obligación negativa / obligación positiva resulta infértil al respecto. () Podría decirse entonces que la adscripción de un derecho al catálogo de derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales y culturales tiene un valor heurístico, ordenatorio, clasificatorio, pero que una conceptualización más rigurosa llevaría a admitir un continuum de derechos, en el que el lugar de cada derecho esté determinado por el peso simbólico del componente de obligaciones positivas o negativas que lo caractericen. En tal esquema, habrá algunos derechos que, por ser claramente posibles de ser caracterizados a través de obligaciones negativas del Estado, queden enmarcados en el horizonte de los derechos civiles y políticos.”²⁷

Hay una similitud de fondo entre los derechos colectivos y los nuevos derechos que proclaman la armonía, ambos son de derechos colectivos y ambos protegen territorios de comunidades amenazadas.

Desde una visión de la armonía, los derechos permiten apuntalar la conservación de flora y fauna silvestre, permiten resguardar el agua y su ciclo hidrológico, no sólo por lo que ocurre en un sitio determinado, sino por la capacidad del agua de transportar y transmutar. Permiten custodiar las semillas y la agrobiodiversidad, tutelan incluso a los microorganismos nos ayudan finalmente a cultivar la fascinación por la diversidad y reconocer otras habilidades y destrezas de las diferentes especies.

Una lectura horizontal de estos grupos de derechos permite visibilizar la complementariedad de estos:

27 Abramovich, V, & Courtis, C. Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales. 1997, pp. 4-5.



Cuadro 2 Evolución de los derechos

DDHH civiles y políticos (1948) (Obligaciones al Estado de NO hacer)	DDHH Económicos, sociales y culturales (1966) (Obligaciones del Estado de hacer)	DDHH colectivos (décadas de los 70 y 80) (Recomendaciones)	Derechos de la Naturaleza (2008) Sin instrumentos
Derecho a la Vida.	Derecho a un nivel de vida adecuado. Derecho a la salud.	Derecho a calidad de vida.	Derecho a la existencia de la naturaleza. Respeto a los ciclos vitales.
Integridad física, prohibición de tortura y tratos degradantes. Libertad de movimientos.	Derecho a Seguridad social. Protección de la familia.	Derecho a un medio ambiente sano. Condiciones dignas de migrantes.	Derecho a que se mantenga la integridad de la estructura del planeta, de la atmósfera, de las aguas. Derecho a no sufrir tortura o maltrato en el caso de todos los animales.
Derecho a la educación primaria gratuita.	Derecho a la educación Participar en la vida cultural.	Derecho a la interculturalidad. Diversidad cultural. Patrimonio cultural.	Derecho a conocer y fasci- narse con la naturaleza.
Libertad, igualdad, fraternidad. Prohibición de esclavitud. Libertad de pensamiento y de religión.	Libre determinación de los pueblos.	Autodeterminación de los pueblos que haga de la diferencia una ventaja y no un inconveniente.	Libertad de los animales de expresar su conducta normal. Libertad de no sufrir dolor o temor. Libertad de estrés de los ecosistemas.
Dignidad personal, autonomía, garantías procesales, no discriminación.	Realización progresiva sin discriminación.	Respeto a las etnias. Paz . Participar cada pueblo en su proceso de desarrollo.	Dignidad de las especies. No trato discriminatorio.
Libertad de opinión.	Libertad sindical.	Solidaridad.	Armonía.
Derecho a la propiedad individual y colectiva.	Derecho a trabajar y libre elección de empleo. Condiciones de trabajo equitativo.	Derecho al territorio Derecho de las futuras generaciones.	Derecho a un futuro con relaciones de armonía.

<p>Vienen de la tradición liberal. Se basan en la libertad y limitan el poder del Estado frente a los individuos.</p>	<p>Vienen de la tradición humanista y socialista, se basan en la igualdad de los individuos y exigen cierta intervención del Estado para garantizar acceso a estos derechos.</p>	<p>Vienen impulsados por colectivos (de edad, étnicos, países del Tercer Mundo,..) afectados por la discriminación económica y social y se recogen como nuevas necesidades humanas, basadas en la solidaridad para acceder a formas más desarrolladas de ciudadanía, civilidad, libertad y calidad de vida.</p>	<p>Vienen impulsados por colectivos ecologistas y grupos indígenas y plantean la interdependencia entre derechos y el reconocimiento de los "otros" y el reconocimiento de los derechos propios de la Madre Tierra.</p>
---	--	---	---

Elaboración propia

La interdependencia de los derechos y las leyes

La interdependencia es un principio, y una ley, que gobierna, no solo al universo, sino también a las leyes de los seres humanos. La relación de interdependencia de las sociedades humanas con la naturaleza es tan evidente que basta recordar la reflexión, atribuida a Einstein sobre las abejas: "Si las abejas desaparecieran de la superficie del globo el hombre tendría sólo 4 años de vida. No más abejas, no más polinización, no más plantas, no más animales, no más hombres".

El ser humano requiere para sobrevivir –al igual que las otras especies de la naturaleza–, de agua, tierra, aire y del resto de las especies que habitan la tierra. Compartimos todos nuestros componentes constitutivos: el 96% de nuestro organismo se compone en particular de cueteo elementos, carbono, nitrógeno, oxígeno e hidrógeno, mayoritariamente en forma de agua. Es tal la relación de estos elementos de la naturaleza con los seres humanos que el pueblo Kolla, de Argentina se describe, con acierto, como "tierra que camina".

En todos los mitos indígenas de origen, el nacimiento de la tierra y de las aguas es el preámbulo necesario para la vida de las sociedades. Ese sentido de orden da importancia al contexto en donde se desarrolla la vida de los pueblos. En el Popol Vuh de los indígenas K'iche' se describe cómo:

"Primero nacieron la tierra, los montes, las llanuras; se pusieron en camino las aguas; los arroyos caminaron entre los montes; así tuvo lugar la puesta en marcha de las aguas cuando aparecieron las grandes montañas".²⁸

28 Popol Vuh, sf.



La interdependencia entre los seres vivos es total. Dependemos de la tierra y el agua, pero estos también dependen de los humanos para mantener sus relaciones de equilibrio y salud. Desde una visión de interdependencia, el agua, la tierra, el aire, como elementos de sustrato de todos los demás seres vivos, no pueden ser objetos de apropiación, de uso o de destrucción. La relación tampoco puede ser solamente utilitarista. Hay una dimensión de relaciones y de comprensión que no puede ser ignorada.

Los derechos humanos relacionados con la alimentación o la salud nos remiten a la fuente fundamental de esos derechos al agua, la tierra y el aire. Estos son insuficientes cuando se los piensa únicamente en el acceso, pues hay un complejo sistema de interdependencia entre las especies vivientes y los elementos, pero además porque se podrían estar legalizando diferentes formas de acumulación y despojo.


La Naturaleza como un derecho humano

Las sociedades han desarrollado históricamente derechos como mecanismo de organización interna, la mayoría de ellos han sido para reconocer la propiedad y legalizar el despojo, o para proteger a los poderosos, pero hay también derechos que resultan de las demandas de los oprimidos y de la necesidad de colocar límites a la opresión. Así surgieron los derechos humanos, aunque en su larga historia de evolución hayan dado paso a una constante de aplicaciones limitadas o simplemente incumplimientos.

Al decir de Gallardo:

“Cuando se habla de derechos humanos, nos encontramos constantemente con la costumbre y el hábito que la cultura occidental tiene de proclamar principios para no tener que vivir según ellos. La separación entre la dimensión normativa y formal de la dimensión efectiva y concreta de derechos humanos se descubre principalmente a través de la manera de articularse y darle sentido a la acción humana. Por esta razón, es necesario en todo momento vincular los derechos humanos con las tramas sociales que los constituyen (...) Por muy bueno que sea cualquier principio, norma, criterio o institución, si está instalado en una lógica de dominación, inevitablemente operará como un dispositivo más de ésta. En este caso, el marco de derechos humanos en tanto que internacionalizados, hay que establecerlo en el contexto de la globalización y en la relacionalidad en la que se sitúa y se desarrolla toda la comunidad internacional. El orden sobre el que se asienta, se caracteriza por estar dominado por una cultura de ausencia de derechos humanos.”²⁹

29 Gallardo, H. Nuevo orden internacional, derechos humanos y estado de derecho en



La evolución de los derechos que estuvo marcada por una idea de aplicación diferenciada, en donde los Estados asumían obligaciones con la primera generación, al no afectar las libertades; con la segunda asumían tan solo intenciones, es decir, debía tratar de cumplir progresivamente con los derechos sociales; y, sobre la tercera, la responsabilidad era escasa, ha sido superada por dos instrumentos internacionales que rompen con la idea de obligaciones diferenciadas y proponen tratar los derechos de manera articulada: la Declaración del Derecho al Desarrollo, de 1986, la que sostiene la igualdad de todos los derechos y la de 1993, de Viena, la que declara la indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los Derechos.

En la actualidad, los mayores conflictos y movilizaciones están presentes justamente ahí donde los intereses económicos del gran capital entran en contradicción con los intereses de comunidades locales, habitualmente relacionados con sus condiciones de vida y de trabajo, pero también con la salvaguardia del patrimonio natural y cultural de sus territorios. En todo el mundo, se identifican movilizaciones y luchas, urbanas y rurales, relacionadas con la defensa y democratización del acceso a los recursos naturales, en particular, a la tierra y al agua. Todas estas luchas están estrechamente vinculadas con la conservación del medioambiente. Los conflictos ambientales presentan un potencial de impacto en la región, donde hay varias movilizaciones alrededor de las constantes degradaciones medioambientales.

Los seres humanos, a diferencia de las otras especies de la naturaleza, tienen una doble relación con el ambiente, por una parte intervienen en él y por otra sufren los efectos de los cambios provocados en su ambiente. “Los seres humanos son a su vez una criatura y un modificador de su ambiente, el cual le otorga el sustento físico necesario y le permite la oportunidad para su crecimiento intelectual, moral, social y espiritual” («Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano», 1972). La diferencia entre esas otras especies y los seres humanos consiste en que las no humanas toman de la naturaleza solamente lo que necesitan, no acumulan. Stutzin plantea que cada elemento se encuentra en el lugar y tiempo preciso, los animales y plantas toman de la Naturaleza tan solo lo necesario, éstos generan desechos en una cantidad que hace posible su reutilización y reconversión, como se puede verificar en el estudio de las cadenas tróficas. En los ecosistemas intervienen todo tipo de elementos: bióticos y abióticos, la lluvia, el viento, los árboles, los peces, el clima, el suelo, los reptiles, las bacterias, y muchos más. Esa diversidad de elementos es perfecta y su interdependencia se desarrolla armoniosamente.³⁰

América Latina. 2003, p. 255.

30 Stutzin, G. Un imperativo ecológico: reconocer los derechos de la naturaleza. 2010, pp. 102-104.



Esta diferencia entre humanos y otras especies tiene que ver con la estructura social y la propia historia de las sociedades. Para los humanos, al decir de Escobar, "la experiencia de desarrollo ha significado para la mayoría de las personas un rompimiento del lugar, más profundo que nunca antes."³¹

Toledo sostiene que las luchas de campesinos e indígenas presentan similitudes y se constituyen en procesos, pasando de lo que fue 1) la lucha por la tierra, por el territorio, por su reconocimiento, por su reparto y por su titulación; a 2) la lucha por el control del proceso productivo, por la autogestión económica y política; para pasar a 3) la lucha por la naturaleza, como sujeto de derechos y como utopía e íntimamente unida a la cultura. Sostiene el mismo autor que la tierra se sustenta en dos pilares, el económico y el ecológico, y que, si éste último no está presente, las luchas seguirán siendo incompletas.³² "Es pues en la defensa de la naturaleza donde la lucha campesina encuentra un apoyo sustancial en su esfuerzo por lograr la emancipación económica y política".³³

Las diferencias se pueden observar también entre las poblaciones urbanas y rurales. Antropólogos, geógrafos y ecologistas, políticos han demostrado con creciente elocuencia que muchas comunidades rurales del Tercer Mundo "construyen" la naturaleza de formas impresionantemente diferentes a las formas modernas dominantes: ellos designan, y por ende utilizan, los ambientes naturales de maneras muy particulares. Estudios etnográficos de los escenarios del Tercer Mundo descubren una cantidad de prácticas –significativamente diferentes– de pensar, relacionarse, construir y experimentar lo biológico y lo natural (...) Para muchos grupos indígenas y rurales, "la 'cultura' no provee una cantidad particular de objetos con los cuales se pueda manipular 'la naturaleza' (...) la naturaleza no se 'manipula'".³⁴

La Naturaleza como un sistema de ordenamiento propio

Desde el mundo de la biología se definieron conceptos que ahora adquieren nuevos significados. Un ecosistema por ejemplo es un conjunto de diversas especies que interactúan entre sí formando comunidades y con su ambiente abiótico. Incluye todos los elementos físicos, químicos y biológicos para sostener la vida en un espacio dado. Vale la pena decir que de acuerdo a los

31 Escobar, 2000, p.114.

32 Toledo, V. Utopía y Naturaleza. El nuevo movimiento ecológico de los campesinos e indígenas de América Latina. 1992, p. 72-85.

33 Toledo, V. Utopía y Naturaleza. El nuevo movimiento ecológico de los campesinos e indígenas de América Latina. 1992, p. 81.

34 Escobar, 2000, p. 118.

pueblos indígenas (y para la nueva biología) todo tiene vida, las piedras, el agua, los suelos.

En un ecosistema hay comunidades diversas que lo componen y que bajo circunstancias de tiempo, aislamiento/ contacto y otras relaciones biofísicas, permite que la biodiversidad aumente.

Bajo una nueva ética de relaciones deberemos escuchar las propias necesidades del agua, la tierra, el aire, reconocer su existencia más allá de nosotros y también a pesar de nosotros. Al decir de Gudynas:

“El papel del ser humano pasa a ocupar otro sitio, y se lo interpreta como una parte de la comunidad de la vida; es uno más junto a las demás especies vivientes y no está por encima de ellas”³⁵.

Un grupo determinante por su capacidad de transformación, dentro de muchos ecosistemas, son las sociedades humanas, pues ellas tienen capacidad de intervenir, de alterar, pero también de crear biodiversidad, como es el caso de los pueblos indígenas. A esos territorios poblados por la especie humana se los podría denominar como socio ecosistemas, que Jaime Breilh los describe de la siguiente manera:

“Conjunto socio-ecológico articulado y coherente caracterizado por formas de paisaje, biodiversidad, temperatura, precipitación, flora, fauna, grados/formas de artificialización. Pero además y fundamentalmente: al ser artificializados, los ecosistemas devienen en socio ecosistemas, pues están cruzados por relaciones sociales que determinan: lo lógica –equitativa o inequitativa– de los procesos humanos y de artificialización; la construcción de los espacios socio naturales involucrados; la construcción de patrones sociales de exposición y vulnerabilidad; y los tipos de impacto y su magnitud”³⁶.

Esta definición de socio-ecosistemas es lo más cercano a una definición de naturaleza, pues los seres humanos somos parte de ella y nuestras relaciones no pueden ser solamente de utilidad. Los seres humanos somos parte de las relaciones en los socio-ecosistemas y esto nos pone obligaciones de cuidado, protección y reparación.

Para comprender y aplicar los derechos de la naturaleza hay una tarea pendiente: reconocer que la naturaleza en tanto tiene leyes propias y que tiene

35 Gudynas, E. El mandato ecológico: derechos de la naturaleza y política ambientales en la nueva Constitución. 2009, p. 74.

36 Breilh, J. Presentación del libro de Carlos Larrea: “Hacia una historia ecológica del Ecuador.” Universidad Central del Ecuador, UASB. 2007, p. 3.



derechos a perdurar y reproducirse. La responsabilidad pendiente está en el desarrollo doctrinal de los Derechos de la Naturaleza, a fin de que se revisen los paradigmas y arquetipos clásicos. Al respecto, resulta importante lo que manifiesta Ávila:

“La teoría jurídica tradicional para entender el derecho de la Naturaleza tiene que buscar nuevos fundamentos y renovadas lecturas, que tienen que ver con la ruptura del formalismo jurídico y con una superación de la cultura jurídica imperante”³⁷

Uno de los principales problemas es caracterizar al sujeto “Naturaleza”. Este sujeto tiene una doble dimensión: mientras por un lado es un ser, un ente real, tangible, reconocible, por otro es también una ficción jurídica. Para efectos jurídicos procesales, ser un *todo* es complejo. Se requiere identificar de mejor manera de qué estamos hablando.

Según Stutzin “Como entidad jurídica, la naturaleza necesita descubrir su propio rostro, afirmando su independencia del hombre, en vez de seguir llevando el disfraz de ambiente humano”. Siguiendo su argumentación, Stutzin sostiene que no es suficiente que el derecho ecológico considere a la naturaleza como “un bien jurídico”, en lugar de reconocerla como sujeto de derechos. Es la naturaleza misma como entidad universal, la que hace valer sus derechos, no el ser un objeto natural individual. El mismo autor afirma que “esta presencia unitaria del mundo natural en el terreno jurídico resulta a todas luces preferible a una presencia fragmentada en que cada elemento defiende solamente sus propios derechos”. No solamente tiene existencia ‘natural’ y reúne condiciones inigualables de organización, estabilidad, vitalidad y autonomía, sino que además cumple la función de mantener en nuestro planeta la esfera de la vida de la cual depende nuestra propia existencia.³⁸

En el mundo del derecho, este es “un instrumento, una invención humana, que deberíamos procurar moldear y utilizar inteligentemente para alcanzar propósitos que van más allá del derecho: una cierta paz, una cierta igualdad, una cierta libertad”³⁹.

37 Ávila Santamaría, R. & Trujillo, J. C.. Los derechos de la naturaleza: fundamentos. 2011, p. 226.

38 Stutzin, G. Un imperativo ecológico: reconocer los derechos de la naturaleza. 2010, pp.102-104.

39 Atienza, M. Derecho y argumentación, serie de teoría jurídica y filosófica del derecho. 1997, p. 17.

BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, V, & Courtis, C. Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales. En M. Abregu & C. Courtis (Eds.), *Aplicación de los tratados sobre derechos humanos en los tribunales locales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1997.
- Acosta, A. Hacia la Declaración Universal de los Derechos de la Naturaleza. Reflexiones para la acción. *Revista AFESE*, 54, 2010.
- Amnistía Internacional. (s.f.). Los derechos de tercera generación. Recuperado a partir de <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/es/historia/dh-futuros.html>
- Atienza, M. *Derecho y argumentación, serie de teoría jurídica y filosófica del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997.
- Ávila Santamaría, R. & Trujillo, J. C. Los derechos de la naturaleza: fundamentos., Ecuador, UASB, 2011.
- Breilh, J. Presentación del libro de Carlos Larrea: "Hacia una historia ecológica del Ecuador: Universidad Central del Ecuador, UASB, 2007.
- Carbonell, M. & Ferrer, E. *El derecho al medio ambiente. Legislación básica* (1era ed.). México: Editorial Porrúa, 2005.
- Carpintero, O. La Apropiación Humana de Producción Primaria Neta (AHN) como aproximación al metabolismo económico. *Revista Ecosistemas* 16 (3) 25-36, septiembre, Valladolid, AEET, disponible en <http://www.revistaecosistemas.net/articulo.asp?id=504>, 2007.
- Carta Mundial de la Naturaleza, A/RES/37/7, 1982.
- De Castro, Carranza, C. *El año de Darwin y Lovelock* Disponible en: <http://criminales.blogspot.com.es/2009/04/gaia-y-la-evolucion.html>
- CETIM. *El derecho a la tierra*. Ginebra: CETIM, 2014.
- Constitución de la República del Ecuador, 1998.
- Constitución de la República del Ecuador , 2008.
- Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles (ENMOD), 1976.



- Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano. 1972.
- Descola, P. & Gisli, P.(Eds.). *Nature and society. Anthropological perspectives*. Londres: Routledge, 1997.
- Estermann, A. *Filosofía Andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina* (1era ed.). Quito: Abya-Yala, 1998.
- EZLN. Cuarta Declaración de la Selva Lacandona, 1996.
- Fleury, S. ¿Qué protección social para cual democracia? Dilemas de la inclusión social. AL. *Medicina Social*, V(1), 2010.
- Galeano, E. *Memoria del fuego I. Los nacimientos*. Madrid: Siglo XXI, 1984.
- Gallardo, H. Nuevo orden internacional, derechos humanos y estado de derecho en América Latina. *Revista Crítica Jurídica*, 22, 2003.
- Gómez, F. (s. f.). La protección internacional de los Derechos Humanos. Hegoa y UPV.
- Gudynas, E. *El mandato ecológico: derechos de la naturaleza y política ambientales en la nueva Constitución* (1era ed.). Quito: Abya-Yala, 2009.
- IEPALA. (s. f.). Los derechos de segunda generación: los derechos económicos, sociales y culturales. Recuperado a partir de http://www.iepala.es/curso_ddhh/ddhh840.htm
- Lenskendorf, C. *Los hombres verdades, voces y testimonios Tojolabales*. México: Siglo XXI, 1999.
- Maldonado, A. *Un indicador para el Sumak Kawsay*. Quito: Clínica Ambiental, 2010.
- Martínez, E. Los derechos de la naturaleza en los países amazónicos. En *Derechos de la naturaleza*. Quito: Abya-Yala, 2009.
- Marx, K. *El capital. Tomo I: proceso de acumulación capitalista* (digital). México: Siglo XXI, 1867.
- Mesa, G. *Derechos ambientales en perspectiva de integralidad* (1era ed.). Bogotá: UNC, 2007.
- Muelas, L. "Del Derecho mayor a la Constitución de Colombia. El Derecho Mayor. Ecuador: IEETM, Oilwath, 2007.
- Najadeim, B.. Exploración petrolera en Morona Santiago. *El Oriente es un mito. Foros Ecología y Política*, 2, 2003.
- OEA, & CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09.

Recuperado a partir de <https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.espdf>, 2009.

- Oilwatch. La manera occidental de extraer petróleo. La Oxy en Colombia, Ecuador y Perú, 2001.
- POPOL - VUH. (s. f.). Recuperado a partir de <http://www.toltecatoyotl.org/tolteca/index.php/2014-03-30-23-46-16/biblioteca-tolteca/2997-popol-vuh-o-libro-del-consejo-de-los-indios-quiches>
- Ribeiro, D. Fronteras indígenas, Buenos Aires. Siglo XXI, 1971.
- Sangronis Padrón. J. La naturaleza en la conformación ideológica latinoamericana. Ecoportal. net , 9 de noviembre, 2011.
- Seattle. Carta del Gran Jefe Seattle, de la tribu de los Swamish, a Franklin Pierce, Presidente de los Estados Unidos de América, 1854.
- Serrano, V. *Ecología y Derecho*. Ecuador: Fundación Ecuatoriana de Estudios Sociales, 1987.
- Shiva, V. La civilización de la selva. En E. Martínez & A. Acosta (Eds.), *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*. Quito: Abya-Yala, 2009.
- Stutzin, G. Un imperativo ecológico: reconocer los derechos de la naturaleza. pdf, 2010.
- Toledo, V. Utopía y Naturaleza. El nuevo movimiento ecológico de los campesinos e indígenas de América Latina. *Nueva Sociedad*, 122, 1992.

LOS DERECHOS HUMANOS FLUYEN DE LOS DERECHOS DE LA MADRE TIERRA

El movimiento para el Reconocimiento de los Derechos de la Madre Tierra es un movimiento en contra del olvido. Es un movimiento para recordar que los humanos somos parte de la naturaleza, que somos miembros de la Familia Tierra, Vasudhaiva Kutumbkam. Que no estamos separados de la naturaleza. Que no somos los amos, conquistadores, propietarios de la tierra. Y, como he insistido repetidamente en mi trabajo sobre biodiversidad, libertad de semillas y rechazo a las patentes, que definitivamente no somos los “inventores” de la vida y creación, como Monsanto ha pretendido exigir durante tres décadas.

Al olvidar que somos parte de la naturaleza, también nos hemos olvidado que, debido a que somos parte de ella y nuestras vidas dependen de la Madre Tierra, los derechos humanos se derivan de los derechos de la Madre Tierra. Como miembros de la familia de la tierra, tenemos derechos naturales que fluyen de ser parte de la naturaleza. Los derechos humanos a la vida, a los alimentos y al agua, al aire y al espacio que compartimos con otros seres, todos fluyen de los derechos de la Naturaleza. El reconocimiento de los derechos de la Naturaleza es un reconocimiento simultáneo de los derechos humanos. La defensa de los derechos de la naturaleza es una defensa simultánea a los derechos humanos y la justicia social.

Como dijo Gandhi, la tierra provee suficiente para las necesidades de todos, pero no para la codicia de unos pocos.

Olvidar los derechos de la naturaleza, así como nuestra incapacidad de proteger la tierra y defender sus derechos nos ha conducido a la emergencia existencial que enfrentamos hoy como especie.

El movimiento por los Derechos de la Madre Tierra también está corrigiendo errores históricos que han conducido a la violencia contra la naturaleza y contra la gente de diversas culturas. La ilusión de separarnos de la naturaleza es parte del proceso de colonización de cinco siglos y luego dos siglos de industrialización. La colonización transformó la biodiversidad y diversidad cultural de la tierra en jerarquías de razas y religiones superiores que dominan a las “criaturas inferiores”, “culturas primitivas” y “bárbaras” que debían ser civilizadas o



exterminadas. La era de los combustibles fósiles profundizó la separación de los humanos de la naturaleza a través del paradigma mecanicista que declaró la naturaleza materia prima muerta, que eclipsó la conciencia ecológica de la naturaleza como un ser vivo, como una complejidad autoorganizada en armonía y diversidad, como creativa e inteligente y como una fuente de todas las necesidades de todos los seres.

El paradigma mecanicista industrial de la separación no solo denegó los derechos de la naturaleza, al otorgar licencia a la destrucción ecológica de la naturaleza, sino que también ha sido usado para negar nuestros derechos humanos. Cuando la industria petrolera destruye bosques, mares y el agua, como hemos evidenciado con Chevron en el Ecuador, BP en el Golfo de México, el oleoducto de acceso de Delta que cruza la reservación indígena Standing Rock, no solo se violan los derechos de la naturaleza, sino también los derechos humanos. Si se contamina el agua, la tierra, la atmósfera, nos están negando nuestros derechos a los alimentos y agua. Cuando reconocemos los derechos de los ríos a fluir libres y limpios, los derechos de la tierra a su integridad y soberanía, los derechos de la biodiversidad y semillas a evolucionar en diversidad y libertad, los derechos de la atmósfera y sistema climático a los procesos autonormativos de Gaia, también estamos asegurando agua limpia para beber, alimentos nutritivos para comer y un sistema climático estable.

La toxicidad de la codicia, el petróleo y los venenos nos han conducido a una emergencia existencial. Como observó Mike Barrett: “Caminamos sonámbulos al borde de un precipicio”.

A fines de 2018, jóvenes de todo el mundo circularon un video que decía “Para navidad solo pido un futuro”, porque el mismo futuro está amenazado con la destrucción ecológica del planeta.

Los Derechos de la Naturaleza, por lo tanto, también son derechos de las futuras generaciones.

Según la Plataforma Intergubernamental sobre Biodiversidad y Servicios de los Ecosistemas (IPBES):

“La rápida expansión y manejo insostenible de las tierras de cultivo y de pastoreo es el generador global directo de la degradación de la tierra más propagado, que causa importantes pérdidas de biodiversidad y los servicios de los ecosistemas —seguridad alimentaria, purificación de agua, provisión de energía y otras contribuciones esenciales para los pueblos. Esto ha llegado a niveles ‘críticos’ en muchas partes del mundo”.

El prof. Robert Scholes (Sudáfrica), quien copreside la asesoría con el Dr. Luca Montanarella (Italia), de la Plataforma Intergubernamental de Ciencia y Política sobre Biodiversidad y Servicios de los Ecosistemas (IPBES) advirtió:

“Con los resultantes impactos negativos sobre el bienestar de al menos 3.2 mil millones de personas, la degradación de la superficie de la tierra por actividades humanas está presionando al planeta a una sexta extinción masiva de especies”.¹

Según UICN, la sobreexplotación y la agricultura son los ‘grandes asesinos’ con el mayor impacto actual en la biodiversidad.² Un reciente estudio alemán muestra que 75% de insectos han desaparecido.³ Otro estudio francés ha declarado la desaparición de aves en Francia, como una inconsciencia hacia la biodiversidad.⁴

Los aspectos interrelacionados de la crisis ecológica están creando nuevas vulnerabilidades en alimentos y la agricultura. Según un reporte reciente de Living Planet de WWF 2018, desde 1970, cuando se extendió la industria agrícola y los químicos, hemos eliminado 60% de los animales del planeta; y, en ese mismo período, las especies de agua dulce se han reducido en 83%. Desde 1960, la huella ecológica global se ha incrementado en más de 190%. A nivel global, desde 1970 se estima que los humedales se han reducido en 87%.⁵

Alrededor de 50% de las emisiones de gas de invernaderos provienen del sistema alimenticio industrial.⁶⁻⁷

El IPCC ha advertido que tenemos doce años para limitar la catástrofe del cambio climático.⁸

-
- 1 <https://www.ipbes.net/news/media-release-worsening-worldwide-land-degradation-now-‘critical’-undermining-well-being->
 - 2 (Informe de Living Planet, pág. 28 <https://www.worldwildlife.org/pages/living-planet-report-2018>)
 - 3 (Insects decline dramatically in German nature reserves: estudio 18 de octubre de 2017 <https://phys.org/news/2017-10-three-quarters-total-insect-population-lost.html>)
 - 4 (France’s Bird Population Collapses Due to Pesticides, <https://returntonow.net/2018/03/25/frances-bird-population-collapses-due-to-pesticides/25> MARCH 2018, 4:51 PM,)
 - 5 <https://www.wwf.org.uk/updates/living-planet-report-2018>
 - 6 <https://www.navdanyainternational.it/en/publications-navdanya-international/other-publications-navdanya/444-seeds-of-hope-seeds-of-resilience>
 - 7 <https://www.grain.org/article/entries/4357-food-and-climate-change-the-forgotten-link>
 - 8 <https://www.theguardian.com/environment/2018/oct/08/global-warming-must-not-exceed-15c-warns-landmark-un-report> <https://cleantechnica.com/2018/10/09/ipcc-6-climate-change-report-we-only-have-12-years-to-fix-this/>



El futuro nos obliga a retirar los conceptos de “político”, “económico”, “social” y derechos “humanos”, que crean conflictos entre los humanos y entre humanos y otras especies. Somos humanos porque somos parte de la naturaleza. El término “humano” se deriva del latín “humus”, que significa ‘tierra’. Los derechos humanos y la justicia social son parte de la Familia Tierra, (Vasudhaiva Kutumbukam).

Por un lado, la Ciudadanía en la Tierra crea responsabilidades y nuestro deber es cuidar la tierra y compartir lo que conservamos y creamos conjuntamente con la tierra, como socios comunitarios –cuidar de nuestro alimento, nuestra agua, nuestros medios de vida, nuestro sustento, el aire, la atmósfera, el sistema climático. Por otro lado, nuestros derechos humanos fundamentales fluyen de la Ciudadanía de la Tierra, de nuestro ser biológico y ecológico, que compartimos con otros seres.

Los derechos de la Naturaleza ofrecen una nueva solidaridad con toda la vida. Es esta solidaridad la que nos da la fuerza para resistir la violencia brutal y la injusticia. Permitirá a los humanos encontrar el poder para la compasión, el coraje y la creatividad para hacer el cambio que hará posible nuestro futuro común.

Vandana Shiva

