

Andreas Fischer-Lescano / Alex Valle Franco
Coordinadores



La Naturaleza como sujeto de derechos:

UN DIÁLOGO FILOSÓFICO Y JURÍDICO ENTRE ALEMANIA Y ECUADOR

UNI KASSEL
VERSITÄT

IAEN
UNIVERSIDAD DE PROGRAMAS DEL ESTADO

**La Naturaleza como sujeto de derechos:
Un diálogo filosófico y jurídico entre Alemania y Ecuador**

Andreas Fischer-Lescano / Alex Valle Franco
Coordinadores

**La Naturaleza como sujeto de derechos:
Un diálogo filosófico y jurídico
entre Alemania y Ecuador**

U N I K A S S E L
V E R S I T Ä T





© Editorial El Siglo, 2023

© La Naturaleza como sujeto de derechos:
Un diálogo filosófico y jurídico entre Alemania y Ecuador

Andreas Fischer-Lescano y Alex Valle Franco, Coordinadores

Primera edición: marzo 2023

ISBN: 978-9942-8726-6-1

Foto de portada: Darwin Danilo Vásquez Frias

Diseño de portada: Rubén Risco Intriago

Autoedición e impresión: V&M Gráficas

La publicación de este libro se ha financiado con la ayuda de la
Deutsche Forschungsgemeinschaft- DFG - Alemania

**Este libro fue sometido a la revisión de pares doble ciego
para garantizar su rigor académico**

**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL
SIN EL PERMISO PREVIO DE LOS COORDINADORES.**

Tabla de Contenidos

Prólogos.....	7
Derechos de la Naturaleza y acceso a la jurisdicción internacional	
Una perspectiva europea y latinoamericana	19
<i>Alex Valle Franco y Elena Sofia Ewering</i>	
La Naturaleza como persona jurídica:	
Constelaciones de representación en el derecho	53
<i>Andreas Fischer-Lescano</i>	
Los derechos de la Naturaleza en diálogo intercultural:	
Una mirada a la jurisprudencia sobre los páramos andinos y los glaciares indios.....	89
<i>Adriana Rodríguez Caguana y Viviana Morales Naranjo</i>	
¿Pueden comparecer los ausentes?	
Los fundamentos que justifican el acceso de la naturaleza a la justicia en Alemania y Ecuador	119
<i>Andreas Gutmann y Viviana Morales Naranjo</i>	
¿Pachamama como sujeto de derecho?	
Derechos de la Naturaleza y pensamiento indígena en Ecuador	151
<i>Andreas Gutmann</i>	
La tendencia mundial hacia los Derechos de la Naturaleza	
¿Está surgiendo un derecho decolonial y ecológico desde abajo?	173
<i>Andreas Gutmann</i>	
Naturaleza, ecosistemas y acceso a la justicia:	
Estudio del caso Bosque de Hambach, Alemania.....	189
<i>María José Narváez Álvarez</i>	

La protección el medio ambiente en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	225
<i>Felipe Rodríguez Estévez</i>	
Invisibilizando la Naturaleza. Límites procesales y posibilidades de litigio ambiental en el Derecho Alemán.....	259
<i>Elena Sofía Ewering y Tore Vetter</i>	

Prólogo

Cleide Calgaro*

A brilhante obra denominada “*LA NATURALEZA COMO SUJETO DE DERECHOS: UN DIÁLOGO FILOSÓFICO Y JURÍDICO ENTRE ALEMANIA Y ECUADOR*” dos coordenadores Andreas Fischer-Lescano e Alex Valle Franco apresenta importantes contribuições, para a sociedade hodierna, principalmente no que se refere a preocupação com os direitos da natureza. A obra é fruto do projeto de investigação “La naturaleza como sujeto de derechos: estudio comparado entre Ecuador y Alemania”, a cargo do professor Dr. Andreas Fischer Lescano, financiado pela German Research Foundation, isso permite o intercâmbio de pesquisas e de conhecimento, o que gera melhores resultados na busca de minimização dos problemas socioambientais.

O livro está dividido em nove brilhantes capítulos, permitindo compreender e refletir sobre a importância da inserção dos direitos da natureza na sociedade global.

* Pós-Doutora em Filosofia e em Direito ambos pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Doutora em Ciências Sociais na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Doutora em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Presidenta do Conselho Consultivo Internacional da Escuela Interdisciplinar de Derechos Fundamentales Praeeminentia Iustitia - Perú. Atualmente é Professora da Graduação e Pós-Graduação - Mestrado e Doutorado - em Direito na Universidade de Caxias do Sul - UCS. É Líder do Grupo de Pesquisa “Metamorfose Jurídica” vinculado a Universidade de Caxias do Sul-UCS. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1840-9598>. CV: <http://lattes.cnpq.br/8547639191475261>. E-mail: ccalgaro1@hotmail.com

O capítulo primeiro, com o tema “Derechos de la naturaleza y acceso a la jurisdicción internacional – Una perspectiva europea y latino-americana” dos autores Alex Valle Franco e Elena Sofia Ewering, avalia a maneira como a natureza poderia ter acesso aos tribunais em nível internacional, ou seja, como a sociedade civil poderia defender os direitos da natureza em nível internacional.

Já, no segundo capítulo, com o título “La naturaleza como persona jurídica: Constelaciones de representación en el derecho” do autor Andreas Fischer-Lescano é demonstrado que os direitos da natureza não são mais uma utopia, mas sim uma realidade na sociedade atual, devido a urgência da questão ecológica, uma necessidade jurídico-política. Portanto, esse artigo vem trazer tendências atuais na personificação jurídica das pessoas não-humanas, e, posteriormente, demonstra questões teórico-jurídicas sobre os limites e possibilidades de abrir o conceito de pessoa coletiva as pessoas coletivas não-humanas. O autor conclui o artigo, apresentando um quadro jurídico atual do direito alemão, da União Europeia, no que diz respeito à possibilidade de ações judiciais de pessoas não-humanas.

O terceiro capítulo, denominado “Los derechos de la naturaleza en diálogo intercultural: una mirada a la jurisprudencia sobre los páramos andinos y los glaciares índios” das autoras Adriana Rodríguez Caguana e Viviana Morales Naranjo, fala sobre o problema eminente do extrativismo, em grande escala, que prejudica os Andes e os Himalaias, os quais tem características bioculturais em comum, uma vez que são fontes de água em territórios biodiversificados e albergam milhares de famílias camponesas e indígenas. O artigo aponta que os tribunais superiores do Equador, Colômbia e Índia foram obrigados a pronunciarse sobre a crise ecológica e cultural que os seus sistemas montanhosos enfrentam, por isso construíram um argumento pluralista baseado no reconhecimento dos direitos da natureza.

O capítulo quarto, com o tema “¿Pueden comparecer los ausentes? Los fundamentos que justifican el acceso de la naturaleza a la justicia en Alemania y Ecuador” dos autores Andreas Gutmann e Viviana Morales Naranjo profere que a lei é antropocêntrica e exclui a natureza como sujeito proces-

sual, contudo os Direitos da Natureza acabam sendo um dos instrumentos sociais para desafiar o antropocentrismo legal. Também o artigo analisou duas ordens constitucionais, sendo elas: Alemanha e Equador, as quais divergem intensamente na forma como se entende o acesso da natureza à justiça.

No quinto capítulo, denominado “¿Pachamama como sujeto de derecho? Derechos de la naturaleza y pensamiento indígena en Ecuador” do autor Andreas Gutmann traz o debate sobre os direitos da natureza dentro no viés constitucional equatoriano.

O sexto capítulo da obra, com o tema “La tendencia mundial hacia los derechos de la naturaleza ¿Está surgiendo un derecho decolonial y ecológico desde abajo?” do autor Andreas Gutmann faz apontamentos sobre o meio ambiente nos tribunais, a crítica contra o antropocentrismo e a natureza como sujeito de direitos no Equador. Além disso aponta as tendências mundiais sobre o tema.

O sétimo capítulo, “Naturaleza, ecosistemas y acceso a la justicia: Estudio del caso Bosque de Hambach – Alemania” de María José Narváez A. é feito uma proposta pela autora para um exercício metodológico de transferência de conceitos, normas e princípios criados no sistema jurídico equatoriano – que reconhece a Natureza como sujeito de Direitos e do direito de acesso à justiça em particular –para os factos que mereceram a emissão do Acórdão nº 14 K 4496/18, proferido pelo Tribunal Administrativo de Colónia– Alemanha em 12 de Março de 2019, relativo à acção intentada pela ONG BUND NRW eV contra o Governo Distrital de Arnsberg –sendo que na decisão o juiz decidiu a favor da empresa mineira. É delineado critérios analíticos que teriam resultado numa decisão favorável para a protecção dos direitos da natureza se o caso tivesse sido decidido na jurisdição equatoriana.

O oitavo capítulo, que tem como temática “La protección el medio ambiente en el tribunal europeo de derechos humanos y la corte interamericana de derechos humanos” do autor Felipe Rodríguez Estévez analisa as normas que existem para a protecção do meio ambiente, tanto no Sistema

Europeu de Direitos Humanos como no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Por fim, o nono capítulo da presente obra tem como tema “Invisibilizando la naturaleza. Límites procesales y posibilidades de litigio ambiental en el derecho alemán” dos autores Elena Sofia Ewering e Tore Vetter permite a reflexão de que se está reconhecendo os direitos da natureza em todo o mundo, mas na Alemanha, no entanto, tais direitos permanecem, em grande parte, território desconhecido no que diz respeito aos dogmas. Ao final o artigo faz uma discussão jurisprudencial e aponta para as possibilidades de inclusão dos direitos da natureza no direito alemão.

Os autores demonstram a preocupação com a natureza e os seus direitos dentro de uma sociedade voltada para o capitalismo e o consumocentrismo, que se caracteriza pelo fato de o consumo estar implantado no centro da vida das pessoas. Na atualidade, se possui um consumo dirigido, sendo que existe o adestramento das pessoas às compras e não pensarem se realmente necessitam o que estão comprando e se isso trará prejuízos a natureza e a sociedade. Esse adestramento, acaba levando a uma individualização cada vez maior das pessoas, pois a preocupação desses indivíduos não está na sociedade e sim, em si mesmas. As pessoas não veem mais os problemas sociais e ambientais na realidade, não pensando nos mesmos. Elas visualizam esses problemas como algo não seus e que não trará consequências para si, para os demais e para a natureza.

É necessário compreender o consumo como centro da sociedade para repensar no tipo de legislação que se tem e na forma como se lida com a sociedade e com a natureza.

O constitucionalismo moderno e tradicional, que advém de uma matriz liberal eurocêntrica não se adequa a realidade dos povos latino-americanos, isso porque aconteceram mudanças sociais, políticas e econômicas as quais impulsionam uma nova visão de democracia, de sociedade e de proteção da natureza. Com o surgimento do constitucionalismo latino-americano, pautado em uma ideia de democracia participativa e pluralista, é viabilizado a

convivência de instâncias legais distintas que estão expostas a mesma hierarquia, como, por exemplo, o poder do Estado e das comunidades indígenas. As transformações políticas e os processos sociais de luta nos países latino americanos, não originaram somente as novas ideologias constitucionais, mas acrescentaram uma nova e desafiadora realidade plural, sendo que a força de todos que compõem a sociedade se torna fundamental para o respeito aos valores intrínsecos da natureza.

Por isso se visa uma justiça comunitária com a participação de todos os entes que compõem a sociedade, fortalecendo desse modo a democracia participativa e a integração dos povos. São resgatados valores importantes como solidariedade, bem viver, a ideia de comunidade e o respeito a mãe terra. Com isso se dá uma nova percepção para a legislação e para a Constituição.

Ao se trabalhar as ideias de um constitucionalismo e de um Estado plurinacional, isso se desenvolve com base em percepções de cooperação e de democracia perfectibilizadas sobre alicerces de relações interculturais igualitárias. Na visão do constitucionalismo latino-americano, especificamente na Constituição de Montecristi –Constituição Equatoriana–, a tendência é a busca pela proteção da Mãe Terra, tida como, Pachamana e do bem viver, conhecido como Sumak Kawsay. Isso permite uma lógica de preservação ambiental, onde a natureza vem a ser sujeito de direitos e a proteção ambiental vai se diferenciar da ordem jurídica brasileira.

Assim, a democracia e o pluralismo se complementam, porque vão oportunizar que haja a participação dos cidadãos em questões comuns. Isto leva a uma mudança da legislação, além de uma mudança de racionalidade que permite as populações materializarem sua deliberação, levando a mudanças significativas na sociedade consumocentrista. As novas concepções paradigmáticas, exposta através desse prisma equatoriano, leva a repensar todo o processo de desenvolvimento e, conseqüentemente, todo o sistema jurídico. Com esse repensar se consegue ter um direito latino-americano, o que permite que se possa compreender melhor os nossos problemas e tentar minimizá-los.

O repensar permite novas chances e novos caminhos para a sociedade, por isso a pesquisa que traz a percepção dos direitos da natureza numa visão equatoriana e alemã traz um rompimento de paradigmas e leva a ideia para além das fronteiras latinas, permitindo que se expandam as concepções e que o direito tome nova forma e novos conceitos de proteção e de preocupação. É sabido que essa percepção de natureza já amplia as fronteiras e aponta para uma ressignificação do direito na sociedade global.

A proteção dos direitos da natureza é um passo para efetivar os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, mas para que se consiga efetivar os ODS é importante a cooperação internacional, onde cada país possa colaborar com o seu melhor, com a sua experiência, para que todos e a natureza tenham um futuro melhor. É preciso discutir os problemas que assolam nossos países e verificar o real papel do Estado na sociedade consumocentrista. A ressignificação do consumo, a empatia dos sujeitos, a cooperação social entre Estados é um caminho para se concretizar os direitos fundamentais catalogados pelas nossas constituições.

Assim, a obra permitirá ampliar o conhecimento sobre os direitos da natureza numa perspectiva equatoriana e alemã através de um diálogo jurídico e filosófico. Isso permite que se possa rever vários aspectos atinentes aos problemas socioambientais que envolvem a nossa sociedade e ressignificar a forma como consumimos e como usufruímos da natureza e da vida no planeta.

Quero externar meu carinho e gratidão aos autores dessa magnífica obra que me permitiram realizar o prologo e externar as preocupações com a proteção da natureza e da sociedade. Termino com a frase “is not outward, but inward, in the belief that only by changing ourselves (and our notion of “us”), can we hope to change the world.”¹

Caxias do Sul, fevereiro de 2023.

1 Tradução livre: “não é externo, mas interno, na crença de que somente mudando a nós mesmos (e nossa noção de “nós”), podemos esperar mudar o mundo.” GIAGNOCAVO, Cynthia; GOLDSTEINP, Howard. **Law Reform or World Re-form: The Problem of Environmental Rights**. Vol 35. McGill Law Journal 1990, p. 378.

Prólogo

La presente obra “LA NATURALEZA COMO SUJETO DE DERECHOS: UN DIÁLOGO FILOSÓFICO Y JURÍDICO ENTRE ALEMANIA Y ECUADOR” de los coordinadores Andreas Fischer-Lescano y Alex Valle Franco, es fruto del trabajo de más de tres años por parte de 8 investigadores de Alemania y de Ecuador. La perspectiva comparada sobre los estudios, desarrollo jurisprudencial, procesal y de lucha por la defensa de los derechos de la naturaleza ha sido el eje motor de cada uno de los artículos aquí plasmados.

Es importante destacar el apoyo y el financiamiento de la Deutsche Forschungsgemeinschaft, y el apoyo del talento humano de la Universidad de Kassel de Alemania y la Universidad IAEN del Ecuador, dado que el intercambio de conocimientos ha generado mejores resultados en la investigación y en la búsqueda de mecanismos materiales y judiciales que permitan minimizar los problemas socioambientales y hacer efectivos los derechos de la naturaleza.

El libro está dividido en nueve capítulos, que permiten comprender y reflexionar sobre la importancia de incluir los derechos de la naturaleza en la agenda de la sociedad global.

El primer capítulo, con el tema “Derechos de la naturaleza y acceso a la jurisdicción internacional: una perspectiva europea y latinoamericana” de los autores Alex Valle Franco y Elena Sofia Ewering, evalúa las estrategias judiciales a nivel internacional con las cuales la naturaleza podría tener acceso a los tribunales de manera indirecta por medio de litigio estratégico de derechos conexos que afecten a los pueblos y nacionalidades indígenas en especial.

En el segundo capítulo, se presenta “La naturaleza como persona jurídica: constelaciones de representación en el derecho” del autor Andreas Fischer-Lescano, allí se debate el hecho de que, los derechos de la naturaleza ya no son una utopía, sino una realidad en la sociedad actual, por la urgencia de la cuestión ecológica, una necesidad jurídico-política. Este artículo muestra las tendencias actuales en la personificación jurídica de las personas no humanas, y posteriormente demuestra cuestiones teórico-jurídicas sobre los límites y posibilidades de ampliar el concepto de persona jurídica a las personas jurídicas no humanas. El autor concluye el artículo presentando un marco legal del derecho alemán, y de la Unión Europea, con respecto a la posibilidad de acciones legales por parte de personas no humanas.

El tercer capítulo, titulado “Los derechos de la naturaleza en el diálogo intercultural: una mirada a la jurisprudencia sobre los páramos andinos y los glaciares indios” de las autoras Adriana Rodríguez Caguana y Viviana Morales Naranjo, trata sobre el eminente problema del extractivismo, y como ello, perjudica a los Andes y los Himalayas, que tienen características bioculturales comunes, ya que son fuentes de agua en territorios biodiversos y albergan a miles de familias campesinas e indígenas. El artículo señala que las cortes superiores de Ecuador, Colombia e India se vieron obligadas a pronunciarse sobre la crisis ecológica y cultural que atraviesan sus sistemas montañosos, por lo que construyeron un argumento pluralista basado en el reconocimiento de los derechos de la naturaleza.

El cuarto capítulo, con el tema “¿Puedes atender a los ausentes? Los fundamentos que justifican el acceso de la naturaleza a la justicia en Alemania y Ecuador” de los autores Andreas Gutmann y Viviana Morales Naranjo, afirma que el derecho es antropocéntrico y excluye a la naturaleza como sujeto procesal, sin embargo, los Derechos de la Naturaleza terminan siendo uno de los derechos sociales y, que en la práctica son instrumentos para desafiar el antropocentrismo jurídico. El artículo también analiza dos órdenes constitucionales, a saber: Alemania y Ecuador, que difieren intensamente en la forma de entender el acceso de la naturaleza a la justicia.

En el quinto capítulo, denominado “¿La Pachamama como sujeto de derecho? Derechos de la naturaleza y pensamiento indígena en el Ecuador” del autor Andreas Gutmann trae el debate sobre los derechos de la naturaleza dentro del sesgo constitucional ecuatoriano y la cosmovisión de los pueblos indígenas, y como existe un interés común en la protección de la naturaleza más allá de la cosmovisión de los pueblos.

El sexto capítulo de la obra, con el tema “La tendencia mundial hacia los derechos de la naturaleza ¿Está surgiendo desde abajo un derecho decolonial y ecológico?” del autor Andreas Gutmann, describe la protección del medio ambiente en los tribunales, hace una crítica al antropocentrismo, y muestra el desarrollo de los derechos de la naturaleza como sujeto de derechos en el Ecuador. Además, señala las tendencias mundiales sobre el tema, que sirven para tener una visión comparada del desarrollo de la protección material de la naturaleza.

El séptimo capítulo, “Naturaleza, ecosistemas y acceso a la justicia: Estudio del caso Bosque de Hambach – Alemania” de María José Narváez A., hace un ejercicio metodológico de traslación de conceptos, normas y principios creados en el sistema y ordenamiento jurídico ecuatoriano -que reconoce a la Naturaleza como sujeto de Derechos y el derecho de acceso a la justicia en particular -de la Sentencia N° 14 K 4496/18, emitida por el Tribunal Administrativo de Colonia- Alemania el 12 de diciembre de 2019, en relación con la acción iniciada por la ONG BUND NRW eV en contra el Gobierno del Distrito de Arnsberg, en la que el juez falló a favor de la empresa minera. Se esbozan los criterios analíticos que habrían resultado en una decisión favorable para la protección de los derechos de la naturaleza si el caso se hubiera resuelto en la jurisdicción ecuatoriana.

El octavo capítulo, que tiene como tema “La protección del medio ambiente en la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos” del autor Felipe Rodríguez Estévez analiza las normas que existen para la protección del medio ambiente, tanto en el Sistema Europeo de Derechos Humanos y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos por medio de casos ya juzgados y de las posibles alternativas de defensa de los derechos de la naturaleza.

Finalmente, el noveno capítulo de este trabajo tiene como tema “Invisibilizando la naturaleza. Límites procesales y posibilidades del litigio ambiental en el derecho alemán” de los autores Elena Sofia Ewering y Tore Vetter, permite reflexionar que los derechos de la naturaleza están siendo reconocidos en todo el mundo, pero en Alemania, tales derechos siguen siendo desconocidos y poco abordados en los debates públicos y en la jurisdicción. Al final, el artículo hace una discusión jurisprudencial y señala las posibilidades de incluir los derechos de la naturaleza en el derecho alemán por medio de ejemplos comparados de otras legislaciones, abriendo la posibilidad a futuro de que el derecho alemán desarrolle y amplíe su marco normativo en defensa de la naturaleza.

Cabe señalar, por honestidad académica, que estos artículos han sido publicados en alemán, inglés y español en diversas revistas indexadas y de alto impacto en países como Alemania, Brasil y Ecuador, y que debido al creciente interés en el tema hemos tenido que traducir todo al castellano para los lectores de habla hispana, y en especial para las organizaciones y personas preocupadas en la defensa de los derechos de la naturaleza. Esperamos que este libro no solo se constituya en una obra de estudio de expertos o de uso en las mallas académicas de Universidades, sino que permita a los y las activistas y defensores de la naturaleza re pensar las estrategias judiciales de exigibilidad y materialidad de los derechos de nuestra Pacha Mama.

Adicionalmente, este libro constituye un producto intelectual de Universidades de dos países lejanos geográficamente pero muy cercanos en el interés y la defensa de los Derechos de la Naturaleza, por lo que permite aunar esfuerzos y pensar en alternativas válidas y eficaces en la protección de nuestra casa común, pues la destrucción de la naturaleza es un asunto de todos y que afecta a todos, y por ello, no podemos quedar indiferentes ante una catástrofe global próxima, ya que somos los responsables de lo que dejamos a nuestras próximas generaciones.

Esperamos muy sinceramente que este libro sea un aporte que sirva para abrir las mentes de quienes aún piensan que la naturaleza es un objeto sin derechos y que no merece la protección ni el reconocimiento jurídico como

entidad legal, pero sobre todo que permita abrir caminos de lucha hacia una humanidad sensible con nuestro entorno, sensible con la naturaleza y con la misma humanidad, pues de ello depende nuestra subsistencia como especie. ¡Todos y todas invitados.as a su lectura! ¡En hora buena por la Pacha Mama!

Prof. Dr. Andreas Fischer-Lescano
Universität Kassel, Alemania,
15.02.2023

Prof. Dr. Alex Valle Franco
Universidad IAEN, Ecuador,
15.02.2023

Derechos de la Naturaleza y acceso a la jurisdicción internacional

Una perspectiva europea y latinoamericana

Alex Valle Franco*
Elena Sofia Ewering**

Resumen

El siguiente artículo analiza cómo la naturaleza podría acceder a los tribunales a nivel internacional o, mejor dicho, cómo la sociedad civil podría defender los derechos de la naturaleza en dicho ámbito. Para explorar esta cuestión, este artículo procederá de la siguiente manera: En un primer momento, se explicarán los mecanismos que normalmente prevé el derecho internacional de los tratados en materia de jurisdicción internacional. Queda claro que los derechos de la naturaleza no tienen acceso directo ante los tribunales de justicia, sin embargo, su acceso –indirecto– en la práctica se ha basado en los derechos humanos. En relación con este tema, parece interesante comparar el acceso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

* Alex Valle Franco es profesor del Instituto de Altos Estudios de Ecuador (IAEN) en Teoría Crítica de los Derechos Humanos y coordinador de la maestría en Estudios Judiciales. Es profesor a tiempo parcial en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE) en Filosofía del Derecho. Tiene una Maestría en Sociología-FLACSO y una Maestría en Mecanismos para la Protección de los Derechos Humanos, Universidad Andina Simón Bolívar. Tiene un Dr. Jur. de la Universidad de Bremen Alemania, 2016.

** Elena Sofia Ewering es Asistente de Investigación en el Centro de Derecho y Política Europea (ZERP), Universität Bremen, Alemania. Esta investigación fue financiada por la Fundación Alemana de Investigación (DFG), 421427080 – Die Natur als Rechtsperson, Andreas Fischer Lescano.

que ha abierto la puerta a los derechos de la naturaleza, con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en cambio emplea el modo de acción individual. Al final, se propone la ampliación de los tratados internacionales de derechos humanos (europeos y americanos) por medio de protocolos adicionales específicos para la protección de los derechos de la naturaleza, como una solución adecuada para la ampliación y aplicación efectiva de los derechos de la naturaleza.

Palabras Clave: Derechos de la naturaleza, tribunal, acceso a la justicia, derechos humanos, constitución política.

Introducción

En 2008, como primer y único país del mundo, Ecuador reconoció los derechos de la naturaleza en su Constitución, y al hacerlo, reconoció a la naturaleza misma como sujeto de derechos.¹ Este evento marcó el punto de partida de una discusión global sobre los derechos de la naturaleza, a pesar de que el discurso académico en torno a este tema ya se había dado durante décadas.² En los años siguientes, a nivel internacional, la naturaleza (o más bien partes de ella) ha sido sujeto de protección jurídica varias veces,³ por ejemplo en 2016 el río Atrato por la Corte Constitucional Colombiana⁴ o

1 Villavicencio, P & Kotzé, L. Living in harmony with nature?

A critical appraisal of the rights of Mother Earth in Bolivia. Una evaluación crítica de los derechos de la Madre Tierra en Bolivia, *Ley Ambiental Transnacional* 7, 2018, 398.

2 Piedra, C. Should Trees Have Standing, Towards Legal Rights for Natural Objects, *Southern California Law Review* 45, 1972.; Emmenegger, S. & Tschentscher, A. "Taking Nature's Rights Seriously. The Long Way to Biocentrism", *Geo. Int'l Env'tl. L. Rev.* 6, 1993.

3 Para obtener más información, consulte el resumen: Armonía con la naturaleza Naciones Unidas, Derechos de la naturaleza Ley y política. Disponible en: <http://www.harmoniywithnatureun.org/rightsOfNature/> (consultado por última vez el 12 de abril de 2021).

4 De hecho, existen varias jurisdicciones colombianas que reconocen a las personas naturales como sujetos de derechos. Ver más: Vargas, I, et al. Reconociendo los Derechos de la Naturaleza en Colombia: El caso Río Atrato, *Jurídicas*; Vol. 17, No 1, 2020, 15. Finalmente, en junio de 2020, el Tribunal Supremo declaró sujeto legal al Parque Isla Salamanca. Para más

en 2017 el Ríos Ganga (o Ganges) y Yamuna por el Tribunal Superior de la India de Uttarakhand.⁵ Ese mismo año, Nueva Zelanda reconoció el río Whanganui como sujeto jurídico.⁶ Estano fue la primera vez en la historia de Nueva Zelanda, en 2014 el parque nacional “Te Urewera” también fue dotado de derechos personales legales.⁷ Más recientemente, en febrero de 2021, el río Magpie / Muteshekau Shipu (en Innu) en Canadá recibió subjetividad legal.⁸

Además de los derechos sustantivos otorgados, especialmente la Constitución ecuatoriana señala, que el sujeto jurídico de la naturaleza o *Pachamama* garantiza también el acceso a los tribunales (Art. 71, 397 Nr. 1 CRE). Sobre todo, este acceso a la jurisdicción nacional es un hito para la sociedad civil ecuatoriana preocupada por las cuestiones ambientales, ya que permite a individuos, grupos y comunidades apelar a los tribunales y demandar en nombre de la naturaleza.⁹

información ver: Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Civil. (18 de junio de 2020) Sentencia ST3872-2020. [Diputado Octavio Augusto Tejeiro Duque]. Disponible en: <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/2020/06/19/corte-suprema-declara-sujeto-de-derechos-al-parque-isla-salamanca/> (último acceso: 12 de abril de 2021).

5 El Tribunal de Uttarakhand en Nainital, Writ Petition (PIL) No. 126 de 2014, 20 de marzo, 2017. [C. Rajiv Sharma]. Disponible en: <https://www.nonhumanrights.org/content/uploads/WPPIL-126-14.pdf> (consultado por última vez el 12 de abril de 2021).

6 Cámara de Representantes de Nueva Zelanda Pāremata Aotearoa, Te Awa Tupua (Whanganui Ley de Liquidación de Reclamaciones Fluviales de 2017. 20 marzo, 2017. Disponible en: <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2017/0007/latest/whole.html> (consultado por última vez el 12 de abril de 2021).

7 Cámara de Representantes de Nueva Zelanda Pāremata Aotearoa, Ley Te Urewera 2014. 27 Julio, 2014. Disponible en: <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2014/0051/latest/whole.html> (consultado por última vez el 12 de abril de 2021).

8 Municipalité Regionale de Comte de Minganie, Résolution n°025-21, 16 février 2021. Disponible en: <http://mrc.minganie.org/wp-content/uploads/2021/03/16-f%C3%A9vrier-2021.pdf> (último acceso: 12 de abril de 2021).

9 Véase, Akchurin, M. Constructing the rights of nature: Constitutional Reform, Mobilization, and Environmental Protection in Ecuador., *Law & Social Inquiry* 40, 2015, 938. Por ejemplo, en el caso del río Dulcepamba (Shannon, N. 2019. El río Dulcepamba tiene su día en

A nivel internacional, la situación es diferente. Obviamente, la naturaleza misma no se considera un objeto jurídico internacional,¹⁰ Por lo tanto, no existen derechos inmediatos ni deberes inmediatos con respecto a la naturaleza.¹¹ por consiguiente, parece imposible que los individuos, las ONG u otras organizaciones de la sociedad civil juzguen a los Estados directamente en nombre de la naturaleza. A nivel nacional, podría ser posible demandar a un Estado por la violación de obligaciones contractuales internacionales, pero esta posibilidad depende plenamente de la estructura del sistema jurídico respectivo.¹² Sin embargo, en vista de la creciente destrucción de los ecosistemas marítimos y continentales y del empeoramiento de la crisis climática, es cada vez más pertinente explorar qué protecciones jurisdiccionales (indirectas) proporcionan los tribunales internacionales en relación con el derecho ambiental internacional y los derechos humanos y cómo la sociedad civil puede aprovecharlo para promover el derecho ambiental internacional. Protección jurídica internacional del medio ambiente.

los tribunales - derechos de la naturaleza y derecho constitucional en Ecuador. Disponible en: <https://www.greatlakeslaw.org/blog/2019/06/the-dulcepamba-river-gets-its-day-in-court-rights-of-nature-and-derecho-constitucional-en-Ecuador.html>; Incluso en Alemania, que no tiene tales derechos constitucionales consagrados en relación con los derechos de la naturaleza, la organización sin ánimo de lucro PETA emprendió acciones legales en nombre de los lechones machos ante el Tribunal Constitucional alemán (PETA, Pressemitteilung: Gequälte Ferkel erheben Verfassungsbeschwerde – PETA initiiert rechtshistorisches Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht. Erhältlich. Disponible en: <https://www.a.de/presse/gequaelte-ferkel-erheben-verfassungsbeschwerde-peta-initiiert/>).

10 Groski, S. *Individuals in International Law*, en: MPEPIL, 2013.

11 Sobre la Naturaleza como sujeto de derecho, ver Andreas Gutmann / Viviana Morales Naranjo en esta revista p. XX.

12 Schmalenbach, K. *Friedliche Streitbeilegung*, En: Proelß, A. (ed.), *Internationales Umweltrecht*, Berlín/Bosten, 2017, 272.

1. ¿Puerta de entrada a la naturaleza como demandante frente a tribunales internacionales permanentes?

A nivel del derecho internacional, los derechos y deberes sólo pueden hacerse valer si se cumplen dos condiciones: por un lado, el demandante debe tener derecho por el derecho internacional y, por otro lado, el demandado debe ser responsable por el derecho internacional.¹³ A pesar de que las organizaciones internacionales¹⁴, los individuos¹⁵, las empresas transnacionales¹⁶ y las ONG¹⁷ se consideran cada vez más como sujetos jurídicos parciales en el derecho internacional,¹⁸ sólo los Estados se abordan como sujetos jurídicos plenos en primer lugar.¹⁹ Esta observación básica se refleja en los tratados internacionales sobre el medio ambiente, que resuelven principalmente los conflictos entre los estados fronterizos, contienen choques internacionales de intereses, guían la distribución de recursos, así como los problemas ambientales internacionales.²⁰

13 Walter, C. *Subjects of International Law*, en: MPEPIL, 2007.

14 Krajewski, M., *Völkerrecht*, 2. edit., Baden-Baden, 2020, pág. 188.; Por ejemplo, Carta de las Naciones Unidas y Convenio sobre la Organización Marítima Internacional.

15 Por ejemplo: La Convención Europea de Derechos Humanos o la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

16 Por ejemplo: acceso al TIDM: art. 187 lit. c UNCLOS, y art. 3 en relación con el anexo VI de la CNUDM; Y particularmente en conjunción con el derecho internacional de las inversiones (Walter, nota 13; Schmalenbach, nota 12, 274); A este respecto, cabe mencionar que, a pesar del gran poder e influencia en la economía y la política internacionales, las empresas transnacionales, como algunos de los mayores destructores del medio ambiente, no son consideradas sujetos jurídicos en el derecho internacional. Aunque tienen derechos específicos, no tienen deberes (Krajewski nota 14, 166).

17 Por ejemplo: El mecanismo relativo al incumplimiento del Convenio de Aarhus prevé una “comunicación del público” (Informe de la Primera Reunión de las Partes, Addendum: Decisión I/7: Examen del cumplimiento (Dok. ECE/MP. PP/2/Add.8 vom 2 de marzo de 2004), Anexo.); el Art. 14 f. “Presentación sobre asuntos de observancia” ACAAN.

18 Véanse también Walter, nota 13; Krajewski, nota 14, 155 y ss.

19 Es incuestionable que los Estados son sujetos de derecho internacional, Walter, nota 14.

20 Vöneky, S. & Beck, F. *Umweltschutz und Menschenrechte*. En: Proelß, A, ed., *Internationales Umweltrecht*, Berlín/Bosten, 2017,

1.1. Opciones de litigio

Para evitar controversias, la mayoría de los tratados ambientales internacionales proporcionan mecanismos específicos de incumplimiento, que deberían promover el cumplimiento de los tratados y ayudar a los Estados en casos de incumplimiento.²¹ Por lo que respecta a la solución de controversias, el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas es la norma jurídica pertinente, que señala la solución pacífica de los conflictos y la libre elección de la solución de controversias.²² Esto se refleja en los mecanismos de solución de controversias de los tratados sobre el medio ambiente: en la mayoría de los casos, los tratados internacionales de medioambiente contienen una disposición sobre solución de controversias que establece los diferentes mecanismos.²³ En primer lugar, generalmente se establece que los Estados Partes “buscarán una solución de la controversia mediante la negociación o cualquier otro medio pacífico de su elección”, como se muestra en el art. 14 CMNUCC.²⁴ Lo que se entiende por “medios pacíficos” depende de lo

21 Por ejemplo, el Protocolo de Montreal (art. 8), el Protocolo de Nagoya (art. 30), el Convenio de Aarhus (art. 15) o el Convenio OMI (art. 69).

22 Schmalenbach, nota 12, p. 249; Directamente mencionado en Art. 279 convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

23 Por ejemplo: Art. 27 CBD; Arte. 287 convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar; art. 16 Protocolo de Londres; Arte. 10 MARPOL; art. 14 CMNUCC; art. 15 Convenio internacional para el control y la gestión del agua de lastre y los sedimentos de los buques, 2004.

24 Otros ejemplos: “resolverse en primera instancia mediante negociación, mediación o conciliación u otros medios pacíficos elegidos por las partes en la controversia “Art. 16 No. 1 (Protocolo de Londres); “ buscar soluciones mediante la negociación” Art. 27 No. 1 CBD; “si no ha sido posible llegar a un acuerdo mediante negociación entre las Partes interesadas, y si estas Partes no acuerdan otra cosa, someterse, a petición de cualquiera de ellas, al arbitraje establecido en el Protocolo II del presente Convenio” (art. 10 MARPOL). Véase también: Art. 279 UNCLOD en conjunción con Art. 33 de la Carta de las Naciones Unidas; Art. XI No. 1 Tratado Antártico; Art. 15 Convenio Internacional para el Control y la Gestión del Agua de Lastre y los Sedimentos de los Buques, 2004; Art.20 No. 1 convenio de Basilea; Arte. XIII Nr.1 Convenio de Bonn; Art. 6 No. 2 TPCE; Art. 22.1 ITPGRFA; Art. 24 del Acuerdo de París en conjunción con Art. 1 4 CMNUCC; Art. 20 Convenio de Rotterdam; Art. 18 POPS;

que se define en los tratados específicos de derecho ambiental. Desde los buenos oficios o más bien la mediación,²⁵ la conciliación,²⁶ el arbitraje,²⁷ y al menos la jurisdicción internacional, se proporcionan diversos mecanismos de solución de controversias. En su mayoría, los mecanismos de solución de controversias están restringidos a las partes en el tratado y deben ser iniciados por al menos una y, para una ejecución, aceptada por ambas partes. Esto significa que prácticamente no hay forma de que los individuos o las organizaciones de la sociedad civil tengan acceso efectivo a una gran parte de los mecanismos de solución de controversias establecidos en los tratados ambientales internacionales. Por lo tanto, a primera vista, los tribunales internacionales permanentes,²⁸ como instituciones constantemente organizadas, parecen ser la puerta de entrada más prometedora para abrir el derecho ambiental internacional a las quejas en nombre de la naturaleza por parte de la sociedad civil y los individuos.

Art. 20 No. 1 Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación; Art. 21 Convenio No. 1 sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales; Art. 15 No. 1 ESPOO; Arte. 13 LRTAP; Arte. 33 Nr.1 y 2 Convención de las Naciones Unidas sobre los cursos de agua; Art. 22 No. 1 Convención del Agua; Art. 11 No. 1 del Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono; Art. 14 del Convenio Internacional sobre el Control de los Sistemas Antiincrustantes Perjudiciales en los Buques, 2001; Art. XVIII No. 1 CITES; Art. XXV CCRVMA; Art. 18 Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente.

25 Por ejemplo: Art. 27 No. 2 CBD en caso de que las partes no puedan llegar a un acuerdo mediante negociación.

26 Por ejemplo: el art. 284 UNCLOS en conjunto con el Anexo V UNCLOS Art 18 No. 6 POPS en conjunto con la Parte II, Anexo G, POPS en caso de que las partes no puedan llegar a un acuerdo sobre los procedimientos provistos.

27 Algunos tratados se refieren en particular a la corte permanente de arbitraje (art. XIII No. 2 Convenio de Bonn; Arte. XVIII CITES), mientras que otros prevén tribunales de arbitraje ad hoc (art. 287 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar en relación con el Anexo VII). Incluso si la corte permanente de arbitraje no se menciona directamente, puede servir como instituto administrador (Corte Permanente de Arbitraje, South China Sea Arbitration (República de Filipinas v. República Popular China), caso N° 2013-19, 12 de julio de 2016. [P. Thomas A. Mensaha]).

28 Como la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar y la Corte Penal Internacional.

1.2. Acceso a los tribunales internacionales

La Corte Internacional de Justicia (CIJ) es la única corte internacional universal con jurisdicción general²⁹. Por lo general, otras cortes y tribunales internacionales son específicos de cada departamento.³⁰ Además de la CIJ, la Corte Penal Internacional (CPI) y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM) parecen ser candidatos prometedores para alcanzar la jurisdicción en materia de derechos de la naturaleza. Este último debido a su alcance, ya que el derecho del mar está necesariamente vinculado al ecosistema marítimo en sí. Con respecto a la CPI, en 2016 la Oficina del Fiscal de la CPI publicó un documento de política, que señaló que el daño ambiental, la explotación ilegal de recursos naturales y el acaparamiento de tierras deben considerarse mediante la selección y priorización de casos.³¹ Incluso si la implementación de un nuevo criamiento, como el crimen de ecocidio, solo puede ser realizada por las partes del Estatuto de Roma de la CPI (Estatuto de Roma), este documento de política destacó la creciente consideración de la naturaleza en el contexto legal internacional. Además, el Estatuto de Roma ya permite el enjuiciamiento de la destrucción del medio ambiente en el contexto del artículo 8, párrafo 2, letra b), inciso iv).

Si bien los tres tribunales reconocen la importancia de la naturaleza y la necesidad de su protección³² –la CIJ incluso estableció su propia sala para

29 Tomuschat, C. *International Courts and Tribunals*, en: MPEPIL, 2019.

30 Por ejemplo: el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia; El Tribunal Penal Internacional para Rwanda; el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC; El Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo (TAOIT); el Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas (TANU); Además de estos, a lo largo de los años surgieron muchos tribunales y tribunales que se ocupan de disputas administrativas, por ejemplo, el Tribunal Administrativo del Banco Mundial (WBAT) o el Fondo Monetario Internacional. Tribunal (IMFAT).

31 Corte Penal Internacional, Oficina del Fiscal, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation*, 2016. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf (consultado por última vez el 12 de abril de 2021).

32 Por ejemplo: La CIJ reconoció en su opinión consultiva sobre la legalidad de las amenazas o el empleo de armas nucleares: “La Corte también reconoce que el medio ambiente

asuntos ambientales entre 1993 y 2006³³— Las barreras legales para obtener acceso son difícilmente superables para los actores no estatales.

Es inequívoco que sólo los Estados pueden ser partes en los casos ante la CIJ³⁴. Por lo tanto, es imposible que los individuos o la sociedad civil lleven casos a la CIJ. Sin embargo, a diferencia de la CIJ, la CPI sólo tiene jurisdicción sobre las personas físicas³⁵.

El Estatuto de Roma establece tres mecanismos de activación para que la CPI comience a ejercer jurisdicción (Art. 13 del Estatuto de Roma): Los Estados parte tienen derecho a remitir situaciones al fiscal para que las investigaciones³⁶, y si parece que en esta situación se han cometido crímenes, la CPI ejerce su Jurisdicción³⁷. Del mismo modo, el Consejo de Seguridad puede remitir una situación al fiscal³⁸. Finalmente, el propio fiscal puede iniciar una investigación³⁹, que en última instancia puede resultar en la jurisdicción de la CPI⁴⁰. Para los individuos y la sociedad civil, este último mecanismo ofrece la posibilidad de presentar las llamadas “comunicaciones” a

no es una abstracción, sino que representa el espacio vital, (...). La existencia de la obligación general de los Estados de garantizar que las actividades dentro de su jurisdicción y control respeten el medio ambiente de otros Estados o de áreas fuera del control nacional es ahora parte del corpus del derecho internacional relativo al medio ambiente” (Corte Internacional de Justicia, Opiniones consultivas y órdenes, Legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares, 1996).

33 En 2006, la CIJ cerró la sala porque durante los años de su existencia, no se tomó ningún caso fuera de su jurisdicción, CIJ, Salas y Comités, disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/chambers-and-committees> (consultado por última vez el 12 de abril de 2021). La implementación de la cámara puede verse como una consecuencia del fortalecimiento del derecho ambiental internacional en ese momento.

34 Corte Penal Internacional, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. A/CONF183/9, 17 de julio de 1998, art.34.

35 Art. 25 Estatuto de Roma

36 Art. 14 Estatuto de Roma

37 Art. 13 lit.a Estatuto de Roma

38 Art. 13 lit.b Estatuto de Roma

39 Art. 15 Estatuto de Roma

40 Art. 13 lit.c Estatuto de Roma

la Oficina del Fiscal. El fiscal considerará entonces si iniciar investigaciones. Desafortunadamente, estas son las únicas opciones de participación para que los individuos o la sociedad civil lleven un crimen ante la CPI.

Una opción permanente para los actores no estatales proporciona el TIDM. Según el art. 20 Estatuto del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, el tribunal estará abierto a entidades distintas de los Estados parte en cualquier caso expresamente previsto en la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar o en los casos en que se haya conferido jurisdicción al tribunal mediante un acuerdo. Las personas naturales y jurídicas tienen una posición ante la Sala de Controversias de los Fondos Marinos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar⁴¹, si participan en la exploración o explotación de los fondos marinos organizada por la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos⁴². En última instancia, el alcance del derecho de las personas físicas y jurídicas ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar es muy limitado. El acceso al TIDM para los individuos y especialmente para la sociedad civil para reclamar los derechos de la naturaleza es efectivamente inexistente.

Esta breve reseña muestra que no está previsto que las cortes o tribunales internacionales permanentes proporcionen un amplio acceso a los individuos o a la sociedad civil. Debido al hecho de que la vida humana depende de ecosistemas funcionales,⁴³ los sistemas locales de derechos humanos podrían verse como un punto de partida para una jurisdicción internacional en nombre de la naturaleza. El hecho de que sean precisamente los tratados de derechos humanos los que proporcionan un punto de partida para alejarse del antropocentrismo parece paradójico al principio. Una convención como la UNCLOS, que regula explícitamente los asuntos marítimos, y que está vinculada a un tribunal permanente como el ITLOS, parece más obvia

41 Art. 187 lit. c La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar en conjunción con el Estatuto del Tribunal Internacional del Derecho del Mar

42 Art. 153 de la CNUMD

43 Véase también Knox, J. Relator Especial sobre los Derechos Humanos y el Medio Ambiente, UNGA Doc. A/73/188. 19 julio, 2018, 13.

a primera vista. Sin embargo, ahora se explicará a continuación que, por un lado, el acceso a los tribunales de derechos humanos es más fácil para los individuos y las ONG y que los derechos humanos como tales también pueden otorgar al menos protección indirecta de la naturaleza. Un ejemplo de lo anterior es la Corte Interamericana, en la que se protege la naturaleza en su relación con los derechos civiles de propiedad, derecho a la vida, integridad personal, debido proceso, entre otros. La Convención Americana no prevé disposiciones relativas a los derechos de la naturaleza, pero ha considerado que el derecho a la vida no puede desarrollarse sin condiciones mínimas de acceso a abrevaderos, depósitos de agua, territorios de caza, recolección o zonas de pesca.⁴⁴ Ahora quedará claro el hecho de que los derechos de la naturaleza y los derechos humanos están estrechamente relacionados y deben pensarse conjuntamente.

2. Acceso a través de la jurisdicción internacional de derechos humanos

Hoy en día hay tres tribunales locales de derechos humanos: la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

El acceso a la jurisdicción internacional de derechos humanos depende en primer lugar del agotamiento de los recursos internos en cada Estado parte del Sistema Africano⁴⁵, Europeo⁴⁶ y Americano de Derechos Humanos⁴⁷ como criterio específico de admisibilidad. Una norma de procedimiento común de los tres sistemas estipula que una petición o reclamación debe excluirse de la admisión a menos que “los recursos de derecho interno

44 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas), 17 de junio de 2005. [MP. Sergio García Ramírez]

45 Artículo 50, CADHP.

46 Artículo 35 del CEDH

47 Artículo 48, CIDH

se hayan interpuesto y agotado de conformidad con los principios generalmente reconocidos del derecho internacional”.⁴⁸ No debe olvidarse que los tribunales internacionales son los únicos subsidiarios de las leyes nacionales, y por lo tanto no constituyen tribunales de apelación.⁴⁹ Sólo si no es posible agotar los recursos internos, ya sea porque no existen, porque se niega el acceso para agotarlos, o si existe una demora injustificada en la justicia para dictar una sentencia definitiva, la petición puede ser excusada del agotamiento de los recursos internos.⁵⁰

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos proporciona acceso a individuos, ONG o grupos de individuos, de acuerdo con el artículo 34 del CEDH. El Protocolo de la Carta Africana sobre las Personas y los Pueblos establece el derecho a presentar quejas a los Estados, la Comisión y las ONG en el artículo 5 de la Comisión ADHP. Finalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos estipula que cualquier persona o grupo de personas puede presentar una denuncia por violación de derechos humanos⁵¹.

La competencia por razón de la materia es el requisito de que un tribunal determinado tenga la facultad de conocer del tipo específico de demanda que se presenta ante ese tribunal, como la posibilidad de que un tribunal resuelva un tipo particular de asunto y proporcione el recurso. Según el artículo 30 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), los Estados están obligados a cumplir con las obligaciones estrictamente contenidas en los tratados firmados.⁵² En virtud de este precepto, sólo los

48 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-11/90, Excepciones al agotamiento de los recursos internos (art. 46(1), 46(2)(a) y 46(2)(b) Convención Americana sobre Derechos Humanos), 10 de agosto de 1990, 4.

49 Besson, S. Subsidiarity in International Human Rights Law—What is Subsidiary about Human Rights? *The American Journal of Jurisprudence*, 61, 2016, 69–107.

50 Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990; Excepciones al agotamiento de los recursos internos (art. 46(1), 46(2)(a) y 46(2)(b) Convención Americana sobre Derechos Humanos), solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 4.

51 Artículo 44 de la CADH

52 Naciones Unidas, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo

Estados que han firmado y ratificado las Convenciones de Derechos Humanos europeas, africanas y americanas están obligados a respetar el contenido de las respectivas convenciones. En cuanto al contenido de los tres tratados mencionados, es importante señalar que son básicamente derechos civiles y que no contienen ninguna disposición específica sobre derechos ambientales o derechos de la naturaleza. Sin embargo, quedará claro que los derechos humanos también pueden proteger indirectamente la naturaleza. Para demostrar este hecho, a continuación, se analizarán los sistemas europeo y americano de derechos humanos. El objetivo no es tratar los casos específicos en profundidad, sino mostrar las estrategias y mecanismos que han llevado a estos resultados.

2.1. El CEDH y el acceso a través de los derechos de las personas

En septiembre de 2020, debido a los devastadores incendios forestales de 2017, seis jóvenes portugueses reclamaron contra Alemania y otros 32 estados frente al TEDH. El objetivo de la demanda es que el TEDH ordene a los Estados que aumenten sus propios objetivos climáticos y reduzcan las emisiones causadas por ellos mismos o por empresas pertenecientes a su Estado.⁵³ En octubre de 2020, el TEDH aceptó el asunto y le dio prioridad debido a su importancia y urgencia.⁵⁴ El hecho mismo de que el asunto haya sido aceptado por el Tribunal de Justicia ya es un gran éxito, ya que es el primero de este tipo.⁵⁵ La aceptación de la denuncia es importante, sobre todo,

de 1969.

53 Watts, J. Portuguese children sue 33 countries over climate change at European court, 3 de septiembre de 2020. Disponible en: <https://www.theguardian.com/law/2020/sep/03/portuguese-children-sue-33-countries-over-climate-change-at-european-court> (último acceso: 12 de abril de 2021).

54 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Duarte Agostinho et autres contre Portugal et 32 autres États, Requête no. 39371/20SP, 7 de septiembre de 2020.

55 DW, un tribunal europeo ordena a los países que respondan a la demanda de jóvenes activistas climáticos. Disponible en: <https://www.dw.com/en/portugal-youthprotest-legal-humanrights-emissions-strasbourg-climatechange/a-54799620> (último acceso el 12 de abril de 2021).

porque se renunció al agotamiento de las vías de recurso ante los órganos jurisdiccionales nacionales (artículo 35 CEDH, apartado 1).⁵⁶

2.1.1. Ecologización del TEDH

El CEDH se basa en un concepto antropocéntrico.⁵⁷ Pero, al mismo tiempo, las cuestiones de protección del medio ambiente no son ajenas al TEDH. Por el contrario, el TEDH tiene una larga historia de jurisprudencia en la que se ha ocupado de cuestiones ambientales.⁵⁸ A pesar de la falta de un derecho explícito a un medio ambiente sano, por no mencionar que el medio ambiente como tal no está protegido por el CEDH,⁵⁹ el TEDH ha desarrollado su jurisprudencia en el sentido de que los daños o degradaciones graves del medio ambiente pueden violar los derechos individuales consagrados en la convención.⁶⁰ Esto es posible porque el CEDH se entiende como un “instrumento vivo” y, por tanto, su interpretación debe tener siempre en cuenta el contexto social actual.⁶¹ En su demanda, los jóvenes demandantes

56 Duarte Agostinho et autres contre Portugal et 32 autres États, Requête no. 39371/20, 7 de septiembre de 2020.

57 Peters, B. The European Court of Human Rights and the environment. En: Mead, Samson, Sobenes, eds. *International Courts and Tribunals and the Protection of the Environment: The European Court of Human Rights and the environment.*. Asser Press, de próxima publicación, 2020, Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3668176> (consultado por última vez el 22 de marzo de 2021).

58 ECtHR, Factsheet – Environment and the ECHR, disponible en: https://www.echr.coe.int/documents/fs_environment_eng.pdf (último acceso el 22 de marzo de 2021).

59 European Court of Human Rights, *Hatton and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 36022/97, ECHR 2003-VIII, 8 de julio de 2003. [P.Luzius Wildhaber]; Vöneky, S. & BECK, nota 20, 146.

60 Tedh, Factsheet – Environment and the CEDH, https://www.echr.coe.int/documents/fs_environment_eng.pdf (consultado por última vez el 22 de marzo de 2021); VÖNEKY & BECK, nota 20, 146.

61 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Tyrer c. Reino Unido*, nº 5856/72, 25 de abril de 1978. [P. Giorgio Balladore Pallieri].; Letsas, G. El CEDH como instrumento vivo: su significado y legitimidad. En: Føllesdal, A; Peters, B & Ulfstein, G., eds. *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*,

invocaron sus derechos en virtud del artículo 2 (Derecho a la vida), artículo 8 (Derecho al respeto de la vida privada y familiar) y el artículo 14 (Prohibición de discriminación) del CEDH,⁶² que encaja con la observación general de que el artículo 8 del CEDH, en particular, reviste una importancia excepcional en el contexto de las preocupaciones ambientales.⁶³ Por otra parte, los artículos 6, apartado 1 (Derecho a un proceso equitativo), 11 (Libertad de reunión y asociación) y 1 (Protección de la propiedad) parecen ser eficaces para la aplicación indirecta de los derechos de naturaleza.

2.1.1.1. Artículo 8, derecho al respeto de la vida privada y familiar

Para invocar el derecho al respeto de la vida privada y familiar, debe haber una conexión con al menos uno de los cuatro intereses enumerados.⁶⁴ El artículo 8 del CEDH se interpreta de manera muy amplia.⁶⁵ Esto tiene como consecuencia, especialmente en la delimitación de la “vida privada”, que no es posible una definición exhaustiva.⁶⁶ El TEDH declaró, por ejemplo: “Abarca la integridad física y psíquica de una persona (...). Por lo tanto, puede abarcar múltiples aspectos de la identidad física y social de la perso-

Cambridge, 2013.; Markus, T y Silva-Sánchez, P. Zum Schutz der Umwelt durch die Amerikanische Menschenrechtskonvention: das Gutachten des IAGMR OC- 23/2017, (ZUR) 30 (3), 2019, 150

62 Glan, The Case, disponible en: <https://youth4climatejustice.org/the-case/> (consultado por última vez el 24 de marzo de 2021).

63 Vöneky & Beck, nota 20, p. 46; Franziska Braig, K, Reichweite und Grenzen der aus der Europäischen Menschenrechtskonvention abgeleiteten umweltrechtlichen Schutzpflichten in der Europäischen Union. Natur und Recht 39, 2017, 102.

64 Jens Meyer-Ladewig, J & Nettesheim, M. EMRK Europäische Menschenrechtskonvention. Baden-Baden 4. Aufl., 2017, Art. 8, para. 18.

65 Meyer-Ladewig & Nettesheim, nota 51, art. 8, párr. 7.

66 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Niemietz v. Germany, no. 12710/88, 16 de diciembre de 1992. [P. Jean-Paul Costa]; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Pretty c. el Reino Unido, No. 2346/02, TEDH 2002-II, 29 de abril de 2002. [P. Matti Pellonpää].

na (...).⁶⁷ La autonomía y la autodeterminación del individuo son también centrales.⁶⁸ Además, el TEDH ha desarrollado su jurisprudencia en materia de medio ambiente, en particular sobre la base de la característica “hogar”^{69,70} La violación del artículo 8 del CEDH no exige necesariamente una amenaza concreta para la salud, sino que también puede presumirse de antemano.⁷¹ En materia de medio ambiente, el Tribunal de Justicia ha declarado en diversas resoluciones que el ruido,⁷² la contaminación,⁷³ y emisiones,⁷⁴ pero también la falta de agua potable,⁷⁵ pueden violar el bienestar y los hogares de los demandantes, que están protegidos por el art. 8 del CEDH. Otro aspecto protegido por el mismo artículo mencionado anteriormente es el

67 Con otras referencias: European Court of Human Rights, S. y Marper v. the United Kingdom [GC], núm. 30562/04 y 30566/04, 4 de diciembre de 2008. [P. Jean-Paul Costa], párr. 66.

68 Meyer-Ladewig & Nettesheim, nota 51, art. 8, párr. 7.

69 “Hogar” podría describirse como: “Un hogar será generalmente el lugar, el área físicamente definida, donde se desarrolla la vida privada y familiar”. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gaida c. Alemania (dec.), no. 32015/02, 3 de julio de 2007. [P. P. Lorenzen]. Sobre todo, se requiere una conexión suficiente y permanente, de modo que, por ejemplo, también se incluyan locales comerciales o pisos (con más referencias, Meyer-Ladewig & Nettesheim, nota 51, Art. 8, párrafo 89).

70 Por ejemplo: Centro Europeo de Derechos Humanos, López Ostra c. España, no. 16798/90, 9 de diciembre de 1994. [P. Rolv Ryssdal], párr. 51; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Jugheli y otros c. Georgia, no. 38342/05, 13 de julio de 2017. [P. Angelika Nußberger], párr. 71.

71 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, López Ostra c. España, no. 16798/90, 9 de diciembre de 1994. [P. Rolv Ryssdal], párr. 51; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Kyrattos c. Grecia, no. 4166/98, TEDH 2003-VI, 22 de mayo de 2003. [P. F. Tulkens], párr. número arábigo

72 Por ejemplo: European Court of Human Rights, Hatton and Others v. the United Kingdom [GC], no. 36022/97, TEDH 2003-VIII, 8 de julio de 2003. [P. Luzius Wildhaber].

73 Por ejemplo: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Fadeyeva c. Rusia, no. 55723/00, TEDH 2005-IV, 9 de junio de 2005. [P. Christos Rozakis].

74 Por ejemplo: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Giacomelli c. Italia, no. 59909/00, TEDH 2006-XII, 2 de noviembre de 2011. [P. Boštjan M. Zupančič].

75 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Hudorovič y otros c. Eslovenia, núms. 24816/14 y 25140/14, 10 de marzo de 2020. [P. Robert Spano], párrafo 116.

suministro de información sobre riesgos o peligros ambientales.⁷⁶ Además de una dimensión negativa de protección estatal, también existe una obligación positiva para los Estados de garantizar la protección del artículo 8 del CEDH contra la interferencia de terceros privados.⁷⁷ Aunque el alcance de la protección en virtud del art. 8 del CEDH es amplio, está limitado por los principios generales de que se concede al Estado acusado un margen de apreciación⁷⁸ y que la violación debe ser sustancial.⁷⁹

2.1.1.2 Otros derechos humanos del CEDH

Además del artículo 8 del CEDH, el TEDH también ha constatado que se han violado otros derechos humanos en su jurisprudencia sobre cuestiones medioambientales.

El caso de *Kolyadenko y otros c. Russia*⁸⁰ ilustra de manera ejemplar cómo varios derechos humanos pueden ser violados por un desastre ambiental causado por el hombre, lo que también implicará una intervención

76 Por ejemplo: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Tătar c. Rumanía*, n.º 67021/01, 1 de enero de 2009. [P. Boštjan M. Zupančič], párr. 121.

77 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Hatton y otros v. the United Kingdom* [GC], no. 36022/97, CEDH 2003-VIII, 8 de julio de 2003. [P. Luzius Wildhaber], párr. 98; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Lozovyie v. Russia*, no. 4587/09, 24 de abril de 2018, [P. Helena Jäderblom], párr. 36; Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Evans c. el Reino Unido* [GC], no. 6339/05, 10 de abril de 2007. [P. Christos Rozakis], párr. 37.; *Lozovyie c. Rusia*, N.º 4587/09, 24 de abril de 2018, párr. 36; *Evans v. the United Kingdom* [GC], N.º 6339/05, TEDH 2007-I, párr. 37.

78 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Fadeyeva c. Rusia*, no. 55723/00, TEDH 2005-IV, 9 de junio de 2005. [P. Christos Rozakis], párr. 96; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Hatton y otros c. el Reino Unido* [GC], No. 36022/97, TEDH 2003-VIII, 8 de julio de 2003. [P. Luzius Wildhaber], párr. 86.

79 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *López Ostra c. España*, no. 16798/90, 9 de diciembre de 1994. [P. Rolv Ryssdal], párr. 51; Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Caso Fadeyeva v. Rusia*, no. 55723/00, TEDH 2005-IV, 9 de junio de 2005. [P. Christos Rozakis], párr. 69.

80 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Kolyadenko y otros c. Rusia*, nos. 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 y 35673/05, 28 de febrero de 2012. [P. Nina Vajić].

en los ecosistemas. En el caso de autos, los demandantes vivían en Vladivostok, cerca del río Pionerskaya y del depósito de agua. En agosto de 2001, debido a las lluvias particularmente fuertes, la compañía estatal de agua decidió abrir la presa para liberar agua en el río Pionerskaya. Esto causó una fuerte inundación repentina, que destruyó casas, apartamentos y otras pertenencias.

Los residentes de Söme apenas pudieron salvar su propia vida. Los solicitantes argumentaron que las autoridades habían omitido una advertencia antes de la apertura de la presa y que el Estado no mantuvo el cauce del río. El TEDH confirmó la violación del artículo 2 (Derecho a la vida), el artículo 8 del CEDH y el artículo 1 del Protocolo No. 1 de la Convención (Protección de la propiedad). En particular, el derecho a la vida debe hacerse hincapié. Aunque el contenido de la garantía del artículo 2 del CEDH se interpreta de manera bastante restrictiva en un contexto medioambiental,⁸¹ se han identificado violaciones en varias ocasiones, como, por ejemplo, por actividades industriales peligrosas⁸², emisiones industriales⁸³ o también catástrofes naturales.⁸⁴

El artículo 6 del CEDH (Derecho a un juicio justo) tiene una importancia especial en la medida en que puede proteger el cumplimiento de los procedimientos legales (ambientales).⁸⁵ En un sentido amplio, el art. 10 CEDH (Libertad de expresión) y Art. 11 (Libertad de reunión y asociación) también pueden ser beneficiosos para los derechos de la naturaleza. De este

81 En este sentido, Vöneky & Beck, nota 20, 146.

82 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Öneriyıldız v. Turkey [GC], no. 48939/99, 30 de noviembre de 2004. [P. Luzius Wildhaber].

83 Tribunal Europeo de Derechos Humanos Smaltini c. Italia (dec.), no. 43961/09, 4 de abril de 2015.

84 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Budayeva y ot hers v. Russia, App. Nos. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 y 15343/02, 20 de marzo de 2008. [P. Christos Rozakis].

85 Por ejemplo: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Karin Andersson y otros c. Suecia, no. 29878/09, 25 de septiembre de 2014. [P. Mark Villiger].

modo, se puede garantizar que el trabajo educativo⁸⁶ o el compromiso con la protección del medio ambiente por parte de asociaciones u ONG,⁸⁷ por ejemplo, no se impida ilegalmente.

2.1.2. ¿Podría ser aún más verde?

Aunque sólo se ilustre brevemente, ha quedado claro que el TEDH ha tenido en cuenta las preocupaciones medioambientales en su jurisprudencia durante años y, por lo tanto, también puede contribuir a la protección del medio ambiente. Sin embargo, mientras los derechos humanos sirvan de vehículo, no se puede garantizar la protección integral de los derechos de la naturaleza. Una solución podría ser abandonar el enfoque antropocéntrico del TEDH en favor de una perspectiva ecocéntrica.

3. La CIDH y el acceso a través de los derechos de las personas

Como se indicó al inicio de este artículo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos no contempla artículos relacionados con los derechos de la naturaleza, sin embargo, varias sentencias de la Corte Interamericana muestran que la protección de los derechos de la naturaleza es necesaria como pilar para proteger el derecho a la vida, la integridad personal y otros derechos.⁸⁸ Es importante destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos mantiene una concepción antropocéntrica de los derechos ecológicos⁸⁹ y por lo tanto, en sus sentencias solo se refiere a temas de medio ambiente,

86 Por ejemplo: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Steel and Morris c. el Reino Unido*, no. 68416/01, 15 de febrero de 2005. [P. Matti Pellonpää].

87 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Costel Popa v. Rumania*, no. 47558/10, 26 de abril de 2016. [P. Andrés Sajó].

88 Organización de los Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, 7-22 de noviembre de 1969.

89 Espinoza, J. Human rights as a protection mechanism for the environment: is it possible to include IACHR's Advisory Opinion 23/17 in the Ecuadorian legal system? *Revista de Derecho de la USFQ*, 4, 2019.

propiedad, ecología, recursos naturales, medios de subsistencia. En todo caso, es importante que, aunque sea indirectamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha contenido en sus sentencias, medidas que están encaminadas a la protección de la naturaleza bajo el concepto de propiedad.

A continuación, se explicará cómo la Corte Interamericana ha establecido estándares en relación con los derechos de la naturaleza en los casos antes mencionados.

3.1. Art. 1.1 Obligación de respetar los derechos

Sobre este punto, el tribunal ha dicho que se debe realizar el estudio sobre la distribución desigual de los sacrificios ambientales. Es decir, la imposición, mediante la creación de normas legales o autorizaciones administrativas, de una imposición desigual de daños y perjuicios en materia ambiental. Debe argumentarse que el Estado ha permitido o tolerado el beneficio excesivo de unos sujetos privados a expensas de otros, es decir, no ha concedido la “igual protección de la ley”. La CIDH recibió una petición contra el Estado de Brasil a favor del pueblo indígena Yanomami a raíz de la construcción de una carretera y el otorgamiento de permisos de explotación minera en territorio indígena. Esta situación provocó la invasión masiva de extranjeros al territorio indígena y tuvo graves repercusiones en el bienestar de la comunidad, provocando el quiebre de su organización tradicional, prostitución de la mujer, epidemias, enfermedades, desplazamiento forzado a tierras que no convenían su forma de vida y la muerte de cientos de indígenas yanomami. La CIDH responsabilizó al Estado brasileño por no haber adoptado medidas oportunas y efectivas para proteger los derechos humanos del Yanomami. Resolvió que esta omisión repercutía en el bienestar de la comunidad y la vulneración de los derechos a la vida, la libertad, la seguridad, la residencia y el tránsito, y la preservación de la salud y el bienestar⁹⁰.

90 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso Yanomami vs. Brasil, Informe 12/85, Informe Anual de la CIDH 1984-1985.

3.2. Artículo 4. Derecho a la vida

La violación de los derechos ambientales podría “traducirse” en una amenaza o poner en peligro el derecho a la vida. Especialmente en casos como la autorización o el consentimiento estatal para descargar desechos tóxicos, exposiciones a radiaciones o gases, contaminación del agua, tala indiscriminada o tala de bosques. El derecho a la vida no se limita a las obligaciones negativas del Estado, sino que también se requiere el cumplimiento de obligaciones positivas. En el caso *Yakye Axa*, el tribunal indica que el derecho a la vida incluye no sólo el derecho de todo ser humano a no ser privado arbitrariamente de la vida, sino también el derecho a no crear condiciones que impidan o dificulten el acceso a una existencia digna. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas y concretas dirigidas a satisfacer el derecho a una vida digna, especialmente cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se convierte en una prioridad.⁹¹

3.3. Artículo 5. Derecho a un trato humano

En el caso *Moiwana*, el tribunal estableció que, dado que la conexión de la comunidad indígena con su tierra tradicional es de vital importancia espiritual, cultural y material, las medidas que impiden su contacto con la tierra ancestral afectan su identidad y la integridad de su cultura, y por lo tanto constituyen violaciones del artículo 5.1 de la Convención Americana.⁹²

91 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena *Yakye Axa vs. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), 17 de junio de 2005. [MP. Sergio García Ramírez].

92 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad *Moiwana c. Suriname*, Sentencia de 15 de junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

3.4. Artículo 8. Derecho a un juicio justo

Impugnación de medidas gubernamentales que se han adoptado sin cumplir con los requisitos legalmente establecidos, como las medidas que autorizan la realización de obras públicas, la tala o tala de bosques, la autorización de personas físicas para llevar a cabo actividades que puedan afectar o poner en riesgo el medio ambiente.⁹³ Comprende la denegación, restricción o menoscabo del derecho a ser oído antes de tomar decisiones susceptibles de causar daños al medio ambiente, el derecho a la revisión judicial de las decisiones administrativas sobre estas materias, el derecho a solicitar información previa sobre el carácter inocuo de un bien/servicio/obra cuya circulación o ejecución se desea autorizar, del derecho a solicitar la suspensión de la medida hasta tanto no se cumplan los requisitos legales - por ejemplo, el informe o estudio de impacto ambiental previo a la adopción de la medida en cuestión.⁹⁴

3.5. Art. 13. Libertad de pensamiento y de expresión

El tribunal destacó la importancia del acceso a información relevante sobre asuntos de interés público para la defensa del medio ambiente. Los hechos presentados por la comisión en la demanda ocurrieron entre mayo y agosto de 1998 y se refieren a la supuesta negativa del Estado a brindar toda la información requerida por el Comité de Inversiones Extranjeras, en relación con la empresa forestal Trillium y el Proyecto Río. Cóndor, que era un proyecto de deforestación que se ejecutaría en la duodécima región de Chile y “podría ser perjudicial para el medio ambiente e impedir el desarrollo sustentable de Chile”. La comisión indicó que dicha negativa se dio sin que el Estado “argumente [una] justificación válida de conformidad con el derecho chileno”, así como que supuestamente “no [les] otorgó un recurso judicial efectivo para impugnar una violación del derecho de acceso a la informa-

93 Guía de defensa ambiental, Construyendo la estrategia para el litigio de casos ante el SIDH, 2008.

94 Ibidem.

ción” y “no les aseguró los derechos de acceso a la información y protección judicial, ni ha establecido mecanismos para garantizar el derecho de acceso a la información pública”.⁹⁵

3.6. Art. 21. Derecho a la propiedad

Para los indígenas existe una tradición comunitaria de una forma comunal de propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la propiedad de la tierra no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los pueblos indígenas, por el hecho de su propia existencia, tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; La estrecha relación que los pueblos indígenas tienen con la tierra debe ser reconocida y entendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas, la relación con la tierra no es simplemente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual que deben disfrutar plenamente, incluso para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.⁹⁶

La Corte en *Xákmok Kásek* estableció que el concepto de vida digna incluye garantizar a los pueblos indígenas condiciones favorables para el uso y disfrute de los recursos naturales en sus territorios (párr. 215 y 216). Hasta tanto el territorio tradicional no sea entregado a los miembros de la comunidad, el Estado debe asegurarse de que dicho territorio no sea afectado por acciones del propio Estado o de terceros particulares. Por lo tanto, debe asegurarse de que no se deforeste el área, no se destruyan sitios de importancia cultural para la comunidad, no se transfieran tierras y no se explote el territorio de tal manera que dañe irreparablemente el área o los recursos naturales que existen en ella.⁹⁷

95 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Claude Reyes y otros. c. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas), 19 de septiembre de 2006. [P. Sergio García-Ramírez].

96 Corte Interamericana de Derechos Humanos *Awas Tingni* c. Nicaragua (Fondo, Reparaciones y Costas), 31 de agosto de 2001. [P. Antônio Un. Cançado Trindade], párr. 149.

97 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena *Xákmok Kásek* vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas), 24 de agosto de 2010. [P. Diego Gar-

En el caso Mayas, la Comisión concluye que el hecho de que el Estado no haya respetado el derecho comunal del pueblo maya a la propiedad de las tierras que tradicionalmente han utilizado y ocupado se ha visto exacerbado por el daño ambiental causado por ciertas concesiones madereras otorgadas en relación con esas tierras, lo que, a su vez, ha afectado negativamente a los miembros de esas comunidades. Para los órganos del sistema interamericano, la protección de los derechos de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales es un asunto de particular importancia, porque la protección efectiva de los territorios ancestrales no sólo implica la protección de una unidad económica pero también la protección de los derechos humanos de un grupo que basa su desarrollo económico, social y cultural en su relación con la tierra. Desde el punto de vista de los derechos humanos, un pequeño campo de maíz merece el mismo respeto, como la propiedad privada de una persona, como una cuenta bancaria o una fábrica moderna. Las actividades de desarrollo deben ir acompañadas de medidas adecuadas y eficaces para garantizar que no se lleven a cabo a expensas de los derechos fundamentales de las personas que pueden verse afectadas de manera particular y negativa, incluidas las comunidades indígenas y el medio ambiente del que dependen. para su bienestar físico, cultural y espiritual.⁹⁸

La Corte destaca su jurisprudencia en el sentido de que, si bien la Convención Americana no prohíbe per se la emisión de concesiones para la exploración o explotación de recursos naturales en territorios indígenas o tribales, la restricción legítima del derecho a la comunidad. La propiedad requiere: i) llevar a cabo evaluaciones preliminares de impacto ambiental y social; ii) consultar con las comunidades afectadas sobre proyectos de desarrollo llevados a cabo en territorios tradicionalmente ocupados; y, en el caso de planes de desarrollo o inversión a gran escala, obtener el consentimiento libre, informado y previo de las comunidades, de acuerdo con sus costum-

cía-Sayán], párr. 291.

⁹⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo vs. Belice, caso 12.053, Informe de Fondo. No. 40/04, 12 de octubre de 2004.

bres y tradiciones, y iii) Comparta beneficios razonables con ellos. Además, un factor crucial a considerar es si la restricción implica una negación de tradiciones y costumbres de una manera que ponga en peligro la subsistencia misma del grupo y sus miembros. El deber de garantizar la participación efectiva de los miembros de las comunidades o pueblos indígenas o tribales requiere que el Estado acepte y proporcione información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben hacerse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente apropiados, y deben estar dirigidas a llegar a un acuerdo.⁹⁹

3.7. Artículo 25. Derecho a la tutela judicial

El Estado de Nicaragua no garantizó un recurso efectivo para responder a los reclamos de la comunidad Awas Tingni sobre sus derechos a la tierra y los recursos naturales de conformidad con el artículo 25 de la Convención. La Corte Interamericana concluyó que el Estado de Nicaragua violó los derechos de esta comunidad Mayagna al otorgar a una empresa transnacional una concesión para explotar los recursos forestales existentes en su territorio tradicional sin su consentimiento, y al ignorar las constantes demandas de Awas Tingni para demarcar su territorio. La corte señaló que el artículo 21 de la CADH, que reconoce el derecho a la propiedad privada, también protege “los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal”. Con esto, se sentó un precedente importante para la defensa de los derechos indígenas en el sistema internacional, cuando la corte afirmó que los derechos territoriales indígenas no se basan en la existencia de un título formal otorgado por el Estado, sino en la “posesión de la tierra,” de las comunidades, arraigado en su propio “derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”.¹⁰⁰

99 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Resolución, Medidas provisionales solicitadas por la CIDH respecto de las 4 comunidades indígenas Ngobe y sus miembros vs. Panamá, 28 de mayo de 2010.

100 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Awas Tingni c. Nicaragua (Fondo, Reparaciones y Costas), 31 de agosto de 2001. [P. Antônio Un. Cançado Trindade], par. 149 y ss.

Además de los estándares citados sobre la protección de la naturaleza y su relación con los derechos civiles, es importante mencionar lo que la corte ha dicho en la Opinión Consultiva 23 de 2017. Se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solo por su conexión con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en los derechos de otras personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para otros organismos con los que se comparte el planeta, que también merecen protección en sí mismos. En este sentido, el Tribunal observa una tendencia a reconocer la personalidad jurídica; y, por lo tanto, los derechos a la naturaleza no sólo en las decisiones judiciales, sino incluso en los órdenes constitucionales.¹⁰¹

Como puede verse, las sentencias de la Corte Interamericana no se refieren a los derechos de la naturaleza, sino que se centran en la protección de los derechos civiles. La naturaleza vista sólo como una propiedad necesaria para el desarrollo de otros derechos. Esa visión se mantiene incluso en las medidas de reparación emitidas en la sentencia, como veremos más adelante.

3.8. Medidas de restablecimiento

Dar la vuelta al territorio tradicional de la comunidad y, en su caso, conceder tierras alternativas dentro del territorio tradicional de sus antepasados. Sanción punitiva en caso de incumplimiento de los plazos ordenados para garantizar el territorio a la comunidad (el Estado debe pagar a los líderes comunitarios una cierta cantidad por cada mes de retraso. Asegurando que el territorio reclamado por la comunidad no sea socavado por acciones del propio Estado o de terceros privados.¹⁰² Delimitación, demarcación y titulación del territorio tradicional.¹⁰³

101 Corte Interamericana de Derechos Humanos Opinión Consultiva OC-23/17, Medio Ambiente y Derechos Humanos, 15 de noviembre de 2017.

102 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas), 24 de agosto de 2010. [P. Diego García-Sayán].

103 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Awas Tingni c. Nicaragua (Fondo,

3.9. Medidas de rehabilitación

Mientras se entregan el territorio tradicional o tierras alternativas, adoptar de manera inmediata, periódica y permanente medidas relativas al suministro de agua potable suficiente; la revisión y la atención médica y psicosocial de todos los miembros de la comunidad; atención médica especial para mujeres embarazadas; la entrega de alimentos en calidad y cantidad suficientes; la instalación de servicios sanitarios adecuados, y la provisión de materiales y recursos a la escuela para garantizar el acceso a la educación básica, asegurando el respeto de las tradiciones culturales y las lenguas nativas. Establecer un sistema de comunicación y un puesto de salud permanente con los medicamentos e insumos necesarios para una adecuada atención de la salud. Y garantizar que estos sean trasladados al lugar donde la comunidad se asiente definitivamente una vez recuperado su territorio tradicional.¹⁰⁴ Desarrollar un programa de salud y tratamiento médico y psicológico.

3.10. Garantías de no repetición

Adoptar en la legislación interna las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para crear un sistema eficaz de reivindicación de tierras ancestrales o tradicionales de los pueblos indígenas que permita la realización de sus derechos de propiedad. Eliminar los obstáculos a la devolución de las tierras tradicionales.¹⁰⁵ El Estado debe revisar las concesiones ya otorgadas dentro del territorio tradicional, a la luz de la sentencia, para apreciar si es necesaria una modificación de los derechos de los concesionarios para preservar la supervivencia del pueblo. Abstenerse de realizar actos que puedan afectar la existencia, valor, uso o goce del territorio al que tienen derecho los miembros del pueblo, a menos que el Estado

Reparaciones y Costas), 31 de agosto de 2001. [P. Antônio A. Cançado Trindade].

104 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek c. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas), 24 de agosto de 2010. [P. Diego García-Sayán].

105 *Ibidem*, Caso Xákmok Kásek c. Paraguay.

obtenga su consentimiento previo, libre e informado. Garantizar el derecho a consultar y compartir los beneficios de los proyectos. Realizar estudios de impacto ambiental.¹⁰⁶

3.11. Medidas socioeconómicas

Creación de programas de desarrollo que incluyen suministro de agua potable, electricidad, infraestructura sanitaria, implementación de proyectos educativos, de vivienda, agrícolas y de salud para la comunidad.¹⁰⁷

4. Reenviar a un nuevo protocolo

Como se ha analizado en los apartados anteriores, no existe un nivel directo de protección de los derechos de la naturaleza en los Convenios Europeo y Americano de Derechos Humanos. Los derechos de la naturaleza son tratados como derecho a un medio ambiente sano y en relación con otros derechos, como el derecho a la vida, a la propiedad, al debido proceso, entre otros. En otras palabras, no existe un régimen expreso o autónomo. reconocimiento de derechos de la naturaleza, lo que limita la posibilidad de judicializarlos. El reconocimiento de los derechos de la naturaleza tendría algunas ventajas: Primero, sería un incentivo para mejorar leyes ambientales nacionales. En segundo lugar, permitiría el enjuiciamiento de casos a nivel de tribunales internacionales. En tercer lugar, el reconocimiento de un derecho autónomo a un medio ambiente sano permitiría determinar una violación de forma independiente y no en relación con otro derecho, lo que

106 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblo Saramaka Vs. Suriname (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 28 de noviembre de 2007. [P. Sergio García-Ramírez].

107 Caso Yakye Axa: Programa comunitario, destinado al suministro de agua potable e infraestructura sanitaria, y un fondo de desarrollo x US 950.000 implementación de proyectos educativos, de vivienda, agrícolas y de salud. Caso Saramaka: fondo de desarrollo x US 600.000 para financiar proyectos educativos, de vivienda, agrícolas y de salud, así como electricidad y agua potable.

aumentaría el perfil del derecho de la naturaleza. Las víctimas de violaciones de derechos tendrían derecho a la reparación.¹⁰⁸

Según el “Informe introductorio de la Conferencia de Alto Nivel sobre Protección Ambiental y Derechos Humanos”, los problemas para avanzar hacia la “ley verde” son más políticos que legales. Este enfoque de “derechos humanos ecológicos” se basa en el enfoque clásico de derechos humanos, pero protege el medio ambiente de forma autónoma. Además, se destaca que el enfoque de derechos humanos se considera un medio promisorio para enfrentar el desafío ecológico al que nos enfrentamos.¹⁰⁹

En Europa, la primera convención ambiental que se firmó fue la Convención de Berna sobre la Conservación de la Vida Silvestre y los Hábitats Naturales Europeos del 19 de septiembre de 1979.¹¹⁰ La convención tiene como objetivo “conservar la flora y la fauna silvestres y sus hábitats naturales”. El nivel de protección depende de los “requisitos ecológicos, científicos y culturales” que deben sopesarse frente a los “requisitos económicos”. Los estados adoptan las políticas públicas necesarias para garantizar esta protección.¹¹¹ Posteriormente, existe el Convenio de Lugano sobre responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente del 21 de junio de 1993. Este convenio tiene el mérito de abarcar todas las actividades ambientalmente peligrosas realizadas cabo “profesionalmente” por entidades públicas y privadas.¹¹²

El artículo 14 establece el derecho de acceso a la “información relativa al medio ambiente en poder de las autoridades públicas”, pero el artículo 16 también establece las condiciones de acceso a la información en poder de los

108 Lambert, E. Medio Ambiente y Derechos Humanos, Informe Introductorio a la Conferencia de Alto Nivel sobre Protección del Medio Ambiente y Derechos Humanos. Preparado a petición del Comité Directivo de Derechos Humanos (CDDH). Estrasburgo, 27 de febrero de 2020, págs. 15 y 16.

109 Lambert, nota 96, 4.

110 Lambert, nota 96, p. 6.

111 Ibidem.

112 Ibidem.

operadores. La Convención también aplica el principio de “quien contamina paga”, como se señala en el preámbulo.¹¹³

Además, existe el Convenio de Estrasburgo de 4 de noviembre de 1998 sobre la protección del medio ambiente mediante el derecho penal. El preámbulo de la Convención de 1998 establece que “la vida y la salud de los seres humanos, el medio ambiente y la fauna y flora deben protegerse por todos los medios posibles” y se basa en el supuesto de que “aunque la prevención del deterioro del medio ambiente debe lograrse principalmente a través de otras medidas, el derecho penal tiene un papel importante que desempeñar en la protección del medio ambiente”.¹¹⁴

Finalmente, el Convenio del Paisaje de Florencia del 20 de octubre de 2000 y su protocolo del 1 de agosto de 2016. El artículo 1 (a) define el paisaje como “un área, tal como la perciben las personas, cuyo carácter es el resultado de la acción e interacción de factores naturales y/o humanos”. El paisaje es reconocido como “una parte importante de la calidad de vida de las personas en todas partes” y, por lo tanto, entendido como “una contribución a un medio ambiente de mejor calidad”, lo que implica “derechos y responsabilidades de todos”. El término “landscape” aborda el concepto de desarrollo sostenible a través de sus cuatro dimensiones: natural, cultural, social y económica.¹¹⁵

En resumen, el establecimiento de estándares en Europa desde 1970 es evidencia de una determinación real para regular el daño ambiental. Por

113 Ibidem, Este principio de “quien contamina paga” es fundamental para la Directiva 2004/35/CE, de 21 de abril de 2004, “sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales”, que obliga a los Estados a prever la responsabilidad de las empresas.

114 Ibidem, Aunque no han entrado en vigor, el Convenio de Estrasburgo y el Convenio de Lugano han influido en el desarrollo de la legislación europea y nacional. La persecución de las multinacionales que cometen violaciones ambientales es un enorme desafío, dado que algunos delitos ambientales, por su gravedad, amenazan claramente la existencia de la humanidad y la vida en la tierra y, por lo tanto, requieren una respuesta de la ley.

115 Lambert, nota 96, p. 7.

un lado, se identifica el esfuerzo para aprobar normas obligatorias (no solo recomendaciones) vinculantes para los estados y, por otro lado, el reconocimiento de la interacción entre los intereses humanos y la protección de la naturaleza. Desafortunadamente, muchos de estos instrumentos no cuentan con la ratificación de todos los Estados, y no existen mecanismos independientes para el cumplimiento o monitoreo efectivos. En este sentido, el enfoque de vincular los derechos de la naturaleza con los derechos fundamentales ha sido la mejor estrategia.

En el continente americano, el primer antecedente para la protección del medio ambiente fue la “Convención sobre la Protección de la Naturaleza y la Preservación de la Vida Silvestre en el hemisferio occidental” adoptada en Washington, DC, en 1940. Su objetivo es “preservar de la extinción de todas las especies y géneros de fauna y flora nativas y preservar áreas de extraordinaria belleza, con formaciones geológicas únicas o con estética, histórico o valores científicos”.¹¹⁶ Sin embargo, la mayor debilidad del convenio era la ausencia de instituciones que garantizaran la ejecución de los programas y acompañaran el desarrollo de las iniciativas. Durante la década de 1960, la preocupación por la contaminación ambiental causada por el desarrollo económico creció. Un conjunto de estudios científicos y libros se hizo muy popular y tuvo un profundo impacto. Primavera silenciosa (1962) de Rachel Carson sacudió la conciencia estadounidense.¹¹⁷

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CNUMAD), celebradas en 1972 y 1992, respectivamente, son dos hitos en la historia de la segunda mitad del siglo 20. Las dos conferencias contribuyeron a aumentar la conciencia ambiental y a formar nuevas visiones sobre la gestión ambiental y la gestión ambiental en los países de América Latina y el Caribe.¹¹⁸

116 Wilk, D. Gestión ambiental en América Latina y el Caribe Evolución, tendencias y principales prácticas. BID, 2002, 28.

117 Wilk, nota 104, p. 30.

118 Wilk, nota 104, p. 25.

La Conferencia de Estocolmo de 1972 se convirtió en un impulso definitivo para la gestión ambiental en los países de la región, comenzando un nuevo período que se extiende hasta la Cumbre de la Tierra en Río de Janeiro en 1992.¹¹⁹ Entre Estocolmo y Río se avanzó en la creación de nuevos parques naturales nacionales, proceso en el que ha influido la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN), con su modelo de categorización y la designación del 10% del total del territorio de los países en áreas protegidas como ideal de conservación.¹²⁰

En 1994, después de la Conferencia de Río, se aprobó en Barbados el Programa de Acción para el Desarrollo Sostenible de los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo, que fue respaldado por más de 100 gobiernos de todo el mundo. El programa parte del reconocimiento de que estos Estados tienen economías vulnerables, dependen de una base reducida de recursos naturales y comercio internacional, y son particularmente vulnerables a los desastres naturales y ambientales.¹²¹ Posteriormente, las declaraciones y planes de acción de la Cumbre de las Américas reiteraron el compromiso de todos los países del hemisferio con el desarrollo sostenible. Sin duda, el evento más grande relacionado con tal reiteración fue la Cumbre Boliviana sobre Desarrollo Sostenible en las Américas (1996).¹²²

Además, existe el Acuerdo de Escazú que fue adoptado el 4 de marzo de 2018 en Costa Rica. Este tratado fortalece el vínculo entre los derechos humanos y la defensa del medio ambiente al imponer obligaciones a los Estados Partes, en materia de protección de los defensores de los derechos humanos ambientales.¹²³ “Este tratado histórico tiene como objetivo garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en

119 Wilk, nota 104, p. 32.

120 Ibidem.

121 Wilk, nota 104, p. 37.

122 Ibidem.

123 Espinoza, nota 76, p. 85.

la toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales”.¹²⁴

Finalmente, tenemos la Opinión Consultiva 23/17 presentada por Colombia en marzo de 2016, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Opinión Consultiva interpretó la “relación del medio ambiente en el contexto de la protección y garantía de los derechos a la vida e integridad personal [...] relativa a los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.¹²⁵ Con la Opinión Consultiva se incorporaron al Corpus Juris Interamericano los estándares de protección del medio ambiente que regulan el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Antes de esta opinión consultiva, la cuestión de los derechos humanos en relación con el medio ambiente siempre estuvo vinculada a los derechos de las nacionalidades indígenas.¹²⁶ Lamentablemente, el dictamen cultural no tiene fuerza vinculante como los tratados.

Actualmente ya existen algunos avances en la inclusión de la protección del medio ambiente en diversos sistemas. El artículo 24 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, del 28 de junio de 1981, establece que “todos los pueblos tienen derecho a un medio ambiente general satisfactorio que favorezca su desarrollo” y lo convierte en un derecho de grupo”. Los artículos 18 y 19 del Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y Derechos de los Pueblos sobre los derechos de la mujer en África (Protocolo de Maputo), adoptado el 11 de julio de 2003, otorgan a las mujeres “el derecho a vivir en un medio ambiente sano y sostenible” y “el derecho a disfrutar plenamente de su derecho al desarrollo sostenible”.¹²⁷

Por otra parte, el artículo 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) del 17 de noviembre de 1988

124 Derechos ambientales. Disponible en: <https://environment-rights.org/the-escazu-agreement/> (consultado por última vez el 12 de abril de 2021).

125 Espinoza, nota 76, p. 86.

126 Espinoza, nota 76, p. 87.

127 Lambert, nota 96, p. 10.

reconoce que “toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano”.¹²⁸ El artículo 28 (f) de la Declaración de Derechos Humanos de la ASEAN (Asociación de Naciones del Sudeste Asiático), firmada el 18 de noviembre de 2012, proclama el derecho a un “medio ambiente seguro, limpio y sostenible” como parte del derecho a un nivel de vida adecuado. Por último, la Carta Árabe de Derechos Humanos, que entró en vigor el 15 de marzo de 2008, en su artículo 38 reconoce el derecho a un medio ambiente “sano”.¹²⁹

Como se puede apreciar en el análisis realizado anteriormente, tanto Europa como América cuentan con instrumentos internacionales para la protección del medio ambiente. Las limitaciones consisten en la falta de firma de los tratados, la falta de mecanismos procesales, y la posibilidad de activar las demandas por cualquier persona o grupo de personas afectadas. Este hecho podría solucionarse con la adopción de un protocolo especial adicional para proteger los derechos de la naturaleza, tanto en el sistema europeo como en el americano de derechos humanos, de modo que se disuelva el antropocentrismo inherente a los tratados. Este hecho es posible, si existe la voluntad política de los países para crear y suscribir dicho instrumento internacional.

128 *Ibidem*.

129 Lambert, nota 96, p. 11.

La Naturaleza como persona jurídica: Constelaciones de representación en el Derecho¹

Andreas Fischer-Lescano*

Resumen

Treinta años después de la demanda de las focas en Hamburgo, los derechos de la naturaleza ya no son sólo una utopía, sino una realidad social y, dada la urgencia de la cuestión ecológica, una necesidad jurídico-política. Al ampliar su estatus como actores en la política y el derecho, los ecosistemas y los animales están facultados de *lege lata* para hacer valer sus derechos como personas jurídicas no humanas ante los tribunales. El artículo traza las tendencias actuales en la personificación jurídica de las personas no humanas, luego plantea cuestiones teórico-jurídicas sobre los límites y las posibilidades de abrir el concepto de persona jurídica a las personas jurídicas no humanas, y concluye presentando el marco jurídico actual en el Derecho alemán, de la Unión Europea e internacional en relación con la posibilidad de acción jurídica de las personas no humanas.

1 Este artículo fue publicado originalmente en alemán bajo el nombre de “Natur als Rechtsperson Konstellationen der Stellvertretung im Recht, ZUR 2018, 205-217.

* Prof. Dr. Andreas Fischer-Lescano, LL.M (EUI) es profesor del departamento de “Just Transitions” de la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad de Kassel. Es codirector del Kassel Institute for Sustainability y coordinador del proyecto “La naturaleza como entidad jurídica”. Estudió Derecho y filosofía de 1994 a 1999 en la Universidad de Tübingen, la Universidad de Göttingen, la Pontificia Universidad de Comillas en Madrid y la Universidad de Frankfurt am Main. Fué profesor titular en la Universidad de Bremen y director ejecutivo del Centro de Política Jurídica Europea de la Universidad de Bremen (ZERP).

Palabras clave: Ecosistemas, animales, sujeto de derecho, naturaleza, comunidades étnicas.

Introducción

En una de sus últimas entrevistas antes de su muerte, Jacques Derrida describió los intentos de transferir los derechos humanos a los animales y a los ecosistemas en las proclamaciones de derechos animales y naturales como “ingenuidades simpáticas pero insostenibles”.² La crítica de Derrida se dirigía a las argumentaciones filosófico - morales que estaban tan ligadas al anticuado paradigma de la razón subjetiva que no podían comprender adecuadamente los derechos de la naturaleza o incluso de los animales.³ En lugar de las extensiones moralmente filosóficas propuestas para el sistema de derechos humanos subjetivos, habría que reconsiderar y transformar las concepciones del propio sujeto jurídico, así como la idea de conciencia racional ligada a la capacidad de articulación, que está conectada al concepto de sujeto. Esta transformación tendría que cambiar el significado y la forma de asignación de los derechos, de los derechos fundamentales y también de los derechos humanos, de tal manera que la naturaleza y los animales, es decir, las personas no humanas, ya no estarían sin derechos, ya no serían los “sin derecho” (“recht‘-los“).⁴

Sería una ingenuidad insostenible de nuestra parte si dejáramos esta tarea jurídica de dotar de derechos a los animales, de los ecosistemas e incluso de la propia naturaleza únicamente a la transformación político -estatal del derecho. Es demasiado evidente que la destrucción del ecosistema, la extinción mundial de especies y el calentamiento global avanzan rápidamente. Los intentos políticos de contrarrestar estas tendencias han tenido poco efecto, en parte porque hay una falta de voluntad política que prioriza

2 Derrida/Roudinesco, *Woraus wird Morgen gemacht sein?*, 2006, S. 113.

3 *Paradigmatisch Cavalieri/Singer* (eds.), *Menschenrechte für die großen Menschenaffen*, 1994.

4 Derrida/Roudinesco nota 2, S. 127 f.

los intereses económicos nacionales y los actores clave, como las empresas transnacionales, no participan suficientemente en la regulación ambiental.⁵

El siguiente artículo se basa, por tanto, en el supuesto de que, siendo realistas, los animales y la naturaleza están inadecuadamente protegidos en la medida que se deje su protección a la buena voluntad de los Estados y de los agentes económicos y si no se subsanan las lagunas existentes en la protección jurídica.⁶ A pesar de las tímidas aperturas en el sistema de protección jurídica subjetiva a través de las acciones colectivas, en la actualidad existen flagrantes lagunas en su aplicación, especialmente en el ámbito de la protección de la naturaleza y de los animales, ya que las acciones colectivas se limitan a la aplicación del simple derecho y los derechos fundamentales y los derechos humanos no pueden hacerse valer para los animales y la naturaleza a través de este mecanismo.⁷

Una forma de cerrar esta brecha es conceder derechos autónomos a la naturaleza y a los animales, y por tanto el reconocimiento legal de personas jurídicas no humanas. ¿Puede retomarse en este punto el impulso del pleito legal pionero sobre las “focas del Mar del Norte”⁸, que es la cuestión inicial que subyace a lo que sigue? ¿Acaso 30 años de ecologización de los derechos humanos y de la Constitución sugieren hoy una respuesta alternativa a las decisiones del Tribunal Administrativo de Hamburgo?

En otras palabras, ¿la violación de los derechos de las personas jurídicas no humanas de lege lata les permite demandar ante los tribunales administrativos alemanes y los tribunales transnacionales de derechos fundamenta-

5 Véase, por ejemplo, el balance crítico del Tribunal Internacional Monsanto, Advisory Opinion, Den Haag, 18.4.2017, disponible en: <http://www.monsanto-tribunal.org>. accedido por última vez el 2.2.2018.

6 Véanse también los supuestos iniciales en Schröter/Bosselmann, ZUR 2018, p. 195; Stutzin, Rechtslehre 11 (1980), 344.

7 Para una comparación de las acciones colectivas de protección de los animales y del derecho ambiental o de conservación de la naturaleza, véase Kremer, en Kloepfer/Kluge (eds.), Die tierschutzrechtliche Verbandsklage, 2017, p. 117.

8 VG Hamburg, NVwZ 1988, 1058.

les y humanos? Para responder a estas preguntas, se rastrearán las tendencias actuales en la personificación jurídica de las personas no humanas (B.), para luego analizar si el concepto de persona jurídica puede abrirse de manera significativa a las personas jurídicas no humanas, y en caso de una respuesta afirmativa, ¿cómo lograrlo? (C.) A continuación, se examinará lo que se desprende de esta conclusión para la cuestión del acceso de las personas jurídicas no humanas a la jurisdicción administrativa, fundamental y de derechos humanos en el Derecho alemán, de la Unión Europea y del derecho internacional (D.).

1. Tendencias de personificación de personas no humanas

La comprensión de la persona jurídica, concebida habitualmente a partir del concepto de libertad humana, está experimentando un cambio. Además de la aparición de nuevas formas de personificación en el curso de las estructuras de comunicación digital o de las formas de inteligencia artificial⁹, este cambio también afecta a la personificación jurídica de los ecosistemas y los animales. Mientras que en 1972 la pregunta de Christopher D. Stone “¿Should Trees have Standing?” era todavía una cuestión de *lege ferenda*, el *ius standi naturalis* en particular se corresponde ahora con la realidad en bastantes sistemas jurídicos del mundo. En 2008, Ecuador fue uno de los primeros países en introducir derechos básicos para la naturaleza (“o Pacha Mama”) en los artículos 10 y 71-74 de la Constitución y en declarar a la naturaleza como persona jurídica. El apartado 2 del artículo 10 de la Constitución dice a este respecto: La naturaleza será sujeto de aquellos derechos

9 En lugar de todo Stone, Cal. L. Rev. 45 (1972), 450; Teubner, ZfRSoz 27 (2006), 5; Kersten, RWiss 2014, 378; Kühn/Gruber, en: dies. (eds.): Dreiecksverhältnisse. Aushandeln von Stellvertretung, 2016, p. 9; cf. ya Bosselmann, KJ 19 (1986), 1; Leimbacher, Die Rechte der Natur, 1989; Kloepfer, en: Krämer (ed.), FS Gerd Winter, 2003, p. 51; Regen, The Case for Animal Rights, 1988; véanse también las contribuciones en la revista editada por Anne Peters, “Tierschutzrecht”, RWiss 2016, 325-564; crítica de la ampliación del concepto de Baranzke, en: Hartung/Kirchhoff (eds.), Welche Natur brauchen wir?, 2014, p. 439.

que le reconozca la Constitución.”¹⁰. También en Bolivia se establecieron los derechos de la naturaleza en 2009. Ya no se trata de casos aislados de personalidad jurídica no humana. Los tribunales de Estados Unidos y Colombia han concedido a los animales personalidad jurídica y derechos de procesales.¹¹ Y en Argentina, un tribunal de Mendoza dictaminó en 2016 a favor del chimpancé Cecilia que era una “persona jurídica no humana”.¹²

Además de los animales, la jurisprudencia ha dotado a los ríos de derechos personales. En Nueva Zelanda, por ejemplo, el Tribunal de Whanganui concedió personalidad jurídica al río Whanganui.¹³ En la India, en 2017, el Tribunal Superior de Uttarakhand declaró que los ríos Ganges y Yamuna son personas de derecho y estableció una estructura de representación fiduciaria.¹⁴ En noviembre de 2016, la Corte Constitucional de Colombia en Bogotá elevó el Río Atrato a persona jurídica y lo dotó de amplios derechos: “Se reconoce al río Atrato, su cuenca y afluentes como una entidad sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas”¹⁵. La Corte, para institucionalizar la protección, ha establecido una estructura representativa y sostiene “que el Estado colombiano debe ejercer 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

10 A menos que se indique lo contrario, la versión alemana de las citas en español es mi traducción.

11 Véase el relato en Peters, *AJIL Unbound* 111 (2017), 252 (253); sobre la persona animal, véase también Fischer, en: Witt-Stahl (ed.), *Das steinerne Herz der Unendlichkeit erweichen. Beiträge zu einer kritischen Theorie für die Befreiung der Tieres*, 2007, p. 142.

12 Tercer Juzgado de Garantías, Mendoza, 3.11.2016, Az. P-72.254/15.

13 Véase exf. Sanders, *Revista de Derecho Ambiental* 2017, doi: 10.1093/jel/eqx029; mientras tanto en Nueva Zelanda, el Monte Taranaki también ha obtenido personalidad jurídica, véase Roy, *The Guardian* v. 22.12.2017.

14 High Court of Uttarakhand at Nainital, 126/2014, Order v. 20.3.2017, Rn 19 f.; hierzu O'Donnell, *Journal of Environmental Law* 2017, doi: 10.1093/jel/eqx026.

15 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia 10.11.2016, T-622/2016, No. 10.2.

—en adelante— estarán representados por un miembro de las comunidades accionantes y un delegado del Estado colombiano.”¹⁶

Además, la corte colombiana obliga a crear una comisión con la participación de la ciencia y la sociedad civil: “ Adicionalmente y con el propósito de asegurar la protección, recuperación y debida conservación del río, los representantes legales del mismo deberán diseñar y conformar, dentro de los tres (3) meses siguientes a la notificación de esta providencia una comisión de guardianes del río Atrato, integrada por los dos guardianes designados y un equipo asesor al que deberá invitarse al Instituto Humboldt y WWF Colombia [...]. Dicho equipo asesor recibirá acompañamiento de todas las entidades públicas y privadas, universidades (regionales y nacionales), centros de investigación en recursos naturales y organizaciones ambientales (nacionales e internacionales), comunitarias y de la sociedad civil que deseen vincularse al proyecto de protección del río Atrato y su cuenca.”¹⁷

Así pues, la personalidad jurídica no humana forma parte cada vez más de los sistemas jurídicos de todo el mundo. Curiosamente, la personificación de la naturaleza está liderada por aquellos sistemas jurídicos y sociales que, en contraste con los contextos europeos, se caracterizan por una comprensión de los animales y la naturaleza que hace hincapié en la interrelación mutua de los seres humanos, los animales y la naturaleza y en la necesidad asociada independiente (y no meramente mediatizada por el ser humano) de protección de la naturaleza y los animales.¹⁸

2. Persona jurídica como máscara de caracteres (Charaktermaske)

¿Tiene sentido que los sistemas jurídicos internacionales, europeos y alemanes se sumen a este desarrollo de la personalidad jurídica no humana para

16 Ibid., No. 9.32

17 Ibid., No. 10.2.

18 Markus/Vivekananda/Lawrence, in: *Journal for the Study of Religion, Nature, and Culture* 2018, i.E.; Fuchs, *Soziale Systeme* 2 (1996), 131.

acercar el derecho a la naturaleza y a los animales? ¿Acaso se puede cambiar la comprensión del derecho hacia un aprendizaje basado en la reciprocidad, o como formula Gayatri Spivak, la exigencia de una interacción respetuosa en la sociedad mundial poscolonial¹⁹?

En el esquema habitualmente dicotómico de las personas físicas y jurídicas en el derecho alemán, de la Unión Europea e internacional, la naturaleza, los ecosistemas y los animales no han tenido hasta ahora un lugar. Aunque una comprensión ingenua del enunciado hace aparecer a la naturaleza como la persona jurídica más natural imaginable y la separación entre sujeto humano y objetos no humanos no es en absoluto una constante indiscutible en la historia intelectual, hay que afirmar por otro lado que el concepto de persona natural no es una cuestión de derecho.

La persona está regularmente ligada al sujeto humano en la tradición intelectual-histórica.²⁰ En las codificaciones de los derechos fundamentales y humanos, los animales y la naturaleza no suelen mencionarse por separado como portadores de derechos fundamentales y, desde luego, no se les dota de derechos procesales explícitos. El hecho de que los animales y la naturaleza puedan ser concebidos como personas jurídicas a la luz de esta conclusión depende de lo que se entienda por “persona de derecho”. Entonces, cabe preguntarse ¿cómo se convierte uno en persona jurídica?

2.1. Persona como representante

Mientras que Savigny seguía caracterizando el mundo de las personas jurídicas de acuerdo con el espíritu kantiano de la época en el sentido de que “el concepto original de persona o de sujeto jurídico coincide con el concepto de ser humano”²¹, el concepto de persona jurídica se ha desprendido hoy en día de su vínculo constitutivo con el ser humano entendido como sujeto racional. En la jurisprudencia, la persona ya no representa exclusivamente a las

19 Spivak, *The South Atlantic Quarterly* 103 (2/3) 2004, 523.

20 Como ejemplo, Mauss, en: Carrithers *The category of the person*, 1985, S. 1.

21 von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 2, 1840, S. 2.

personas humanas como individuos (“personas físicas”) o como sustrato social de organizaciones (“personas jurídicas”). La doctrina de la equivalencia (“Todos los seres humanos son personas jurídicas”) ya no es una doctrina de exclusividad, sino que ha dado paso a un principio de complementariedad: Ser humano o tener un sustrato humano es una condición suficiente pero no necesaria para tener personalidad jurídica.²²

Esta apertura del concepto jurídico de persona es posible porque la persona de derecho, ya sea “natural” o “jurídica”, no es una persona uniforme, de existencia real y ontológicamente verificable, sino la reformulación jurídica de un proceso extrajurídico. La persona jurídica, en otras palabras, es una “máscara de carácter” legalmente conferida y jurídicamente superpuesta.²³ Lo que se oculta tras la máscara sigue siendo una caja negra para la ley. Ser una persona de derecho agrupa a un conjunto que es diferente del resto (de los sin derechos).²⁴ En el proceso, los que no pertenecen a las personas con derechos permanecen indeterminados.²⁵

Por lo tanto, la persona jurídica nunca abarca la totalidad del ser. La persona jurídica nunca puede incorporar al derecho al ser humano como tal, ni a la naturaleza como tal, ni al animal como tal, sino que la persona jurídica sólo puede crear puntos de atribución a los que quepan dentro del concepto “persona jurídica”. Esto se aplica incluso a la persona jurídica humana, que

22 En este sentido también Jens Kersten, quien afirma que en el derecho no sólo “nos encontramos con personas jurídicas [que] ya conocemos de los negocios (AG, GmbH, Verein) que ya conocemos de la economía (AG, GmbH, Verein), la política (municipios, estado) y la administración (instituciones, empresas, fundaciones). Más bien, nos encontramos también con personas animales, vegetales y máquinas” (Kersten, *ZfRSoz* 37 (2017), 8 (13 y 22)).

23 Sobre el concepto de máscara de caracteres, exf. Weihe, *Die Paradoxie der Maske*, 2004, p. 310; sobre la persona como “construcción”, véase en principio Damm, *AcP* 202 (2002), 841 (868); sobre la etimología del concepto de persona, que en la formulación latina deriva de la máscara por la que suena (“per sonare”), y en la interpretación predominante a partir de la palabra etrusca phersu (“máscara”), véase Brasser, en: Gloy (ed.) *Kollektiv- und Individualbewusstsein* 2008, p. 54.

24 Luhmann, *Soziale Systeme*, 1984, S. 430.

25 Luhmann, en: el mismo, *Soziologische Aufklärung*, Bd. 6, 1994, S. 137 (142).

a este respecto actúa como representante de una unidad cuerpo-alma internamente heterogénea “ser humano”²⁶ y hace que este representante pueda hablar y dirigirse al sujeto jurídico uniforme.²⁷ Al mismo tiempo, ni siquiera la persona jurídica puede disponer de los mismos derechos que una persona humana porque hay cosas que le están jurídicamente indisponibles. El derecho protege al cuerpo de la arbitrariedad y las necesidades del *homo iuridicus*. Es esta no identidad de persona jurídica y ser humano la que se aplica de forma abstracta a las personas jurídicas (y esto es: naturales y jurídicas) como tales y según la cual la configuración de la persona jurídica no consiste en la reproducción fiel de los seres extrajurídicos en el derecho, sino en una distinción: “persona” no marca un objeto, sino que representa una forma de distinción con la que un sistema observa el mundo. Niklas Luhmann lo aclara describiendo la “persona” como una forma de establecer distinciones en el mundo. Esta forma sirve “exclusivamente a la autoorganización del sistema social”.²⁸ En consecuencia, esto significa que, en la sociedad mundial diferenciada, cada sistema determina según sus propias reglas ¿qué formas de persona son funcionales? La personalidad política (ciudadanos), la personalidad económica y la personalidad jurídica siguen las respectivas reglas del sistema. El derecho genera sus propias formas de personificación, que difieren de las personificaciones del sistema político, del sistema económico, etc.

La ambiciosa formación de la teoría del derecho no se ha dejado cegar por el cuento de hadas liberalista de que el derecho debe tratar única y exclusivamente sobre la libertad del individuo racional como sujeto,²⁹ y ha

26 Siebenkäs, de Jean Paul, desarrolla su chiste precisamente a partir de esta no identidad haciendo que Leibgeber (¡sic!) y Siebenkäs cambien de papel. (véase Jean Paul, Siebenkäs, en Werke Bd. 3, 1975, p. 7).

27 Ver también Merleau-Ponty, *Phänomenologie der Wahrnehmung*, 6. Ed. 1966 (Nachdruck 1974), S. 207 y 442.

28 Luhmann (n. 25), S. 145.

29 Kelsen, *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 66 (1931), 449 (489 f.) parafrasea el credo hipócrita del liberalismo de la siguiente manera: “Un ordenamiento que no reconozca al hombre como personalidad libre en este sentido, es decir, sino un ordenamiento que no garantice el derecho subjetivo, tal ordenamiento no debe considerarse en absoluto un ordenamiento jurídico.” Lo que para Kelsen es una caricatura, para Klaus Gärdtitz es un

nombrado lo artificial en el proceso de personificación con toda nitidez. Así, Hans Kelsen caracterizó a la persona física o jurídica como un “complejo de obligaciones jurídicas y derechos subjetivos cuya unidad se expresa figurativamente en el concepto de persona” y describió a la persona como “la personificación de esta unidad”.³⁰ En este contexto, el sujeto jurídico sólo se creó en última instancia bajo la presión de un “lenguaje jurídico antropomórfico-personalizante”.³¹ Representa una “construcción auxiliar” que –según Kelsen– “afirma una realidad natural que nunca y en ninguna parte existe en la realidad”.³² Gustav Radbruch también lo sostiene, poniendo en pie de igualdad las tres formas puras de persona jurídica: individualista (Savigny), supraindividualista (Gierke) y transpersonal (Brinz y Hauriou): “Ser persona es el resultado de un acto de personificación por parte del ordenamiento jurídico. Todas las personas, tanto físicas como jurídicas, son criaturas del ordenamiento jurídico. Las personas físicas también son “personas jurídicas” en sentido estricto. Por lo tanto, no se puede discutir el carácter “ficticio”, es decir, artificial, de todas las personas, físicas y jurídicas”.³³

La teoría y la dogmática de la personalidad jurídica no humana no deben quedarse atrás en esta constatación de que el establecimiento de la personalidad jurídica es un acto intrajurídico. No se debe caer en justificaciones ontologizantes, ser consciente de la no identidad de la persona jurídica y argumentar una forma de autorización que genere nuevos derechos y atribuciones a las personas. Esto permite dar voz a personas hasta ahora excluidas

programa (véase, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter dem Einfluss des Unionsrechts, en: Verhandlungen des 71. Dt. Juristentages, Vol. I, Gutachten D, Munich 2016, D 19, Thesen 1 und 2, p. D 102; la salida de esta comprensión liberalista es entonces el rechazo de la capacidad jurídica de las entidades naturales – Gärditz, en: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 83ª ed. 2017, Art. 20 a GG n.23).

30 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Nachdr. der 2. Aufl. 1960, 2000, S. 177.

31 Kelsen, *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 66 (1931), 449 (493).

32 Kelsen, *Annalen der Philosophie* 1 (1919), 630 (637).

33 Radbruch, *Rechtsphilosophie* (1932), Studienausgabe hrsg. v. Dreier u. a., 1999, S. 124 f.; ver también George La formulación de Jellinek: “Un ser se eleva a una personalidad jurídica [...] El Estado crea la personalidad jurídica”. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2ª ed. 1905, Nachdr. 2011, S. 82).

en la ley e incluirlas en los procesos de toma de decisiones legales y políticas. Este es precisamente el punto de referencia común para teorías tan diversas como la teoría del actor-red de Bruno Latour, que en el “Parlamento de las cosas” reclamó precisamente esa dimensión política del derecho de las personas no humanas y su inclusión en los procesos de decisión política³⁴, y la deconstrucción de Jacques Derrida, que aboga por el empoderamiento jurídico de la naturaleza y los animales y, en este contexto, considera necesario transformar el anticuado concepto de “sujeto jurídico”.³⁵

2.2. La charlatanería de la representación

Para la articulación, disposición y ejecución de estos derechos de la persona jurídica post-subjetivista, es crucial desarrollar modelos procesales de representación, dada la no identidad de la persona jurídica (representante) y la entidad extrajurídica (representada). Éstas deben abstraer las normas de representación desarrolladas en relación con las personas jurídicas humanas y reespecificarlas para las personas no humanas de manera que se tengan en cuenta las particularidades de estas personas jurídicas.³⁶ Para una apertura dogmática con respecto a las personas no humanas es adecuado, por un lado, el poder legal de representación de los fideicomisarios reconocidos, y por otro lado, la concesión de una legitimación activa. Esto permitiría al demandante representante de intereses, como parte en virtud del cargo, hacer valer en su propio nombre el derecho extranjero de la persona no humana afectada”.³⁷

En este sentido, la necesidad de una estructura de representación no es una característica especial de la persona no humana. Sin embargo, la cues-

34 Latour, *Das Parlament der Dinge*, 2001.

35 Derrida/Roudinesco (n. 2), S. 127.

36 Sobre este punto crucial para la personificación, véase Sprenger, *Anthropological Theory* 17 (2017), 108 (123): “si la comunicación es sobre estos seres o con ellos” (énfasis en el original).

37 Gruber, *Rechtsschutz für nichtmenschliches Leben. Der moralische Status des Lebendigen und seine Implementierung in Tierschutz-, Naturschutz- und Umweltrecht*, 2006, p. 187.

ción de la representación se plantea de forma más aguda y clara con las personas no humanas y su limitada capacidad de articulación que con las personas humanas. Ambas constelaciones de representación tienen en común que la persona jurídica es en cada caso el representante jurídico de entidades extrajurídicas. Esto no es diferente para las personas humanas del derecho que para los actores no humanos. Sin embargo, en el caso de la primera, la suposición de una identidad de sujeto racional (ser humano) y persona jurídica ha ocultado hasta ahora de forma más o menos convincente el hecho de que, como señala acertadamente Derrida, se trata siempre de vincular los actos de la palabra. Así, el vínculo jurídico nunca es “entre el que da y el que recibe”, sino “entre dos textos”. Pues el derecho “obliga o vincula no a los sujetos vivos, sino a los nombres en el límite del lenguaje; en rigor, esta deuda se refiere al movimiento que establece una relación de acercamiento y de obligación contractual, entre dicho sujeto vivo y su nombre, que se mantiene en el límite del lenguaje”.³⁸

2.2.1. Constelaciones de la representación

Por lo tanto, las constelaciones jurídicas de representación no se agotan en el caso tratado por la dogmática jurídica como representación, en el que una persona jurídica encarga a otra persona jurídica una expresión de voluntad y le otorga su propio ámbito de decisión. En este sentido, la representación no es la excepción, sino la constelación básica del derecho: la “realidad jurídica es la representación”.³⁹ La persona jurídica como representante legal y el punto de referencia extrajurídico como representado (seres humanos, ecosistemas, animales, etc.) no son idénticos.

Esta no-identidad da lugar a los consiguientes problemas del poder de representación, que también adquieren relevancia cuando se incluyen personas

38 Derrida, en: Hirsch (Hrsg.), *Übersetzung und Dekonstruktion*, 1997, p. 110 (135 y 141).

39 Menke, en: Fischer-Lescano/Franzki/Horst (eds.), *Gegenrechte. Recht jenseits des Subjekts*, 2018, p. 13 (16).

no humanas y que no pueden contenerse suficientemente modelando las reglas de representación sobre la figura del libre albedrío del sujeto. Esta concepción de la representación, basada exclusivamente en las relaciones de voluntad, es ya muy artificial en las transacciones de derecho civil. El hecho de que la voluntad jurídica de los sujetos jurídicos libres pueda articularse en expresiones de la voluntad de otros sujetos jurídicos libres no es un “milagro jurídico”, como Ernst Rabel mistificó el proceso.⁴⁰ Por el contrario, es una charlatanería jurídica desarrollar los límites y posibilidades del instituto de la representación exclusivamente desde la premisa del libre albedrío del sujeto unitario. En esta forma de representación, el derecho pretende que el sujeto unitario tome sus decisiones de forma racional y por propia voluntad, algo que “nunca y en ninguna parte existe en la realidad”,⁴¹ y le atribuye consecuencias jurídicas.

Sin embargo, una sociedad policéntrica, que consta de más de una comunidad de sujetos jurídicos racionales, debe evitar tal charlatanería, reflexionar sobre la artificialidad de la representación legal y desarrollar una teoría de la representación adecuada a la complejidad. Después de la disyunción de Paul Laband entre el poder interno (comisión, etc.) y la capacidad externa (poder) en las condiciones de validez de la representación⁴², es necesaria una nueva abstracción. No es sólo el libre albedrío de los sujetos de derecho el que proporciona la vara de medir los límites de si la representación puede tener lugar y cómo, sino que la cuestión decisiva es: ¿Cómo se puede garantizar en la relación entre representante, representado y sociedad que (1) el ejercicio de la representación haga justicia a los derechos de las entidades representadas en la sociedad diferenciada - humanos, entornos, máquinas,

40 Rabel, *Die Stellvertretung in den hellenistischen Rechten und in Rom*, Ges. Aufs. IV, 1971, p. 491; von Savigny, en cambio, se basó en una profanación de la representación (von Savigny., *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, vol. II, 1853, § 57): Cuando el representante representa la voluntad del mandante, no es más que un mensajero, el portador de la voluntad de otro; cuando se desvía de esto, ya no es un representante (véase Hölzl, *Friedrich Carl von Savignys Lehre von der Stellvertretung*, 2002, p. 280). El representante de Savigny no era “jurídicamente nada”, según la opinión resumida

41 Kelsen (n. 31), p. 637.

42 Laband, in: *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht* 10 (1866), 183.

animales, instituciones? (2) que los representantes actúen en un contexto de seguridad jurídica y de clara atribución de responsabilidad y puedan defenderse de reclamaciones injustificadas de recursos y sanciones y que (3) los intereses de terceros de la sociedad se tengan en cuenta en las redes de representación y que los terceros no sufran la difusión de la responsabilidad resultante de la participación de los representantes?

2.2.2. Violencia de representación

Esta multilateralidad de la relación de representación alberga peligros potenciales. La inclusión de personas no humanas en las estructuras de representación no difiere categóricamente del derecho antropomórfico- personalizado. También aquí el derecho, en la medida en que se reduce al intento de contener el poder de representación con el recurso a la supuesta libre voluntad de los sujetos de derecho⁴³ constituye un riesgo. El éxito de la representación no puede medirse únicamente por el hecho de que el bastón de mando de la voluntad libre (posiblemente presunta) haya sido auténticamente articulado por el representante en las cadenas de eslabones de la representación.⁴⁴ La ley funciona aquí con insinuaciones y atribuciones que no tienen contrapartida real fuera de la ley.⁴⁵

43 Las críticas a la procuración (resumen en Weiß, en: Janowski et al. (eds.), *Stellvertretung*, 2006, p. 313) se quedan en lo superficial si se agotan en aconsejar la contención de las situaciones de procuración para garantizar la protección de la autonomía personal de la voluntad.

44 Laband, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht* 10 (1866), p. 226: “Hemos destacado como rasgo característico del representante, en contraste con el mensajero, entre otras cosas, que el representante mismo quiere, la voluntad surge en su persona y es declarada por él; en la producción del contrato el representante es independientemente activo. Sólo su voluntad produce efectos jurídicos como si fuera la voluntad del representado”. El mensajero, concluye Sybille Krämer, no forma parte, pues, de la esfera de la producción, sino de la esfera de la circulación (Krämer *Medium, Bote, Übertragung*, 2008, p. 348).

45 Por ello, Knieper, *Gesetz und Geschichte*, 1996, p. 68, opina que tales proxies son “construcciones sin fundamento”; véase también Günther, en: *Rechtshistorisches Journal* 16 (1997), 123 (127).

El recurso al libre albedrío –en el caso de las personas no humanas, éste no podría ser en todo caso más que una voluntad presunta o extremadamente objetivada, un interés hipotético, atribuciones en última instancia construidas socialmente– no puede contener adecuadamente las situaciones peligrosas en relación con la personalidad jurídica humana. El poder de la representación está muy presente. Esto se aplica por igual a las constelaciones de derecho civil, penal y público: Así, en los conceptos de representación del derecho civil, un poder de alienación, normalización y expropiación se articula regularmente en las transgresiones de la autoridad por interés (financiero) propio, en las incapacidades y el paternalismo, que en el mejor de los casos se invisibilizan pero no se eliminan con términos eufemísticos como –en el caso de la representación legal– “cuidado”.⁴⁶ Los desafíos en el derecho biomédico, pero también con respecto al consentimiento en el derecho privado, también lo dejan claro: la fijación legal en el consentimiento (presunto) prácticamente socava la autonomía y no proporciona una protección eficaz contra los peligros estructurales de Internet y la era biomédica. Es necesario establecer procedimientos que hagan justicia a la complejidad de la situación.⁴⁷ En derecho penal, el instituto de la autoría indirecta a pesar de la existencia de un intermediario culpable (“autor detrás del autor”) y el criterio dogmático del “dominio del autor”⁴⁸ no pueden contener de forma fiable el poder de exculpación mediante la difusión de la responsabilidad, que puede tener un efecto destructivo especialmente para terceros.⁴⁹ Y un

46 Damm, ZfRSoz 37 (2017), 337.

47 En lugar de todo Karavas, ZfRSoz 37 (2017), 112; Hoffmann-Riem, AöR 142 (2017), 1 (20 ff.).

48 Mientras tanto, la Corte Penal Internacional también recurre a esta figura desarrollada por Claus Roxin (ders., *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1963), en la que se combinan los elementos objetivos del delito y el animus auctoris en la parte de la voluntad subjetiva (CPI, Lubanga, ICC-01/04-01/06-803. párr. 342) y a través de la cual, al menos potencialmente, puede establecerse la autoría en virtud del dominio organizativo.

49 Heiner Müller nombra drásticamente las consecuencias de la falta de atribución de responsabilidades en tales situaciones: “El europeo cristiano tiene [para la culpa] un sustituto [...] un chivo expiatorio: ‘No fuimos nosotros, fueron Honecker, Stoph y Axen o Himmler, Hitler, Goebbels [...]’. Y la perdición es que este principio proxy ha encontrado su camino en

poder de representación se revela también en el derecho público, especialmente en la no identidad de los destinatarios y autores de la ley.⁵⁰

2.2.3. Representación de los no representados

El libre albedrío, a través del cual la ley pretende enfrentar estos peligros, es sólo un punto de partida insuficiente. Pues con la suposición del libre albedrío, la ley de la representación presupone un sujeto unificado que interactúa con otros sujetos voluntaria y racionalmente. Sin embargo, este sujeto unificado no existe. Esto es ya evidente en los umbrales de la vida humana –los derechos del nasciturus, los derechos de los discapacitados, los derechos de los dementes, etc.–, donde el factor de conexión de la capacidad de autoconciencia desarrollada por la filosofía de la conciencia –la “naturaleza de la razón” de Boecio⁵¹– y para hacer declaraciones de voluntad jurídicamente vinculantes es regularmente una ficción evidente.⁵²

Pero incluso más allá de estos casos, la relación entre la persona jurídica y el sujeto de la voluntad individual es más compleja de lo que la teoría convencional quiere admitir. Pues el sujeto jurídico individual o colectivo es ya sólo una máscara de carácter jurídico. El tema legal en sí es un marcador de posición.⁵³ La generación de situaciones de representación para las personalidades jurídicas como los seres humanos (cuerpo-alma), los entornos, las instituciones, las máquinas, los animales, etc., no es, en este sentido, una sobreextensión del concepto de representación, sino una continuación con-

la estructura de la política europea” (Müller, “Für alle reicht es nicht”, 2017, p. 241 (249)).

50 Derrida, *Nietzsche. Politik des Eigennamens*, 2000, p. 9.

51 Boethius, *The Theological Tractates*, 1973; Sobre esta tradición de pensamiento, que configuró el concepto teológico de persona a través de Tomás de Aquino, véase Campagna, en: Hilgendorf/Joerden (eds.), *Handbuch Philosophie*, 2017, p. 373.

52 Para Nietzsche, por lo tanto, el “libre albedrío” es famosamente construido socialmente, una invención libre de las “clases dominantes” - cf. Nietzsche, *Menschliches, Allzumenschliches II. Der Wanderer und sein Schatten*, en: *KSA 2*, 1999, p. 545 (§ 9), énfasis en el original.

53 Cf. Ladeur, *Rechtssubjekt und Rechtsstruktur*, 1978, S. 163.

secuente.⁵⁴ Pretende reducir la distancia entre el derecho y el no derecho y garantizar un tratamiento más adecuado de los derechos sociales, humanos y de la persona y los conflictos ecológicos, entendidos como conflictos trans-subjetivos (ecológicos, humanos, institucionales), en la *quaestio iuris*.⁵⁵ Esto permite establecer diferencias dentro de la persona: La persona jurídica como máscara de carácter jurídico no se refiere a toda la entidad no jurídica. La persona jurídica es una relación de frontera entre el interior y el exterior del derecho dentro del derecho.⁵⁶ La demarcación articulada en el concepto de persona en el derecho no se aplica a un conjunto social: persona jurídica, persona religiosa, persona científica son diferentes. Ni la persona jurídica puede ser concebida unilateralmente a partir del *homo oeconomicus*⁵⁷, ni una teoría política de la representación es esta. Puede ser que, como Carl Schmitt, consideró, que es imposible la representación de la cosa⁵⁸, o puede ser que, como Thomas Hobbes, se quiera dejar la cuestión de la cosa-persona a disposición del Estado⁵⁹, para determinar la personificación jurídica.

54 En este sentido: Gruber, *Bioinformationsrecht*, 2014, p. 312.

55 Teubner, *ZfRSoz* 27 (2006), 5.

56 Frei, *Vom Subjekt zu Selbstreferenz*, 1989, p. 108.

57 Como hace Paschukanis cuando escribe: “El sujeto jurídico es, pues, un propietario de mercancías abstracto trasladado al cielo de las nubes”. (Paschukanis, *Allgemeine Rechtsehre und Marxismus* (1929), 2003, p. 121); véase también, en un sentido reduccionista, Preuß, *Die Internalisierung des Subjekts: Zur Kritik der Funktionsweise des subjektiven Rechts*, 1979, p. 18 u. 201.

58 “La idea de representación, por otra parte, está tan dominada por la idea de autoridad personal que tanto el representante como el representado deben hacer valer una dignidad personal. No es un concepto de cosa” (Schmitt, *Römischer Katholizismus und politische Form*, 2ª ed. 1984, p. 35).

59 Véase Thomas Hobbes en el capítulo 16 del *Leviatán* “De las personas, los autores y la representación de las cosas” donde escribe: “Hay pocas cosas que no puedan ser representadas por la ficción. Las cosas inanimadas [...] pueden ser representadas por un párroco, una junta o un supervisor. Pero las cosas inanimadas no pueden ser autoras y, por tanto, no pueden conferir autoridad a sus representantes. Pero los representantes pueden tener la autoridad para proveer al mantenimiento de estas cosas conferida por sus administradores o propietarios, y por lo tanto estas cosas no pueden ser representadas hasta que haya un estado con gobierno civil” (ders., *Leviatán*, 1966, p. 124 s.; sobre esto Brito Veira, *Los elementos de la representación en Hobbes*, 2009, p. 145 s.).

Esto permite diferenciar el sistema de derechos y obligaciones y permite estructurar de forma diferente las propias personas jurídicas (los ríos no necesitan libre albedrío, las empresas como sujetos de derecho internacional no tienen que ser como los Estados, etc.) y combinar en ellas los respectivos conjuntos de derechos y obligaciones.

No se trata, como a veces se supone, de una diferencia entre las personas jurídicas con capacidad jurídica plena y las que tienen capacidad jurídica parcial, sino del desarrollo de conjuntos de derechos y deberes específicos de cada persona. Ninguna persona jurídica en el mundo tiene capacidad jurídica parcial porque no puede reunir en su persona todas las obligaciones y derechos legales. Esa persona jurídica de pleno derecho no existe. Ser una persona jurídica significa tener derechos y paquetes de derechos específicos. Esto varía según el sistema jurídico: las empresas tienen diferentes obligaciones dependiendo de si se trata de la legislación nacional o del derecho internacional. Sin embargo, no es el estatus de la persona lo que cambia, sino el contenido de los respectivos derechos y obligaciones. En consecuencia, ser una persona jurídica significa siempre ser una “persona de pleno derecho”, aunque los respectivos derechos y obligaciones de las distintas personas sean diferentes.⁶⁰

60 La capacidad jurídica asociada a la persona jurídica se refiere siempre, como ha señalado acertadamente Eugen Ehrlich, a ámbitos específicos de la familia, la economía, la política, etc (Ehrlich, *Rechtsfähigkeit* (1909), reimpresión 1973, pp. 41-91). Surgen conjuntos de derechos y deberes separados para cada ámbito. Sin embargo, hablar de personas jurídicas con capacidad jurídica parcial carece de sentido en este sentido, ya que las relaciones de inclusión siempre conducen a que las personas sólo tengan derechos y obligaciones en parte, los paquetes de derechos siempre están “limitados a ámbitos parciales de la vida jurídica” (véase BGHZ 163, 154 para la supuesta comunidad de propietarios con capacidad jurídica sólo parcial) y una “capacidad jurídica integral, general e igualitaria [...] no se ha realizado en ninguna parte” (Ehrlich, loc. cit., p. 63). Incluso si por “capacidad jurídica parcial” se entiende la distinción entre personas capaces de contratar y personas no capaces de contratar, esto se refiere a la forma de la habilitación de la persona y no a la forma de la persona. “La capacidad jurídica parcial” es una cuestión del alcance de las competencias y, en consecuencia, también se discute como una cuestión de la habilitación para adquirir derechos (Hetterich, *Mensch und ‘Person’*, 2016, p. 307) o en relación con los actos ultravires (Ehlers, *Die Lehre von der Teilrechtsfähigkeit juris-*

La personalidad jurídica de los animales y los ecosistemas se presenta en cada caso como un híbrido. Al igual que las personas físicas en la autonomía asistida y al igual que las personas jurídicas de derecho privado y público, como las empresas, las instituciones, las corporaciones, los estados, las redes, las personas jurídicas no humanas dependen de los órganos de representación para su capacidad de articulación. El concepto de “parlamento de las cosas” de Bruno Latour parte desde aquí. Aunque su propuesta subestima la policentricidad de las esferas políticas y jurídicas transnacionales y, de forma tan simplista como las doctrinas de un “contrato social con la naturaleza” global⁶¹, cree que los nuevos colectivos pueden unirse en la república unificada, y articula una idea central con respecto a la construcción jurídica de las personas no humanas: entran en el escenario del derecho y la política como híbridos, como asociaciones de personas jurídicas no humanas y humanas. Desde el punto de vista jurídico, estas personas híbridas representan personas jurídicas *sui generis*. En el caso de una demanda, una persona física (demandante individual) o jurídica (demandante asociativa) se une a la persona no humana (río, animal, etc.) y forma una asociación jurídica con ella, una persona jurídica.⁶² Esta persona, como “persona física” de derecho, es un híbrido de actores no humanos y humanos (individuales o colectivos). Aquí, la supuesta naturaleza de los sujetos libres no puede representar el límite normativo de la representación jurídica. Por el contrario, las normas para

tischer Personen des öffentlichen Rechts und die Ultra-vires-Doktrin des öffentlichen Rechts, 2000; Hager, en: FS Köhler, 2014, p. 229). Una gradualización del concepto de personas en personas jurídicas plenas y parciales, se equivoca tanto como el intento de ocultar las disputas concretas sobre la forma del derecho y la obligación de la persona respectiva en el pathos de la supuesta diferencia entre personas de primera y de segunda clase (Klaus Röhl: “Las personas jurídicas son personas jurídicas de segunda clase. No se trata de una cuestión de teoría jurídica. La teoría jurídica, si no quiere volver al derecho natural, sólo puede construir al ser humano como persona jurídica. Pero el ser humano es la única persona jurídica de primera clase” [él, entrada del blog del 10.1.2017, disponible en <http://www.rsozblog.de/recht-muss-anthropozentrisch-bleiben-was-sonst/>]).

61 Serres, *Der Naturvertrag*, 1994; véase también el informe principal del Consejo Asesor Alemán sobre el Cambio Global (WBGU), *Welt im Wandel - Gesellschaftsvertrag für eine Große Transformation*, 2011, cap. 7.2. Latour (nota 33), p. 116 y ss.

62 Latour (o. Fn. 33), S. 116 ff.

el éxito de la representación deben desarrollarse sin recurrir a una supuesta “naturaleza de los sujetos”. Entonces, se vuelve necesario reflexionar sobre la diferencia entre el representante y el representado y extraer consecuencias de ello para el diseño de la arquitectura de representación de la persona jurídica no humana.⁶³

La forma en que la ley se adapte a este desafío es una cuestión exclusivamente jurídica porque la diferenciación de la personalidad jurídica se orienta únicamente hacia los problemas funcionales del propio sistema social sin ninguna contrapartida en el entorno; y por lo tanto, la orientación hacia el ser humano se convierte ahora en una ideología que sólo es relevante para los valores según los cuales se han de guiar los procesos sociales. Por ejemplo, cuando los departamentos de la organización se establecen en función de los diferentes grupos externos, clientes a los que se sirve, etc., aumenta la influencia de estos grupos en la organización; encuentran “su” representación en el sistema”.⁶⁴

El hecho de que el Derecho les permita a las personas jurídicas estar “representadas en el sistema” pero excluya a las personas no humanas, como la naturaleza o los animales, no puede justificarse sin ideología. La pregunta planteada por Julie Turkewitz en el *New York Times* con motivo de una demanda del río Colorado contra el Estado de Colorado es, por tanto, coherente:⁶⁵ “Las empresas tienen derechos. ¿Por qué no los ríos?” Porque es precisamente ahí donde radica el problema: ¿cómo se puede justificar la asimetría de que un gigante petrolero como Shell, que ha destruido grandes partes del Delta del Níger, obtenga derechos de acción privilegiados para la protección de la propiedad y la inversión, etc. en sus acciones como entidad legal, mientras que la naturaleza destruida permanece sin voz propia en el

63 Véase el alegato a favor de la desnaturalización en derecho en Menke, *Kritik der Rechte*, 2015.

64 Luhmann (nota 24), S. 264.

65 Turkewitz, *New York Times* v. 26.9.2017; el artículo se refiere a los procedimientos del río Colorado Ecosystem *./.* Colorado, US District Court Colorado, Az. 17cv02316 – NYW.

derecho y sólo encuentre una protección legal accidentada a través de los derechos humanos de los individuos afectados?

2.3. Recordar el poder de la representación

Para acabar con el privilegio jurídico de las corporaciones sobre la naturaleza, se presta la concesión del estatus de persona a las personas no humanas porque esto abre la posibilidad de configurar la relación del derecho con el entorno social y ecológico con más sofisticación e instaura nuevas formas de cooperación entre los seres humanos, la naturaleza y los animales de una manera menos injusta desde el punto de vista ecológico. Esta diversificación es jurídicamente factible sin más, ya que el concepto jurídico de persona es lo suficientemente abstracto como para configurar diferentes formas de persona jurídica humana y no humana.

Sin embargo, esta ampliación de las personas no resuelve el problema del poder de representación. Más bien, la diversificación de la personalidad jurídica plantea la cuestión de este poder de forma casi dramatizada:⁶⁶ ¿Cómo vincular a los representantes de la naturaleza a los intereses de esta?, ¿cómo evitar el sometimiento de la naturaleza y de los animales por parte de sus representantes? ¿Cómo organizar y articular los intereses internamente heterogéneos de los ríos, por ejemplo? ¿Dónde termina el río, en aguas costeras o en alta mar?

¿Dónde comienza - manantiales, troposfera? ¿Cómo podemos evitar caer en la trampa de la violencia reivindicativa que describen Gayatri Spivak y Boaventura de Souza Santos sobre el movimiento transnacional

66 Sobre las dificultades concretas de aplicación en la representación de las entidades naturales en el derecho, véase Babcock, *Ecology L. Q.* 43 (2016), 1 (44 y ss.); cf. también Sening, *NuR* 1989, 325 (328), y Schlitt, *ARSP* 1992, 225 (241), a quien, sin embargo, hay que contradecir claramente cuando considera que una posibilidad desigual de percibir derechos habla en contra de la concesión de derechos a los no humanos, porque tal desigualdad es la vida jurídica cotidiana incluso en el caso de las personas humanas, que no puede ser contrarrestada por la negación jurídica, sino sólo por una organización inclusiva del acceso al derecho.

de derechos humanos y Samera Esmeir sobre los procesos de colonización?⁶⁷

Lo fundamental de estas dificultades se revela también en las discusiones de seguimiento sobre la concesión de personalidad jurídica a los ríos indios⁶⁸, en cuyo contexto se formulan críticas: “En primer lugar, todavía no hay mucha claridad sobre lo que significa exactamente el principio de persona en la práctica. Por ejemplo, el Tribunal sostiene que “los derechos de estas personas jurídicas serán equivalentes a los derechos de los seres humanos y la lesión/el daño causado a estos organismos se tratará como un daño/una lesión causada a los seres humanos”. ¿Cómo altera esto materialmente, si es que lo hace, el actual régimen de compensación y responsabilidad por daños ambientales? ¿Qué significa decir que estos elementos naturales tendrán “deberes” y “responsabilidades”? Una interpretación extraña de ese principio podría implicar que a un río se le podría imponer de alguna manera un “deber de no inundar” y una “responsabilidad por las inundaciones”. En segundo lugar, aunque el Tribunal prevé la participación de la comunidad, el modo de selección de los miembros de la comunidad y su papel exacto no están claramente definidos”.⁶⁹

Ambos problemas –la dimensión del deber de las personas jurídicas no humanas y la organización de la representación– no deben subestimarse. Surgen de forma aún más dramática en el caso de las personas jurídicas no humanas que en el caso de las personas humanas. No será posible hacer frente al poder radicalizado de la representación aplicando el sistema tradicional de derechos subjetivos a la diversidad de personas jurídicas y otorgándoles sus propios derechos de estatus (*negativus*, *activus*, *positivus*). Porque esto ignora las condiciones constitucionales de la personalidad de las personas jurídicas no

67 Spivak (nota 19), p. 523; Sousa Santos/Rodríguez-Garavito, en: Sousa Santos/Rodríguez-Garavito (Hrsg.), *Law and Globalization from Below*, 2005, p. 1; Esmeir, *Juridical humanity. A colonial history*, 2012, p. 72-80 y 285-291.

68 High Court of Uttarakhand at Nainital, 126/2014, Order v. 20.3.2017, nota 14.

69 Shivshankar, *The Personhood of Nature*, 5.4.2017, disponible en <http://lawandotherthings.com/2017/04/the-personhood-of-nature/>.

humanas. ¿Cómo entender los derechos del río si no es algo ontológicamente fijo? Su límite es fugaz.⁷⁰ Sus intereses se pueden ir redefiniendo. Los derechos de las personas jurídicas (que difícilmente pueden aislarse de las demás dimensiones de los derechos) difícilmente pueden desarrollarse desde una naturaleza prejurídica en términos de derecho natural.

Más bien, como en la decisión de la Corte Constitucional de Colombia, se deben considerar las precauciones de procedimiento y organización contra el abuso del poder de representación.⁷¹ En este contexto, las experiencias del proceso judicial (participación de expertos y grupos de interés; prerrogativa del juez, deberes de esclarecimiento, mezcla de actores oficiales y sociales) pueden utilizarse en contextos de representación como la asistencia jurídica, en los que la capacidad de articulación verbal del representado es precaria. La estructura de autoridades existente –Agencia Federal de Medio Ambiente, autoridades de conservación de la naturaleza, autoridades de protección del agua, autoridades de protección de los animales –también tendrían que participar. Al igual que las autoridades de protección de datos tienen una posición de defensa en la aplicación de los derechos fundamentales a la privacidad,⁷² en general, tiene sentido trasladar el principio de “autonomía asistida”, que es el punto de partida de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) (véase el art. 19 de la

70 Véanse las palabras de los demandantes en el escrito de incoación del procedimiento v. 26.9.2017 im Verfahren Colorado River Ecosystem ./ Colorado, US District Court Colorado, Az. 17cv02316 – NYW, Ziff. 5 ff.: „[...] The Colorado River Ecosystem is best understood as a complex collection of relationships. (6) These relationships are nearly infinite. The most fundamental include the attraction between hydrogen and oxygen; the liquid, ice, and gas that water and heat create together; the irresistible paths fashioned by the interplay of mountain and gravity; and the climate born from the intercourse of the Sun’s energy and Earth’s atmospheric gasses.“

71 Corte Constitucional de Colombia (nota 15), n. 9.32 und 10.2.

72 Sin embargo, una burocratización del acceso al derecho orientada al ejecutivo, como propone Herbert Woopen (Woopen, NJW 2018, 133), debe ser fuertemente desaconsejada; no resuelve los problemas de articulación y aplicación de los derechos no subjetivos, sino que construye nuevas barreras de acceso al derecho al nacionalizar la aplicación de los derechos fundamentales.

CDPD), a las personas físicas no humanas a este respecto: las personas jurídicas humanas individuales o colectivas ayudar a las personas no humanas a ejercer sus derechos autónomos.⁷³

3. Derechos fundamentales y humanos de las personas no humanas

Para poder escuchar las voces de las personas no humanas en el derecho alemán, europeo e internacional,⁷⁴ para pensar en la persona jurídica desde el punto de vista de los excluidos, para proteger las impersonalidades jurídicas anteriores,⁷⁵ para no seguir configurando la representación mediante la falsificación de documentos tan criticada por Pierre Bourdieu⁷⁶ y para configurar el derecho de una manera social y ecológicamente menos injusta, es necesario modificar la comprensión jurídico-dogmática de la persona y la arquitectura de la representación jurídica.⁷⁷ Que las cuestiones de concreción resultantes puedan ser llevadas a la clarificación jurídica depende de si los contextos dogmáticos permiten dotar a los animales y a la naturaleza como personas de derecho con derechos de acción. Esto debe determinarse por separado para la Constitución Alemana (Ley Fundamental, Grundgesetz) (véase I.), el derecho internacional global (véase II.) y el derecho regional europeo (véase III.):

73 Sobre la autonomía asistida, exf. Damm, *ZfRSoz* 37 (2017), 337; a diferencia de la asistencia digital de las personas digitales, en la que los procesos digitales asisten a las personas humanas asistidas (Teubner, *AcP* 2018, 155), en el caso de las personas físicas, las personas humanas asisten a las personas naturales o animales asistidas.

74 Gruber, *Zeitschrift für Medien- und Kulturforschung* 2016, 63; también Herzog, en: Kloepfer/Kluge (eds.), *Die tierschutzrechtliche Verbandsklage*, 2017, p. 47.

75 Weil, in: Panichas (Hrsg.), *The Simone Weil Reader*, 1977, S. 313 (338 f.); Esposito, *Person und menschliches Leben*, 2010, p. 29 ff.

76 Bourdieu, *Was heißt sprechen? Zur Ökonomie des sprachlichen Tausches*, 2. Ed. 2015, p. 126; cf. también la preocupación en Stucki, *Grundrechte für Tiere*, 2016, p. 140 ff.

77 Si no se abre la categoría de los derechos subjetivos como tal a las formas de derecho sin sujeto - se aboga por ello en Fischer-Lescano, en: Fischer-Lescano/Franzki/Horst (eds.), *Gegenrechte. Recht jenseits des Subjekts*, 2018, p. 377.

3.1. Grundgesetz

La Ley Fundamental asume históricamente que las “personas naturales” son seres humanos. Aparte de las restricciones a los derechos fundamentales de los alemanes (incluida la libertad de reunión y la libertad de elección de profesión), la Ley Fundamental otorga a “todos” el derecho general de la personalidad (Art. 2 (1) GG) y “todas las personas” son iguales ante la ley (Art. 3 GG). La reclamación de derechos fundamentales puede ser planteada por “toda persona” mediante un recurso de inconstitucionalidad, artículo 93 (1) n° 4 a GG, § 90 BVerfGG (Ley de la Corte Federal Constitucional). Este sistema, adaptado a las personas jurídicas humanas, se abre entonces con el artículo 19 (3) de la Ley Fundamental, que amplía los derechos fundamentales, cuando se da una situación de peligro típica de un derecho fundamental, a “personas jurídicas nacionales”. Debido a la reformulación de la legislación de la Unión Europea, esto incluye a su vez a las personas jurídicas de otros Estados miembros europeos.⁷⁸ Tradicionalmente, la naturaleza sólo tiene un derecho indirecto en este sistema, la protección del medio ambiente es principalmente antropocéntrica a través del derecho fundamental a la vida o la integridad física ampliando el ámbito material de protección o in-crustando la protección de los bienes colectivos en los bienes individuales.⁷⁹

Hay dos formas de romper esta lógica antropocéntrica, ambas han recibido un impulso central a través de la disposición de objetivos estatales (Staatsziele) del artículo 20a de la Ley Fundamental y el establecimiento de una responsabilidad estructural para “los fundamentos naturales de la vida y los animales”.

78 Último BVerfG, Urteil des Ersten Senats v. 6.12.2016 – 1 BvR 2821/11 („Vattenfall“).

79 Voßkuhle, NVwZ 2013, 1 y ss.; lamentablemente, el intento de Carolin Raspé de establecer una posición hermafrodita de lege lata para la persona animal se queda a medias, ya que la condición de persona está ligada a una posición de obligación y la persona animal, en última instancia, sólo se estructura de forma análoga a una persona debido a la (supuesta) falta de derechos propios de ejecución legal (Raspé, Die tierliche Person, 2013, p. 297).

3.1.1. El no humano como persona física

Por un lado, como Malte Gruber ha señalado de forma convincente, el artículo 20a de la Ley Fundamental puede servir de punto de partida para la justificación sistemática de las personas jurídicas no humanas como “personas físicas”. Es un argumento importante para la visión ecocéntrica el hecho de que la garantía de la dignidad humana no se limita necesariamente a la protección constitucional de la vida humana, sino que también permite, e incluso exige, la consideración de las preocupaciones no humanas.⁸⁰ En relación con el artículo 20 bis de la Ley Fundamental, el hecho de que los derechos de la persona no humana se apliquen en una asociación híbrida con individuos (como personas físicas) o asociaciones (como personas jurídicas) de la ley no cambia la clasificación de la persona no humana como “persona física” de la ley dotada de derechos fundamentales.

3.1.2. El no humano como persona jurídica

Otra forma de ampliar el ámbito de aplicación personal de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental es a través del apartado 3 del artículo 19 de la Ley Fundamental, que a su vez debe leerse bajo un enfoque sistemático del artículo 20a de la Ley Fundamental. El fin del artículo 19 (3) GG es cerrar las brechas de los derechos fundamentales con respecto a los colectivos. Para ello, la Corte Federal Constitucional (BVerfG por sus siglas en alemán) recurre regularmente a la teoría del sustrato personal, según la cual la protección de los derechos fundamentales de las personas jurídicas presupone que “su formación y actividad son expresión del libre desarrollo de las personas físicas, especialmente cuando el alcance” a las personas que están detrás de las personas jurídicas hace que esto parezca necesario.⁸¹ Asimismo, la naturaleza y los territorios son necesarios para permitir las formas de convivencia no violentas entre humanos y animales⁸² Además, según el apartado 3 del artículo

80 Gruber (nota 37), p. 212.

81 BVerfGE 21, 362 (369).

82 Véase el alegato de Horkheimer/Adorno, Mensch und Tier, in: AGS 3, 1997, S. 283;

19 de la Ley Fundamental, otro aspecto es decisivo para la titularidad de los derechos fundamentales es si la persona jurídica es un punto de atribución adecuado para los derechos y deberes. En este contexto, la protección de una “persona jurídica” no depende de la forma jurídica de derecho civil. La Ley Fundamental no sigue el estrecho concepto de persona jurídica del Derecho Civil. En particular, las asociaciones también pueden ser titulares de derechos fundamentales y, por tanto, ser una persona jurídica. Según el artículo 19 (3) de la Ley Fundamental, el único factor decisivo es si la persona es objeto de derechos y deberes según el ordenamiento jurídico.⁸³ Esto pone de manifiesto la circularidad del artículo 19 (3) de la Ley Fundamental, en la medida en que la propia norma que ordena la ampliación del círculo de los titulares de los derechos fundamentales hace depender esta titularidad del hecho de que los titulares sean los sujetos de los derechos y deberes constitucionales⁸⁴ que la norma va a asignar de forma ampliada.

Sigue pareciendo más convincente cerrar este círculo teleológicamente y abrir la protección de los derechos fundamentales de las personas jurídicas del artículo 19 (3) de la Ley Fundamental a los fenómenos de emergencia social⁸⁵ de forma específica para cada ámbito, y al hacerlo, no desde la persona a los derechos concretos, sino al revés, desde los derechos y la “situación de peligro típica de los derechos fundamentales” que se infiere de la persona.⁸⁶ Las conexiones híbridas entre personas, de la que habla Latour respecto a las entidades naturales⁸⁷, serían entonces personas colectivas en el sentido del artículo 19 (3) de la Ley Fundamental, por lo que en el caso de

también Ogorek, *Rechtshistorisches Journal* 18 (1999), 247.

83 En lugar de todos Remmert, en: Maunz/Dürig (eds.), 81. EL 2017, Art. 19 Abs. 3 Rn. 37; Dreier, en: Dreier (ed.), *Grundgesetz*, 2 ed. 2004, Art. 19 Abs. 3 Rn. 43.

84 Si el ámbito de aplicación del artículo 19 (3) de la Ley Fundamental se hiciera depender de una atribución de derechos en la ley, entonces correspondería al legislador simple definir el alcance de los derechos fundamentales, lo que evidentemente no es una forma de romper el círculo; véase también Dreier, GG, 3ª ed. 2013, art. 19.3, número marginal 47.

85 Ingold, *Der Staat* 2014, p. 193.

86 En este sentido, también el consistente alegato contra la adhesión al “sustrato social” en la interpretación del artículo 19 (3) GG en Ludwigs/Friedmann, *NVwZ* 2018, 22 (27).

87 Latour (nota 34), S. 116 ff.

las personas físicas, ante la progresiva destrucción del ecosistema, la situación de peligro típica de los derechos fundamentales radica más bien en que es necesario impedir una generalización constante, es decir, una aniquilación de las condiciones de desarrollo de la vida no humana. Visto así, no puede justificarse que la jurisprudencia proteja a las personas jurídicas sólo si son “expresión del libre desarrollo” de las personas humanas, pero pierde de vista que este libre desarrollo de la vida humana depende a su vez del libre desarrollo de la vida no humana. También en este caso, el apartado 3 del artículo 19 de la Ley Fundamental debe leerse en relación con el artículo 20a de la Ley Fundamental y el derecho fundamental sustantivo correspondiente. Y aquí también hay que señalar la opinión ecocéntrica de que la ampliación de los destinatarios del artículo 19 (3), de la Ley Fundamental no se limita necesariamente a la protección constitucional de la vida del colectivo social, sino que, precisamente en relación con el artículo 20 a de la Ley Fundamental, permite, si no exige, la consideración de las preocupaciones no humanas, puede basarse de lege lata en la Ley Fundamental.

3.1.3. El no humano como persona jurídica

Que se abra el concepto de persona física o el de persona jurídica a las personas no humanas es funcionalmente equivalente. En ambos casos, la persona no humana se convierte en una persona jurídica que, en asociación con demandantes individuales o colectivos (acción colectiva), puede hacer valer sus derechos autónomos en el proceso. Dado que el artículo 19 (3) de la Ley Fundamental se concibe como una categoría residual en la Ley Fundamental y que la “persona jurídica natural” es la forma primaria de persona, el resultado es que las personas jurídicas no humanas pueden considerarse a través de la categoría de “personas jurídicas” personificar a la “persona física”.

3.2. Pacto Civil de la ONU

Los tratados globales de derechos humanos también pueden abrirse de forma similar a las personas que no tienen derechos humanos.

3.2.1. ¿Personas no humanas como individuos?

El apartado 1 del artículo 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU⁸⁸ en su traducción oficial al alemán obliga a los Estados miembros a proteger los derechos de todas las personas “sujetas a su jurisdicción”. Estas “personas” pueden, al menos teóricamente, incluir también a “personas ecológicas” y animales. Sin embargo, la versión alemana no es una versión vinculante de acuerdo con el Art. 53 párrafo 1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU. Las versiones lingüísticas vinculantes hablan en este punto de “tous les individus”, “todos los individuos”. Esto se refleja en el nivel de aplicación. Las denuncias individuales en virtud del Primer Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU pueden ser presentadas por “individuos [...] que aleguen ser víctimas de una violación”. En consecuencia, el Comité ha considerado inadmisibles las quejas presentadas por empresas como personas jurídicas.⁸⁹

3.2.2. Reverdecimiento del ámbito personal de protección de los derechos humanos

Para modificar esta dogmática estancada a favor de las personas jurídicas “naturales”, habría que partir interpretativamente del concepto de “individuo”. Según los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la interpretación de los tratados internacionales se basa principalmente en el texto y el fin de la norma, por lo que en la labor de concreción también deben tenerse en cuenta otras normas internacionales aplicables entre las partes contratantes a modo de interpretación dinámica. En este punto, es relevante que el derecho de los pueblos, de la naturaleza y de los animales se ha desarrollado rápidamente desde finales del siglo XX. La protección del ecosistema y de los animales se ha convertido en un objetivo normativo central

88 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 19.12.1966, 999 U.N.T.S. 171 y 1057 U.N.T.S. 407.

89 Human Rights Committee, A publication and a printing company v. Trinidad and Tobago, Comm. 361/1989, U.N. Doc. A/44/40, 309 (HRC 1989).

de la comunidad internacional.⁹⁰ Esta práctica convencional de los Estados signatarios del Pacto de la ONU debe tenerse en cuenta en la interpretación del propio Pacto. Sin embargo, una interpretación del Pacto de la ONU que cumpla los requisitos ecológicos no debe detenerse en la ampliación del ámbito material de protección de los derechos correspondientes, sino que también debe abarcar el ámbito personal de aplicación y abrir el concepto de individuo a los animales y a la naturaleza de forma ecológica.

Esto no supondría en ningún caso una exageración del texto del Pacto. Pues el concepto de “individuo” está lo suficientemente abierto a la interpretación como para dotar a las entidades no humanas de derechos y posibilidades de aplicación. Niklas Luhmann lo expresa de forma sucinta y acertada en otro contexto: “Individuo significa lo indivisible. En este sentido, un átomo es también un individuo”.⁹¹

3.3. CEDH y CFR

A nivel regional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos -CIDH- y la Carta de Banjul, como los tratados regionales de derechos humanos, al igual que el Pacto Civil de la ONU, también se refieren explícitamente a los individuos, al menos en la dimensión de protección personal. Para el derecho alemán, el Convenio Europeo de Derechos Humanos -CEDH- es el instrumento relevante en términos de derecho internacional regional. En el Derecho de la Unión Europea, la personificación de los derechos fundamentales se mide principalmente en función de la carta de los derechos fundamentales.⁹²

90 Sobre el derecho internacional del medio ambiente, véase el resumen en Beyerlin, in: FS P. Kirchhof, 2013, S. 1127; Markus, en: Proelß (ed.), Internationales Umweltrecht, 2017, S. 323; Bowman/Davies/Redgwell, *Lyster's International Wildlife Law*, 2010; Gillespie, *Conservation, Biodiversity and International Law*, 2011; sobre la legislación mundial en materia de bienestar animal, véase, entre otros. Eisen/Stilt, en: *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, 2017: „Protection and Status of Animals“.

91 Luhmann, *Gesellschaft der Gesellschaft*, 1997, S. 1016.

92 Para las fuentes de protección de los derechos fundamentales en el Derecho de la

3.3.1. CEDH

En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los derechos medioambientales no se han concebido hasta ahora como derechos autónomos de la naturaleza como persona jurídica, sino mediatizados a través de los derechos humanos subjetivos.⁹³ Sin embargo, el CEDH está concebido abiertamente en relación con la personalidad jurídica.⁹⁴ Las dos versiones lingüísticas auténticas titulan en el art. 1 del CEDH “everyone” o “toute personne” bajo la jurisdicción de los estados miembros. Desde el punto de vista del procedimiento, esto se complementa con el artículo 34 del CEDH, que otorga el derecho a presentar una demanda individual a “any person, nongovernmental organisation or group of individuals” o “toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers”. Según esto, la opinión predominante es que, además de las “personas físicas”, las personas jurídicas también tienen derecho a reclamar.⁹⁵

También en este caso, una interpretación ecológica de los derechos del Convenio no debe detenerse en el contenido material, sino que debe incluir también el ámbito de aplicación personal para tener en cuenta los requisitos de interpretación dinámica de la Declaración Universal de Derechos Humanos -DUDH- y eliminar las contradicciones de valor entre los acuerdos de protección del medio ambiente y de los animales⁹⁶ celebrados en el marco

Unión, véase el artículo 6 del TUE.

93 Schmidt-Radefeldt, *Ökologische Menschenrechte*, 2000; Kley-Struller, *EuGRZ* 22 (1995), 507.

94 Kleinlein, *JöR* 65 (2017), 85, aunque sin un esfuerzo conceptual separado respecto a la determinación de la “persona jurídica”.

95 Resumen en Goldhammer/Sieber, *JuS* 2018, 22 (25); ausf. schon Schwaighofer, en: de Salvia/Villiger (eds.), *The birth of European human rights law*, 1998, S. 321.

96 Véase, entre otros, el Convenio sobre la Conservación de la Vida Silvestre y los Hábitats Naturales en Europa de 9.9.1979 (Convenio de Berna), *BGB.* 1984 II p. 618; el Convenio europeo sobre la protección de los animales en las explotaciones ganaderas, de 10.3.1976, 25.1.1978 (*BGBI.* 1978 II p. 113); el Convenio europeo sobre el paisaje, que entró en vigor el 1.3.2004 (ETS nº 176, firmado el 20. 10.2000 en Florencia, la República Federal de Alemania no ha ratificado el Convenio) y el Acuerdo EUR-OPA sobre Riesgos Mayores establecido en

del Consejo de Europa y del CEDH y realizar una interpretación ecológica coherente del CEDH.

3.3.2. Carta de los derechos fundamentales

La situación es paralela a la de la Carta de los derechos fundamentales de la UE, que, por un lado, no puede quedar por debajo de la protección del CEDH, incluso en el ámbito de aplicación personal, debido a la cláusula de garantía de nivel del art. 53 la Carta de los derechos fundamentales. También en este contexto, la apertura de la personalidad de los derechos fundamentales no pone en cuestión el principio de equivalencia, es decir, la personalidad como condición suficiente para ser persona⁹⁷, pero sí abre un margen interpretativo para el principio de complementariedad y, por tanto, para la personalidad jurídica de las entidades no humanas. Hasta ahora, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea lo ha utilizado para las personas jurídicas de origen económico. Teniendo en cuenta la importancia de la protección del medio ambiente y del bienestar de los animales también en el Derecho de la Unión –véase únicamente el artículo 3, apartado 3, párrafo 1, del Tratado de la Unión Europea y el artículo 36 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea– interpretar el concepto de persona jurídica en términos ecológicos e incluir a las personas no humanas en el concepto de personas no sólo no parece contrario al sentido común, sino que, en vista de la urgencia del desafío ecológico, parece necesario. Por consiguiente, los recursos de anulación interpuestos por personas jurídicas no humanas ante el TJCE en virtud del artículo 263 del TFUE no deben fracasar por motivos de admisibilidad. Esto se debe a que las personas jurídicas no humanas, junto con los individuos o colectivos demandantes, son “personas físicas” en el sentido del artículo 263 (4) del TFUE.

1987 por la Res. (87) 1[1] del Comité de Ministros, que también ha sido firmado por la UE, la OMS y la UNESCO, entre otros.

97 St. Augsburg, RWiss 2016, 338 (346 f.).

4. Conclusión

Los textos fundamentales y de derechos humanos resultan así lo suficientemente abiertos a la interpretación como para dotar a las personas jurídicas no humanas de derechos de acción. No se trata de definir la naturaleza y los animales como personas casi humanas. El reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas no humanas no les da derecho a la humanidad, sino que, por el contrario, permite la disociación de los derechos personales humanos y no humanos. Los derechos de las personas no humanas ya no se conciben como derechos incrustados en los derechos individuales humanos cuando se conceden formas no humanas de persona, sino que pueden definirse en relación con los derechos individuales que se conceden.

Esto permite precisamente la diferenciación de los derechos no subjetivos⁹⁸ y, por tanto, agudiza las diferencias entre personas jurídicas humanas y no humanas. Sin embargo, no hay que sobrestimar la eficacia de estas institucionalizaciones de asistencia, respaldadas legalmente y desarrolladas⁹⁹. Depende del compromiso y la competencia de los implicados, así como de los controles y equilibrios adecuados en el modelo de representación. Debe ser decisivo que se institucionalicen jurídicamente formas de asociación¹⁰⁰ mediante las cuales se organicen los procesos de generación de la personalidad jurídica y la relación de las personas jurídicas con otras personas jurídicas, de manera que no sólo se hable de los no representados, sino que

98 Véanse a este respecto, en un contexto institucional, las contribuciones de Vesting/Koriath/Augsberg (eds.), *Grundrechte als Phänomene der kollektiven Ordnung* 2014.

99 Sería deseable que el legislador no dejara el diseño únicamente al desarrollo gradual de los tribunales, sino que cumpliera con su responsabilidad de proteger concretando la institucionalización de la asistencia a través de requisitos legales; a este respecto, véanse también las demandas de la sociedad civil, incluidas las de la iniciativa “Derechos de la Naturaleza: Biocracia” (disponible en <https://www.rechte-der-natur.de/de/>).

100 En consecuencia, Franz Kafka, en su búsqueda de intercesores, anhela un lugar “donde se reúna mucha gente, de diferentes regiones, de todas las clases, de todas las profesiones, de diferentes edades [...] Tal vez el mejor lugar para ello sería una gran feria”. Allí le gustaría “seleccionar cuidadosamente a los adecuados, a los simpáticos, a los que tienen ojo para mí de entre la multitud” (ders., *Fürsprecher*, 1922).

el derecho permita entrar en relación con ellos y desarrollar una sensibilidad por los no representados y los excluidos.¹⁰¹ Sólo así el poder de la representación en el derecho puede hacerse visible y auditivo y, por tanto, objeto de contención. La distancia entre el representante y el representado no puede eliminarse jurídicamente, pero la contención de sus potenciales destructivos requiere que las personas jurídicas más allá de los sujetos clásicos (animales, entornos, instituciones, máquinas) se trasladen de la periferia de los sujetos racionales al centro del discurso jurídico.¹⁰²

Esta inclusión de las personas no humanas en el derecho no sólo es un desiderátum de la teoría jurídica, sino que, como se ha demostrado, también es necesaria desde el punto de vista de la dogmática jurídica. Los ecosistemas y los animales tienen el mismo derecho de *lege lata* a hacer valer sus derechos ante los tribunales. Esto se aplica no sólo al recurso de inconstitucionalidad (art. 93, párr. 1, n.º 4 a GG, § 90 BVerfGG), sino también al procedimiento de reclamación individual del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU (art. 1 protocolo adicional I), al procedimiento de reclamación individual ante el TEDH (art. 34 CEDH) y al recurso de anulación ante el TJCE (art. 263 TFUE). El poder de ejecución de las personas de derechos no humanos no se limita a los derechos fundamentales y humanos, sino que también se aplica a los procedimientos administrativos. Si el Tribunal Administrativo de Hamburgo rechazó la acción de las focas del Mar del Norte fue bajo el alegato de que estas carecían de la capacidad de participación requerida por el § 61 de la VwGO (Ley del procedimiento administrativo)¹⁰³, esta interpretación del § 61 de la VwGO contradice lo que se requiere de *lege lata* después de treinta años de ecologización de la ley: Las personas jurídicas no humanas tienen derecho a una protección jurídica efectiva según el artículo 19 (4) de la Ley Fundamental, el artículo 47 del GRC, los artículos 6 y 13 del CEDH, así como el artículo 14 del Pacto Civil de las Naciones Unidas y, por consiguiente, son capaces de participar

101 Cf. Campe, DVJS 82 (2008), 355.

102 Descola, *Jenseits von Natur und Kultur*, 2011, S. 571; Kersten (nota 9), 412.

103 VG Hamburg, NVwZ 1988, 1058.

como personas físicas de derecho en el sentido del § 61 de la VwGO. Como personas jurídicas no humanas, la naturaleza y los animales tienen derechos autónomos que también pueden ser exigidos en procedimientos administrativos en los que serán representados por personas humanas y colectivos.

Los Derechos de la Naturaleza en diálogo intercultural: Una mirada a la jurisprudencia sobre los páramos andinos y los glaciares indios¹

Adriana Rodríguez Caguana*
Viviana Morales Naranjo**

Resumen:

Las montañas de los Andes y del Himalaya poseen características bioculturales en común, ya que son fuentes de agua en territorios biodiversos y albergan a miles de familias campesinas e indígenas; sin embargo, ambas se encuentran en situación de eminente peligro por el extractivismo a gran escala. De ahí que las altas Cortes de Ecuador, Colombia y La India se vieron obligadas a pronunciarse frente a la crisis ecológica y cultural a la que se enfrentan sus sistemas montañosos. Para esto, construyeron una argumentación pluralista basada en el reconocimiento de los derechos de la

1 Esta investigación fue realizada con apoyo del Fondo de Investigación de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Este artículo fue publicado originalmente en la revista *Deusto Journal of Human Rights*, No. 6, diciembre 2020, p.99-123, disponible en <https://djh.revistas.deusto.es/article/view/1909/2385?fbclid=IwAR1D9xiAK3pXaBf0C-FawMgfbVEwFQuKALFMWiTJZMb-6WmhrFSPPS4VUEJA>

También es parte del libro “Los derechos de la naturaleza desde una perspectiva intercultural en las Altas Cortes de Ecuador, la India y Colombia. Hacia la búsqueda de una justicia ecocéntrica” escrito por Adriana Rodríguez y Viviana Morales, UASB, Huaponi ediciones, 2022.

* Docente de la Universidad Andina Simón Bolívar, adriana.rodriguez@uasb.edu.ec.

** Docente de la Universidad de las Américas, vivianamoralesnaranjo@outlook.fr.

naturaleza. Con el enfoque del concepto de interculturalidad, se analizará críticamente la jurisprudencia de estos tres Estados biodiversos y fuertemente impactados por las actividades antropocéntricas. Además, esta investigación evidenciará la importancia de desarrollar el contenido de los derechos de la naturaleza y los derechos de participación comunitaria desde la perspectiva biocultural².

Palabras clave: páramos, glaciares, bioculturalidad, derechos de la naturaleza, participación

Introducción

La modernidad, de acuerdo con Bolívar Echeverría, se desarrolló a partir del siglo XV en Europa, cuando el secreto de la productividad del trabajo humano dio origen a las correspondientes innovaciones técnicas de producción, como la navegación que permitió la expansión del sistema de explotación a gran escala. A partir de entonces, desde la lógica capitalista, opuesta a otros entendimientos posibles de socialización humana, nada se produce, nada se consume, ningún valor de uso puede realizarse en la vida práctica de la sociedad, si no se encuentra en función de soporte o vehículo de la valorización del valor y de la acumulación³.

De esta forma, la modernidad hegemónica apuesta por un racionalismo científico, como forma exclusiva de conocimiento; por el capitalismo, como forma de relacionamiento humano; por la colonialidad, como mecanismo de imposición cultural; y, por la colonización, como forma de ejercicio del poder⁴. Por lo tanto, la naturaleza deja de ser vista como un elemento con un

2 Este artículo es parte de la investigación “Los fundamentos interculturales sobre los derechos de la naturaleza en la jurisprudencia de las altas cortes de Ecuador, la India y Colombia”, financiada por el Fondo de Investigaciones de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, año 2019.

3 Bolívar Echeverría, “¿Qué es la modernidad?”, en *Cuadernos del seminario Modernidad: Versiones y Dimensiones* (México, D.F.: UNAM, 2009).

4 Ramiro Ávila, *La utopía del oprimido, los derechos de la naturaleza y el buen vivir en el*

valor intrínseco para considerarla como una mercancía que puede ser objeto de explotación. Esta modernidad impuso la idea de que las altas montañas no son valiosas por la biodiversidad que poseen o por la cantidad de agua que proveen, sino por los minerales que tienen para ser extraídos y cuán fértil es su suelo para promover la ganadería, la agricultura extensiva y, en el caso de las zonas andinas, la plantación de árboles, como eucalipto y pinos⁵.

Los pueblos indígenas y comunidades campesinas han defendido permanentemente su derecho a salvaguardar sus territorios, que es el lugar de intercambio entre humanos y naturaleza para satisfacer las necesidades productivas y reproductivas de una colectividad, pero en función de sus prioridades culturales⁶. Para los habitantes de los páramos, cada uno de los elementos naturales permiten construir y consolidar su cohesión social y cultura. Las prácticas mercantilistas no son un problema aislado de los países latinoamericanos: la modernidad hegemónica pone en riesgo la conservación de todos los ecosistemas biodiversos y a las poblaciones que en ellos habitan. De esta forma, las altas montañas están siendo afectadas por las actividades extractivas, como la deforestación, el tráfico de animales y el turismo a gran escala; la actividad minera es la que más impacto ambiental negativo genera⁷.

No obstante, esta realidad, el proyecto de mercantilización no ha sido fácil, los colectivos organizados han generado procesos de resistencias que visibilizan otras formas de relacionarse con los territorios biodiversos y se han convertido en guardianes de los derechos de la naturaleza. Por tal motivo, es indispensable un tipo de justicia intercultural, generador de puentes comu-

pensamiento crítico, el derecho y la literatura (México D.F.: Akal, 2019): 136-137.

5 David Serrano y Remigio Galárraga, “El páramo andino: características territoriales y estado ambiental. Aportes interdisciplinarios para su conocimiento”, *Estudios geográficos* 76, n. 278 (2015): 380-382.

6 Alexandre Surrallés, “Entre derecho y realidad: antropología y territorios indígenas amazónicos en un futuro próximo”, *Bulletin de l’Institut français d’études andines* 38 (2009): 29-45.

7 José Tapia, “Extractivismo en Ecuador. ingreso económico y derechos de la naturaleza”, *Cálamo, Revista de Estudios Jurídicos* 11 (2019): 44-47.

nicativos entre las normas constitucionales vigentes y la reivindicación de los pueblos afectados. Además, frente a la expropiación de saberes, la represión cultural y la imposición del racionalismo mercantilista colonial⁸ es necesario que los Estados democráticos garanticen la protección de tres derechos que se encuentran estrechamente relacionados: los derechos de la naturaleza, los derechos bioculturales y los derechos de participación comunitaria.

Desde esta perspectiva, es indispensable que las cortes transiten hacia la construcción de lo que Walsh denomina un “constitucionalismo interculturalizado”⁹ bajo el cual la naturaleza es vista como un ser vivo, con inteligencia, sentimientos y espiritualidad. Por tal motivo, esta investigación se basa en el análisis a la jurisprudencia más significativa de las altas cortes de tres países que han desarrollado los derechos de la naturaleza en distintas dimensiones. En primer lugar, Colombia ha emitido decisiones en las que se reconocen los derechos de la naturaleza de forma general o de ciertos elementos específicos de protección a los ecosistemas. En segundo lugar, Ecuador es el primer país del mundo en reconocer los derechos de la naturaleza, en el que sus altas cortes están obligadas a tomar en cuenta el enfoque ecocéntrico que atraviesa a la norma suprema. Finalmente, la India posee un nutrido desarrollo jurisprudencial que explicita los vínculos entre los colectivos religiosos y sus territorios sagrados. Las siguientes líneas nos permitirán comprender si los jueces están resolviendo los conflictos con un enfoque intercultural, que reconoce las relaciones bioculturales de los colectivos. Para encaminar el estudio se recurrirá al desarrollo teórico de la hermenéutica intercultural del Sur y los estudios socio-ambientales¹⁰.

8 Aníbal Quijano, “Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina”, en *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas* (Buenos Aires: CLACSO-UNESCO, 2000): 209.

9 Catherine Walsh, “Interculturalidad, Estado, sociedad, luchas (de) coloniales de nuestra época (Quito: Abya Yala-UASB, 2009): 28.

10 Id.

1. El ecocentrismo y el bioculturalismo: dos enfoques para decolonizar la modernidad

A pesar del continuo perjuicio del capitalismo extractivista, los pueblos indígenas andinos que han podido resistir a la *geoculturización*¹¹ mantienen relaciones de correspondencia, complementariedad, relacionalidad y reciprocidad inexorable con los elementos naturales¹². Estas conexiones vivenciales entre todos los elementos de la naturaleza con la cultura se conocen jurídicamente como “derechos bioculturales”. Estos derechos pueden ser considerados como aquellos que conectan las comunidades, la tierra y sus ecosistemas a través de los derechos territoriales de propiedad tradicional¹³.

A través de los derechos bioculturales se concilian los derechos de la naturaleza con los derechos de los pueblos y comunidades a gestionar su territorio de manera sostenible. Estos derechos deben ser leídos a la luz de dos enfoques complementarios: la interculturalidad y el ecocentrismo. Por un lado, la interculturalidad, de forma muy breve, podemos definirla como el reconocimiento radical de las diversas identidades, que poseen distintas relaciones intersubjetivas posibles, para construir discursos y diálogos democráticos con las voces de los excluidos. De esta forma, las políticas interculturales son entendidas como un proyecto político alternativo que guían las relaciones sociales¹⁴.

11 Wallerstein denomina geoculturización a la colonización de las perspectivas cognitivas, de los modos de producir u otorgar sentido a los resultados de la experiencia material o intersubjetiva, del imaginario, del universo de relaciones intersubjetivas del mundo, de la cultura, en suma, a través de: 1) la expropiación a las poblaciones colonizadas de los conocimientos que resultaban más aptos para el desarrollo del capitalismo. 2) La represión a las formas de producción de conocimiento de los colonizados, sus patrones de producción de sentidos, su universo simbólico, sus patrones de expresión y de objetivación de la subjetividad. 3) Imposición de la cultura de los dominadores en todo lo que fuera útil para la reproducción de la dominación (Quijano 2000, 209).

12 Ramiro Ávila, *El neoconstitucionalismo andino* (Quito: Huaponi, 2016): 122-128.

13 Kabir Bavikatte y Tom Bennett, “Community stewardship: the foundation of biocultural rights”, *Journal of human rights and the environment* 1 (2015): 15.

14 Raúl Fornet-Betancourt, “Lo intercultural: el problema de su definición”, *Pasos* 103

Por otro lado, el ecocentrismo es el conjunto de fundamentos éticos y políticos que justifican la protección de los ecosistemas a través de un modelo de sostenibilidad ecológica que permita el mantenimiento y regeneración de los ciclos naturales y la permanencia de las especies –humanas y no humanas– que habitan en un ecosistema. Ambos enfoques son fundamentales a la hora de comprender y gestionar los conflictos socio-ecológicos que se presentan en los territorios. De acuerdo a Morales-Betancourt y Estévez¹⁵ con la colonización en América se introdujeron sistemas nuevos de apropiación de la tierra, desplazamiento de poblaciones a mayores altitudes e introducción de nuevas especies animales, como caballos y ganado vacuno y ovino, que ocasionaron una pérdida gradual de las formas tradicionales de subsistencia. Bajo este contexto cultural, los colectivos humanos que habitan en las cumbres montañosas de los páramos andinos y de los Himalayas indios han resistido al modelo extractivista colonial. Esto es visible en los diversos problemas de contaminación en el Himalaya debido a que las actividades mineras, el turismo a gran escala y el tráfico de animales, obstaculiza el tránsito normal de las fuentes de agua hacia los suelos fértiles de los sistemas montañosos, lo cual impide que el ecosistema pueda ser correctamente protegido.

Con el fin de detener los procesos extractivistas, las comunidades campesinas e indígenas de Colombia, Ecuador y La India han recurrido al orden judicial para el reconocimiento y cumplimiento de tres derechos relacionados entre sí: los derechos de la naturaleza, los derechos culturales y los derechos de participación comunitaria. Los colectivos campesinos e indígenas mantienen un repositorio de conocimientos ecológicos respecto a las prácticas responsables de conservación de los páramos que ameritan ser tomados en cuenta por la jurisprudencia. Por ello, Berkes Fikret afirma que los aspectos puramente ecológicos de la tradición no pueden separarse de lo social y lo espiritual. Las historias y leyendas son parte de la cultura y

(2002): 1-3.

15 Juan Morales-Betancourt y Jaime Estévez, “El páramo: ¿ecosistema en vía de extinción?”, *Revista Luna Azul* 22 (2006): 39-51.

el conocimiento indígena porque implican significados y valores que están arraigados en la memoria colectiva del territorio¹⁶. En los siguientes apartados se analizará la jurisprudencia colombiana, ecuatoriana e india referente a la protección de las altas montaña en relación con los derechos colectivos, lo cual nos permitirá entender el grado de perspectiva intercultural de las altas cortes.

2. El desarrollo de los derechos bioculturales, los derechos de participación y los derechos de la naturaleza en Colombia

Colombia ha hecho considerables esfuerzos por dejar atrás un largo periodo de conflicto interno. Así, el problemático Acuerdo de paz y una justicia transicional incluye como uno de sus puntos centrales la resolución de los diversos conflictos socio-ecológicos violentos que se mantienen en el país, como la explotación minera en los páramos a cargo de grupos irregulares. Por lo tanto, el Estado debe detener la extrahección, que, en términos de Gudynas, implica la extracción de recursos naturales con violencia¹⁷; es decir, las consecuencias de una apropiación desmedida y arbitraria que pone en riesgo a la naturaleza y los derechos humanos de los habitantes de la zona. En este punto cabe señalar que el 2.5% de su superficie está compuesta por el sistema montañoso y cuenta con el 50% del total de páramo andino. En este sentido, los páramos colombianos suministran el 70% de agua para el país y en ellos nacen varios ríos¹⁸.

A fin de proteger los páramos, la Ley 1753 de 2015 prohíbe las actividades agropecuarias, de exploración o explotación de hidrocarburos y mi-

16 Berkes Fikret, *Sacred Ecology: Traditional ecological knowledge and resource management* (Philadelphia: Taylor & Francis, 1999).

17 Eduardo Gudynas, “Extracciones, extractivismos y extrahecciones. Un marco conceptual sobre la apropiación de recursos naturales”, *Observatorio del Desarrollo* 18 (2013): 1-18.

18 Robert Hofstede, Juan Calles, Víctor López, Rocío Polanco, Fidel Torres, Janett Ulloa, Adriana Vásquez y Marcos Cerra, “Los páramos andinos. ¿Qué sabemos? Estado de conocimiento sobre el impacto del cambio climático en el ecosistema páramo”, *UICN* 156 (2014): 32.

nerales en los páramos. La normativa colombiana debe ser leída a la luz de los estándares emitidos por la jurisprudencia colombiana, la misma que es producto de la constante movilización social de organizaciones amigas del páramo, como la iniciativa popular normativa en defensa del páramo el Almorzadero en Cerrito, Santander.

El proceso de consulta popular promovido por el movimiento en el municipio de Santander fue uno de los nueve que se realizaron sobre explotación en los páramos en toda Colombia desde el 2013 hasta el 2018¹⁹. A través de las diversas técnicas de movilización político-jurídica (iniciativas de consultas populares, demandas judiciales y acciones demostrativas) los diversos grupos colombianos que habitan en los páramos reivindicaron varios derechos constitucionales ante la Corte Constitucional colombiana para proteger los páramos: los derechos bioculturales, los derechos de participación y los derechos de la naturaleza.

2.1. Los derechos bioculturales como medio para vincular la cultura y la biodiversidad

Recordemos que un “constitucionalismo interculturalizado”²⁰ reconoce la diversidad cultural, en la que se incluye las relaciones bioculturales distintas con la naturaleza, ya que para diversos pueblos y colectivos esta es vista como otro ser vivo. A través de la sentencia T-622, la Corte Constitucional reconoció los derechos bioculturales en Colombia, los cuales permiten preservar al mismo tiempo los ecosistemas y las prácticas tradicionales de las comunidades; un reconocimiento apropiado para gestionar los conflictos socio-ambientales que se producen en estos territorios.

Bajo el enfoque biocultural se deben evitar expropiaciones y desplazamientos forzosos de los colectivos que viven en territorios biodiversos,

19 Entre estos municipios se encuentran los siguientes: Piedras, Tauramena, Cabrera, Cajamarca, Cumaral, Jesús María, Sucre, Pijao y Arbeláez (Semana Sostenible 2018).

20 Catherine Walsh, “*Interculturalidad, Estado, sociedad, luchas (de) coloniales de nuestra época*”, 28.

porque su partida implicaría el abandono de ecosistemas que pudieron ser administrados sosteniblemente por las comunidades locales. De ahí que sean las propias comunidades quienes se resisten al funcionamiento de las actividades ilícitas como el tráfico de animales, la minería ilegal o la deforestación, porque reconocen el valor que representa la naturaleza para el mantenimiento de todas las formas de vida. Por lo tanto, a fin de entender la naturaleza y la comunidad como dos entes que se auto protegen, Enrique Leff nos invita a pensar en el territorio como el vínculo que une a la naturaleza con el ser humano:

El territorio es el lugar donde la sustentabilidad se enraíza en bases ecológicas e identidades culturales. El territorio es el locus de las demandas y los reclamos de la gente para reconstruir sus mundos de vida. El nivel local es donde se forjan las identidades culturales, donde se expresan como una valorización social de los recursos económicos y como estrategias para la reapropiación de la naturaleza. El territorio es un espacio donde se precipitan tiempos diferenciados, donde se articulan identidades culturales y potencialidades ecológicas. Es pues el lugar de convergencia de los tiempos de la sustentabilidad: los procesos de restauración y productividad ecológica, de innovación y asimilación tecnológica, de reconstrucción de identidades culturales... Cada cultura define sus tiempos a través de sus cosmologías y sus sistemas simbólicos²¹.

De esta forma, la Corte Constitucional, al momento que reconoce los derechos bioculturales, actúa bajo un enfoque pluralista e intercultural, que amplía la visión heterogénea del conflicto territorial y nos invita a pensar en la protección de la cultura y de la naturaleza de forma relacional e interdependiente.

21 Enrique Leff, Enrique, "La geopolítica de la biodiversidad y el desarrollo sustentable: economización del mundo, racionalidad ambiental y reapropiación social de la naturaleza" *Revista debates, OSAL- Observatorio Social de América Latina*. 17 (2005): 206.

2.2. El derecho a la participación comunitaria como herramienta para proteger la naturaleza

La interculturalidad propone un “equilibrio epistemológico”²² para la construcción de universalidades compartidas; por tal motivo, la participación comunitaria es fundamental para la construcción de una democracia intercultural y ecológica, ya que permite al Estado salir del monismo socio-jurídico abstracto para acercarse al pluralismo real de las sociedades heterogéneas. La participación comunitaria puede ser definida como el desarrollo de procesos reflexivos y continuos fundados en la acumulación de experiencias y la democratización de conocimientos mediante los cuales las comunidades se organizan para el logro de mejores condiciones de vida²³.

El principio democrático es uno de los principales enfoques de la teoría intercultural porque promueve el diálogo como forma de consensuar el conflicto que es inherente a las sociedades que mantienen intereses diversos e incluso contrapuestos. De ahí que Mayorga sostiene que la democracia intercultural es un proceso²⁴ porque los vínculos entre las formas de democracia se ampliarán a medida que se vayan consolidando las nuevas entidades estatales, sobre todo los gobiernos departamentales y las autonomías indígenas. En la sentencia T-361/17 de 30 de mayo de 2017, la Corte Constitucional desarrolla el derecho de la participación comunitaria en temas ambientales, siguiendo parámetros dados por sentencias anteriores. De esta forma, la alta corte estableció cuatro elementos que debe contener el derecho a la participación: Participación previa, intervención amplia de la comunidad, participación deliberada, consciente y responsable y participación efectiva y eficaz. Desde el enfoque intercultural que aborda la Corte Constitucional no basta con cumplir con un proceso de sociabilización como mero requisito formal,

22 Raúl Fornet-Betancourt, “Lo intercultural: el problema de su definición”, 53.

23 Claridad Mulet e Isabel Castanedo, “La participación comunitaria y el medio ambiente”, *Revista Cubana de Enfermería* 2 (2002): 1-20.

24 Fernando Mayorga, “Democracia intercultural y representación política en las autonomías departamentales e indígenas”, en *L'Âge d'or. Images dans le monde ibérique et ibéroaméricain* 6 (2013): 6.

sino que se requiere un verdadero diálogo entre Estado-comunidades que termine en un consenso en un disenso justificado.

De igual manera, el desarrollo jurisprudencial del contenido del derecho de participación comunitaria se puede observar en la sentencia sobre la protección al páramo de Santurbán. Este páramo posee 24 ecosistemas naturales a lo largo de 30 municipios en los que existen grandes concesiones mineras como Greystar ²⁵–Eco Oro–. En el año 2009, se concedió a la empresa peruano-canadiense una licencia ambiental para una explotación minera en el páramo de Santurbán, sin importar que el ecosistema paramuno provee recursos hídricos a las ciudades de Bucaramanga y Cúcuta, así como a las demás ciudades aledañas²⁶. Por lo tanto, las organizaciones de la sociedad civil, tras un largo litigio infructuoso, presentaron una acción de tutela ante la Corte Constitucional por la vulneración del derecho al acceso a la información y a la participación comunitaria ambiental de los habitantes paramunos. La alta corte afirmó en la sentencia (T-361/17) el derecho a la participación ambiental desde la perspectiva de la gobernanza en los territorios paramunos que necesitan de una protección especial por ser un ecosistema con amplia diversidad y regulador del ciclo hídrico²⁷.

En este litigio, la Corte Constitucional estableció que el Ministerio del Ambiente vulneró el derecho de participación, ya que no se suministró el proyecto de la Resolución 2090 de 2014 para que los accionantes conocieran la medida provisional de la administración. Además, no se realizó una convocatoria amplia y abierta que incluyera a todos los afectados con la delimitación de ese bioma; y, finalmente, no se construyeron espacios de diálogo y deliberación que permitieran a la colectividad intervenir de manera efectiva y significativa en la delimitación y regulación de ese nicho ecológico. Se trata, entonces, de un caso en el que la alta corte reprocha la indebida actua-

25 Dora Cañón y Mojica Yuly, “El oro o el agua, el caso del páramo de Santurbán”, *Questionar: Investigación Específica* 5, n. 1 (2017): 110.

26 Catalina Jiménez, “El caso del páramo de Santurbán: Accountabilty social exitoso”, *Revista Zero* 32 (2014): 10-20.

27 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-361/17, 30 de mayo de 2017.

ción de la administración colombiana, la cual renunció a buscar el consentimiento libre de la ciudadanía, a través de un consenso razonado, y se limitó a acudir a las mesas de concertación con una decisión de delimitación ya tomada²⁸. (Sentencia T-361/17, 30 de mayo de 2017).

Siguiendo la misma línea, la consulta popular es otro mecanismo al que han recurrido las comunidades para efectivizar el derecho a la participación. En el año 2018, la Corte Constitucional de Colombia estableció que la consulta popular no es procedente e idónea para ejercer la participación ciudadana y dar aplicación a los principios de coordinación y concurrencia entre nación y territorio²⁹, lo cual contradice su propia línea jurisprudencial. Por lo tanto, se colige que la Corte Constitucional colombiana desarrolla el derecho a la participación a través de la consulta previa, pero restringe este mismo derecho cuando se trata de una consulta popular. Lo que ocurre es que, en Colombia, al igual que en Ecuador, los resultados de la consulta previa –de acuerdo a la norma vigente– no tienen efecto vinculante, lo que implica que la última palabra sobre la autorización de un proyecto extractivista no la tiene la ciudadanía sino el parataje estatal. Por el contrario, en lo referente a la consulta popular, la jurisprudencia colombiana, en sus primeras sentencias afirmó la obligatoriedad de los resultados de la consulta popular, pero al darse cuenta del apoyo ciudadano a la prohibición de la extracción minera, optaron por aplicar un *virement* de la línea jurisprudencial para afirmar que las consultas populares locales no son aplicables para temas extractivistas que son de interés nacional.

2.3. El reconocimiento de los páramos y sus fuentes de agua como sujetos de derechos

Los fundamentos del ecocentrismo nos invitan a pensar en la importancia de proteger y mantener los ciclos vitales de la naturaleza con el fin de evitar un daño ecológico que puede ser irreversible si no existen políticas de

28 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-361/17, 30 de mayo de 2017.

29 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU095/18, 11 de octubre de 2018.

conservación y restauración. Las decisiones públicas deben ser construidas con base a la participación entre el Estado y las comunidades involucradas en la conservación de los páramos para evitar una afectación a las relaciones ecocéntricas entre la cultura paramuna y la naturaleza. Siguiendo esta línea, la Corte Constitucional colombiana, en la sentencia T-622 ratifica que la Constitución es ecológica.³⁰

Debido a la presencia de megaproyectos mineros en Colombia, son varios los procesos judiciales que se han iniciado por parte de las comunidades campesinas en contra del extractivismo. Esto se da en razón de que la actividad minera interfiere en el recurso hídrico de la población, porque los páramos son el ecosistema donde se genera el agua destinada al consumo humano y al riego. Por tal motivo, la Corte Constitucional colombiana ha entendido la relación directa que se da entre la protección del páramo y el derecho fundamental al agua, así los sostuvo en la sentencia C-016 de 2016³¹.

Consecuentemente, los páramos son valorados por la alta Corte debido a que son proveedores del recurso hídrico que es indispensable para las diversas actividades humanas: agua potable para consumo personal, agua de riego, abrevadero de animales, etc. De igual modo, en la sentencia C-035 de 2016, la Corte Constitucional señaló que, ante la vulnerabilidad, fragilidad y dificultad de recuperación de los ecosistemas de páramo, el Estado tiene a su cargo la obligación de brindar una protección más amplia y especial, dirigida específicamente a preservar este tipo de ecosistema. Esta afirmación responde a que el páramo es un tipo de bioma que no es común en el mundo, que presta una serie de servicios ecológicos como la provisión de agua a las comunidades.

Siguiendo la misma línea, la sentencia T-622 reconoció que los ríos –en su calidad de fuente de agua– son una entidad con derecho a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comu-

30 Corte Constitucional de Colombia, Acción de tutela, T-622 de 10 de noviembre de 2016.

31 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-016-16, 27 de enero de 2016, párrafo 169.

nidades étnicas. Precisamente, a fin de proteger la cuenca del río Atrato, en donde se encuentran el Páramo de Urrao y el Páramo Frontino-Urrao, la Corte Constitucional señaló lo siguiente:

El derecho fundamental al agua se hace efectivo mediante el cumplimiento de las obligaciones del Estado de garantizar la protección y subsistencia de las fuentes hídricas, así como la disponibilidad, accesibilidad y calidad del recurso... el derecho al agua tiene una doble dimensión en tanto derecho fundamental como servicio público esencial. En particular, esto es de especial relevancia para los grupos étnicos en la medida en que la preservación de las fuentes de agua y el abastecimiento de la misma en condiciones dignas es esencial para la supervivencia de las culturas indígenas y tribales, desde una perspectiva biocultural³².

Así, la preservación de las fuentes de agua cobra especial relevancia cuando se trata de un litigio que versa sobre territorios pertenecientes a colectivos y comunidades que mantienen estrechas relaciones con la naturaleza. Así lo señalan Izquierdo y Viaene cuando analizan la relación entre los pueblos indígenas y la naturaleza: “Según los indígenas, claro que sí, el territorio habla y expresa sus sentimientos. Una montaña se enoja, se pone triste, y lo expresa a través de señales en los sueños de los ancianos, ceremonias de fuego o porque ocurren accidentes con la gente”³³.

En agosto de 2018, el Tribunal Administrativo de Boyacá declaró como sujeto de derechos al páramo de Pisba, donde habitan aproximadamente 6.500 personas que viven de la agricultura, la ganadería y la minería artesanal³⁴. La sentencia del Páramo de Pisba nos recuerda que los páramos son

32 Corte Constitucional de Colombia, Acción de tutela, T-622 de 10 de noviembre de 2016.

33 Belkis Izquierdo y Lieselotte Viaene, “Descolonizar la justicia transicional desde los territorios indígenas”, *Peace in Progress* 34 (2018): 5.

34 Juan David Olmos, “Colombia: los miedos que genera la delimitación del páramo de Pisba”. *Semana Sostenible*, 24 de septiembre. Acceso el 17 de octubre de 2019. <https://es.mon-gabay.com/2018/09/paramo-de-pisba-problema-social-colombia/>

entidades de especial importancia por una doble función jurisprudencialmente reconocida: la producción de agua y la absorción de carbono de la atmósfera.

Cabe señalar que la delimitación de los páramos como territorios vedados al extractivismo ha contribuido a restringir la extracción minera; sin embargo, existe la dicotomía respecto a la importancia que la minería representa para ciertos miembros de las comunidades de la zona de Pisba que laboran para las empresas mineras. De ahí que varios pobladores no estén de acuerdo con la suspensión de las actividades de extracción de minerales. Por lo tanto, a fin de no vulnerar el derecho al trabajo de las comunidades, el Tribunal Administrativo de Boyacá recordó que las personas afectadas por las medidas de prohibición minera deben ser compensadas o reubicadas laboralmente³⁵. Esta disposición implica una materialización de la justicia ecológica puesto que no basta con limitar o restringir el extractivismo, sino que al mismo tiempo se requiere ofrecer a las comunidades –que de manera tradicional se han dedicado a esta actividad a la que denominan baqueteo– otras fuentes de empleo que sean sostenibles.

No cabe duda de que la epistemología andina, construida desde las comunidades y colectivos de los páramos colombianos, deben ser consideradas en las decisiones de las Cortes, especialmente en un contexto de justicia posconflicto, que bien puede convertirse en un referente de justicia transicional intercultural, tal como lo señalan Izquierdo y Viaene:

Colombia puede convertirse en un laboratorio donde los pueblos indígenas trasciendan los límites y las prácticas del paradigma dominante de la justicia transicional. Sin embargo, el gran desafío que enfrenta el proceso de justicia transicional colombiano es cómo abordar y poner en práctica estas múltiples visiones de daño, justicia, reparación y reconciliación, enclavadas en ontologías indígenas³⁶.

35 Colombia Tribunal Administrativo de Boyacá, “Sentencia”, en Juicio de tutela n° 15238 3333 002 2018 00016 01, 9 de agosto de 2018.

36 Belkís Izquierdo y Lieselotte Viaene, “Descolonizar la justicia transicional desde los

En este sentido, el orden judicial debe realizar de una lectura histórica que le permita comprender la realidad de las comunidades, la cual sigue siendo de violencia y de despojo.

3. La protección de los páramos en Ecuador a través de los derechos de la naturaleza y los derechos de participación

El territorio de Ecuador contiene 14.876 km² de páramo; el cual cubre el 5,94% del territorio nacional³⁷. Esto lo convierte en el país de la región con más porcentaje de páramo, superando proporcionalmente a Colombia. Además, el propio Ministerio de Ambiente de Ecuador ha identificado 12 ecosistemas de páramos. Esta variedad responde a las distintas condiciones climáticas que tienen los páramos, que van desde los secos en el Chimborazo, hasta los húmedos³⁸.

El grado de protección que se debe dar a los páramos en Ecuador ha sido abordado por las altas Cortes a través del desarrollo de dos derechos reconocidos en la Carta Magna: los derechos de la naturaleza y los derechos de participación. En este punto, cabe recordar que, de acuerdo a la Constitución ecuatoriana, los derechos son de directa e inmediata aplicación por parte de cualquier servidor público. De ahí que es deber de las Cortes tutelar cabalmente estos derechos; labor que, como veremos a continuación, todavía se encuentra pendiente.

3.1. El limitado avance de los derechos de la naturaleza en Ecuador

La Constitución ecuatoriana en su art. 71 reconoce que la naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete

territorios indígenas”: 5.

37 Ministerio del Ambiente de Ecuador, *Sistema de clasificación de los Ecosistemas del Ecuador Continental* (Quito: MAE, 2012):131.

38 Robert Hofstede et al., “Los páramos andinos. ¿Qué sabemos? Estado de conocimiento sobre el impacto del cambio climático en el ecosistema páramo”: 21.

integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Esta disposición constitucional es una herramienta para que las comunidades paramunas, que en su mayoría son indígenas, puedan defender sus territorios biodiversos amenazados por los procesos extractivistas y contaminantes. Hay que recordar que este artículo debe interpretarse a la luz de los derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, tales como el derecho a conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita y participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras³⁹ (art. 57).

En noviembre de 2012, la Corte Nacional de Justicia del Ecuador ya tuvo oportunidad de pronunciarse respecto un litigio que versó sobre la protección de la población que habita en el Cerro Achupallas que se encuentra en el lindero con el Parque Nacional Podocarpus (ubicado en las provincias de Loja y Zamora Chinchipe). En este caso, la comunidad demandó a una operadora telefónica (CLARO) por la construcción, instalación y operación de una antena de enlace telefónico celular aduciendo que las antenas de telefonía móvil tienen efectos nocivos y dañinos significativos en la salud humana y en el entorno natural. La Corte reconoció que el Parque Podocarpus es un área con criterio de conservación a nivel del planeta, por lo que amerita protección y estableció la importancia de garantizar el ejercicio del art. 71 de la Constitución, que reconoce los derechos de la naturaleza, y del art. 397, que establece la inversión de la carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real que genera una actividad contaminante. Por lo tanto, la Corte estableció una reparación debido a los daños ocasionados a la salud y a los ecosistemas⁴⁰.

Como vemos, el hecho de que exista un reconocimiento constitucional facilita la labor interpretativa de los jueces, quienes pueden sustentarse en

39 Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art.57.

40 Corte Nacional de Justicia, Juicio n. 117-2010, 9 de noviembre de 2012.

este derecho para otorgar protección tanto a la biodiversidad como a las comunidades que habitan en los páramos, principalmente en aquellas zonas consideradas como “áreas protegidas”. Siguiendo la misma línea, cabe señalar que la ley ecuatoriana otorga a la Corte Constitucional la facultad de seleccionar sentencias que tratan temas relevantes a fin de emitir criterios que constituyan jurisprudencia obligatoria⁴¹. Así, la alta corte seleccionó dos casos que versan sobre la protección a territorios biodiversos que se ubican en la serranía ecuatoriana.

El primer caso versa sobre el litigio protagonizado por la comunidad campesina de San Pablo de Amalí (Provincia de Bolívar) en contra de la hidroeléctrica Hidrotambo, que habría violentado los derechos humanos de la comunidad y los derechos de la naturaleza debido al desbordamiento del río y otros conflictos. El 6 de mayo de 2019, la Corte Constitucional seleccionó este caso a fin de desarrollar los estándares y límites respecto de la explotación de recursos renovables y no renovables que son gestionados por el Estado, la actuación de las empresas concesionarias, y su impacto en el goce y ejercicio de los derechos colectivos y de la naturaleza. Hasta el momento la Corte no ha emitido una decisión sobre este caso⁴².

El segundo caso seleccionado por la Corte Constitucional se relaciona con la violación de los derechos de la naturaleza debido a una autorización ambiental otorgada por el Ministerio del Ambiente y Agua para que se realicen actividades mineras dentro del Bosque Protector “Los Cedros” Provincia de Imbabura—. Este caso fue elegido el 18 de mayo de 2020, ya que la Corte consideró necesario analizar las afectaciones a los derechos de la naturaleza y, particularmente, a la biodiversidad que habita en el bosque, como las últimas poblaciones del mono araña en estado crítico de conservación, y del oso andino (oso de anteojos) en peligro de extinción. Hasta el momento, la Corte aún no se ha pronunciado y se espera que esta sentencia

41 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial 55, 22 de octubre de 2009, art.25.

42 Corte Constitucional del Ecuador, Caso n° 502-19-JP.

desarrolle el contenido de los derechos de la naturaleza, en lo referente a áreas declaradas como bosques protectores⁴³.

Cabe señalar que las poblaciones andinas mantienen estrechas relaciones con la naturaleza, principalmente con el agua, los animales, la tierra, porque gracias a estos pueden desarrollar sus actividades tradicionales. Por ejemplo, los indígenas de la serranía valoran el agua desde diversas perspectivas (como deidad y objeto de culto, como elemento de su cosmovisión, como base de sus sistemas productivos y como elemento terapéutico y de sanación). Ese es el caso de los habitantes de la comunidad *Fakcha Llakta*⁴⁴, ubicados en la provincia de Imbabura, para quienes el agua se configura como un ser vivo que da vida y garantiza el Sumak Kawsay: “Dentro del agua se están formando seres vivos y es por eso que, en este mundo, no podemos vivir sin agua. (...) El agua es la principal vida del cuerpo humano”⁴⁵. Para la cultura andina el agua representa un símbolo sagrado “porque es el seno de nuestra madre tierra, de mi mamá, de Pachamama, que es ¡mi mamá!”, que amerita reciprocidad: “me das vida y energía y, yo también tengo que cuidarte”. Al mismo tiempo, el agua implica el medio para alcanzar el bienestar humano: “Gracias a este sitio sagrado tenemos agua para comer, agua para tomar y agua para piscina, ¡estamos feliz!”⁴⁶.

Los distintos mitos indígenas nos demuestran que los pueblos indígenas mantienen historias comunes con los animales, ríos y montañas, pues comparten el fondo común ontológico: la vida en su sentido profundamente humano (sujeto) en la que se incluyen a los no-humanos⁴⁷. De ahí que sea necesario que la Corte Constitucional, al momento de resolver conflictos ambientales en contextos interculturales, tome en consideración que los vínculos que exis-

43 Corte Constitucional del Ecuador, Caso n° 1149-19-JP.

44 La comunidad se encuentra ubicada en la localidad de Peguche, Parroquia Dr. Miguel Egas Cabezas, Cantón Otavalo-Ecuador.

45 Carmen Trujillo et al., “Significados del agua para la comunidad indígena *Fakcha Llakta*, cantón Otavalo”: 2-10.

46 Fragmentos tomados del estudio realizado por Trujillo et. al. (2018).

47 Eduardo Castro de Viveiros, *La mirada del jaguar: Introducción al perspectivismo amerindio* (Buenos Aires: Tinta limón, 2013): 17.

ten entre comunidades y territorios biodiversos son distintos a los que tienen los ciudadanos en sus entornos naturales. Para una comunidad que vive bajo el principio del bioculturalismo, perder un bosque, un caudal ecológico o una especie significa el despojo de su propia cultura; es decir, de su existencia.

3.2. La protección a los páramos a través de la aplicación de los derechos de participación

El derecho a la participación comunitaria ha sido discutido en las altas cortes sin que hasta el momento se tenga una sentencia que concrete plenamente el ejercicio del principio democrático. El reconocimiento de los derechos de participación se encuentra directamente relacionado con la vida democrática del Estado intercultural y plurinacional de derechos presente en la Constitución de Ecuador. En la doctrina, la democracia comunitaria es sinónimo de la democracia intercultural, categoría que fue promovida por el movimiento indígena con los distintos levantamientos en la década del noventa del siglo XX; sin embargo, tal como señala Rodríguez, el desarrollo de los derechos culturales se realizó en el contexto económico neoliberal⁴⁸.

En el art. 104 de la Carta Magna se establece que la ciudadanía podrá solicitar la convocatoria a consulta popular sobre cualquier asunto nacional siempre que cuente con el respaldo de un número no inferior al 5% de las personas inscritas en el registro electoral; y sobre un asunto de carácter local si tiene el respaldo de al menos el 10% del correspondiente registro electoral. Hay que resaltar que el art. 57 de la norma suprema establece el derecho de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a la consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente. Sin embargo, el Estado ecuatoriano ha autorizado megaproyectos mineros y petroleros en territorios en los cuales habitan

48 Adriana Rodríguez, *El largo camino del Taki Unkuy. Los derechos lingüísticos y culturales de los pueblos indígenas del Ecuador* (Quito: Huapuni, 2017): 115.

campesinos que son expropiados de sus tierras y de su cultura a través de procesos de extrahección.

De hecho, la Constitución de Ecuador 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 oportunamente⁴⁹. Así, se extiende el derecho a la consulta en temas ambientales, no solo a favor de los colectivos indígenas, sino en beneficio de todas las personas que vean en riesgo sus derechos a causa del extractivismo; por ejemplo, los campesinos. Cabe señalar que, en la práctica, la consulta previa no se cumple. De hecho, las medidas de reparaciones que dictó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Sarayaku vs. Ecuador* (2012), son uno de los casos emblemáticos de la región Latinoamericana en cuanto al incumplimiento estatal de efectuar la consulta previa.

Frente a las limitaciones de la consulta previa, una de las estrategias de resistencia de los colectivos en defensa de sus territorios biodiversos ha sido justamente ampliar las estrategias de lucha antiextractivista hacia otras instituciones jurídicas como la consulta popular. De hecho, varias parroquias rurales del país se han organizado para proteger a los páramos, así como la gestión del agua, recurriendo para ello a la consulta popular, que de acuerdo a la Constitución es de cumplimiento obligatorio⁵⁰. Uno de los casos más conocidos es la consulta popular realizada sobre la aprobación o rechazo a la explotación minera en el páramo de Kimsakocha del cantón Cuenca, y dos de sus parroquias rurales, Victoria del Portete y Tarqui. Sus pobladores paramunos, hasta antes del proceso de consulta efectuado en el año 2018, llevaban alrededor de 15 años de resistencia minera en los páramos contra el proyecto Minero Loma Larga-Kimsakocha que se pretendía ejecutar dentro

49 Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art.398.

50 Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art.106.

del ecosistema en el que se encuentran cerca de 35 sistemas de aguas destinadas a las comunidades y ciudades cercanas⁵¹.

La consulta de Kimsakocha fue promovida por los habitantes paramunos y el movimiento indígena ecuatoriano, ya que desde la concesión minera no se había realizado un proceso sistemático de consulta previa a los pueblos indígenas que habitan en la zona, ni ningún tipo de participación en la delimitación del páramo. Tras un largo proceso administrativo y judicial que inició en el año 2012, finalmente el 24 de marzo de 2019 se pudo efectuar la Consulta Popular a los habitantes del cantón Girón de la provincia del Azuay. Los resultados arrojaron que el 86,7% de los votantes estaban en contra de que se realicen actividades mineras en los páramos o fuentes de agua del sistema hidrológico. Sin embargo, la voluntad popular no fue respetada y actualmente se encuentra en ejecución el proyecto Minero Loma Larga-Kimsakocha. En el mismo año, el prefecto indígena de la provincia del Azuay, Carlos Pérez Guartambel promovió otra consulta popular local sobre la protección de los páramos en la que se pretendía preguntar a los habitantes del Azuay:

¿Está usted de acuerdo con la prohibición, sin excepción, de actividades de prospección, exploración y explotación de minería metálica en fuentes de agua, zonas de recarga, descarga y regulación hídrica, páramos, humedales, bosques protectores y ecosistemas frágiles en la provincia del Azuay?⁵².

Dicha consulta no llegó a ejecutarse puesto que la Corte Constitucional aduciendo que la pregunta no había superado el control constitucional del cuestionario. Sin embargo, la alta Corte, en su dictamen desfavorable señaló que las Consultas populares sobre explotación de recursos naturales y proyectos extractivistas tienen carácter constitucional y cumplen con el principio democrático establecido en la Carta Magna⁵³.

51 Julio Zhagui y César Ruiz, “Formas comunicacionales de resistencia indígena campesina frente al Proyecto Minero Kimsakocha en Ecuador”, *Ciencia e Interculturalidad* 23, n. 2 (2018): 306.

52 Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen n. 9-19-CP/19, 17 de septiembre de 2019.

53 Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen n. 9-19-CP/19, 17 de septiembre de 2019.

Por otro lado, en cuanto a la competencia del Estado sobre los recursos del subsuelo, la Corte constitucional ecuatoriana fue clara en señalar que no existe una incompatibilidad entre la competencia del Estado y los derechos de participación. A pesar de que la Constitución ecuatoriana reconoce los derechos de la naturaleza en general y la protección de los páramos en particular, no queda claro el tipo de protección y conservación que estos deben tener. El Código Orgánico del Ambiente también establece que la población tiene derecho a vivir en un ambiente sano⁵⁴, lo que incluye el manejo sostenible de los ecosistemas, con especial atención a los ecosistemas frágiles y amenazados tales como páramos, humedales, bosques nublados, bosques tropicales secos y húmedos, manglares y ecosistemas marinos y marinos-costeros. Además, esta norma declara que los páramos son áreas protegidas y no pueden ser objeto de ningún tipo de actividad extractiva, tal como lo señala el art. 407 de la Constitución. No obstante, la ley le otorga la competencia exclusiva a la Autoridad Ambiental Nacional –Ministerio del Ambiente– para considerar los criterios de áreas protegidas. Una contradicción de las competencias del Estado que dejan un vacío en cuanto a la protección de los páramos y la participación de la población paramuna.

Ecuador perdió un momento ideal para construir una justicia intercultural que permita la construcción de un dialogo horizontal con los colectivos humanos excluidos de las decisiones públicas, quienes llevan sobre sus hombros una historia de resistencia al capitalismo colonial. Una decisión que, además, contradice con lo establecido en el preámbulo de la Constitución ecuatoriana cuando señala que el pueblo soberano de Ecuador es heredero de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo.

4. La protección de los Himalayas de la India a través de los derechos de la naturaleza

A pesar de las diferencias culturales y la distancia geográfica que separan a las montañas andinas y a los Himalayas indios, las altas Cortes de Colom-

54 Código Orgánico del Ambiente, Registro Oficial 983, 12 de abril de 2017, art.5.

bia, Ecuador y La India han apostado por resolver litigios sobre conflictos socio-ecológicos bajo un nuevo fundamento derivado del reconocimiento de los derechos de la naturaleza. Las altas Cortes de La India han mostrado un evidente interés en la protección de la diversidad cultural y religiosa al momento de resolver los litigios que versan sobre proyectos extractivistas y contaminación a la naturaleza. En La India se estima que los flujos de ríos vitales para los cultivos de los agricultores, que dependen del agua de deshielo de los glaciares en la estación seca, son interrumpidos debido al derretimiento de un tercio del hielo en el Himalaya y el Hindú Kush⁵⁵

Por otro lado, las especies silvestres que habitan en los macizos indios también se están viendo afectadas. De acuerdo con la UNESCO, los cerros boscosos de las faldas del Himalaya acogen a numerosas especies animales en peligro de extinción cuya principal amenaza es la caza ilegal, principalmente de rinocerontes.⁵⁶ Adicionalmente, no solo las actividades extractivas de minerales como la bauxita están contaminando los Himalayas, sino también la deforestación y el turismo religioso a gran escala. En países sumamente creyentes como la India⁵⁷, el exceso de visitas turísticas a lugares sagrados que se encuentran dentro de los ecosistemas frágiles acelera el deterioro del sistema de los Himalayas, debido a la falta de conciencia ambiental que provoca extracción de especies de su hábitat natural, contaminación del suelo y cuerpos de agua debido al mal manejo de residuos, etc⁵⁸.

55 Sharma Gopal, “Derretimiento de Himalaya afectará ríos y cultivos en Asia: estudio” *Reuters*, 4 de febrero. Acceso el 20 de marzo de 2020. <https://lta.reuters.com/articulo/clima-himalayas-idLTAKCN1PT1HI>

56 UNESCO, Paris, “Patrimonio mundial en manos de jóvenes. Conocer, atesorar y actuar”, 2005, 138

57 High Court of Uttarakhand at Nainital, 20 de marzo de 2017: Los hindúes tienen una profunda conexión espiritual con el Ganges y el Yamuna. Según las creencias hindúes, un baño en el río Ganges puede lavar todos los pecados. El Ganges también se llama ‘Ganga Maa’. Se encuentra mencionado en las antiguas escrituras hindúes, incluyendo Rigveda.

58 Carlos Pérez, Lilia Zizumbo y Miguel González, “Impacto ambiental del turismo en áreas naturales protegidas; procedimiento metodológico para el análisis en el Parque Estatal El Ocotal”, *Revista El Periplo Sustentable* 16 (2009): 5.

La alta Corte de Uttarakhand at Nainital señaló a dos glaciares que están siendo afectados: el glaciar Gangotri –situado en el Estado de Uttarakhand–, que sufre un derretimiento sistemático desde 1971. El glaciar es la fuente de la que nace el río Ganges –considerado una deidad en la India–. Por otra parte, el glaciar Yamunotri localizado en el Estado de Uttarakhand –de donde nace el río Yamuna– también está retrocediendo a un ritmo alarmante⁵⁹. Por tal motivo, la Corte, con fundamentos científicos, jurídicos y filosóficos, decidió otorgar derechos, deberes y responsabilidades a favor de la naturaleza, específicamente de los glaciares Yamunotri y Gangotri, así como a ríos, arroyos, riachuelos, lagos, aire, prados, valles, selvas, bosques, humedales, praderas, manantiales y cascadas⁶⁰. La sentencia que dispone proteger a los glaciares es mucho más holística que la conocida sentencia a favor de los ríos Ganges y Yamuna⁶¹, puesto que no se basa únicamente en la religión para justificar la necesidad de otorgar derechos a varios elementos de la naturaleza, sino que además evidencia la crítica situación de los glaciares y los efectos negativos de su degradación para el cambio climático.

En cuanto al argumento biológico, la alta Corte señala que el hielo glaciar es el mayor reservorio de agua dulce en la tierra, y que en el Estado de Uttarakhand hay varios parques naturales que están siendo amenazados por factores antrópicos, entre ellos, la deforestación a gran escala que está despojando a la montaña de bosques y selva. Adicionalmente, el orden judicial nos recuerda que estos parques naturales funcionan como pulmones para toda la atmósfera⁶². Por lo tanto, La India, al igual que Ecuador y Colombia, reconoce la importancia de proteger los ecosistemas biodiversos. Recordemos que, por un lado, el orden judicial colombiano estableció la importancia de preservar los páramos de Pisba y Santurbán por ser fuentes vitales de agua para el ser humano y para las miles de especies que habitan en los páramos. Por otro lado, las altas Cortes de Ecuador –tanto la Corte Constitucional

59 High Court of Uttarakhand at Nainital, 20 de marzo de 2017

60 Id.

61 Id.

62 Id.

como la Corte Nacional de Justicia– afirmaron la importancia de que el orden judicial emita parámetros que permitan preservar las áreas protegidas que son el hábitat de cientos de especies. En lo referente a los fundamentos filosóficos, la Corte de Uttarakhand, desde una hermenéutica intercultural, señala que las escrituras religiosas profesan la necesidad de proteger a los elementos de la tierra garantizándoles el pleno goce del derecho a un hábitat saludable. También se cita la relación que existe entre los árboles y la religión, y la importancia de estos para el mantenimiento de la cultura, para lo cual cita a la ecologista keniana premio nobel de la paz, Wangari Muta Maathai⁶³.

Además, la Corte cita normas internacionales y de derecho comparado que justifican la necesidad de proteger a los ríos y bosques⁶⁴. Finalmente, la sentencia hace referencia –tal como lo hizo la sentencia colombiana T-622 de 2016 sobre el río Atrato– a la ley neozelandesa *Te Awa Tupua Act* 2014, que declaró al Parque Nacional de *Te Urewera* como persona jurídica con el fin de preservar el parque, los sistemas ecológicos indígenas, la biodiversidad y su patrimonio cultural histórico. Se designó a los representantes (*personas in loco parentis*) para proteger, conservar y preservar los ecosistemas del Estado de Uttarakhand y se aclaró que los derechos de estas personas jurídicas son equivalentes a los derechos de los seres humanos, y los daños causados a estos organismos se tratarán como lesiones causadas a los seres humanos. Un reconocimiento que retoma los valores propios de la cultura hindú con lo más avanzado sobre protección a la naturaleza. Se trata de un ejercicio hermenéutico que no solo es intercultural al interior de su propia diversidad, sino también exterior, pues dialoga con otros ordenamientos jurídicos (Nueva Zelanda) que reconocen la importancia de abordar estos litigios desde la bioculturalidad.

63 High Court of Uttarakhand at Nainital, 20 de marzo de 2017.

64 La Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres, La Declaración de Tilarí de 30 de mayo de 1968, La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente (High court of Uttarakhand at Nainital, 30 de marzo de 2017).

En la sentencia de los glaciares se desarrolla los fundamentos éticos que permiten comprender la relación entre la cultura de los ciudadanos indios y sus afecciones por la naturaleza. La Corte dispone al Estado Indio que tome las medidas necesarias para regularizar los 50 crematorios que se encuentran funcionando ilegalmente, y que se vigile que todas las industrias, hoteles, monasterios y otros establecimientos que descarguen sus aguas servidas a los ríos sean clausurados. Claro está que el reconocimiento jurisprudencial de las fuentes de agua como sujetos de derechos no basta para garantizar su protección, por lo que se requiere la voluntad política de los diferentes órganos estatales a fin de que ejecuten a cabalidad las órdenes judiciales. En la práctica, a pesar de que los glaciares Yamunotri y Gangotri son considerados sujetos con derechos, actualmente el gobierno de la India está ejecutando un proyecto para la construcción de la carretera *Char Dham* de una longitud de 900 km en una zona ecológicamente sensible de Uttarakhand, que conecta los cuatro principales sitios de peregrinación hindú: Yamunotri, Gangotri, Kedarnath y Badrinath.

El gobierno justifica la pertinencia de esta obra con el argumento de que la carretera facilitará el tránsito de peregrinos al *Char Dham* y el despliegue militar para la defensa de la frontera con China. Sin embargo, los grupos ecologistas han realizado una serie de protestas en contra de este proyecto, denunciando que la construcción de una carretera de esas magnitudes en la zona montañosa de Uttarakhand estaría convirtiendo al sitio en una zona de deslizamiento activo. Los impactos de los grandes proyectos y obras públicas ya fueron visibilizados durante las inundaciones de 2013 que se cobraron casi 6.000 vidas e infligieron daños por miles de rupias.

Las políticas públicas de desarrollo económico –basadas en el turismo religioso y la defensa del Estado– han dado carta abierta a la construcción de una mega obra que está causando serios impactos ecológicos en las montañas indias. Esto es contrario al orden judicial que ha puesto en evidencia la necesidad de garantizar la protección de bosques y ríos por su valor ético, biológico y social. La apuesta por el desarrollo económico sobre la preservación de la naturaleza termina avalando la contaminación

de las fuentes de agua y de la biodiversidad presente en una zona determinada.

5. Conclusiones

La explotación a la naturaleza ha sido posible debido a la consolidación del pensamiento logocéntrico que representa un proyecto monocultural para ordenar el mundo en función de la modernidad. Además, crea un contexto cada vez más economizado, tecnificado y destructivo con el ambiente⁶⁵. Esta investigación evidencia el hito jurídico-político que marcaron las altas cortes de Colombia y La India al otorgar el estatus de sujeto de derechos a los páramos y a los glaciares.

De igual modo, se ha puesto en evidencia que las altas Cortes ecuatorianas, a pesar de tener un marco constitucional favorable a la naturaleza, aún no logran desarrollar el contenido de estos derechos. Estos tribunales tampoco han efectivizado el derecho a la consulta previa y a la consulta popular, a pesar de ser dos mecanismos idóneos para proteger la vida paramuna. De ahí que es necesario que la Corte Constitucional de Ecuador en sus futuros fallos, desarrolle los parámetros de protección hacia los páramos andinos. Estos parámetros se deben construir tomando en consideración tanto el principio de interculturalidad como el principio ecocéntrico plasmado a lo largo de la Carta Magna.

El análisis de las sentencias nos permite comprender que los derechos de la naturaleza, los derechos de participación y los derechos culturales deben ser interpretados simultáneamente a la luz de los principios de interculturalidad y ecocentrismo. Esto, debido a que la interculturalidad establece profundos diálogos frente a los conflictos ecológicos que se presentan en sociedades heterogéneas con éticas ecológicas distintas. La justicia no está exenta de estos diálogos, ya que debe promover una mayor comprensión de los fundamentos éticos sobre protección de los territorios biodiversos:

65 Arturo Escobar, *Más allá del tercer mundo, globalización y diferencia* (Bogotá: Instituto colombiano de antropología e historia, 2012): 148.

los saberes de los colectivos que ven en el páramo su fuente de vida pasada, presente y futura deben ser respetados y protegidos, porque en ellos existe un fundamento ético legítimo. De igual modo, el ecocentrismo nos invita a deconstruir la idea generalizada respecto a que la naturaleza es un objeto apropiable que puede ser usado hasta su exterminio. Solo en la medida que los jueces garanticen el respeto a los principios de correspondencia, complementariedad y reciprocidad, que existe entre humanos y naturaleza, se podrá desarrollar el contenido de los derechos de la naturaleza bajo un enfoque intercultural y ecocéntrico.

La tarea pendiente de las altas Cortes está en alejarse de las normas que promueven la mercantilización de la vida y acercarse a los colectivos históricamente excluidos para construir un constitucionalismo intercultural y popular⁶⁶; un constitucionalismo del oprimido⁶⁷; en definitiva, un constitucionalismo de la naturaleza que promueva una auténtica democracia de la tierra.

66 Para ahondar en el constitucionalismo popular leer Niembro Roberto 2013, 191-224.

67 Para ahondar en el constitucionalismo del oprimido, leer Ávila (2019).

¿Pueden comparecer los ausentes? Los fundamentos que justifican el acceso de la naturaleza a la justicia en Alemania y Ecuador¹

Andreas Gutmann*
Viviana Morales Naranjo**

Resumen

La ley es profundamente antropocéntrica y tiende a excluir a la naturaleza como sujeto procesal. En consecuencia, en la mayoría de los Estados, la contaminación y la destrucción de los ecosistemas o el abuso animal no pueden ser reclamados directamente por la naturaleza. Esta premisa ha sido cuestionada constantemente por las organizaciones ecologistas, los pueblos indígenas y otros movimientos sociales. Los Derechos de la Naturaleza (RoN por sus siglas en inglés) se han convertido en una de las herramientas sociales preferidas para cuestionar el antropocentrismo jurídico. Esta investigación parte del supuesto de que el acceso a la justicia en temas ambientales sería más efectivo, si la naturaleza tuviera derechos autónomos que puedan ser reclamados ante los tribunales.

1 El artículo original en inglés fue publicado bajo el nombre de “Should the Absentees Have Standing? The Fundamentals that Justify Nature Accessing Justice in Germany and Ecuador”, publicado en “World Comparative Law / VRU” review, No. 3, 2021, 331-351, <https://www.vrue.nomos.de/en/>. Esta investigación fue financiada por la Fundación Alemana de Investigación (DFG), 421427080 – Die Naturaleza Rechtsperson, Andreas Fischer Lescano.

* Andreas Gutmann es Abogado y asistente de investigación en la Universidad de Kassel, Alemania.

** Viviana Morales Naranjo es abogada especialista en derecho ambiental y profesora en el IAEN, UDLA, Quito, Ecuador, vivianamoralesnaranjo@outlook.fr.

Palabras clave: Ecocentrismo, animales, sujeto de derecho, naturaleza, Biocentrismo.

Introducción

Está ampliamente difundida la idea de que la respuesta jurídica a la crisis ecológica es deficiente. Estas deficiencias podrían estar arraigadas en la actitud antropocéntrica del derecho moderno. El antropocentrismo concibe a los humanos como separados de la llamada naturaleza. Por lo tanto, los humanos fungen un papel jurídico distinto al resto de los elementos de la naturaleza. La naturaleza puede ser utilizada y transformada para fines humanos. En esta visión del mundo, el derecho ambiental tiene que satisfacer las necesidades humanas, por ejemplo, proteger la salud humana y garantizar el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación. Estos supuestos subyacentes del derecho ambiental a menudo limitan el acceso a la justicia.²

Eduardo Gudynas señala que, bajo el enfoque clásico, las preguntas sobre los asuntos ambientales se resuelven en relación con los derechos humanos, o las implicaciones para las personas. Así, desde la justicia ambiental la naturaleza es vista como objeto, y por lo tanto su perspectiva es antropocéntrica.³

Como una forma de superar estas debilidades estructurales del derecho ambiental, la idea de los RoN está ganando cada vez más popularidad. La idea se basa en el supuesto de que el acceso a la justicia en cuestiones ambientales sería más efectivo, si la naturaleza tuviera derechos autónomos que puedan ser reclamados ante los tribunales. Si bien la pregunta de Christopher Stone “¿Deberían poder comparecer los árboles ante la justicia?”⁴ fue denegada por la Corte Suprema de los Estados Unidos hace casi 50 años,

2 Joshua J. Bruckerhoff, Giving Nature Constitutional Protection, *Texas Law Review* 86 (2008), pág. 618.

3 Eduardo Gudynas, La senda biocéntrica: valores intrínsecos, derechos de la naturaleza y justicia ecológica, *Tabula Rasa* 13 (2010), p. 56.

4 Christopher D Stone, Should Trees have Standing? – Towards Legal Rights for Natural Objects, *Southern California Law Review* 45 (1972), p. 450.

el debate sobre la pertinencia de los derechos de la naturaleza ahora se encuentra vigente en muchos lugares del mundo, como Ecuador,⁵ Colombia, Bolivia⁶ y Nueva Zelanda.⁷ La idea de RoN viaja por todo el mundo. Los movimientos de la sociedad civil juegan un papel importante aquí y forman un movimiento global.⁸

El objetivo de esta investigación es determinar los fundamentos éticos utilizados por el movimiento en defensa de la naturaleza para justificar el acceso a la naturaleza a la justicia y reclamar sus derechos. A través de una hermenéutica diatópica que reconoce la diversidad y pluralidad de sociedades heterogéneas, se investigan los avances en el acceso a la justicia de la naturaleza en países con diferentes realidades políticas, jurídicas, económicas y culturales. Por lo tanto, el propósito principal es “aprovechar al máximo la incompreensión mutua de las culturas a través del diálogo con un pie en una cultura y el otro pie en la otra”.⁹ Por lo tanto, recurriremos a un diálogo entre diferentes regímenes normativos y epistemológicos que constantemente se encuentran, chocan e interactúan.¹⁰

5 Ver Andreas Gutmann, ¿Pachamama como persona jurídica en este volumen; Andreas Gutmann, *Hybride Rechtssubjektivität: Die Rechte der “Natur oder Pacha Mama” in der ecuadorianischen Verfassung von 2008*, Baden-Baden 2021.

6 Ley N°071, Ley de Derechos de la Madre Tierra; Ley N°300, Ley Marco de la Madre Tierra y del Desarrollo integral para Vivir bien, see Diana Murcia Riaño, Estudio de la cuestión en los ámbitos normativo y jurisprudencial, in: Adolfo Maldonado / Esperanza Martínez (eds.), *Una década con Derechos de la Naturaleza*, Quito 2019, p. 59.

7 Elaine C. Hsiao, *Whanganui River Agreement – Indigenous Rights and Rights of Nature*, *Environmental Policy and Law* 42 (2012), págs. 371 y ss.; Laura Schimmöller, *Paving the Way for Rights of Nature in Germany: Lessons Learnt from Legal Reform in New Zealand and Ecuador*, *TEL* 9 (2020), pp. 569 et seqq; Mihnea T, Los derechos de la naturaleza como política, en: Daniel Corrigan / Markku Oksanen (eds.), *Rights of Nature: A Re-examination*, Oxon: 2021, pp. 73 et seqq.

8 Ver Andreas Gutmann, *La tendencia mundial hacia los derechos de la naturaleza*, en este volumen.

9 Raimon Panikkar, *The Intrareligious Dialogue*, Nueva York 1999, p. 33.

10 Ver Catherine Walsh, *Interculturalidad, estado, sociedad: Luchas (de) coloniales de nuestra época*, Quito 2009, p. 44.

Esta investigación se centra en dar voz a los ausentes y abandonar la razón metonímica. Utilizamos la sociología de las ausencias, desarrollada por Boaventura de Sousa Santos, que revela la multiplicidad de prácticas sociales que desafían la credibilidad exclusiva de los hábitos hegemónicos.¹¹ Santos espera que las múltiples crisis actuales puedan ser enfrentadas revelando una multitud de prácticas y epistemologías. Esta metodología se basa en la premisa bajo la cual la realidad no puede reducirse a lo que se puede ver a simple vista. Hay realidades que han sido invisibilizadas y que necesitan ser sacadas a la luz.¹² Por eso, Santos sugiere “transformar cosas imposibles en posibles”.¹³ Efectivamente, en esta investigación veremos que los derechos han sido atribuidos a un número limitado de titulares (seres humanos, personas jurídicas,¹⁴ Estados¹⁵), lo que al mismo tiempo excluye a otras entidades del acceso a la protección directa por la Ley. Por ejemplo, bajo la sociología de las ausencias se puede observar que la naturaleza no ha sido considerada como parte de la comunidad moral que merece la tutela del Estado, excepto en aquellos casos en que los ecosistemas y sus elementos han sido vistos como una forma de garantizar los derechos humanos.

Por otro lado, utilizamos la sociología de las emergencias que nos permite buscar alternativas que se ajusten al horizonte de las posibilidades concretas.¹⁶ La sociología de las emergencias se basa en la idea de que ya existen alternativas a las prácticas nocivas, como la degradación ambiental, y que estas deben salir a la luz. Esta metodología nos enfrenta a los patrones excluyentes y nos lleva a la búsqueda de alternativas más inclusivas.¹⁷ Así,

11 Boaventura de Sousa Santos, *El milenio huérfano: Ensayos para una nueva cultura política*, Madrid 2005, p. 162.

12 Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del sur*, Quito 2010, p. 47; Boaventura de Sousa Santos, *Epistemologien des Südens – Gegen die Hegemonie des westlichen Denkens*, Münster 2018, p. 239.

13 Santos, nota 11, p. 160.

14 Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva 22/16, 26 de febrero de 2016.

15 Ecuador, Corte Constitucional, sentencia 282-13-JP/19, 4 de septiembre de 2019.

16 Santos, *Epistemologien*, nota 12, p. 273.

17 Santos, nota 11, p. 170.

todos aquellos que se sienten descontentos con la imposición de las reglas de la modernidad hegemónica que mercantiliza la naturaleza, buscan horizontes alternativos basados en experiencias que ya existen pero que han sido suprimidas o al menos ocultadas.¹⁸ Por lo tanto, bajo la sociología de las emergencias, los defensores de la naturaleza muestran que los derechos pueden ser atribuidos a sujetos históricamente excluidos de la tutela del Estado, en este caso, la naturaleza. Además, veremos que las demandas, protestas y peticiones institucionales en defensa de la tierra visibilizan que el derecho puede ser utilizado como herramienta para detener la apropiación excesiva, comercialización y destrucción de la naturaleza; Esto es visto como el uso contra-hegemónico de la ley.¹⁹

1. Exclusión y demandas de inclusión

La ausencia de la naturaleza en los procedimientos judiciales no es “natural”, sino que se produce a través de un proceso de exclusión activo. La no existencia ocurre cuando una entidad se vuelve invisible o incomprensible.²⁰ Como nos recuerda Santos, las epistemologías contrahegemónicas siempre están ahí, pero sufren de invisibilización.²¹ Lo mismo se aplica con respecto al papel de la naturaleza dentro del derecho. Esta investigación muestra que los diferentes actores sociales han tratado de vivibilizar el interés de la naturaleza dentro de los procedimientos judiciales. Sin embargo, el derecho a menudo tiende a invisibilizar tales reclamos negando el acceso a la justicia.

Por lo tanto, ¿Cómo podemos eliminar las prácticas excluyentes que restringen el acceso de la naturaleza a la justicia? La respuesta debe considerar los fundamentos epistemológicos alternativos de “derechos fundamenta-

18 Cf. Boaventura de Sousa Santos, *Sociología jurídica crítica: Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid 2009, p. 461.

19 Boaventura de Sousa Santos, *El uso contra-hegemónico del derecho en la lucha por una globalización desde abajo*, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 39 (2005), p. 363-420.

20 Cf. Santos nota 11, p. 160; Santos, *Epistemologien*, nota 12, p.244.

21 Santos nota 11, p. 160 y ss.

les”²², “derechos subjetivos”²³ o “dignidad humana”²⁴. Se requiere aceptar la ética biocéntrica y ecocéntrica que se ha construido sobre la base de las prácticas de los grupos humanos –campesinos, indígenas, animalistas y ecologistas que mantienen relaciones armoniosas con sus territorios biodiversos y/o las especies que los habitan. Además, esta ética se basa en los avances científicos que confirman la importancia de mantener y proteger los ciclos de vida y los procesos evolutivos y reconocer el valor intrínseco de cada elemento presente en la tierra.

Precisamente, el movimiento en defensa de la naturaleza –llamado por Cullinan *el earthjurisprudence movemen*–²⁵ muestra que existen formas no antropocéntricas bajo las cuales los humanos pueden relacionarse con otros elementos vivos. El papel principal de este movimiento es traducir las pretensiones y necesidades de la naturaleza al lenguaje de los derechos. Las demandas presentadas por el movimiento en defensa de la naturaleza desafían permanentemente la brecha entre el derecho y la justicia y visibilizan las violaciones de los derechos humanos y ecológicos que resultan de las actividades contaminantes. Estos intentan cambiar el enfoque antropocéntrico

22 Luis Ferrajoli, *Epistemología jurídica y garantismo*, México, Hoteles en Fontamara, 2008, pág. 19: Ferrajoli Se refiere a los “derechos fundamentales” como aquellos que corresponden universalmente a todos los seres humanos como dotados de estatutos de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar.

23 Ramiro Avila Santamaría, *El derecho de la naturaleza: fundamentos*, en: Alberto Acosta / Esperanza Martínez (eds.), *La naturaleza con derechos: De la filosofía y la política*, Quito 2011, p. 181: cuando se habla de “derecho subjetivo”, se hace referencia al ser humano y, en el mejor de los casos, a las comunidades, pero nunca a la naturaleza; Para una discusión sobre si el concepto de derechos subjetivos es apropiado para la naturaleza, véase Gutmann, Pachamama nota 5.

24 Bajo el fundamento de la “dignidad humana”, existe una premisa generalizada de que sólo aquellos que tienen autonomía de voluntad pueden estar sujetos a los derechos. Por lo tanto, nadie puede ser un medio para cumplir los propósitos de los demás, una regla general, a menos que ser promedio sea un fin al mismo tiempo.

25 Cormac Cullinan, *Wild Law. A manifesto for the justice of the land*, 2^{da} ed., Vermont 2019.

del derecho hacia una orientación más inclusiva que abarca epistemologías biocéntricas y ecocéntricas.

2. Fundamentos teóricos sobre la protección de la naturaleza: comprender el biocentrismo y el ecocentrismo

Ramiro Ávila, jurista y juez de la Corte Constitucional ecuatoriana, ve a los RoN como una reacción específica a la modernidad occidental y su comprensión de la naturaleza. Bajo la modernidad, la lógica capitalista se consolida progresivamente, opuesta a otras posibles comprensiones de la socialización humana. “De esta manera, la modernidad hegemónica apuesta por un racionalismo científico, como forma exclusiva de conocimiento; por el capitalismo, como forma de relación humana; por la colonialidad, como mecanismo de imposición cultural; y por la colonización, como forma de ejercicio del poder”. Bajo esta lógica, la naturaleza es vista como un mero recurso que puede ser utilizado por los seres humanos y permanece pasiva de la imposición cultural; y por la colonización, como forma de ejercicio del poder”.²⁶

En consecuencia, en la mayoría de los Estados, la contaminación y la destrucción de los ecosistemas o el maltrato animal no pueden ser desafiados directamente por la naturaleza. Por el contrario, se requiere probar la afectación de los seres humanos y la naturaleza solo participa indirectamente, lo que provoca una exclusión permanente de la naturaleza.²⁷

26 Ramiro Ávila, *La utopía del oprimido, los derechos de la naturaleza y el buen vivir en el pensamiento crítico, el derecho y la literatura*, México D.F., Akal 2019, p. 136-137

27 Cf. Francine Rochford, *Rights of Nature* in a *Water Market*, en: Daniel Corrigan / Markku Oksanen (eds.), *Rights of Nature: A Re-examination*, Oxon 2021, pp. 55 et seqq; Miguel Kloepfer, Art. 20a, en: Wolfgang Kahl / Cristiano Waldhoff / Christian Walter (eds.), *Bonner Kommentar GG*, 116ª ed., Múnich 2005, número marginal 103; Dieter Sterzel, *Ökologie, Recht und Verfassung*, *Kritische Justiz* 25 (1) (1992), p. 20; para los EE.UU. sigue siendo relevante el clásico Christopher D. Stone, nota 4 p. 450 y ss.

3. Biocentrismo y ecocentrismo

Tanto el biocentrismo como el ecocentrismo implican un cambio epistemológico en la forma antropocéntrica de relacionarse con la naturaleza. Las contribuciones bio y ecocéntricas, que desarrollan el contenido de la ética de la tierra, presentan ciertas diferencias que merecen ser analizadas por separado y luego entrelazadas a través del discurso de los RoN. Por un lado, bajo la perspectiva biocéntrica, el ser humano es consciente de que las relaciones que mantiene con el mundo natural deben basarse en el respeto a los intereses de cada individuo.²⁸ Esta afirmación no aboga por una naturaleza intacta; por el contrario, los seres humanos pueden hacer uso de todos los elementos naturales que son necesarios para que la vida humana se perpetúe²⁹ sin olvidar que existen dinámicas ecológicas que son competitivas, de depredación, etc., lo que implica la posibilidad de satisfacer las necesidades vitales sin un fin de acumulación.³⁰

Por otro lado, el ecocentrismo es la propuesta de filosofía moral que se centra en la protección holística de los ecosistemas. El ecocentrismo se preocupa por la tutela a los sistemas ecológicos. La ética ecocéntrica está plasmada tanto en varias epistemologías indígenas como en teorías científicas de origen occidental, por lo que es necesario analizar el ecocentrismo bajo una perspectiva intercultural.³¹ En la filosofía andina del *sumak kawsay* o

28 Naess, *Une Écosophie pour la vie*, París 2013, p. 120 y ss.; Naess, el promotor de ecología profunda, desarrolló los 7 principios de Ecofísica siendo uno de estos biosférico igualitarismo. Este principio implica un profundo respeto, incluso veneración, por las diferentes formas y modos de vida, donde todos tienen el mismo derecho a vivir y florecer.

29 Santiago Vallejo, *La Considerabilidad moral: fundamento ético del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derecho*, Letras VERdes 26 (2019), pág. 22; Val Plumwood, *Decolonizing relationships with nature*, en: Martin Mulligan / William Mark (eds.), *Decolonizing nature*, Londres 2003, p. 61 demuestra que la noción de „Intacto naturaleza“ tiene un ímpetu colonial.

30 Gudynas nota 3, p. 55.

31 Para profundizar en el diálogo entre culturas sobre la protección de la naturaleza ver, Adriana Rodríguez / Viviana Morales, *Los derechos de la naturaleza en perspectiva intercultural en las Altas Cortes de Ecuador, La India y Colombia. Hacia la búsqueda de una justicia*

Suma Qamaña;³² o, en la filosofía hindú de *isha Upanishad*,³³ las comunidades viven en armonía con la naturaleza, que las engendra, alimenta y cobija y tiene su propia vida, y valores propios, más allá del ser humano.³⁴ Estos grupos utilizan los elementos de sus territorios biodiversos para satisfacer sus necesidades diarias respetando los ciclos productivos y reproductivos de la tierra.³⁵

De lo anterior, se puede deducir que tanto el biocentrismo como el ecocentrismo tienen claros puentes de diálogo. El biocentrismo apunta a la tutela individual de las formas de vida sin dejar de lado la protección de los espacios en los que estos habitan. El ecocentrismo también protege la vida en todas sus formas, por lo que, si los ecosistemas están protegidos de manera efectiva, los elementos de estos ecosistemas también lo estarán.

4. La relación entre los seres humanos y la naturaleza

A lo largo de los siglos XX y XXI, bajo el enfoque ecocéntrico y biocéntrico, numerosos grupos han establecido un marco de identidad común³⁶ y diversas estrategias de movilización destinadas a contrarrestar la contaminación y la destrucción de la naturaleza a través de la reapropiación de formas de relación no antropocéntricas entre los seres humanos y la naturaleza. El mo-

ecocéntrica, Quito 2020.

32 Ver: Andreas Gutmann / Alex Valle Franco, *Extraktivismus und das Gute Leben*, *Kritische Justiz* 52 (2019), p. 58 y ss.

33 Vandana Shiva, *Manifiesto para una democracia de la tierra*, Barcelona 2006, p. 17: *Isha Upanishad* implica que la vida individual debe aprender a disfrutar de sus propios beneficios al ser parte del sistema en una estrecha relación con otras especies.

34 Eduardo Galeano, *La naturaleza no es muda*, in: Alberto Acosta / Esperanza Martínez (eds.), *Derechos de la Naturaleza. El futuro eso ahora*, Quito 2009, p. 25 y ss.

35 Rodríguez/Morales nota 23.

36 Alberto Melucci, *Getting Involved: Identity and Mobilization in Social Movements*, en: Bert Klandermans / Hanspeter Kriesi / Sidney Tarrow, *From Structure to Action: Comparing Social Movement Research Across Cultures*, Greenwich 1998, p. 342: La identidad colectiva se refiere a elementos compartidos por individuos dentro de un grupo. También establece las oportunidades y limitaciones que enfrentan los individuos dentro del grupo.

vimiento en defensa de la naturaleza consiste en una serie de organizaciones rurales y urbanas –campesinas, indígenas, ecologistas y animalistas–. Entre estos grupos hay innumerables alianzas estratégicas. A pesar de sus diferentes orígenes, logran identificar “conexiones parciales”.³⁷

Cabe señalar que no todos los grupos en defensa de la naturaleza surgieron al mismo tiempo o con los mismos propósitos; por lo tanto, dentro del earthjurisprudence movement existen varios ejes con diferentes fundamentos: grupos animalistas y su defensa de los seres sintientes,³⁸ grupos campesinos en defensa de la tierra y el agua,³⁹ grupos indígenas en defensa del derecho a la autodeterminación y el respeto a los derechos colectivos;⁴⁰ y, colectivos ecológistas con reivindicaciones sobre el deterioro de los ecosistemas naturales y humanos y en defensa de un modelo político cultural que promueva otras formas de relacionarse con la naturaleza.⁴¹ Los derechos de la naturaleza nacieron de estas conexiones y actualmente se han convertido en una herramienta para abordar el antropocentrismo del derecho.

4.1. El eje rural del movimiento de la naturaleza

La biodiversidad se encuentra principalmente en la ruralidad porque el impacto de las industrias, la urbanización y la consiguiente destrucción de la

37 Andrea Sempértegui, *Indigenous Women’s Activism, Ecofeminism, and Extractivism – Partial Connections in the Ecuadorian Amazon*, *Politics & Gender* 2019, p. 1 et seqq.

38 Ver: David Boyd, *Los derechos de la naturaleza: Una revolución legal que podría salvar al mundo*, Bogotá 2020, pp. 21 y ss.

39 Ver: Stalin Herrera, *De la lucha por la tierra a la modernización conservadora*, Quito 2015, pp. 75 et seqq.; Adriana Rodríguez / Viviana Morales, *La protección de los manglares a la luz de los derechos de la naturaleza y de los derechos colectivos en Ecuador*, in: Miguel Angel Pacheco/Adriana Travé Valls (eds.), *Interculturalidad, derechos de la naturaleza, paz, valores para un nuevo constitucionalismo*, Valencia 2021, pp. 203 y ss.

40 Ver: Cordero David, *Los movimientos sociales como fuente de derecho constitucional: el caso del movimiento indígena en Plurinacional Estado del Ecuador*, tesis doctoral, Universidad de Cornell, 2018.

41 Ver: Ana María Varea / Carmen Barrera / Ana María Maldonado, *Ecologismo ecuatorial, conflictos socioambientales en ciudades*, tomo II, Quito 1997.

naturaleza se ha centrado principalmente en las grandes ciudades.⁴² Además, es más probable que los territorios biodiversos sean preservados cuando son administrados por comunidades que mantienen estrechos vínculos con la naturaleza. Estas prácticas sustentan los derechos bioculturales.⁴³ En efecto, frente a los procesos de resistencia al extractivismo que avanzan de manera sostenida hacia selvas, páramos, bosques, manglares, etc.,⁴⁴ aparecen resistencias campesinas e indígenas.

Las reivindicaciones de estos grupos también incluyen reivindicaciones culturales porque se enfrentan públicamente a la institucionalidad hegemónica en nombre de nuevos códigos culturales⁴⁵ donde la naturaleza no es vista como un objeto sino como un sujeto con las relaciones inexorables de correspondencia, complementariedad, relacionalidad y reciprocidad con los humanos.⁴⁶

4.2. El movimiento indígena y su percepción de la naturaleza

Los pueblos indígenas son, al menos en el contexto latinoamericano, un actor importante en la política ambiental. Muchos autores argumentan que los RoN se fundamentan en la filosofía indígena.⁴⁷ Tales suposiciones tie-

42 David Harvey, *Ciudades rebeldes. Del derecho de la ciudad a la revolución urbana*, Salamanca 2013, p. 14: La ciudad tradicional ha muerto, asesinada por el desarrollo capitalista desenfrenado, víctima de su insaciable necesidad de tener sobreacumulado capital ávido de inversión en un crecimiento urbano rápido e ilimitado, independientemente de las posibles consecuencias sociales, ambientales o políticas.

43 Kabir Sanjay Bavikatte / Tom Bennett, *Community stewardship: the foundation of biocultural rights*, *Journal of human rights and the environment* 6 (2015), p. 7 et seqq: los derechos bioculturales son aquellos que conectan a las comunidades, tierra y sus ecosistemas a través de los derechos de propiedad territorial tradicionales.

44 Para profundizar en *Extractivista prácticas en Ecuador y sus preocupaciones en materia de derechos humanos y naturaleza*, véase Rodríguez / Morales, nota 23.

45 Alberto Melucci, *Acción colectiva, vida cotidiana y democracia*, México 2010, p. 69.

46 Ávila Santamaría, nota 26, pág. 122 y ss.

47 Para los antecedentes, véase Mihnea Tănăsescu, *The rights of nature in Ecuador: the making of an idea*, *International Journal of Environmental Studies* 70 (2013), p. 846 et seqq.

nen que ser conscientes de no reproducir el estereotipo colonial del noble salvaje que vive en armonía inocente con la naturaleza. No existe un pensamiento indígena homogéneo. Sin embargo, muchos pueblos indígenas se relacionan con la naturaleza de una manera diferente a la cultura occidental. Según las cosmovisiones andinas, el cosmos es una entidad viviente.⁴⁸ No hay separación entre naturaleza y cultura.⁴⁹ Los humanos son parte del cosmos, llamado *Pacha*.⁵⁰ Esta red viviente se basa en numerosas relaciones e interdependencias que existen entre entidades humanas y no humanas.⁵¹ Esta cosmovisión basada en las relaciones (relacionalidad) es crucial para el pensamiento indígena andino.⁵² Según esta idea, el mundo entero es una red viva compleja, que consiste en diferentes formas de vida. Las entidades individuales, como los humanos o los miembros de otras especies, solo pueden existir dentro de esta red. Cada entidad desempeña un papel específico y tiene tareas específicas que sostienen la totalidad.⁵³

48 Josef Estermann, *Filosofía andina – Sabiduría indígena para un mundo nuevo*, 2nd ed., Quito 2015, p. 205.

49 Atawallpa Oviedo Freire, *Ruptura de dos Paradigmas – Una lectura de la Izquierda desde la Filosofía Tetrádica Andina*, in: Atawallpa Oviedo Freire. (ed.), *Bifurcación del buen vivir y el sumak kawsay*, Quito 2014, p. 148.

50 Raúl Llasag Fernández, *Derechos de la naturaleza: una mirada desde la filosofía indígena y la Constitución*, en: Carlos Espinosa Gallegos-Anda / Camilo Pérez Fernández, Camilo (eds.), *Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos*, Quito 2011, p. 78.

51 Ricardo Claverías Huerse, *Cosmovisión y planificación en las comunidades andinas*, Lima 1990, p. 143.

52 Estermann, nota 50, p. 143

53 Raúl Llasag Fernández, *El sumak kawsay y sus restricciones constitucionales*, Foro: *Revista de Derecho* 12 (2009), p. 115.

4.3. El eje urbano en defensa de la naturaleza

El término “ecologismo político” surgió en la década de 1970⁵⁴ para teorizar la lucha de los colectivos que hacen visibles las contradicciones y debilidades de la modernidad hegemónica. La evidencia científica⁵⁵ fue un factor decisivo para que la sociedad civil se organice y denuncie el crecimiento económico, la sociedad de consumo, la crisis del productivismo tecnocrático y el agotamiento de los recursos naturales. La posición de los ecologistas es fundamentalmente ecocéntrica, ya que se centran en exigir la custodia de los ciclos de vida y los procesos evolutivos de los ecosistemas humanos y no humanos que se pierden progresivamente por la industria.

Otro actor relevante del eje urbano es el movimiento animalista que se consolidó a partir de la década de 1970 como una forma de resistencia de la sociedad civil organizada al aumento de las cifras y formas de maltrato animal que se producen desde la segunda mitad del siglo XX. Bajo un enfoque biocéntrico, los animalistas basan su discurso político en teorías éticas que desarrollan la categoría ética y científica de la sintiencia⁵⁶ como una variable a tener en cuenta por el derecho.⁵⁷

54 Guillermo Castro Herrera, *Socialidad y colonialidad en la cultura de la naturaleza en nuestra América*, en: Héctor Alimonda / Catalina Toro Pérez / Facundo Martín (eds.), *Ecología política latinoamericana pensamiento crítico, diferencia latinoamericana y rearticulación epistémica*, Buenos Aires 2017, p. 299. A partir del decenio de 1970, ya se alentaron las visiones del mundo que no reconocían el mero crecimiento económico como prueba de los frutos del progreso y del progreso hacia la civilización a través del desarrollo. Por el contrario, expresaron su creciente preocupación por el carácter claramente insostenible de este desarrollo basado en la constante expansión de la exportación de materias primas a otras economías.

55 Donella H. Meadows / Dennis L. Meadows / Jorge Randers / William W. Behrens III, *The Limits to Growth*, Nueva York 1972, fue realizado por un grupo de investigadores del Instituto Tecnológico de Massachusetts (MIT) sobre los riesgos ecológicos de la industrialización y la contaminación.

56 Kenneth E. Goodpaster, *On Being Morally Considerable*, *Journal of Philosophy* 75 (1978), p. 316: la sintiencia es una característica adaptativa de los organismos vivos que les proporciona una mejor capacidad para anticipar, y así evitar, las amenazas a la vida.

57 Para profundizar en ver Viviana Morales, *Deconstruir la cultura taurine para cons-*

4.4. Puentes de diálogo

De lo anterior, se puede concluir que el discurso ecocéntrico y biocéntrico crea puentes de diálogo entre las diversas organizaciones urbanas y rurales. Todos los grupos defensores de la naturaleza promueven que los instrumentos políticos, jurídicos y técnicos deben respetar simultáneamente las epistemologías invisibilizadas de los pueblos y colectivos indígenas y campesinos, las contribuciones de los grupos contemporáneos –movimientos juveniles, feministas, animalistas– y los avances de la ciencia sobre la complejidad de los ecosistemas;⁵⁸ con el fin de detener la degradación de los ecosistemas y proteger las identidades culturales que mantienen vínculos no antropocéntricos con la naturaleza.

Todos estos movimientos se enfrentan a severas restricciones por el carácter excluyente de la ley. Sin embargo, el litigio estratégico, es decir, incluir en sus demandas un discurso de derechos, se ha convertido en una herramienta del aertjursprudence movement.

5. Golpeando la puerta de la justicia: reivindicando los RON

¿Cómo puede responder el derecho a las demandas ecocéntricas y biocéntricas? Estas visiones del mundo difícilmente encajan en los procedimientos judiciales. Sin embargo, el derecho se ha convertido en el campo de batalla preferido de las organizaciones en defensa de la naturaleza. Los ex ausentes alzan su voz ante los tribunales. El movimiento transnacional por los derechos de los animales puede servir como ejemplo de cómo los movimientos de base abordan la brecha entre la ley (antropocéntrica) y una noción de jus-

truer los derechos de los animales, *Foro Revisión* 34 (2020), p. 200: Hay teorías como la de Tom Regan Deontologismo, Mark Rowlands' Contractualismo o el utilitarismo de Peter Singer. Todos persiguen el reconocimiento de los seres sintientes como parte de la comunidad moral y la necesidad de que el estado garantice el bienestar del animal.

58 Fikret Berkes, *Sacred Ecology: Traditional ecological knowledge and resource management*, 2^{da} ed., Nueva York 2008, muestra interés en fusionar el conocimiento ecológico tradicional de los pueblos nativos con el conocimiento científico occidental.

ticia que abarca tanto a humanos como a no humanos. En muchos lugares, los derechos de los animales son alegados por estos movimientos. Reclaman el habeas corpus para animales enjaulados⁵⁹ o afirman que los animales poseen personalidad y, por lo tanto, están protegidos por derechos fundamentales,⁶⁰ que bajo una visión convencional solo protegían a los humanos.⁶¹ Incluso si la mayoría de estas demandas fracasan, algunas tienen éxito y se han vuelto emblemáticas.

No solo los animales, sino también toda la naturaleza debería poder golpear las puertas de las cortes, como afirman muchos ecologistas. Los Derechos de la Naturaleza se ha convertido en un instrumento jurídico muy debatido que genera expectativas en todo el mundo.⁶² Por ejemplo, hay campesinos que exigen la protección de sus tierras agrícolas,⁶³ culturas indí-

59 Sentencia argentina sobre Sandra Orangutan (EXPTE. A2174-2015/0), sentencia Colombia sobre oso Chucho (AHC4806 – 2017), sentencia ecuatoriana sobre Estrellita Singe (Caso 253-20-JH).

60 En Suiza, el Tribunal Federal (Tribunal federal) confirmó una petición popular presentada en el cantón de Basilea-Ciudad que sugiere para incluir una disposición de la Constitución cantonal que concede a los grandes simios un derecho fundamental a la integridad física y mental, véase Tribunal federal, 16.9.2020 - 1C_105/2019.

61 En Alemania, PETA presentó un recurso de inconstitucionalidad (Recurso de inconstitucionalidad) en nombre de lechones machos, alegando que la castración sin anestesia viola sus derechos fundamentales. Argumentan que los derechos humanos otorgados por la constitución alemana, al menos en parte, también se aplican a los cerdos. Martin Klingst, Sind Tiere auch nur Menschen?, ZEIT 21 de noviembre 2019, p. 9; Jasper Mührel, Standing for Piglets, Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/standing-for-piglets/> (último Acceso en 10 Junio 2021).

62 Para el movimiento mundial para derechos de la naturaleza ver Cristina Espinosa, Bringing achieve the global movement for the rights of nature: sites and practices for intelligibility, Global Networks 17 (2017), p. 463-482.

63 Ecuador, Corte Constitucional, Caso de selección No. 502-19-JP, 6 de mayo de 2019.

genas,⁶⁴ colectivos montubios⁶⁵ y afrodescendientes⁶⁶ que exigen la protección de sus formas de vida tradicionales; y habitantes de zonas urbanas que demandan la protección de áreas verdes⁶⁷ y especies vegetales⁶⁸ en las ciudades. Las siguientes líneas analizan dos órdenes constitucionales (Alemania y Ecuador) que difieren fuertemente con respecto a la posibilidad de que la naturaleza pueda reclamar sus derechos. Se trata de dos sistemas legales que deben responder a las demandas bio y ecocéntricas emergentes.

5.1. Exclusión de la naturaleza: el ejemplo alemán

El sistema jurídico alemán es claramente antropocéntrico.⁶⁹ Las cuestiones ambientales sólo han desempeñado un papel menor dentro del marco constitucional. Queda por ver si habrá un cambio debido a la innovadora sentencia constitucional⁷⁰ sobre el cambio climático que emitió el Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) este año.⁷¹ La Grundgesetz (ley básica,

64 Ecuador, Corte Constitucional, Caso de selección No. 273-19-JP, 21 de octubre de 2019.

65 Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia N.º 065-15-SEP-CC, 11 de marzo de 2015.

66 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia N.º T-622 de 2016, 10 de noviembre de 2016.

67 Ecuador, Corte Constitucional, 1236-13-EP, 17 de julio de 2013.

68 Ecuador, Unidad Judicial Multicompetente de Santa Cruz, 20332-2015-0127, 12 de marzo de 2015.

69 Ver Ewering /Vetter, en este volumen. Según Wilfried Erbguth / Sabine Schlacke, *Umweltrecht*, 6ª ed., Baden-Baden 2016, p. 33 El derecho ambiental protege „los medios básicos de Vida para los humanos”; Ferdinand Gärditz, GG Art. 20a, en: Martin Beckmann et al. (eds.), *Landmann/Rohmer, Umweltrecht*, 92º ed., Munich 2020, número marginal 23 señala que el enfoque del ordenamiento jurídico alemán en la dignidad humana excluye Ron.

70 Bundesverfassungsgericht, Sentencia de 24.4.2021 - 1 BvR 2656/18, véase el comunicado de prensa en inglés en <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2021/bvg21-031.html> (consultado por última vez el 18 de mayo de 2021).

71 Bastante optimista: Félix Ekardt, *Climate Revolution with Weaknesses*, *Verfassungsblog*, <https://verfassungsblog.de/climate-revolution-with-weaknesses/> (último Acceso el 18 de mayo de 2021): «probablemente la decisión de mayor alcance jamás tomada por un tribunal

GG) ni siquiera proporciona explícitamente un derecho humano a un ambiente limpio y saludable. Sin embargo, algunos aspectos de ese derecho, que ha sido reconocido por muchos ordenamientos jurídicos e incluso por el derecho internacional de los derechos humanos, están cubiertos por el derecho a la integridad corporal (art. 2 GG) o a la propiedad (art. 14 GG).⁷²

5.1.1. ¿Un pequeño giro hacia el ecocentrismo?

En la década de 1990 se introdujo el art. 20a en la Constitución alemana instando a que el Estado cuide el ambiente, los animales y las generaciones futuras, pero no contiene derechos exigibles,⁷³ al menos siguiendo la lectura predominante.⁷⁴ Por lo tanto, el artículo 20a constituye “un principio jurídico rector del Estado que es más que un mero programa, es un interés jurídico individual que permite a los particulares presentar una reclamación”⁷⁵. Ciertamente, la sentencia climática antes mencionada demuestra que el art. 20a en relación con los derechos humanos fundamentales⁷⁶ puede convertirse en una poderosa herramienta para la protección de la naturaleza.⁷⁷ Sin embargo, este enfoque todavía se basa en la libertad humana y, por lo tanto, es antropocéntrico. La legislación ambiental alemana está cambiando ligeramente hacia una orientación menos antropocéntrica. Principalmente, la ley de conservación de la naturaleza y la ley de bienestar animal tienden a

supremo en todo el mundo sobre la protección del clima»; Ver también Matthias Goldmann, Jueces para el futuro, *Verfassungsblog*, <https://verfassungsblog.de/judges-for-future/> (consultado por última vez el 18 de mayo de 2021).

⁷² Erbguth / Schlacke, nota 69, p. 65.

⁷³ No obstante, Art. 20a podría servir como un entrada para derechos de naturaleza, ver Andreas Fischer-Lescano, *Natur als Rechtspersonen – Konstellationen der Stellvertretung im Recht*, *Zeitschrift für Umweltrecht* (4) (2018), p. 213.

⁷⁴ Erbguth / Schlacke nota 69, p. 59; Alfred Rest, *International environmental law in german courts*, *Environmental Policy and Law* 27 (1997), página 410.

⁷⁵ Rest, nota 74, p. 410.

⁷⁶ Bundesverfassungsgericht, Sentencia de 24.4.2021 - 1 BvR 2656/18, para 183.

⁷⁷ Rainer Wolf, *Natur- und Artenschutzrecht*, en: Winfried Kluth / Ulrich Smeddinck (Eds.), *Umweltrecht*, Wiesbaden 2013, p. 255.

proteger la naturaleza o a los animales⁷⁸ por su propio valor. Sin embargo, los intereses humanos siguen prevaleciendo sobre la naturaleza y sigue siendo difícil alzar la voz en nombre de especies no humanas.

El derecho ambiental en Alemania es altamente técnico. Un montón de regulaciones tratan los problemas ambientales de una manera muy detallada.⁷⁹ Sin embargo, es una posición comúnmente compartida el hecho de que el derecho ambiental sufre de un déficit de aplicación (*Vollzugsdefizit*).⁸⁰ Tanto el antropocentrismo como el *Vollzugsdefizit* son desafiados por los movimientos sociales quienes tratan de impugnar el antropocentrismo legal excluyente bajo lo que *Boaventura de Sousa Santos* llama la sociología de las ausencias y las emergencias. El caso de Robbenklage (focas del Mar del Norte) demuestra cómo la técnica sugerida por *Santos* puede ser utilizada como una herramienta para el litigio estratégico. Revela que el derecho excluye permanentemente ciertas demandas ecológicas al centrarse solo en las afectaciones a los humanos. Al mismo tiempo, propone una vía alternativa que no implica una ruptura radical, sino que se basa en ligeros cambios dentro del marco legal.

5.1.2. El Robbenklage

A fines de la década de 1980, las focas que vivían en el Mar del Norte murieron en gran número.⁸¹ En este tiempo, el Mar del Norte sirvió como un sitio de eliminación de desechos para la industria alemana, que vertió los desechos químicos en ríos que corren hacia al mar. La alta tasa de mortalidad de las focas fue solo uno de los muchos efectos secundarios ecológicos.⁸²

78 Gärditz nota 69, número marginal 20.

79 Para una compilación inglesa de los estatutos ambientales alemanes, véase Gerd Winter, *German Environmental Law*, Dordrecht 1994.

80 Kloefer, nota 27 no. 103; Ulrich Ramsauer, *Allgemeines Umweltverwaltungsrecht* en: Hans Joachim Koch (ed.), *Umweltrecht*, 4ta ed., Múnich 2014, § 3 no 170 y seqq.

81 Hanfried Blume, *Robbenklage – Eigenrechte der Natur*, Huy-Neinstedt 2004, p. 8.

82 Hendrik Stephan Ley, *Das Instrument der Tierschutz-Verbandsklage*, Berlín 2018, p. 81.

Jurídicamente, la situación era bastante paradójica: aunque era probable que los permisos de los contaminadores fueran ilícitos, no había forma de impugnarlos ante un tribunal porque para presentar una queja ante los tribunales administrativos alemanes se debe probar que una persona fue afectada personalmente en sus propios derechos (§ 42 párrafo 2 del código de procedimiento administrativo, VwGO).⁸³

Esto tiene una semejanza con la doctrina *locus standi* (legitimación procesal) de los Estados Unidos. Siguiendo esta doctrina, los demandantes deben probar que están al menos indirectamente afectados para impugnar una acción administrativa.⁸⁴ Si los árboles debían tener legitimación procesal fue la cuestión central de la demanda Sierra Club vs. Morton ante la Corte Suprema de los Estados Unidos de 1972. El debate sobre los recursos legales contra un proyecto a gran escala que habría destruido grandes partes del parque nacional Mineral King Valley (California) se avivó con el artículo de Christopher Stone -que se considera el documento fundacional del movimiento para la defensa de los RoN-. Finalmente, la corte estadounidense desestimó la demanda. Sin embargo, los debates sobre el *locus standi* para entidades no humanas continúan hasta hoy. Cabe señalar que debido a la incidencia de la opinión pública y el litigio estratégico que se llevó a cabo en el caso Sierra Club, el conflicto fue mediado y el parque de entretenimiento no fue construido; y, posteriormente, el Mineral King Valley fue declarado en 1978 como parte del Parque Nacional Sequoia.⁸⁵

En el caso alemán del Mar del Norte, los seres humanos no podían afirmar que se veían afectados personalmente, ya que el resultado mortal de la eliminación de desechos marítimos tuvo lugar en alta mar, lejos de los asentamientos humanos, ninguna persona humana se vio afectada directa-

83 Kloepfer, nota 27, p. 720; Martin Kellner, Citizen Participation in Environmental Law Enforcement in Nicaragua, *Verfassung und Recht in Übersee* 42 (2009), p. 395.

84 Peter Hay, *Law of the United States*, München 2016, p. 54.

85 Jason Henry Schultz, *Inaccessible: the sierra club's changing attitude toward road-building*, Thesis University of Maryland, 2008, p. 95 y ss.

mente.⁸⁶ Por esta razón, varias organizaciones ecologistas presentaron una denuncia contra los permisos en nombre de “las focas del Mar del Norte” alcanzando la atención dentro de los medios de comunicación.⁸⁷ Esto desafió la línea divisoria entre los enfoques ecocéntricos y biocéntricos: una sola especie animal alzó su voz en nombre de su hábitat.

El tribunal administrativo de Hamburgo (VG Hamburg) finalmente desestimó la demanda, alegando que “es ajena al sistema legal alemán [...] transferir la capacidad de tener derechos y deberes a los animales”.⁸⁸ El tribunal negó el acceso a la justicia a las focas y, por lo tanto, reprodujo su exclusión. Sin embargo, el *Robbenklage* tuvo éxito porque debido a la atención pública que el caso atrajo, se tuvo que eliminar el ácido diluido en el Mar del Norte y el ecosistema marítimo se recuperó parcialmente.⁸⁹ Además, el caso reveló el antropocentrismo del derecho porque mostró claramente cómo la exclusión de la naturaleza es reproducida activamente por un orden jurídico que solo se centra en los humanos. El reclamo tuvo que recurrir a un procedimiento legal establecido y denunciar la ilegalidad de empresas que lanzaban desechos sin autorización, pero al mismo tiempo, el caso trascendió la ley vigente al alzar la voz en nombre de entidades (las focas) que no deberían ser excluidas. Por lo tanto, intenta cerrar la brecha entre el derecho y la justicia visibilizando un derecho más ecocéntrico.

5.2. Inclusión teórica: El caso ecuatoriano

Recientemente, algunas jurisdicciones han otorgado derechos a los animales o a la naturaleza.⁹⁰ Aparte del significado simbólico de tal acto, que no debe

86 Este es el resultado de muchos casos ambientales, ver Jennifer Grashof, *The Different Roads to Judicial Coherence in Public Environmental Law*, *Review of European Administrative Law* 8 (2015), p. 251.

87 Blume, nota 81, p. 7.

88 VG Hamburgo, NVwZ 1988, p. 1058.

89 Christopher D. Stone, *Should trees have standing? Law, morality, and the environment*, 3ra ed., Nueva York 2010, p. 133,

90 David R. Boyd, *Recognizing the Rights of Nature – Lofty Rhetoric or Legal Revo-*

subestimarse, y la idea de que se daría más peso a los intereses de la naturaleza, estos esfuerzos están impulsados por el deseo de otorgar a la naturaleza acceso a la justicia.

El caso probablemente de mayor alcance de una noción no antropocéntrica de subjetividad jurídica se puede encontrar en la Constitución ecuatoriana (CRE) que otorga ciertos derechos a la Naturaleza o *Pacha Mama*. Esta Constitución es el resultado de una lucha histórica del earthjurisprudence movement en Ecuador formado por voces de colectivos campesinas, indígenas, animalistas y ecologistas que estuvieron presentes con sus propuestas durante la elaboración de la norma suprema en 2008.⁹¹ Como resultado de los largos debates en Montecristi-Ecuador, el artículo 71 de la Constitución indica:

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.

La Constitución ecuatoriana mantiene un enfoque ecocéntrico porque reconoce el derecho de la naturaleza a que se respeten sus ciclos vitales y sus procesos evolutivos, lo que implica una protección jurídica integral para los ecosistemas. Al mismo tiempo, la norma suprema reconoce que el Estado debe promover el respeto a todos los elementos del ecosistema, lo que implica la aceptación de un enfoque biocéntrico donde cada forma de vida tiene un valor intrínseco que la hace digna de protección estatal. Al incluirse el término *Pacha Mama*, se visibiliza la filosofía indígena que concibe a los humanos como profundamente interconectados con su entorno no huma-

lution, *Natural Resources & Environment* 32 (4) (2018), pp. 13 y ss.

91 Alberto Acosta, en: Liliana Estupiñán Achury / Claudia Storini / Rubén Martínez Dalmau / Fernando Antonio de Carvalho Dantas (Eds.), *La naturaleza como sujeto de Derechos en el Constitucionalismo Democrático*, Bogotá 2019, p. 155 y ss.

no.⁹² Analizando el caso ecuatoriano a través del lente de la sociología de las ausencias de *Santos*, vemos que existe un reconocimiento constitucional tanto de las filosofías indígenas como de la naturaleza que antes quedaban excluidas de la tutela jurídica. Las voces indígenas, pero también los defensores de los animales, los campesinos y los colectivos ecologistas han ganado una fuerza política que no puede ser ignorada por jueces, legisladores y planificadores de políticas públicas. Del mismo modo, hay una serie de normas infraconstitucionales que reconocen que la naturaleza es el sujeto de los derechos.⁹³

Sin embargo, el caso ecuatoriano también ejemplifica que el reconocimiento constitucional es solo un primer paso para abrir el acceso a la justicia a las entidades anteriormente excluidas. Los patrones jurídicos excluyentes también pueden sobrevivir a los cambios constitucionales. En ciertas ocasiones, las demandas de los RoN son rechazadas por tribunales basados en enfoques antropocéntricos que interpretan la Constitución de modo restrictivo, por ejemplo, en un caso donde la Corte Constitucional hizo prevalecer el derecho a la propiedad privada sobre los derechos de la naturaleza.⁹⁴ Sin embargo, hay casos en los que los altos tribunales del Ecuador han reconocido los derechos de la naturaleza. Por ejemplo, en un caso que versaba sobre la protección de una reserva ecológica, la Corte Constitucional indicó:

[...] la Constitución de la República consagra una doble dimensionalidad sobre la naturaleza y el medio ambiente en general, al concebirlo no sólo bajo el paradigma tradicional del objeto de derecho, sino también como sujeto, independiente y con derechos específicos o propios. Lo anterior refleja dentro de la relación jurídica naturaleza-humanidad,

92 Gutmann, Pachamama, nota 5.

93 El Código Penal de Ecuador (2014) contiene un capítulo entero sobre delitos contra el medio ambiente y la naturaleza. Del mismo modo, la ley de recursos hídricos y uso del agua (2014) y el Código Orgánico del Medio Ambiente (2018) reconocen que la naturaleza es materia de derechos, etc.

94 Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia N.º 065-15-SEP-CC, 11 de marzo de 2015.

una visión biocéntrica en la que se prioriza la naturaleza en contraste con la concepción antropocéntrica clásica en la que el ser humano es el centro y la medida de todas las cosas donde la naturaleza era considerada una mera proveedora de recursos.⁹⁵

Es importante que los defensores de la naturaleza permanezcan activos, por un lado, exigiendo la efectividad de los derechos de la naturaleza; y, por otro lado, influir en la conciencia pública para que las personas entiendan la importancia de proteger los territorios biodiversos en Ecuador. Como afirma Alberto Acosta, la sociedad civil debe apropiarse de la Constitución en un proceso continuo.⁹⁶

6. Rol y mecanismos para protegerlos

El papel que juegan los defensores de la naturaleza en los tribunales trascendental. Por lo tanto, ¿cómo deben ser los procedimientos judiciales que permiten que la naturaleza comparezca judicialmente? Además de la dimensión normativa de la justicia ambiental y ecológica, Cappeletti y Garth reconocen una segunda dimensión del concepto de acceso a la justicia. Es una dimensión fáctica sobre los aspectos relacionados con los procedimientos destinados a garantizar el ejercicio del acceso a la justicia. En términos generales, el acceso a la justicia ecológica incluye el derecho a reclamar, a través de los mecanismos institucionales existentes, la protección efectiva de los derechos de la naturaleza.⁹⁷

En su dimensión procesal, la justicia ecológica implica el acceso a las instituciones administrativas y judiciales competentes para resolver los problemas que se plantean en la vida cotidiana de las personas;⁹⁸ el acceso a un

95 Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia N.º 166-15-SEP-CC, 20 de mayo de 2015.

96 Alberto Acosta, No hay un camino para la Constituyente, la Constituyente es el camino, in: Alberto Acosta et al. (eds.), Entre el quiebre y la realidad, Quito 2008, p. 12.

97 Mauro Cappelletti / Bryant Garth, Acceso a la Justicia. Movimiento mundial para la efectividad de los derechos, La Plata 1983, p. 117.

98 Ibidem.

buen servicio de justicia que proporcione una decisión judicial o administrativa justa en un plazo razonable; el conocimiento de los derechos por parte de los ciudadanos y los medios para ejercerlos;⁹⁹ la gratuidad de la justicia en términos de pago de costas procesales y dictámenes periciales para evitar que la víctima de la contaminación quede indefensa por falta de recursos económicos; un enfoque geográfico de la justicia para que las poblaciones marginadas que representan la naturaleza no vean los tribunales como lugares remotos de difícil acceso; y, garantías de protección para quienes defienden la naturaleza con el fin de evitar la criminalización y silenciamiento de los defensores de la Madre Tierra.¹⁰⁰ Por lo tanto, es necesario explicar los derechos de la naturaleza en Ecuador y los mecanismos institucionales para hacer efectivos estos derechos bajo un enfoque de justicia ecológica.

6.1. Los derechos otorgados a la naturaleza en Ecuador y los mecanismos para garantizar que la naturaleza acceda a la justicia

Siguiendo el enfoque ecocéntrico y biocéntrico, la Constitución ecuatoriana reconoce que la naturaleza tiene derecho a que se respete plenamente su existencia y al mantenimiento y regeneración de sus ciclos de vida, estructura, funciones y procesos evolutivos; es decir, basado en el principio de prevención y precaución, se garantiza el derecho a la protección y mantenimiento de la naturaleza.¹⁰¹ Además, el derecho a la restauración existe y es independiente de la obligación del Estado y de los propietarios de las empresas contaminantes de indemnizar a una persona o grupo afectado por la contaminación.¹⁰²

99 Lucila Larrandart, *Acceso a la Justicia y tutela de los derechos ciudadanos*, in: *Sistema Penal Argentino*, Buenos Aires 1992, p. 19

100 Haydée Birgin / Natalia Gherardi (EDS.), *La garantía de acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales*, México 2011, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/28920.pdf> (consultado por última vez el 27 de julio de 2021).

101 Constitución de Ecuador, art. 71, para el contenido de la ESOS Derechos Ver Gutmann, *Híbrido Rechtssubjektivität*, nota 5, págs. 205 y ss.

102 Constitución de Ecuador, art. 72.

Cabe destacar que el grado de protección a la naturaleza no es absoluto porque existe un margen de actuación que permite a los humanos realizar actividades económicas que tienen un impacto en la naturaleza. Las diferentes leyes y reglamentos establecen las actividades económicas autorizadas y las formas de minimizar el riesgo de contaminación. Por ejemplo, la extracción de petróleo o mineral está permitida en Ecuador si se cuenta con una licencia ambiental y solo si la extracción de recursos naturales no se lleva a cabo en un área protegida o en una zona intangible. Solo si no se respetan los lineamientos establecidos por la Constitución y la ley, se pueden activar los juicios (administrativos, constitucionales y penales) para detener la violación de los derechos de la naturaleza y reparar el daño causado.

Es evidente que la naturaleza necesita ser representada por los seres humanos para estar presente en la corte. Dentro del sistema legal humano, la naturaleza siempre necesita representación humana. Por lo tanto, los RoN y el *Verbandsklage* encuentran un terreno común, ambos permiten a los individuos o grupos humanos hablar en nombre de la naturaleza.¹⁰³ En Ecuador, las acciones judiciales para denunciar la violación de RoN pueden ser presentadas por cualquier persona o colectivo interesado en defender la naturaleza. Por lo tanto, la Constitución ecuatoriana permite innumerables representaciones de la naturaleza que pueden desencadenar un discurso pluralista¹⁰⁴ que también permite voces anteriormente silenciadas.¹⁰⁵

Este enfoque también evita el rechazo de la reclamación en lo referente a la legitimación activa. Una de las ventajas procesales de la justicia ecológica en Ecuador es que la norma contempla una serie de cauces administrativos y judiciales para resolver cuestiones de violación de los RoN. En consecuen-

103 Para una visión general de los procedimientos legales para reclamar los derechos de la naturaleza, véase María José Narváez A., este volumen.

104 Mihnea Tanasescu, *The Rights of Nature as Politics*, en: Daniel Corrigan / Markku Oksanen (eds.), *Rights of Nature: A Re-examination*, Oxon 2021, p. 69 por lo tanto, afirma: „los derechos de la naturaleza no tienen que ver con la naturaleza, sino con las relaciones políticas entre diferentes grupos de personas“.

105 Ver Gutmann, *Hybride Rechtssubjektivität*, nota 5, p. 194 y ss.

cia, desde 2008, se han implementado muchos mecanismos jurídicos para que los derechos de la naturaleza puedan reclamarse en dos momentos. En primer lugar, antes de que ocurra el daño, esto significa que la naturaleza se respeta a través de medidas preventivas; y, en segundo lugar, una vez que el daño ecológico ya se ha llevado a cabo, se ordena la implementación de medidas de reparación y sanción para evitar que se vuelva a cometer tal comportamiento.

Reclamar los Derechos de la Naturaleza en Ecuador es gratuito, lo que incluye la posibilidad de tener un abogado público. Además, en base a la inversión de la carga de la prueba, la obligación de probar que no existe daño ambiental no recae en el demandante sino en el demandado o el operador económico, por lo tanto, es la empresa quien debe pagar los peritajes que permitan probar el origen de la contaminación. Adicionalmente, las demandas por violación de los derechos de la naturaleza pueden presentarse en el lugar donde se origina el acto u omisión o donde ocurren sus efectos; suele suceder que la acción contaminante se genera en un lugar específico, pero sus efectos se desencadenan en varias partes, a veces alejadas, del lugar donde se originó el daño. Así, el demandante puede presentar la acción, ya sea ante el juez del lugar donde se realiza la conducta contaminante o ante el juez del lugar donde se vislumbran los efectos de la violación de los derechos de la naturaleza.¹⁰⁶ Sin embargo, existe un gran problema en Ecuador: la criminalización de los defensores de los RoN ha sido utilizada como un mecanismo de control social para intimidar, neutralizar, inhibir y hostigar cualquier tipo de conducta que pueda poner en riesgo o que cuestione las expresiones de poder imperantes, ya provengan del Estado, así como de otros actores privados.¹⁰⁷

Siguiendo las contribuciones teóricas de Bonaventura de Sousa Santos, es posible ver que en Ecuador, a partir de la adopción de la Constitución, han surgido nuevas teorías éticas (biocentrismo y ecocentrismo) para justificar la

106 Ibid., págs. 251 y ss.

107 Rodrigo Trujillo Orbe / Mélida Pumalpa Iza, *Criminalización de los Defensores y Defensoras de Derechos Humanos en Ecuador*, Quito 2011, p. 77 et ss.

creación de reglas administrativas y penales de enfoque no antropocéntrico. La Constitución reconoce que, además de proteger los derechos humanos, el Estado tiene la obligación de proteger el valor intrínseco de la naturaleza. El enfoque ético del biocentrismo y el ecocentrismo elimina la ceguera legal que caracterizó a jueces, legisladores y formuladores de políticas públicas que durante años vieron la naturaleza, a la que llamaron medio ambiente, como un objeto que merecía ser preservado solo por el bien de los humanos.

Santos nos invita a pensar que, a través de la sociología de las emergencias, se visibilizan formas no hegemónicas de usar el derecho; Por ejemplo, la ley puede ser vista como una herramienta para reclamar los derechos de los grupos históricamente excluidos. Las demandas presentadas por el earthjurisprudence movement muestran que el pacto ético con la naturaleza de ciertos grupos indígenas, campesinos, animalistas y organizaciones ecologistas no es crematista. Estamos ante un movimiento que apoya la solidaridad, la empatía y la reciprocidad con los demás elementos naturales con los que compartimos el planeta y de los que nos beneficiamos diariamente para satisfacer nuestras necesidades básicas.¹⁰⁸

6.2. Derechos utilizados para proteger la naturaleza en Alemania y mecanismos para garantizar el acceso a la justicia ambiental

Comparando Ecuador con Alemania, la situación parece paradójica. Las regulaciones ambientales alemanas son mucho más extensas y detalladas que en Ecuador. La dificultad, sin embargo, como muestra el *Robbenklage*, es hacer cumplir estas regulaciones en los tribunales. Con respecto a cada re-

108 Sobre los significados del agua: Trujillo / Moncada Rangel / Aranguren Carrera / Lomas Tapia, nota 32, p. 2 y ss. Sobre los significados de los animales: Eduardo Viveiros de Castro, *La mirada del jaguar: introducción al perspectivismo amerindio*, Buenos Aires 2013. Acerca de los significados de el páramos y Glaciares: Adriana Rodríguez / Viviana Morales, *Los derechos de la naturaleza en diálogo intercultural: una mirada a la jurisprudencia sobre los páramos andinos y los glaciares indios*, *Deusto Diario de Humano Derechos* 6 (2020), p. 99 y ss.

glamento, hay que preguntarse de nuevo, si se establece derechos subjetivos de un individuo que pueden ser reclamados ante los tribunales. Entonces, ¿los límites a las emisiones de una planta industrial también protegen a sus vecinos? (¡Sí!)¹⁰⁹ ¿La ley de conservación de la naturaleza también protege a las personas que buscan recreación allí? (¡No!)¹¹⁰

Incluso hoy, varias décadas después del Robbenklage, “las acciones de interés público en asuntos ambientales en Alemania tienen un alcance limitado”.¹¹¹ La forma probablemente más prometedora de reclamar los intereses de la naturaleza ante los tribunales es la llamada *Verbandsklage* (acción de asociación) que proporciona la ley de conservación de la naturaleza y proporciona una exención importante del principio de protección legal individual antes mencionado.¹¹² El *Verbandsklage* es un recurso legal para hacer cumplir el derecho ambiental, que fue activado por el derecho internacional, principalmente en el Convenio de Aarhus y su implementación en la legislación de la Unión Europea.¹¹³ El derecho ambiental alemán surgió como respuesta a la creciente preocupación pública sobre la degradación ambiental desde la década de 1970.¹¹⁴ Su ámbito de aplicación está restringido por dos razones: en primer lugar, solo se aplica a una lista definitiva de casos, que se enumera en la Ley de conservación de la naturaleza.¹¹⁵ En segundo

109 Tribunal Federal Administrativo (BVerwG), NVwZ 2004, 610 (611).

110 Ralf Brinktrine, BNatSchG § 1, in: Ludger Giesberts / Michael Reinhardt (eds.), BeckOK Umweltrecht, 57. ed., München 2021, n.109 y ss.

111 Nicolás de Sadeleer / Gerhard Roller / Miriam Dross, Access to Justice in Environmental Matters Country Reports and Case Studies: Part II Germany – Italy – The Netherlands, ENV. A.3/ETU/2002/0030, https://ec.europa.eu/environment/aarhus/pdf/access-to-justice_final.pdf (consultado por última vez el 27 de julio de 2021), p. 1.

112 Ibidem.; Michael Kloepfer / Rico David Neugärtner, Umweltrecht, 4ta ed., München 2016, p. 729.

113 Kellner, nota 83, p. 395 y ss.

114 Ibidem, p. 394 y ss.

115 En el federalismo alemán, tanto la federación (Bund) como los estados (Länder) pueden legislar en cuestiones ambientales. El Bund introdujo el Acción de representación en 2002, la mayoría de los Länder lo habían hecho antes, véase Kloepfer / Neugärtner, nota 112, p. 731.

lugar, solo las ONG registradas que cumplan con ciertos requisitos pueden presentar un *Verbandsklage*.¹¹⁶ Sin embargo, al igual que en los Estados Unidos,¹¹⁷ las organizaciones ecologistas ahora desempeñan un papel importante para el desarrollo del derecho ambiental a través del poder judicial.

Algunos autores establecen paralelismos entre el *Verbandsklage* y los Derechos de la Naturaleza. El *Verbandsklage* podría implicar un acercamiento a los RoN o servir al menos como un equivalente funcional. El *Verbandsklage* es viable, para reclamar “disposiciones de conservación de la naturaleza o disposiciones que también están destinadas a servir a los intereses de la naturaleza y la conservación del paisaje”.¹¹⁸ Aparentemente está destinado a proteger los intereses creados de la naturaleza. Sin embargo, existe una diferencia fundamental entre los dos instrumentos jurídicos. El *Verbandsklage* sirve para hacer cumplir las leyes existentes, por ejemplo, la prohibición de matar vertebrados sin motivos razonables o la contaminación del aire que exceda un cierto límite. Tales disposiciones legales, aunque no deben subestimarse, son siempre esquemáticas, abstractas y, por lo tanto, restrictivas. En cambio, los RoN son diferentes; como señala Anne Peters con respecto a los derechos de los animales, tales derechos son siempre abiertos.¹¹⁹ Del mismo modo, los derechos humanos, no protegen un conjunto limitado de normas jurídicas, sino esferas específicas de autonomía que son esenciales para el desarrollo del ser humano. Lo mismo se aplica a los RoN que aumentan la necesidad de justificar las intervenciones ambientales y establecen límites donde faltan regulaciones concretas.

6.3. ¿Una ventana de oportunidad?

¿Los ecologistas de otras partes del mundo también lograrán hacer prevalecer los intereses de la naturaleza ante los tribunales? ¿Podrá la ley escuchar

116 Ver De Sadeleer / Roller / Dross nota 111, p. 5; Kellner, nota 83, p. 395 y ss.

117 Grant M. Hayden, *American Law: An introduction*, Nueva York 2017, p. 120.

118 De Sadeleer / Roller / Dross nota 111, p. 5.

119 Anne Peters, *Tier-Recht im Zeitalter des Menschen*, en: Bernd Renn / Jürgen Scherer (Eds.), *Das Anthropozän*, Berlín 2015, p. 71.

la voz de entidades anteriormente ausentes, como animales, ríos o árboles? En Alemania, la organización animalista PETA reclamó el derecho de los lechones machos a no ser castrados sin anestesia.¹²⁰ Aunque parece dudoso que esta afirmación represente realmente el interés de los lechones (si pudiéramos preguntarles, probablemente militarían en contra de todas las formas de castración o ganadería como tales y no solo en contra de la forma en que se realiza actualmente la castración), esta demanda social abre el alcance de los procedimientos judiciales. Aunque la reclamación de los lechones no tuvo éxito y fue rechazada por el tribunal sin ningún razonamiento,¹²¹ puede verse el surgimiento de un actor anteriormente ausente que busca acceso a la justicia. Incluso si el tribunal se niega a escuchar estas voces dentro del procedimiento formalizado, se abre un espacio para discusiones sobre la personalidad jurídica y el acceso a la justicia de los seres no humanos.

Algunos autores ven tal apertura no sólo en el mencionado artículo 20a GG, sino también en la disposición relativamente nueva del § 90a BGB (Bürgerliches Gesetzbuch, Código Civil alemán), según la cual “los animales no son cosas”. Incluso si los animales solo pueden ser escuchados en los procedimientos legales de una manera bastante indirecta, la exclusión completa de los animales de la ley se cuestiona aquí. En cualquier caso, los animales ya no están completamente ausentes.

7. Conclusiones

Los reclamos en defensa de la naturaleza han sido históricamente liderados por grupos humanos que, a través de acciones político-legales, visibilizan la necesidad de ampliar el alcance de los procedimientos legales. Los aportes políticos y epistemológicos sobre los RoN provienen de los campesinos que defienden la agricultura sostenible, los pueblos indígenas que luchan por la defensa de sus territorios biodiversos, los animalistas que no dejan de visibilizar la necesidad de detener el maltrato animal y los ecologistas que,

120 Ver Klingst, nota 61, p. 9; Mührel, nota 61.

121 BVerfG, Decisión de no aceptación sin justificación, 14.5.2021 #1 BvR 2612/19.

desde las ciudades, exigen la protección de los bosques urbanos, la estricta regulación de las fuentes fijas y móviles de contaminación y la lucha contra el calentamiento global.

Esta investigación evidenció los fundamentos que justifican que la naturaleza acceda a la justicia ecológica centrada en la protección de las relaciones humano-naturaleza que se entrelazan desde la ruralidad y las ciudades, visibilizando que existen otras formas de ser y estar en el mundo, no desde la superioridad ni desde la dicotomía, sino desde la igualdad en la diversidad.

La ley no está ni petrificada ni ciega. El surgimiento global de los RoN muestra cómo las formas contrahegemónicas de ver la naturaleza pueden hacerse visibles dentro de un entorno legal. Diferentes movimientos de la sociedad civil han desempeñado un papel importante en este proceso. En algunos países como Ecuador, han surgido entidades y cosmovisiones que antes habían estado ausentes en los procedimientos legales y ahora pueden ser escuchadas ante los tribunales. Sin embargo, la mayoría de los sistemas legales mantienen la exclusión de la naturaleza. Este artículo ha hecho un intento de utilizar la sociología de las ausencias y de las emergencias para mostrar cómo el carácter excluyente del derecho es desafiado permanentemente. Acciones legales como el Robbenklage o el derecho de habeas corpus para animales enjaulados critican el antropocentrismo de la ley y apuntan a “posibilidades concretas”¹²² que acaban con el carácter excluyente del acceso a la justicia y la transforman en una herramienta emancipadora.

122 Santos, nota 11, p. 169.

¿Pachamama como sujeto de derecho? Derechos de la Naturaleza y pensamiento indígena en Ecuador¹

Andreas Gutmann*

Resumen:

En el Art. 71 de su Constitución, Ecuador otorga derechos a la “naturaleza o Pachamama”. Este artículo pretende desplegar estos derechos a partir de elementos de las cosmovisiones indígenas de la región andina, que son reconocidos explícitamente por la Constitución. Se mostrará cómo los derechos de la naturaleza cuestionan fundamentalmente la comprensión tradicional de los derechos (subjetivos), que siempre están en conflicto potencial entre sí. La tesis del artículo es, que los derechos de la naturaleza diseñan un modelo de equilibrio de derechos.

Palabras Clave: Derechos de la naturaleza, indigenismo, constitución, equilibrio de derechos.

1 Este artículo fue publicado originalmente en alemán bajo el nombre de “Pachamama als Rechtssubjekt? - Rechte der Natur und indigenes Denken in Ecuador”, ZUR 2019, 611-617; y en una versión inglés revisada: Pachamama as a Legal Person? Rights of Nature and Indigenous Thought in Ecuador, in: Corrigan/ Oksanen (eds.), Rights of Nature: A Re-examination, Routledge 2021, p. 36-50.

* Andreas Gutmann es Abogado y asistente de investigación en la Universidad de Kassel, Alemania.

Introducción

El debate sobre los derechos de la naturaleza ha cobrado fuerza en los últimos años. Casi 50 años después de la publicación de *Christopher Stone* “Should Trees Have Standing”² y 31 años después de la demanda en el caso de las focas del mar del norte en Alemania³, hoy en día, en muchos sistemas legales se ha reconocido personalidad jurídica a ciertas entidades naturales.⁴ Parece que ya no hay duda de que la naturaleza puede ser sujeta de derechos. En el presente trabajo, se esbozará ¿cómo se pueden plasmar los derechos de la naturaleza?, en concreto utilizando el ejemplo de la constitución ecuatoriana que probablemente es la garantía de mayor alcance de los derechos de la naturaleza a nivel mundial. Dicha Constitución otorga a la naturaleza varios derechos materiales, especialmente en el 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.

Partiendo de la tesis de que los derechos de la naturaleza –si no quieren defraudar las expectativas depositadas en ellos⁵– no requieren una simple extensión del reconocimiento dado a las entidades jurídicas, sino más bien una “reorganización” de los derechos subjetivos,⁶ o un cambio en la “forma

2 Stone, *Southern California Law Review* 45 (1972), p. 450.

3 VG Hamburg, NVwZ 1988, p. 1058 (1058); más recientemente Köck/Markus, 30 Jahre “Robbenklage”: Zur Aktualität der Eigenrechte der Natur, ZUR 2018, 193; Schröter/Bosselmann, ZUR 2018, p. 195.

4 Véase, por ejemplo, Fischer-Lescano, ZUR 2018, p. 205 (205 y ss.).

5 Véase, Leimbacher, *Die Rechte der Natur*, 1988, p. 41; Boyd, *Die Natur und ihr Recht*, 2018, p. 198.

6 Bosselmann, *Im Namen der Natur*, 1992, p. 209.

del derecho”⁷. A continuación, se intentará reconstruir el concepto de naturaleza como entidad jurídica en la Constitución de Ecuador.

Para ello es necesario, en primer lugar, examinar el trasfondo postcolonial del texto, que es esencial para su comprensión (B.). Con este telón de fondo, se examinará entonces qué nociones de las relaciones humano-naturaleza existen en las cosmovisiones indígenas de la región andina y ¿cómo se incorporan al derecho a través de la nueva constitución? (C.). Esto, a su vez, influye en la configuración de los derechos de la naturaleza en el caso ecuatoriano, al que se dedica el artículo (D.), antes de plasmar una conclusión preliminar (E.).

1. La poscolonialidad de la Constitución de Ecuador

Ecuador aprobó una nueva Constitución en 2008 (Constitución de la República del Ecuador, en adelante CRE). Ciertamente, puede calificarse de innovadora⁸, por ejemplo, en lo que respecta a los derechos que garantiza la creación de nuevos tipos de instituciones y su enfoque decolonial.

La CRE es una norma híbrida en la que se combinan diferentes influencias y que –como probablemente toda Constitución– combina numerosas contradicciones y tensiones.⁹ En lugar de criticar esto como una falta de coherencia, aquí se propone interpretar de forma emancipatoria estos campos de tensión, con la ayuda de elementos de las teorías post/decoloniales como un componente de un proyecto decolonial.

7 Fischer-Lescano, en: Fischer-Lescano/Franzki/Horst (eds.), *Gegenrechte*, 2018, pp. 377, 393; véase también Fischer-Lescano, *ZUR* 2018, p. 205 (213).

8 Según el Tribunal Constitucional, son precisamente los derechos de la naturaleza los que deben estar entre los contenidos más innovadores Corte Constitucional, Urt. v. 20.5.2015, asunto N.º 0507-12-EP, p. 9.

9 Véase Yrigoyen Fajardo, en: Rodríguez Garavito (ed.), *Derecho y sociedad en América Latina*, 2016, p. 157 (159).

1.1. Hibridación

La CRE, como Constitución de un país antiguamente colonizado está inevitablemente marcada por la colonialidad¹⁰. Por un lado, incorpora elementos de los sistemas jurídicos de las antiguas potencias coloniales.¹¹ Esto incluye, por ejemplo, el concepto occidental de Estado constitucional o nacional, que se trasladó a otros contextos a través de la violencia. Por otro lado, el CRE se ve a sí mismo como un proyecto emancipador en respuesta a la experiencia colonial.¹² Lo dicho, es especialmente evidente en la gran importancia que concede a conceptos indígenas como el Sumak Kawsay (Buen Vivir,¹³ o Good Life¹⁴), como una filosofía holística. Esta filosofía rechaza una concepción occidental del desarrollo y un modelo económico capitalista orientado principalmente al crecimiento¹⁵ y lucha por una forma de sociedad que permita a los humanos y a la naturaleza convivir en armonía y solidaridad.¹⁶ Como afirma *Maximilian Pichl* para las constituciones post

10 El término “colonialidad” se remonta al sociólogo peruano Aníbal Quijano y describe cómo las estructuras de poder coloniales se manifiestan y reproducen en la economía, la política, el derecho y la producción de conocimiento global. Quijano, *Perú Indígena* 13 (1992), p. 11.; véase también Quijano, *Kolonialität der Macht, Eurozentrismus und Lateinamerika*, 2016.

11 Véase Knauß, *Journal of Agricultural and Environmental Ethics* 31 (2018), p. 703 (704), quien sostiene que conceptos como el de “entidad jurídica” están ya profundamente arraigados en una tradición europea.

12 Así, el preámbulo se refiere a los “herederos de las luchas de liberación social contra toda forma de opresión y colonialismo”. Sobre la reivindicación decolonial del CRE, véase también Quijano, *Yachaykuna* 13 (2010), p. 47 (59); Acosta, *Juridikum* 2009, p. 219 (219).

13 Acosta, *Juridikum* 2009, p. 219 (219).

14 Cortez/Wagner, en: Gabriel/Berger (eds.), *Lateinamerikas Demokratien im Umbruch*, 2010, p. 167.

15 Acosta, *Juridikum* 2009, p. 219 (219); Dávalos, en: Álvarez Cantalapiedra (ed.), *Convivir para perdurar*, 2011, p. 201 (202).

16 Sobre el Sumak Kawsay y sus implicaciones para la interpretación constitucional Gutmann/Valle Franco, *KJ* 2019, p. 58, (60 ss.); ausf. Acosta, *Buen vivir*, 2015.

coloniales en general, la CRE “representa una ruptura y una continuidad del derecho constitucional colonial”.¹⁷

1.2. Ch'ixi

Esta yuxtaposición de ruptura y continuidad puede interpretarse utilizando el concepto andino de Ch'ixi.¹⁸ El término aymara denota algo que resulta de la yuxtaposición de dos componentes. Lo que surge de esta mezcla o yuxtaposición es al mismo tiempo lo uno y lo otro, así como algo tercero y nuevo. Según *Silvia Rivera Cusicanqui*, el ch'ixi se basa

“sobre la idea aymara de que algo es y no es al mismo tiempo; sigue la lógica del tercero contenido. El color gris ch'ixi es blanco y no blanco al mismo tiempo; blanco, pero también negro, su opuesto exacto”.¹⁹

La CRE puede interpretarse como una norma híbrida o ch'ixi. El proceso de elaboración de la Constitución de 2007/2008, que fue muy participativo, se describe a menudo como un lugar en el que diferentes epistemologías pudieron entrar en un diálogo fructífero.²⁰ Estos procesos de negociación en la Asamblea Constituyente pueden interpretarse como un “espacio intermedio” en el sentido de *Homi K. Bhabha*. *Bhabha* habla de un tercer espacio entre culturas, un intermedio en el que se negocia y se traduce y se crea algo nuevo.²¹ Según Bhabha, cada cultura híbrida surge de esos procesos de negociación. Esta idea también desempeña un papel central en las teorías poscoloniales²², que hacen hincapié en que lo extranjero no debe recono-

17 Pichl, KJ 2012, p. 131 (139).

18 Para una aplicación del concepto a la CRE también Schavelzon, *Plurinacionalidad y vivir bien/buen vivir*, 2015, p. 107.

19 Rivera Cusicanqui, *Ch'ixinakas utxiwa*, 2018, p. 91.

20 Véase Melo/Greene/Puente, *Experiencia: Reconocimiento de los Derechos de la Naturaleza en la Constitución Ecuatoriana*, 2010, p. 4.

21 Bhabha, *The Location of Culture*, 2011, p. 42 y ss.

22 Dann/Hanschmann, KJ 2012, p. 127, ofrece una introducción a su importancia para las ciencias jurídicas.

cerse como una entidad unificada igual o diferente a la propia, sino en su fragmentación e hibridez.²³

Esta hibridez también se ha plasmado explícitamente en el texto constitucional. La CRE se refiere al concepto de interculturalidad en numerosas disposiciones²⁴. Este término, introducido en el discurso político y jurídico por el movimiento indígena²⁵, se entiende como el diálogo y el reconocimiento mutuo entre culturas, así como el aprendizaje constante del otro.²⁶ La interculturalidad también parece ser particularmente susceptible de una comprensión ch'ixi. Así pues, lo que surja de los procesos interculturales debe representar algo nuevo y, al mismo tiempo, preservar las epistemes dialogantes.²⁷ Se trata de un proyecto explícitamente decolonial,²⁸ que quiere visibilizar las formas de conocimiento marginalizadas y siempre piensa en las estructuras de poder de la colonialidad.²⁹ La Corte Constitucional ecuatoriana también exige una “interpretación intercultural” del documento, así como de las leyes ordinarias, y por lo tanto una inclusión explícita del pensamiento indígena.³⁰

2. El humano y la naturaleza en la CRE

A continuación, se mostrará cómo afecta esta precomprensión teórica a la interpretación de la CRE y, en particular, a los derechos de la naturaleza,

23 Berman, *Utah Law Review* 1997, p. 281 (284).

24 Por ejemplo, art. 95, apdo. 1; 275; 423, apdo. 4.

25 Andrade, *Antropología. Cuadernos de Investigación* 8 (2009), p. 13 (22); sobre la genealogía Altmann, *Sozialwissenschaften und Berufspraxis* 36 (2013), p. 101 (246 ss.).

26 Andrade, *Antropología. Cuadernos de Investigación* 8 (2009), p. 13 (20); Walsh, *Interculturalidad, estado, sociedad*, 2009, p. 41; cf. CONAIE, *Propuesta de la CONAIE frente a la Asamblea Constituyente*, 2007, p. 10.

27 Cf. Walsh (nota 26), p. 46 y siguientes.

28 Andrade, *Antropología. Cuadernos de Investigación* 8 (2009), p. 13 (21).

29 Walsh (nota 26), p. 46; cf. CONAIE (nota 26), p. 14.

30 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia de 18.3.2010, asunto 001-10-SIN-CC. P, 43 y s.; cf. también la exigencia de una “interpretación pluralista” de Yrigoyen Fajarado, (nota 9 supra), p. 159.

a partir del modelo de relaciones naturaleza-humano en el que se basa la constitución. El art. 71, en particular, deja claro que la CRE es *ch'ixi* cuando se recontextualizan aquí conceptos occidentales como naturaleza o persona jurídica. Entran en conexión con conceptos de la epistemología indígena de las regiones andinas y amazónicas³¹ y así transforman fundamentalmente su significado.

2.1. La naturaleza como Pachamama

Las diversas influencias que confluyen en la CRE quedan especialmente claras en el apartado 1 del artículo 71, que se refiere por igual a la “naturaleza” y a la “Pacha Mama”. No existe una traducción literal de naturaleza en kichwa, la lengua indígena más hablada en Ecuador.³² Por lo tanto, una interpretación intercultural debe tratar de entender lo que se transporta en el orden constitucional ecuatoriano a través de la invocación de la Pacha Mama. Es cierto que existe el peligro de esencializar el pensamiento indígena; dado que no existe un concepto indígena uniforme de la Pacha Mama; más bien, la comprensión difiere entre las distintas comunidades,³³ aunque hay ciertos puntos en común.

El término “Pacha Mama” existe tanto en kichwa/quechua como en aymara,³⁴ –las lenguas no europeas más habladas de la región andina–, y suele traducirse como madre tierra.³⁵ Sin embargo, el término “pacha” debe en-

31 Gudynas, *Juridikum* 2009, p. 214 (214).

32 Estermann, *Filosofía andina*, 2ª ed. 2015, p. 202; Llasag Fernández, en: Espinosa Gallegos-Anda/Pérez Fernández (eds.), *Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos*, 2011, p. 57 (78).

33 Prieto Méndez, *Derechos de la naturaleza*, 2013, 61; 65; cf. Bouysse-Cassagne/Harris, en: Bouysse-Cassagne/Harris/Platt et al. (eds.), *Trés reflexiones sobre el pensamiento andino*, 1987, p. 11 (48).

34 Estermann (nota 32), p. 165.

35 Kill, *Pachamama, die Erdgöttin in der altandinen Religion*, 1969, p. 58 utiliza el término “madre tierra”.

tenderse mucho más ampliamente en el sentido de “cosmos”,³⁶ por lo que se dice que este cosmos incluye tanto el tiempo como el espacio.³⁷ Se trata, por tanto, de un término extremadamente complejo y casi imposible de traducir.³⁸ En las cosmovisiones andinas, la Pacha Mama representa una diosa benévola de la fertilidad,³⁹ de la que surge toda la vida⁴⁰ y que da todo lo que los humanos necesitan para vivir.⁴¹ La Pacha Mama no es en absoluto una deidad trascendente, sino una entidad omnipresente: “Pacha Mama”, escribe *Fernando Huanacuni*, “son todos los seres (la montaña, el río, el árbol, el insecto, etc.)”.⁴²

36 Estermann, en: Oviedo Freire (ed.), *Bifurcación del buen vivir y el sumak kawsay*, 2014, 60; *ibid.* (o. fn. 32), p. 166; van Kessel/Enriquez Salas, *Señas y señaleros de la madre tierra*, 2002, p. 51; según Kill (o. fn. 35), p. 118, en cambio, una comprensión como madre del mundo o del cosmos puede haber existido antes, pero ya no es demostrable.

37 Silva Portero, en: Ávila Santamaría (ed.), *La Constitución del 2008 en el contexto andino*, 2008, p. 111 (116); Sánchez Parga, *Ecuador Debate* 2011, pp. 31 (42); Bouysse-Cassagne/Harris (nota 33), p. 48; cf. Mariscotti de Görlitz, *Pachamama Santa Tierra*, 1978, 27 s.; Estermann (nota 32), p. 207.

38 Huanacuni, *ALAI (América Latina en movimiento)* 2010, p. 17 (21 y s.); Bouysse-Cassagne/Harris, (nota 33), p. 18; Estermann (op. fn. 32), p. 164; Charupá, *PT* 49 (2017), p. 329 (348).

39 Gregor Barié, *Revista de Estudios Latinoamericanos* 59 (2014), p. 9 (19); Bouysse-Cassagne/Harris (supra nota 33), p. 18; Sánchez Parga, *Ecuador Debate* 2011, p. 31 (43), por su parte, sostiene que la Pachamama nunca ha sido representada como femenina en la tradición andina, estando esta percepción basada únicamente en las influencias cristianas; igualmente, Tola, *Fem Rev* 118 (2018), p. 25 (27).

40 Claverías Huerse, *Cosmovisión y planificación en las comunidades andinas*, 1990, p. 143; véase también Albán, en: Pérez Ordóñez (ed.), *La constitución ciudadana*, 2009, p. 151 (161); Estermann (nota 32), pp. 203; van Kessel, *Cuadernos de investigación en cultura y tecnologías andinas* 6 (1993), p. 3 (3); Mariscotti de Görlitz, en: Baumann (ed.), *Cosmos de los Andes*, 1994, p. 42 (55); cf. Charupá, *PT* 49 (2017), p. 329 (347).

41 Moreno R., *Introducción a la filosofía indígena*, 1983, p. 128; Zaffaroni, en: Calizaya Rodríguez/Zaffaroni (eds.), *Nuevo constitucionalismo ambiental*, 2009, p. 35 (55).

42 Huanacuni Mamami, *Vivir bien/Buen Vivir*, 6ª ed. 2015, posición del libro electrónico 997; Fernández Osco/Gutiérrez Callisaya, *Pluriversidad*, 2009, p. 90 y ss.

El cosmos se percibe como vivo en su totalidad.⁴³ No existe una separación entre el humano y la naturaleza,⁴⁴ sino que el humano forma parte del cosmos.⁴⁵ Esta idea también se encuentra en el preámbulo del CRE, que se refiere a la “Pacha Mama de la que formamos parte y que es indispensable para nuestra existencia”.⁴⁶

2.2. El principio de la relacionalidad

Debido a esta vitalidad, las relaciones entre los componentes humanos y no humanos del cosmos⁴⁷ existen en forma de dependencias mutuas.⁴⁸ Esta forma de pensar en las relaciones se denomina principio de relacionalidad. Así, todo el mundo andino se percibe como una red viva⁴⁹ formada por diferentes formas de vida.⁵⁰ Es esta red la que constituye las entidades indi-

43 Claverías Huerse (nota 40), p. 25; Cortez, en: Fornet-Betancourt (ed.), *La buena vida como vida humanizada*, 2010, pp. 227, 234; Estermann, en: Fornet-Betancourt (ed.), *La buena vida como vida humanizada*, 2010, 261--286, 267; id. (o. nota 32), p. 205; Depaz T., en: Peña C./Depaz T./Quesada C. et al. (eds.), *La racionalidad andina*, 2005, p. 47 (57).

44 Dávalos (o. fn. 15), p. 209; Grosfoguel, *Tabula Rasa* 24 (2016), p. 129; Oviedo Freire, en: *ibid.* (ed.), *Bifurcación del buen vivir y el sumak kawsay*, 2014, p. 139 (148); Walsh (nota 26 supra), p. 216; cf. también Latour, *Das Parlament der Dinge*, 3ª ed. 2015, p. 63 que generaliza esto en relación con todas las sociedades no occidentales.

45 Llasag Fernández (véase la nota 32), p. 78; *ibid.* Foro: *Revista de Derecho* 12 (2009), p. 113 (114); Estermann (o. Fn. 32), p. 201.

46 La importancia del preámbulo para la interpretación de los derechos de la naturaleza también es destacada por Murcia, en: Acosta/Martínez (eds.), *La naturaleza con derechos*, 2011, p. 287 (302).

47 Claverías Huerse (nota 40), p. 143; Zaffaroni (nota 41), p. 55; cf. Cortez (nota 43), p. 232; Moreno R. (nota 41), p. 65.

48 Fernández Osco/Gutiérrez Callisaya, (nota 42), p. 90.

49 Existen aquí importantes paralelismos con la teoría del actor-red, de la que Bruno Latour también deriva un modelo de legitimidad de las entidades naturales, esp.

50 Rengifo Vásquez, en: van Kessel/Larraín Barros (eds.), *Manos sabias para criar la vida*, 2000, p. 17 (21); Mariscotti de Görlitz (nota 40), p. 59 y ss. Maldonado, en: Hidalgo Capitán/Guillén García/Deleg Guazha (eds.), *Sumak Kawsay Yuyay*, 2014, p. 195 (204); Llasag Fernández, Foro: *Revista de Derecho* 12 (2009), p. 113 (114 s.).

viduales.⁵¹ Cada entidad tiene su lugar en la red de relaciones y cumple una función determinada.⁵² Así, el mundo no se concibe desde el sujeto, sino desde las múltiples relaciones.⁵³

Las relaciones dan lugar a entidades individuales que, en cierto sentido, se sitúan en los nudos de la red,⁵⁴ sin embargo, no existen separadas de sus relaciones y enredos.⁵⁵ El ser humano se percibe a través de sus relaciones con la comunidad y el cosmos.⁵⁶ La vulneración de un ente debe tener, por tanto, un efecto sobre los demás entes que lo rodean, lo que, según *Ramiro Ávila Santamaría*, lleva a que “hacer daño a la naturaleza es hacerse daño a sí mismo”.⁵⁷

En la práctica diaria, se trata de alimentar estas relaciones, lo que incluye en particular establecer y mantener una conexión con la *Pacha Mama*.⁵⁸ El objetivo final es crear y mantener el equilibrio y la armonía en la red de relaciones. Esto se hace en relación con la Pacha Mama a través de diversas comunicaciones. En particular, la agricultura⁵⁹ o los rituales⁶⁰ representan una forma de comunicación que les permite establecer una conexión con la Pacha Mama y entrar en contacto directo con ella. Las relaciones entre las personas humanas también requieren un cuidado constante. Menos que

51 Estermann (nota 32), p. 132.

52 Llasag Fernández (nota 45 supra), p. 115; Pacari, en: Hidalgo Capitán/Guillén García/Deleg Guazha (eds.), *Sumak Kawsay Yuyay*, 2014, p. 129 (130).

53 Macas, *Yachaykuna* 13 (2010), p. 13 (30); Medina, *Suma Qamaña*, 2006, p. 117.

54 CONAIE (nota 26), p. 9; Estermann (nota 32), p. 114.

55 Estermann (nota 32), p. 134.

56 Charupá, PT 49 (2017), 329, 338; cf. Llasag Fernández, en Santos/Grijalva (eds.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, 2012, p. 321 (341).

57 Avila Santamaría, en: Acosta/Martínez (eds.), *La naturaleza con derechos*, 2011, p. 173 (211).

58 Charupá, PT 49 (2017), p. 329 (347); véase también Corte Constitucional, *Judg. v. 30.7.2014, asunto N.º 073 1 -10-EP.S*, 18 según el cual el objetivo de la justicia (penal) indígena es precisamente reconectar al autor con la pachamama (reconexión); cf. sobre esto también Llasag Fernández (nota 56 supra), p. 341 y ss.

59 Torre Sandoval/Sandoval Peralta, *La Reciprocidad en el Mundo Andino*, 2004, p. 20.

60 Estermann (nota 32), p. 202.

un estado ideal a alcanzar se trata de un proceso constante de equilibrio y trabajo en una red fluida de relaciones.⁶¹

2.3. La protección de los ecosistemas como aplicación de una comprensión indígena de la naturaleza

Este pensamiento es recogido por la CRE, que es particularmente clara con respecto al Art. 71 y siguientes. Al definir la naturaleza como objeto de protección, la CRE parte de la protección del ecosistema.⁶² Numerosas disposiciones lo subrayan, por ejemplo, al definir la preservación de los ecosistemas como un interés público (art. 14, párr. 2), o al exigir la restauración integral de los ecosistemas afectados tras un daño ambiental (art. 396, párr. 2). Ante una interpretación de la naturaleza como Pacha Mama, esto parece contundente. Según el art. 2 del Convenio sobre la Diversidad Biológica, que se puede utilizar para interpretar la CRE en el sistema jurídico ecuatoriano, aquello es extremadamente favorable al derecho internacional,⁶³ ya que los ecosistemas constituyen “complejo dinámico de comunidades vegetales, animales y de microorganismos y su medio no viviente que interactúan como una unidad funcional”.⁶⁴ Así pues, un ecosistema existe precisamente por las relaciones de las distintas entidades, lo que se reconoce en los derechos integrales de la naturaleza.⁶⁵

Esta comprensión de la naturaleza podría mitigar el problema de los derechos de las diferentes entidades naturales que se enfrentan entre sí.⁶⁶ La protección de la naturaleza en “su compleja interconexión”,⁶⁷ requiere que

61 Véase CONAIE (nota 26), p. 9.

62 Bedón Garzón, *Ius Humani*. Revista de Derecho 5 (2016), p. 133 (137).

63 Por ejemplo, Defensoría del Pueblo de Ecuador, de 12.9.2016 OU-DPE-DPGL-2016-DAM. S. 5.

64 Convenio sobre la Diversidad Biológica, celebrado en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992, traducción al español en <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf>.

65 Boyd (nota 5), p. 198.

66 Leimbacher (nota 5), p. 103 y siguientes.

67 Bosselmann (nota 6), p. 358.

los derechos de la naturaleza preserven precisamente este equilibrio sistémico dentro de los ecosistemas.⁶⁸ Por el contrario, la protección de las entidades individuales, que las privilegiaría sobre sus semejantes, las conduciría a un desequilibrio.⁶⁹

No obstante, según la jurisprudencia⁷⁰, las entidades individuales, especialmente los animales, también pueden invocar el artículo 71 y siguientes. CRE.⁷¹ Hasta cierto punto, actúan como representantes de su ecosistema, por ejemplo, porque están especialmente amenazados,⁷² como en el caso de ciertas aves de las Islas Galápagos, que eran atropelladas regularmente por los coches a gran velocidad.⁷³ Otro grupo de casos en los que se pueden reclamar los derechos de los seres naturales individuales son los animales maltratados por el hombre.⁷⁴ Éstos acaban de ser arrancados de su contexto sistémico y son especialmente vulnerables. Se dice que las corridas de toros, por ejemplo, violan los derechos de la naturaleza, ya que los contradice matar a un ser vivo por placer.⁷⁵

68 Cf. Defensoría del Pueblo de Ecuador, resolución de 29.1.2016, Rs. n° 0002-DPE-DPPZ-2016-MC. S. 14.

69 Avila Santamaría (nota 57), p. 215.

70 En lo que sigue, se incluyen también los procedimientos cuasi judiciales ante la Defensoría del Pueblo, sobre esto Valle Franco, *Universelle Staatsbürgerschaft und progressive Gleichberechtigung*, 2016, p. 336 y ss.

71 Expr. Defensoría del Pueblo de Ecuador, de 28.2.2013, Rs. N° 001-DPE-DINA-PROT-54351-20133. párr. 41.

72 Defensoría del Pueblo de Ecuador, Res. v. 19.4.2017, Rs. N° 0005-DPE-DNDC-NA-2017-JMR. párr. 100.

73 Defensoría del Pueblo de Ecuador, de 12.9.2016, Rs. No. C-2013-200100068. p. 2. En esta idea se basó también el pleito de las focas alemanas de 1988, en el que las focas representaban el hábitat del Mar del Norte. El pliego de condiciones invoca explícitamente “los derechos concedidos a las especies animales a vivir en el hábitat ancestral, el sistema ecológico del Mar del Norte”, reimpresso en Blume, *Robbenklage*, 2004, p. 31.

74 Una concepción similar de la naturaleza como sujeto jurídico ya fue reclamada por Stutzin, *Rechtstheorie* 11 (1980), p. 344, (352).

75 Defensoría del Pueblo de Ecuador, Res. v. 28.2.2013, Rs. N° 001-DPE-DINA-PROT-54351-20133. párr. 33 f.

Un enfoque en los ecosistemas o redes de relaciones también evita que cualquier uso humano de la naturaleza entre en conflicto con los derechos de la naturaleza. Al fin y al cabo, los propios seres humanos forman parte de esta red o de varios ecosistemas. En las comunidades agrocéntricas⁷⁶ de la región andina, la agricultura es precisamente una forma esencial de comunicación con la Pacha Mama.⁷⁷ Esto no debe entenderse como naturaleza inalienable⁷⁸, sino que también está conformada por el uso humano del medio ambiente, que a su vez debe respetar la integridad del mismo. Por lo tanto, el art. 71 y ss. de la CRE aboga por la preservación de los ecosistemas, pero no prohíben todo su uso.⁷⁹

2.4. La configuración de los derechos de la naturaleza

Por lo relatado, la CRE incorpora al derecho una visión indígena de la relación entre el hombre y la naturaleza. Hay que reconocer que esto no puede ocurrir sin fricciones e irritaciones mutuas⁸⁰. Por un lado, como se ha descrito anteriormente, los intereses naturales deben ser “traducidos”⁸¹ para que sean comprensibles para el derecho. Por otro lado, la ley también debe sufrir ajustes. Si el círculo de titulares de derechos se amplía de forma puramente mecánica por parte de un sujeto jurídico natural sin modificar el sistema de derechos, surgen contradicciones que debilitan considerablemente la eficacia de los derechos de la naturaleza.⁸² Por ejemplo, según Ulrich Ramsauer, el reconocimiento de toda la naturaleza como sujeto de derecho tendría

76 Así Rivera Palomino, *Logos Latinoamericano* 1994, p. 26 (31).

77 Torre Sandoval/Sandoval Peralta (nota 60), p. 20; cf. Estermann (nota 32), p. 205.

78 Bouysson-Cassagne/Harris (nota 33), p. 52.

79 Bedón Garzón, *Ius Humani. Revista de Derecho* 5 (2016), p. 133 (137).

80 Sobre el potencial de irritación de las “unidades ecológicas” para el derecho y la sociedad moderna, véase Teubner, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 21 (2000), p. 189 (201).

81 Sobre la dificultad de traducir una comprensión indígena de la naturaleza en el derecho de Gudynas, *Buen Vivir, Análisis Fundación Rosa Luxemburg*, 2012, p. 24.

82 Cf. Bosselmann (nota 6), p. 205, que describe la “mera actualización de la lista de derechos subjetivos” como un malentendido frecuente en el debate sobre los derechos de propiedad.

que llevar a que estos derechos se agotaran en una “reclamación general de aplicación del derecho por parte de la autoridad autorizada”. Al fin y al cabo, los conflictos deben producirse regularmente dentro de la naturaleza como entidad jurídica, lo que requiere derechos relativos, es decir, la formulación jurídica de relaciones legales.⁸³ Además, –según el autor citado– los derechos de la naturaleza podrían garantizar, en última instancia, la supremacía de los humanos, ya que sería necesaria una gradación entre las posiciones de los distintos titulares de derechos.⁸⁴ De este modo, se fijaría el statu quo en lugar de incentivar una transformación.

Esta interpretación no sólo parece estar en un segundo plano frente a la expectativa de que los derechos de la naturaleza mejoren cualitativamente la protección del medio ambiente, sino que, en el caso ecuatoriano, apenas parece compatible con el pensamiento indígena antes expuesto. Por lo tanto, es significativa la cuestión de cómo un sistema legal puede incorporar el principio de relacionalidad, que es central en el pensamiento indígena de la región andina y del Sumak Kawsay.⁸⁵

3. Alcance de la CRE

La CRE, y en particular los derechos de la naturaleza ofrecen numerosos puntos de partida para un modelo de derechos que incorpore el principio de relacionalidad. Todos los derechos se sitúan formalmente en un nivel⁸⁶ y sólo pueden entrar en una relación mediadora en casos concretos. Cualquier jerarquización abstracta⁸⁷ –incluyendo una priorización unilateral de

83 Ramsauer, en: Schlacke/Beaucamp/Schubert (eds.), *Infrastruktur-Recht*, 2019, p. 465 (473).

84 Ramsauer (nota 83), p. 471; Fischer-Lescano, *ZUR* 2018, p. 205 (215 y s.) muestra que la diferenciación en la titularidad de las distintas personas jurídicas no significa necesariamente una jerarquización.

85 Acosta (nota 16), p. 39.

86 Noguera Fernández, *R.V.A.P.* 83 (2009), p. 117 (121).

87 Esto también encuentra una correspondencia en la filosofía indígena de la región andina, en la que, según Estermann (o. nota 33), p. 169, no hay jerarquías en las múltiples

los intereses humanos— es ajena al documento. En varios puntos, la CRE destaca la importancia de crear armonía con la naturaleza.⁸⁸ También deja claro que garantizar el programa que establece no es una cuestión de fijar un determinado estado de cosas, sino un proceso continuo. “ El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva [...]” dice, por ejemplo, el art. 11 n° 8 CRE.

Dado que los daños medioambientales suelen ser causados por particulares, la cuestión de los destinatarios es de gran importancia para la eficacia de los derechos de la naturaleza.⁸⁹ Los derechos de la naturaleza ecuatorianos —como todos los derechos de la CRE— obligan tanto al Estado como a los particulares.⁹⁰ El art. 83 n° 6 CRE obliga explícitamente a todos los ecuatorianos a respetar los derechos de la naturaleza. Además del deber de protección del Estado (art. 396, párr. 1 CRE), también existen deberes positivos para los particulares (art. 399 del CRE) de proteger la naturaleza.⁹¹ La extensión del efecto vinculante a las partes privadas es característica del neoconstitucionalismo latinoamericano⁹² y garantiza la efectividad de los derechos garantizados por la constitución en un entorno en el que las violaciones de los derechos (fundamentales) pueden atribuirse cada vez más a actores no estatales.⁹³

4. ¿Derechos subjetivos para la Pachamama?

El apartado 2 del artículo 10 de la CRE se refiere explícitamente a la naturaleza como “sujeto” de los derechos que le otorga la Constitución. Con

relaciones dentro del cosmos; así también Torre Sandoval/Sandoval Peralta (o. nota 59), p. 20.

88 Por ejemplo, el Preámbulo, Art. 66 n° 27; 283.

89 Leimbacher (nota 5), p. 151 y siguientes.

90 Noguera Fernández, R.V.A.P. 83 (2009), p. 117 (121); Ávila Santamaría, en: Carbo-nell/Carpizo/Zovatto G. (eds.), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, 2009, p. 953 (969).

91 Velázquez Velázquez, *La Corte Constitucional de Ecuador y el estado constitucional de derechos y justicia*, 2018, p. 102.

92 Para más información sobre el término. Velázquez Velázquez (nota 92), p. 89 y ss.

93 Noguera Fernández, R.V.A.P. 83 (2009), p. 117 (130).

el trasfondo de las visiones indígenas del cosmos destacadas anteriormente, que deben ser tenidas en cuenta a la hora de interpretar la CRE. Parece paradójico en un primer momento atribuir derechos subjetivos a la Pacha Mama cuando los sujetos autónomos no juegan un rol importante en el pensamiento indígena andino.⁹⁴

4.1. Críticas a los derechos

La fijación de los derechos subjetivos es criticada por intelectuales indígenas como *Fernando Huamacuni*. Según esta crítica, la ponderación de las diferentes posiciones jurídicas fomenta los conflictos entre los diferentes titulares de derechos y, por tanto, conduce en última instancia a la desarmonía social.⁹⁵

Esto demuestra que existen importantes paralelismos entre la crítica indígena andina y la crítica occidental de los derechos.⁹⁶ En consecuencia, el sujeto jurídico se percibe a sí mismo principalmente en la demarcación de otros sujetos jurídicos y siempre está inclinado a extender sus derechos lo más lejos posible –es decir, hasta el límite de los derechos de los demás– una idea que ya se puede encontrar en *Marx*.⁹⁷

El sujeto jurídico ve la sociedad, es decir, la totalidad de los sujetos jurídicos que le rodean, no como una condición o parte de su propia libertad y subjetividad jurídica, sino como su límite.⁹⁸ La construcción de los derechos subjetivos (humanos) no reconoce, pues, “la interdependencia primordial de los seres humanos”.⁹⁹

94 Brandt/Franco Valdivia, *Normas, Valores y Procedimientos en la Justicia Comunitaria*, 2007, p. 160 también asumen una incompatibilidad fundamental de las cosmovisiones indígenas y los derechos individuales.

95 Huamacuni Mamami (nota 42), posición de libro electrónico 2741.

96 De forma destacada, por ejemplo, en Menke, *Kritik der Rechte*, 2018; Loick, *Juridismus*, 2017; Loick, en: Jaeggi/Loick (eds.), *Nach Marx*, 2013, p. 296.

97 Así ya Marx, en: *Werke*, 1976, p. 347 (364 s.).

98 Marx (nota 98), p. 366.

99 Loick, en: Jaeggi/Loick (eds.), *Nach Marx*, 2013, p. 296 (306).

4.2. Patologías de los derechos de la naturaleza

A veces se hacen acusaciones en contra de los derechos de la naturaleza. En lugar de superar la separación entre naturaleza y cultura y transformar fundamentalmente las relaciones entre los seres humanos y la naturaleza, como sostienen muchos de sus defensores,¹⁰⁰ derechos de la naturaleza reproduciría y reforzaría una dicotomía entre los seres humanos y la naturaleza.¹⁰¹ Al fin y al cabo, la naturaleza como sujeto de derecho ocupa su lugar junto a los sujetos de derecho humanos. Como resultado, los derechos humanos y naturales pueden entrar en conflicto y se hace necesaria una demarcación y un equilibrio de las posiciones jurídicas individuales.¹⁰²

Hay sentencias en la práctica ecuatoriana que sopesan explícitamente los intereses humanos frente a los medioambientales.¹⁰³ El caso más difundido se refiere al interés de un río en su curso, al que parecen oponerse los intereses humanos en un proyecto de infraestructura.¹⁰⁴ Se argumenta que el proyecto de infraestructura podría realizarse sin afectar al río. Además, las preocupaciones medioambientales tendrían, en principio, prioridad sobre los intereses humanos individuales, ya que los daños medioambientales afectan regularmente a un gran número de personas.¹⁰⁵ Aquí la contradicción se hace evidente: las preocupaciones medioambientales se reformulan como intereses humanos para poder sopesarlas en función de los números.

100 Por ejemplo, Gudynas, en Espinosa Gallegos-Anda/Pérez Fernández (eds.), *Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos*, 2011, p. 95 (100); Angulo Ayoví, *La naturaleza como sujeto de derechos mediante Acción de Protección Constitucional en el Ecuador*, 2011, p. 12.

101 Nieto Sanabria, *Revista de Derecho Mexicano X* (2018), p. 117 (132); Sánchez Paraga, *Ecuador Debate* 2011, p. 31 (38, 43 s.); es. *Alternativas virtuales vs. cambios reales*, 2014, p. 61.

102 Cf. Gudynas (nota 101), p. 109, según el cual los derechos de la naturaleza consisten en establecer la justicia entre los seres humanos y el “resto de la naturaleza” (trad. AG).

103 Para un análisis de algunos de estos casos, véase Bedón Garzón, *Ius Humani. Revista de Derecho* 5 (2016), p. 133.

104 Corte Provincial de Loja, sentencia de 30.3.2011, Caso 11121-2011-0010.

105 *ibid.*, p. 5.

Esto puede hacer que el caso concreto sea operativo, pero probablemente no sea un modelo generalizable.

4.3. Modelo relacional de derechos

Sin embargo, sobre la base de una interpretación intercultural que tome en serio el principio de relacionalidad, también puede tomarse de la CRE otro modelo de equilibrio de los diferentes intereses constitucionalmente protegidos. Si en el pensamiento andino los sujetos están subordinados a las relaciones, es decir, el sujeto sólo se constituye a través de sus relaciones con otros entes humanos y no humanos, parece paradójico un ordenamiento jurídico y social que se preocupe por otorgar y delimitar derechos y, por ende, esferas de autonomía.¹⁰⁶

No existe un sujeto (jurídico) autónomo en el pensamiento andino. También parece imposible comprender la naturaleza como sujeto jurídico dentro de sus límites. La “naturaleza” no es una entidad fija que pueda distinguirse de los humanos y cuyos intereses puedan contraponerse a los intereses humanos.

Si los derechos de la naturaleza incorporaran efectivamente la noción de relacionalidad en el derecho ecuatoriano, el objetivo de cualquier decisión judicial o legal tendría que ser establecer la armonía entre todos los componentes del cosmos. Es precisamente este establecimiento de la armonía y el equilibrio lo que a menudo se describe como la meta y el propósito de la justicia indígena.¹⁰⁷ Según *Fernando Huanacuni*, “[un sistema jurídico indígena] no confronta los derechos individuales de unos y otros, en cambio armoniza y equilibra las relaciones.”¹⁰⁸

106 Cf. Brandt/Franco Valdivia, (nota 95), p. 160, según el cual los derechos individuales son fundamentalmente incompatibles con las cosmovisiones indígenas.

107 Brandt, “Justice is achieved if peace is restored”, septiembre de 2017, p. 9.

108 Huanacuni Mamami (o. fn. 42), ebook Position 2872.

Lo que puede sonar algo esotérico a los oídos socializados occidentales significa, en última instancia, que el derecho debe ampliar significativamente su enfoque y considerar siempre su impacto en todas las entidades humanas y naturales. Estos planteamientos también se encuentran en la jurisprudencia ecuatoriana. Un tribunal de las Galápagos, por ejemplo, declaró que los tribunales deben “aplicar estos nuevos principios superando el positivismo [...] aplicando tanto las normas como un sistema integral como criterios de proporcionalidad y ponderación”.¹⁰⁹ Por lo tanto, debe lograrse un equilibrio entre los diferentes derechos a través de los principios de equilibrio y armonía.¹¹⁰

Este modelo de derechos ya no consiste en optimizar los espacios de libertad hasta el límite de la libertad de los demás, sino en establecer un equilibrio en la sociedad entera, por el que ésta no debe entenderse en términos puramente humanos. Por tanto, los procesos jurídicos deben tener en cuenta la dependencia e interdependencia mutua de los seres humanos y lo que llamamos naturaleza.

Los derechos de la naturaleza deben ser tenidos en cuenta de oficio en todos los procedimientos cuya decisión pueda tener un impacto en la naturaleza, incluso si la propia naturaleza no es parte en el procedimiento.¹¹¹ Los derechos de la naturaleza le dan derecho a ser escuchada y tenida en cuenta. Esto se aplica no sólo en los tribunales, sino también en los procedimientos administrativos. Por lo tanto, se dice que un permiso de explotación minera concedido sin realizar una evaluación de impacto ambiental –es decir, sin identificar y tener en cuenta los intereses de la naturaleza en un procedimiento formal– viola siempre el art. 71, apartado 1, de la CRE.¹¹²

109 Juzgado de lo Civil y Mercantil de las Galápagos, Urt. v. 28.6.2012, Rs. 269 - 2012. p. 5.

110 Pacari (nota 52), p. 129.

111 Bustamente Romo Leroux, Francisco J., Los derechos de la naturaleza en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana, 2016 (<http://www.ijeditores.com.ar/pop.php?option=articulo&Hash=75cf7b0a41ed880b224414921b4f956c>); así también Corte Constitucional, sentencia de 20.5.2015, N.º 0507-12-EP. S. 14.

112 Corte Constitucional, sentencia de 9.7.2015, N.º 218-15-SEP-CC. p. 13 y s.; sobre la importancia de una evaluación ambiental para los derechos de la naturaleza, véase también

5. Conclusión

Los derechos de la naturaleza ecuatorianos ofrecen puntos de partida para un nuevo modelo de derechos que puede contrarrestar algunas de las patologías de los derechos subjetivos. Por supuesto, este derecho no crea un mundo (ambiental) intacto de la noche a la mañana, sino que está en “construcción permanente”¹¹³.

La “justicia cósmica”¹¹⁴ o la armonía de la sociedad en su conjunto¹¹⁵, que es el objetivo supremo del Sumak Kawsay basado en la relacionalidad y por el que se esfuerza la CRE, no es un estado fijo que pueda establecerse sopesando las distintas posiciones jurídicas y optimizándolas en el sentido de la concordancia práctica y como tal merece la pena esforzarse. El “buen vivir” en las cosmovisiones indígenas de la región andina no es un estado ideal, sino un proceso constante¹¹⁶ de construcción y reconstrucción de las numerosas relaciones,¹¹⁷ que es precisamente la tarea y el objetivo de la existencia humana.

Donde *Jacques Derrida* reclama una “justicia en construcción”¹¹⁸, donde *Rudolf Wiethölter* reclama una “cultura del litigio” que permita un “discurso con consecuencias”¹¹⁹ y *Andreas Fischer-Lescano* reclama una transformación del “pensamiento de estado subjetivo” a un “pensamiento de proceso sin sujeto”¹²⁰, los Derechos de la Naturaleza ecuatorianos reclaman un equilibrio constante y procesal de las relaciones entre el hombre y la naturaleza en un

Defensoría del Pueblo de Ecuador, Res. v. 23.2.2016, Rs. N° 0003-DPE-DNDCNA-2016-AC/JM. párr. 89.

113 Así es como Maldonado (nota 50), p. 209 caracteriza a los indígenas Sumak Kawsay.

114 Estermann (nota 43), p. 168.

115 Cf. CONAIE (nota 26), p. 16 que habla de una “armonía entre los seres humanos [...] y los demás seres de la naturaleza”.

116 Estermann (nota 43), p. 272; Maldonado (nota 50), p. 209.

117 CONAIE (nota 26), p. 9.

118 Derrida, *Gesetzeskraft*, 1996, p. 56, cursiva en el original.

119 Wiethölter, *KJ* 1988, p. 403 (408).

120 Fischer-Lescano (nota 7), p. 393.

discurso en el que la naturaleza también tenga voz. Al igual que el Parlamento de las Cosas de *Bruno Latour*, garantizan la participación de personas previamente excluidas en los procesos de negociación social.¹²¹

121 Tales procedimientos ya fueron exigidos por Leimbacher (nota 5), p. 94 y siguientes.

La tendencia mundial hacia los Derechos de la Naturaleza ¿Está surgiendo un derecho decolonial y ecológico desde abajo?¹

Andreas Gutmann*

Resumen:

El presente artículo analiza la descolonización del derecho en el Sur Global a partir de la incorporación de preceptos relativos a la naturaleza como un sujeto de derechos. Esto ha permitido analizar a los derechos de la naturaleza como híbridos jurídicos, por cuanto incorporan conceptos y elementos de distintas culturas.

En este sentido, los derechos de la naturaleza requieren un proceso de negociación sobre el concepto de naturaleza. Una naturaleza que se entiende como “*Pacha Mama*”, ubicua y difusa, o como un contexto ecosistémico global, plantea retos para el derecho. Más bien, como ya sospechaba Klaus Bosselmann hace tres décadas, hay que asumir que los derechos de la naturaleza transforman fundamentalmente el derecho. Sin embargo, los derechos de la naturaleza ofrecen la posibilidad que la propia naturaleza y otras voces hasta ahora excluidas tengan voz en estos procesos de negociación.

1 Este artículo fue publicado originalmente en alemán bajo el nombre de “Der globale Trend zu Rechten der Natur: Entsteht ein dekoloniales und ökologisches Recht von unten?”, en el libro compilatorio de Adloff/Busse (eds.), *Welche Rechte braucht die Natur? Wege aus dem Artensterben*, Campus 2021, p. 133-146.

* Andreas Gutmann es Abogado y asistente de investigación en la Universidad de Kassel, Alemania.

Palabras Clave: Derechos de la Naturaleza, descolonización, ecología, sur global, biocentrismo.

Introducción

La crisis ambiental global revela lo que el sociólogo peruano Aníbal Quijano llama colonialidad, es decir: La persistencia y reproducción de las estructuras coloniales de poder y explotación ². En tal perspectiva, si bien el cambio climático en gran medida es consecuencia de las emisiones contaminantes generadas por los países industrializados, los países del Sur Global se ven drásticamente afectados por aquellos impactos negativos. La extracción de materias primas, como los metales y los combustibles fósiles, que beneficia principalmente al Norte, también causa devastación en el Sur Global. Frente a ello, los derechos de la naturaleza pueden contrarrestar la crisis ambiental y la colonialidad que aquella implica. A continuación, se examinará si el movimiento mundial a favor de estos derechos tiene semejante potencial.

1. El medio ambiente en los tribunales

La reivindicación de los derechos de la naturaleza no es nueva, pero ha experimentado un considerable aumento de importancia en los últimos 15 años. Mientras que, en la segunda mitad del siglo XX los tribunales rechazaron bruscamente las demandas de conceder protección jurídica al Mineral King Valley en los Estados Unidos (Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 1972) o a las focas del Mar del Norte (Tribunal Administrativo de Hamburgo, 1988) como entidades jurídicas, hoy en día se encuentran entidades naturales en diversos lugares del mundo dotadas de derechos propios. La idea de estos derechos de la naturaleza se alimenta de la sospecha de que el derecho existente no es capaz de proteger eficazmente el medio ambiente³.

2 Aníbal Quijano, *Kolonialität der Macht, Eurozentrismus und Lateinamerika* (Viena/Berlín, 2016).

3 Mari Margil, Building an international movement for Rights of Nature, en: Michelle Maloney/Peter D. Burdon (eds.), *Wild law. En la práctica* (Abingdon, Oxon/Nueva York,

Se reconoce que existe un considerable déficit de aplicación del derecho ambiental⁴. La normativa de protección ambiental no suele aplicarse, y las infracciones medioambientales sólo pueden llevarse a los tribunales con dificultad. La causa de esta debilidad de la protección jurídica frente a los daños ambientales puede verse en el hecho de que los verdaderos objetos de protección –los bienes ambientales– sólo están cubiertos por la normativa de protección ambiental de forma reflexiva, es decir, no pueden reclamar efectivamente esta protección por falta de derechos propios.

En Alemania, por ejemplo, salvo algunas excepciones para las asociaciones ambientalistas, sólo pueden demandar por daños medioambientales aquellos que se ven directamente afectados de forma particular⁵. Si una alteración del medio ambiente, como el cambio climático, afecta a la humanidad en general, se deniega la protección legal. Las demandas sobre el clima, que últimamente se presentan cada vez más ante los tribunales, intentan superar estas restricciones, pero, a menudo fracasan debido a los obstáculos de acceso a los tribunales.

Los derechos de la naturaleza tratan de superar estos déficits concediendo a la naturaleza como tal o a entidades individuales, como los ríos, sus propios derechos, que deben tenerse en cuenta cuando se interfiere en el entorno natural y son exigibles ante los tribunales. Dado que la propia naturaleza no puede comparecer ante el tribunal, los representantes humanos deben asumir la defensa de los intereses de aquella. Esto no plantea dificultades para el derecho; aquí se puede recurrir al principio de representación legal⁶, que permite articular en un proceso judicial las preocupaciones de personas que no pueden o no se les permite comparecer por sí mismas,

2015): 149-160.

4 Ulrich Ramsauer, “§ 2 Allgemeines Umweltverwaltungsrecht“, en: Hans-Joachim Koch (ed.), *Umweltrecht*, 4ª edición. (Múnich, 2014): 170.

5 Ibid., 183.

6 Andreas Fischer-Lescano, “Natur als Rechtsperson Konstellationen der Stellvertretung im Recht.” *Zeitschrift für Umweltrecht*, no. 4 (2018): 205-16. <https://doi.org/10.17176/20180416-140435>, pp. 205-217.

e incluso de sujetos jurídicos no humanos como las personas jurídicas de derecho privado.

2. Contra el antropocentrismo del derecho

Sin embargo, si el concepto de los derechos de la naturaleza se toma en serio, su efecto va mucho más allá de reforzar la protección legal contra los daños medioambientales. Hasta ahora, la naturaleza ha sido excluida en gran medida del mundo del derecho. Estas exclusiones nunca son accidentales o naturales, sino que siempre se producen activamente⁷. Ciertamente el derecho clásico dota a las personas naturales y jurídicas de derechos y oportunidades para demandar, pero niega tales derechos a los animales, los ríos o las montañas, es un hecho históricamente evolucionado, pero no es convincente desde el punto de vista técnico-jurídico.

Los derechos de la naturaleza cuestionan este antropocentrismo del derecho⁸. Critican que la tutela de los intereses de la naturaleza sólo pueda ejercerse a través de los derechos humanos. Si la naturaleza tiene sus propios derechos, esto no significa que deba cesar todo uso humano de la naturaleza, sino que debe producirse un equilibrio entre los derechos humanos y los de la naturaleza⁹. Al crear una simetría de derechos, se supone que los derechos de la naturaleza –según sus defensores¹⁰– superan el antropocentrismo del derecho y cuestionan la dicotomía antropocéntrica humano-naturaleza mediante una referencia paralela a los seres humanos y su entorno no humano.

7 Boaventura de Sousa Santos, *Epistemologien des Südens. Gegen die Hegemonie des westlichen Denken* (Münster, 2018): 256.

8 Alberto Acosta, “Die Rechte der Natur – Für eine zivilisatorische Wende“, en: Constantin von Barloewen/Manuel Rivera/Klaus Töpfer (eds.), *Nachhaltige Entwicklung in einer pluralen Moderne. Lateinamerikanische Perspektiven* (Berlín, Matthes & Seitz, 2013): 300.

9 Ibid., 309.

10 Cristina Espinosa, “The Advocacy of the Previously Inconceivable. A Discourse Analysis of the Universal Declaration of the Rights of Mother Earth at Rio+20”, *The Journal of Environment & Development*, Vol. 23, (2014): 399.

3. Ecuador: Derechos de la Pacha Mama

Aunque el primer acto jurídico que contempla los derechos de la naturaleza se aprobó en 2006 en el municipio estadounidense de Tamaqua Borough,¹¹ la disposición más significativa hasta la fecha se encuentra en la Constitución ecuatoriana de 2008. En el Art. 71 f., otorga a la “Naturaleza o Pacha Mama” diversos derechos, como el respeto integral a su existencia o la restauración integral tras el daño ambiental. Lo que más llama la atención aquí es que la naturaleza es equiparada con la Pacha Mama. El término se encuentra en varias lenguas indígenas de las regiones andinas y amazónicas y suele traducirse como Madre Tierra. En el pensamiento indígena, Pacha representa un concepto integral que puede describirse como un cosmos que abarca tanto el tiempo como el espacio, basado en relaciones de reciprocidad y respeto entre todos los seres humanos y no humanos¹². Los derechos de la naturaleza asumidos por los ecuatorianos no sólo amplían el círculo de los titulares de derechos, sino que también desafían radicalmente la concepción occidental de la naturaleza. Esto es parte de la búsqueda constitucional de una ruptura integral con la colonialidad, así como el reconocimiento de las formas no occidentales de conocimiento y visiones del mundo¹³.

El hecho de que esta ruptura se manifieste de forma particular en el tratamiento que la Constitución da al entorno no humano no es una coincidencia. Es precisamente la forma hegemónica de la visión del medio ambiente la que está marcada por la colonialidad. La naturaleza –como muestran varios autores– es en sí misma un concepto colonial¹⁴. La dicotomía

11 A esto le siguieron otros municipios, en los que se derogaron parcialmente los actos jurídicos debido a la violación de la ley federal. Sobre la evolución en Estados Unidos, véase Tănăsescu Environment, Political Representation and the Challenge of Rights. Speaking for Nature. (Houndmills, Basingstoke, Hampshire, 2016): 107 y ss.

12 Josef Estermann, *Filosofía andina. Sabiduría indígena para un mundo nuevo*, 2ª ed. (Quito, 2015): 166.

13 Andreas Gutmann, “Pachamama als Rechtssubjekt? Rechte der Natur und indigenes Denken in Ecuador”, en: *Zeitschrift für Umweltrecht*, 11 (2019): 612.

14 Ramón Grosfoguel, “Del “Extractivismo Económico al “Extractivismo Epistémico”

humano-naturaleza o salvaje-civilizado está profundamente influenciada por la colonialidad y contribuyó a legitimar la toma colonial de tierras¹⁵.

La naturaleza es percibida como algo externo a los humanos, diferente a ellos, a la que pueden acceder a voluntad, ya sea como fuente de materias primas o como basurero. La relación entre el ser humano y la naturaleza se concibe de forma muy diferente en las cosmovisiones de muchas comunidades indígenas. En la región andina, no hay diferencias categóricas entre humanos y no humanos en el cosmos concebido como una red (pacha), sino numerosas relaciones que requieren respeto, cuidado y afecto mutuo¹⁶.

4. Una tendencia mundial

Entonces, ¿son los derechos de la naturaleza un concepto decolonial que no sólo contrarresta la crisis ambiental, sino que también rompe con la colonialidad de las relaciones humano-naturaleza y hace visibles en el derecho las formas no occidentales de interacción con el medio ambiente no humano? ¿Los derechos de la naturaleza dan voz no sólo a la naturaleza, hasta ahora excluida del derecho, sino también al pensamiento indígena?

El desarrollo global lo sugiere. Aunque la iniciativa lanzada por Bolivia para adoptar una Carta de los Derechos de la Madre Tierra a nivel internacional¹⁷ no ha tenido todavía el éxito deseado, sin embargo, ha estimulado debates que han desembocado en la proclamación de un Día de la Madre Tierra¹⁸ y en la inclusión del título Armonía con la Naturaleza en la agenda

y al “Extractivismo Ontológico”. Una forma destructiva de conocer, ser y estar en el mundo”, *Tabula Rasa*, (2016): 129.

15 Alberto Acosta, “Die Rechte der Natur – Für eine zivilisatorische Wende“, 289

16 Nina Pacari, “Naturaleza y territorio desde la mirada de los pueblos indígenas”, en: Antonio Luis Hidalgo Capitán/Alejandro Guillén García/Nancy Deleg Guazha (eds.), *Sumak Kawasay Yuyay. Antología del pensamiento indigenista ecuatoriano sobre Sumak Kawasay* (Huelva: FIUCUHU, 2014): 129-132.

17 Cristina Espinosa, nota 20, 406.

18 Asamblea General de las Naciones Unidas (2009a), Resolución 63/278.

de la Asamblea General de la ONU. Las discusiones en el espacio transnacional son impulsadas principalmente por actores de la sociedad civil¹⁹.

Actualmente se está debatiendo la inclusión de los derechos de la naturaleza en el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CBD por sus siglas en inglés). Ya en 2012, el gobierno ecuatoriano propuso la inclusión de una disposición de este tipo a la Conferencia de las Partes de este tratado internacional²⁰. Una amplia alianza de la sociedad civil está haciendo campaña a favor de la actual iniciativa.

Muchas de las declaraciones de derechos de la naturaleza a nivel nacional también apuntan en esta dirección. En Bolivia, los derechos de la naturaleza no están incluidos en la Constitución, pero se aprobaron dos leyes en 2010 y 2012²¹ que otorgan siete derechos diferentes a la Madre Tierra, entre ellos el derecho a la vida y al equilibrio natural. Al igual que en Ecuador, las leyes bolivianas invocan explícitamente las cosmovisiones indígenas y se refieren no sólo a una Madre Tierra, sino también al principio de suma qamaña/vivir bien, que se origina en el pensamiento indígena²². En la jurisprudencia ecuatoriana se pueden encontrar referencias al derecho boliviano²³, por lo que existe un diálogo jurídico transfronterizo que se caracteriza por numerosas referencias cruzadas.

En Nueva Zelanda, el río Whanganui fue declarado *persona jurídica*²⁴. Con ello se pretendía apaciguar una disputa entre los indígenas Iwi y la Corona británica por el uso de este río que se había ido apagando desde la

19 Cfr. Espinosa, 2019:393 y Acosta, 2013:313.

20 Laura Nieto Sanabria, “Economía Verde y Derechos de la Naturaleza. El Proyecto Socio Bosque en Ecuador”, *Nuestra Praxis*, Jg. 1, H. 2 (2018): 70.

21 Se trata de la Ley N°071, Ley de Derechos de la Madre Tierra de 2010 y la Ley N°300, Ley Marco de la Madre Tierra y del Desarrollo integral para Vivir bien de 2012.

22 Andreas Gutmann y Alex Iván Valle Franco, “Extraktivismus und das Gute Leben. Buen Vivir/Vivir Bien und der Umgang des Rechts mit nichterneuerbaren Ressourcen in Ecuador und Bolivien“, en: *Kritische Justiz*, 52, 1 (2019): 60.

23 Unidad Judicial Multicompetente con Sede en el Cantón Chillanes, Sentencia de 25.2.2019, ref. 02335-2019-00022.

24 Nueva Zelanda, *Tē Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act*. 2017 No 7.

época colonial. El acto legal, redactado en parte en maorí, invoca la cosmovisión de los Iwi, para quienes el río no es sólo un recurso natural o una vía de transporte, sino una parte integral de su ser y de su comunidad. En la actualidad, una comisión con igual representación de los Iwi y de la Corona se ocupa de la representación del río Whanganui.

Los puntos de vista de los ribereños –en este caso indígenas y afrocolombianos– también son recogidos por la Corte Constitucional colombiana en su histórica sentencia sobre el río Atrato, que, aunque la Constitución colombiana no contempla explícitamente derechos de la naturaleza, declara al río Atrato como sujeto de derecho. El tribunal lo justifica con una visión holística de la Constitución, que se considera ecológica y social²⁵, la urgencia del problema ambiental²⁶ y referencias a la Constitución ecuatoriana y al río Whanganui²⁷. Otros tribunales de Colombia siguieron su ejemplo²⁸.

Algo similar ocurrió en la India, donde ríos²⁹ y glaciares³⁰ fueron declarados sujetos de derecho. El Alto Tribunal se inspiró en el caso neozelandés, entre otros³¹. Sin embargo, las sentencias no se mantuvieron, y fueron anuladas por el Tribunal Supremo.

25 Corte Constitucional República de Colombia, Sentencia del 10.11.2016, Az. T-622 de 2016.

26 Ibid., 9.15.

27 Ibid., 5.9.

28 Julia Torres y Elizabeth Macpherson, “The Tour to Save the World: Colombia Wins the Yellow Jersey for the Rights of Nature”, en: Int’l J. Const. L. Blog (2019), Último acceso 17 dic. 2020, <http://www.iconnectblog.com/2019/08/the-tour-to-save-the-world-colombia-wins-the-yellow-jersey-for-the-rights-of-nature>.

29 Tribunal Superior de Uttarkhand en Nainital, Sentencia de fecha 20.3.2017a, Writ Petition (PIL) No.126 de 2014.

30 Tribunal Superior de Uttarkhand en Nainital, Sentencia de 30.3.2017b, Az. Writ Petition (PIL) No.140 of 2015.

31 Diana Murcia Riaño, “Estudio de la cuestión en los ámbitos normativo y jurisprudencial”, en: Adolfo Maldonado/Esperanza Martínez (eds.), *Una década con Derechos de la Naturaleza. La Naturaleza con Derechos* (Quito: ABYA YALA, 2019): 45.

5. Una idea da la vuelta al mundo

Los derechos de la naturaleza también se reconocen en otros lugares del mundo, como Uganda o Ciudad de México.³² En varios países se está debatiendo la incorporación de estos derechos a los sistemas jurídicos nacionales. En 2019 se presentó en el Parlamento de Australia Occidental un proyecto de ley sobre los derechos de la naturaleza y de las generaciones futuras, que guarda sorprendentes similitudes con la disposición correspondiente de la Constitución ecuatoriana. En el estado (Land) de Baviera, Alemania, se está configurando una petición de referéndum para que se incluyan los Derechos de la Naturaleza en la Constitución del Estado.

En Francia se ha propuesto incluir en la Constitución la prohibición de tratar a los seres vivos como objetos. La justificación se refiere explícitamente a Ecuador³³. Una (antigua) potencia colonial quiere aprender del derecho de un antiguo país colonizado. Aunque el avance finalmente no tuvo éxito, se impugna la convicción de una superioridad fundamental del derecho occidental.

La idea de los derechos de la naturaleza da la vuelta al mundo. Los movimientos de la sociedad civil tienen un importante papel que desempeñar aquí. De diversas maneras y en distintos lugares, estos movimientos intentan persuadir al poder legislativo y al judicial para que generen y apliquen los derechos de la naturaleza naturales³⁴ (Margil 2015). Los llamados Tribunales de la Madre Tierra también desempeñan un papel importante en aquellos movimientos. En estos eventos que, se celebran regularmente en varios lugares del mundo, los actores de la sociedad civil deliberan sobre casos concretos de destrucción medioambiental al estilo de una audiencia

32 Para una visión general, véase <http://www.harmonywithnatureun.org/>, último acceso 17.12.2020.

33 Assemblée Nationale (2018), enmienda N°CL786.

34 Mari Margil, Building an international movement for Rights of Nature, en: Michelle Maloney/Peter D. Burdon (eds.), *Wild law. En la práctica* (Abingdon, Oxon/Nueva York, 2015): 149-160.

judicial y pronuncian una sentencia, aunque no sea legalmente ejecutable³⁵. De este modo, se cuestiona una comprensión del derecho centrada en el Estado y se exige el reconocimiento de las ideas jurídicas que surgen fuera de las instituciones estatales³⁶.

6. ¿Quién habla en nombre de la naturaleza?

Sin embargo, en el marco del debate transnacional, la colonialidad no sólo se rompe, sino que se reproduce. Por un lado, esto se refleja en la cuestión de quién tiene el poder de participar en este diálogo. Por ejemplo, la primera sentencia ecuatoriana sobre los derechos de la naturaleza que fue conocida en el mundo no se basa en la denuncia de un grupo indígena que se opone a la minería en su territorio, sino en el litigio entre dos estadounidenses y el gobierno de la provincia de Loja.

El gobierno había depositado la tierra excavada de la ampliación de una carretera pública en el lecho del río Vilcabamba sin tener un permiso ambiental, lo que amenazaba con inundar la propiedad recién adquirida de los demandantes. Los dos propietarios interpusieron una demanda contra esto y ganaron el caso en segunda instancia ante la Corte Provincial de Loja³⁷. La sentencia fue celebrada en todo el mundo como un gran avance para los derechos de la naturaleza. El impacto de la alteración del curso de un río en los ecosistemas afectados es ciertamente significativo. No obstante, el caso de Vilcabamba plantea la cuestión de hasta qué punto el enfoque de los demandantes era la protección de los derechos de la naturaleza, o más bien de su propiedad, y el éxito del caso y su relevancia internacional: ¿No se debe también al hecho de que la voz de dos estadounidenses es más audible en el discurso nacional y global que la de los grupos subalternos?³⁸.

35 Michelle Maloney, "Finally Being Heard. The Great Barrier Reef and the International Rights of Nature Tribunal", *Griffith Journal of Law and Human Dignity*, Vol. 3, H. 1 (2015): 40-58.

36 Cfr. *Ibid.*, 43.

37 Corte Provincial de Loja, Sentencia de 30.3.3011, ref. 11121-2011-0010.

38 Cfr. Kyle Pietari, "Ecuador's Constitutional Rights of Nature. Implementation, Im-

También hay que plantear preguntas similares al movimiento internacional por los derechos de la naturaleza, y que se articula principalmente en la Alianza Mundial por los Derechos de la Naturaleza. Si se examina detenidamente, se trata de un grupo relativamente pequeño, en el cual, la mayoría de sus miembros tiene una formación académica occidental³⁹. Aunque el movimiento hace a menudo referencias al pensamiento indígena (por ejemplo, la Alianza Global por los Derechos de la Naturaleza s/f) por su parte, los propios actores indígenas son menos propensos a hablar.

Esta observación también pone en duda la narrativa popular de que los derechos de la naturaleza en Ecuador, son un logro del movimiento indígena, que había luchado por la inclusión de su comprensión de la relación entre los seres humanos y su entorno no humano en la Constitución⁴⁰. También en el proceso constituyente ecuatoriano se puede rastrear la influencia particular de unos pocos actores –principalmente no indígenas–, entre ellos la ONG estadounidense CELDF⁴¹, que también había promovido las declaraciones municipales sobre los derechos de la naturaleza en Estados Unidos.

Surge así la impresión de que, no son los propios subalternos quienes pueden hablar por sí mismos en el escenario internacional sobre los derechos de la naturaleza, sino que se habla por ellos. Este fenómeno puede denominarse “extractivismo epistémico”⁴². Los conceptos subalternos, como la Pacha Mama, son arrancados de su contexto y utilizados por actores influ-

pacts, and Lessons Learned”, *Willamette Environmental Law Journal* (2018): 37-94.

39 Ariel Rawson y Becky Mansfield, “Introducing juridical knowledge: ›Rights of Nature‹ or the naturalization of rights?”, *Environment and Planning E: Nature and Space*, Vol. 1, 1-2 (2018): 111.

40 Mihnea Tănăsescu, *Political Representation and the Challenge of Rights. Speaking for Nature* (Houndmills, Basingstoke, Hampshire, 2016): 100.

41 Cristina Espinosa, “Afinidades interpretativas: La constitucionalización de los derechos de la naturaleza, Pacha Mama, en Ecuador”, *Journal of Environmental Policy & Planning*, Vol. 21, H. 5 (2019): 611.

42 Cfr. Ramón Grosfoguel, “Del “Extractivismo Económico al “Extractivismo Epistémico”, 133.

yentes para sus propios fines. Aunque este procedimiento suele estar guiado por nobles intenciones, el “extractivismo epistémico” puede llevar a que los conceptos autóctonos se conviertan en su contrario y en contra de sus originadores. Esto se puede observar, por ejemplo, cuando el Estado ecuatoriano justifica los proyectos mineros con el buen vivir/sumak kawsay derivado del pensamiento indígena, aunque los grupos indígenas rechazan estos proyectos por ser incompatibles con sus cosmovisiones.⁴³

7. ¿Por qué derechos?

Aún más fundamental es una segunda cuestión que a menudo se descuida en el movimiento internacional por los derechos de la naturaleza. ¿Por qué esta tipología de derechos, es decir, el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, debería dar una respuesta adecuada a la destrucción medioambiental del Antropoceno configurada por la colonialidad?

Los derechos –según la narrativa liberal– son un instrumento emancipador⁴⁴. “Quien no tiene derechos es despreciado; quien tiene derechos es respetado”, escribe Godofredo Stutzin en un texto temprano sobre los derechos de la naturaleza⁴⁵ (Stutzin 1980: 350). Los derechos crean esferas de libertad en las que el individuo puede desarrollarse sin ser molestado por otros individuos. Pero precisamente aquí radica un problema para los derechos de la naturaleza: si la naturaleza se convierte en un sujeto jurídico que hay que distinguir y delimitar de los humanos, se reproduce una dicotomía humano-naturaleza.

Los seres humanos y la naturaleza se enfrentan como sujetos jurídicos cuyos derechos parecen oponerse y deben delimitarse y sopesarse. Se corre el riesgo de perder de vista las interconexiones e interdependencias entre

43 Sobre el polémico tema de la relación entre la minería, el sumak kawsay y los derechos de la naturaleza, véase por ejemplo Gutmann y Valle Franco (2019).

44 Cristina Espinosa, “La defensa de lo antes inconcebible. A Discourse Analysis of the Universal Declaration of the Rights of Mother Earth at Rio+20”, 402.

45 Godofredo Stutzin, “Die Natur der Rechte und die Rechte der Natur“, *Rechtstheorie*, 11 (1980): 350.

los seres humanos y la naturaleza y, al mismo tiempo, se socava el potencial decolonial de los derechos de la naturaleza. En este contexto, el intelectual indígena boliviano Fernando Huanacuni, Mamani critica el derecho occidental, que supone una separación y no una conexión de los distintos sujetos jurídicos y, por lo tanto, se opone diametralmente a la comprensión andina de la relación entre los seres humanos y su entorno⁴⁶.

Entonces, ¿Los derechos de la naturaleza están condenados a reproducir el antropocentrismo y la colonialidad que pretenden combatir? En cualquier caso, la narración de que se trata de un concepto originado exclusivamente en el pensamiento indígena que transforma la relación hombre-naturaleza es romántica y genera unas expectativas que no puede cumplir. Ni los derechos de la naturaleza son un producto original del pensamiento indígena, ni conducen necesariamente a la superación de la crisis ambiental.

8. Un concepto híbrido

Es precisamente aquella ambigüedad la que puede resultar ser la fuerza del concepto y explicar su impacto transformador. Según Boaventura de Sousa Santos, los derechos de la naturaleza son “híbridos jurídicos”⁴⁷. La hibridez es un concepto central en las teorías poscoloniales. Según Homi K. Bhabha, la hibridez surge del encuentro de diferentes culturas, por lo que los elementos que se encuentran no se mezclan ni se disuelven, ni salen inalterados del encuentro⁴⁸.

A través de los procesos de hibridación, surge algo nuevo, que no disuelve lo anterior, sino que lo refleja y lo cambia al mismo tiempo. Esta hibridación se manifiesta por primera vez en el origen de la idea de los derechos

46 Fernando Huanacuni Mamani, *Vivir bien/Buen Vivir*, 6ª ed. (La Paz: CAOI, 2015).

47 Boaventura de Sousa Santos, “Cuando los excluidos tienen Derecho. Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad”, en: Boaventura de Sousa Santos/Agustín Grijalva (eds.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador* (Quito, 2012): 39.

48 Homi Bhabha, *Die Verortung der Kultur* (Unveränderter Nachdr. der 1. Aufl. 2000: Tübingen, 2011): 38.

de la naturaleza. Se caracteriza por las apropiaciones mutuas. Mientras que el movimiento internacional por los derechos de la naturaleza se apropia de los conceptos indígenas, los grupos indígenas –al menos en la región andina y amazónica– usan en el concepto occidental de derechos en sus luchas. Así, según Thea Riofrancos, los grupos indígenas se han convertido en los “más ardientes defensores” de la Constitución ecuatoriana y de los derechos de la naturaleza garantizados por ella⁴⁹.

Para romper realmente con la colonialidad del derecho y de las relaciones entre el hombre y la naturaleza, el movimiento internacional por los derechos de la naturaleza en particular debe resistir la tentación de romantizar y apropiarse de un pensamiento indígena unificado. El peligro de reproducir la narrativa colonial del “noble salvaje” que vive en armonía con la naturaleza, y que debe ser salvado por el hombre blanco es evidente, y sólo puede evitarse si se concede al propio pensamiento indígena poder de expresión y se reconoce la diversidad de estas formas de expresión. En relación con el caso ecuatoriano, esto significa que, aunque la propuesta de los derechos de la naturaleza no provenga del movimiento indígena, hay que tomar en serio que los grupos indígenas se apropiaron de esta propuesta⁵⁰ y la vieron compatible con su visión del mundo. Al articular sus demandas en nombre de los derechos de la naturaleza, están contribuyendo al surgimiento y posterior desarrollo de esta institución jurídica. Hay que escuchar estas voces.

Esto requiere que la entidad a la que se dirigen los derechos de la naturaleza se entienda como híbrida. La identidad no es algo fijo, sino que es percibida de forma diferente por las distintas comunidades y puesta en relación con los humanos⁵¹. Muchos de los textos legales que dotan a la naturaleza de derechos así lo reconocen. Esto es particularmente evidente en la mención

49 Thea Riofrancos, *Resource radicals. From petro-nationalism to post-extractivism in Ecuador* (Durham, 2020): 113.

50 Raúl Llasag Fernández describe la apropiación de conceptos hegemónicos (legales) como una estrategia del movimiento indígena. Estos conceptos se cargan de un nuevo significado y se transforman, Llasag Fernández (2018: 265).

51 Philippe Descola, *Jenseits von Natur und Kultur* (Berlin: Suhrkamp Verlag, 2013)

paralela de la naturaleza y la Pacha Mama en la Constitución ecuatoriana. Así, el concepto de naturaleza proporciona una plataforma “para discutir políticamente una miríada de nociones de naturalezas”⁵². La audiencia oral del caso de Los Cedros ante la Corte Constitucional ecuatoriana muestra cómo puede ser ese debate: durante horas, el tribunal escuchó decenas de perspectivas, como las de grupos indígenas, biólogos o científicos sociales, sobre un ecosistema amenazado por la minería.⁵³

Los derechos de la naturaleza requieren un proceso de negociación sobre el concepto de naturaleza. Una naturaleza que se entiende como Pacha Mama, ubicua y difusa, o como un contexto ecosistémico global, plantea retos para el derecho. El concepto de sujeto jurídico que presupone la autonomía y la delimitación de los distintos sujetos sólo encaja aquí de forma limitada. Más bien, como ya sospechaba Klaus Bosselmann hace tres décadas, hay que asumir que los derechos de la naturaleza transforman fundamentalmente el derecho⁵⁴. Dado que los propios seres humanos forman parte de una naturaleza omnipresente, es obvio centrarse, no en la separación de los sujetos jurídicos, sino en sus relaciones e interdependencias⁵⁵. Estos debates –incluso después de 15 años de derechos de la naturaleza– están todavía en su infancia. Sin embargo, los derechos de la naturaleza ofrecen la posibilidad que la propia naturaleza y otras voces hasta ahora excluidas tengan voz en estos procesos de negociación. Esto sólo puede tener éxito si se da espacio a estas voces y se las escucha en el debate internacional.

52 Carolina Valladares y Rutgerd Boelens, “Extractivism and the rights of nature: governmentality, ›convenient communities‹ and epistemic pacts in Ecuador”, *Environmental Politics*, Vol. 26, H. 6 (2017): 1026.

53 Las grabaciones de la audiencia pueden encontrarse en https://www.facebook.com/watch/live/?v=374961090354065&ref=watch_permalink y https://www.facebook.com/watch/live/?v=645221926364006&ref=watch_permalink, consultadas por última vez el 17.12.2020.

54 Klaus Bosselmann, *Im Namen der Natur. Der Weg zum ökologischen Rechtsstaat* (Berna: Scherz, 1992): 209.

55 Andreas Gutmann, “Pachamama als Rechtssubjekt? Rechte der Natur und indigenes Denken in Ecuador”.

Naturaleza, ecosistemas y acceso a la justicia: Estudio del caso Bosque de Hambach, Alemania¹

María José Narváez Álvarez*

Resumen:

La autora propone un ejercicio metodológico de transferencia de conceptos, normas y principios creados en el sistema jurídico ecuatoriano –que reconoce a la Naturaleza como sujeto de Derechos, y del derecho a acceder a la justicia en particular– a los hechos que ameritaron la expedición de la sentencia No. 14 K 4496/18, expedida por el Tribunal Administrativo de Colonia –Alemania el 12 de marzo de 2019, a propósito de la acción presentada por la ONG BUND NRW eV en contra del Gobierno Distrital de Arnsberg, por la cesión forzosa de un terreno de su propiedad ubicado en el bosque de Hambach, dentro del área minera concesionada a la compañía RWE Power AG para la extracción de lignito, en la cual el juzgador resuelve a favor de la empresa minera. La autora busca perfilar criterios de análisis que habrían

1 Este artículo fue originalmente publicado en la revista *VRÜ Verfassung und Recht in Übersee*, 54(3), 352-375.

* María José Narváez Álvarez, Abogada, Magíster en Derecho Administrativo y PhD (c) en Derecho por la Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador, Docente a tiempo completo del Instituto de Altos Estudios Nacionales – IAEN - Ecuador, maria.narvaez@iaen.edu.ec, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0016-287>.

Este artículo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación “La Naturaleza como sujeto de Derechos (Die Natur als Rechtsperson)” financiado por la Comunidad Alemana de Investigación (DFG por sus siglas en alemán), en cooperación entre la Universität Bremen de Alemania y el Instituto de Altos Estudios Nacionales de Ecuador (IAEN).

derivado en una sentencia favorable para la vigencia de los Derechos de la Naturaleza si el caso hubiera sido resuelto en jurisdicción ecuatoriana.

Palabras clave: Estudio de caso, Bosque de Hambach, Derechos de la naturaleza, Acceso a la justicia, Ecosistemas.

Introducción

La edad moderna estuvo marcada por las brechas que generó el re-moldamiento del mundo desde la visión de la emergente burguesía², en el cual la libertad y la propiedad resultaron ser derechos funcionales al modelo económico hegemónico, que a partir de la reivindicación de la subjetividad garantizó la estabilidad de las relaciones jurídicas derivadas de las relaciones comerciales y de producción. La naturaleza y todos sus elementos aparecen como el objeto de las relaciones jurídico-comerciales, dotados de un valor de ficción denominado 'valor de mercado' y despojados del valor que les es inherente, el 'valor de uso'.³

En ese tiempo, los filósofos racionalistas dedicaron su empeño por superar las categorías del 'individuo' y la 'persona' heredadas de la filosofía aristotélica y escolástica,⁴ para potenciar la noción del 'ente cognoscente'.⁵

2 Christoph Helfferich Die Philosophie der neuen, der bürgerlichen Zeit. en: Geschichte der Philosophie. Stuttgart 2001, pp. 158-292.

3 Eduardo Gudynas, Derechos de la naturaleza. Ética biocéntrica y políticas ambientales, Quito 2016, pp. 44-52; Enrique Leff, Saber ambiental. Sustentabilidad, racionalidad, complejidad, poder, México D.F. 2002, pp. 39-14; Iván Narváez, Estado y gobernanza ambiental. Paradigmas alternativos, en: Manuel Alberto Restrepo Interculturalidad, protección de la naturaleza y construcción de paz, Bogotá D.C. 2020, p. 166; Ramiro Ávila, La utopía del oprimido, México D.F. 2019, pp. 192-195.

4 Jaume Xiol, Descartes, un filósofo más allá de toda duda, Barcelona 2015, pp. 126-130.

5 José Nava Bedolla, El problema del conocimiento humano. Los supuestos filosóficos con los que se pretende resolver, Ixtli Revista Latinoamericana de Filosofía de la Educación. Vol. 4 No. 8 (2017), pp. 168-169; Xiol, nota 4, p. 110.

Este ente cognoscente se caracteriza por su subjetividad racional⁶ que lo distingue como fin en sí mismo en contraposición de los objetos, y con ello se radica el dualismo antropológico⁷, quedando cimentada una de las tantas oposiciones binarias propias de esta época: sujeto-objeto, materia-idea, cuerpo-mente, natural –creado, existencia– inexistencia, duda –certeza, ingénito– creado⁸ que generó una comprensión dicotómica de la realidad que trasciende en la filosofía jurídica, connotando que todo lo que existe es objeto de dominio por parte del ser humano, y de esta manera, legitima su hegemonía y capacidad de disposición de la naturaleza, que es conceptualizada como objeto y mercancía, y por tanto una categoría que, por definición, no tiene derechos. Este es, para el derecho moderno, el punto de partida del sujeto jurídico.

La noción de sujeto es asumida en los ordenamientos jurídicos occidentales, con más o menos coincidencia, como el ser humano con capacidad para adquirir y ejercer derechos, para contraer y cumplir obligaciones, y responder de sus actos dañosos y delictivos,⁹ como un ente capaz de tener (de ser titular), facultades y deberes jurídicos.¹⁰ De esto deviene que todo individuo de la especie humana tiene la capacidad de poder llegar a ser sujeto de derechos, pero no todos tienen la aptitud legal para usar del derecho o ponerlo en práctica, por lo que necesitan el ministerio o autorización de otra persona.¹¹

De lo expuesto, se derivan dos cuestiones: a) el derecho positivo es una ficción de relevancia práctica, y como tal, puede cambiar ampliando o reduciendo su contenido y ámbito de aplicación. Es una ficción dinámica; su carácter instrumental puede responder a los cambios sociales o promoverlos,

6 Helferich, nota 2, p. 158-159.

7 Xiol, nota 4, pp. 1120-122.

8 Enrique Leff, Las relaciones de poder del conocimiento en el campo de la ecología política, *Ambiente & Sociedad* Vol. XX No. 3 (2017), p. 229.

9 Guillermo Cabanellas, *Diccionario de Derecho Usual*, Buenos Aires 1968, p. 286.

10 Marco Monroy Cabra, *Introducción al Derecho*, Bogotá 2003, p. 328.

11 Luis Claro Solar, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado Tomo XIV*, Santiago de Chile 1941, p. 251.

y puede reconocer lo que en un momento dado era un objeto, como un sujeto, tal es el caso de los esclavos, por ejemplo; y, b) el Estado es la ficción que institucionaliza las demás ficciones y las constituye en legítimas o ilegítimas, a través de la ley; a manera de muestra, todos los derechos vinculados al uso de internet han sido objeto de regulación en los códigos y leyes actuales, pero eran inconcebibles en el siglo XVIII.

En el año 2008, Ecuador inserta al mundo jurídico positivo un cambio paradigmático, al reconocer en su norma fundamental a la Naturaleza como un neo-sujeto de derechos, distinto a las personas naturales y jurídicas.¹²

Este cambio responde a la crisis ambiental –más visible en el Antropoceno– y a la insuficiencia del Derecho Ambiental para tutelar el ambiente y, colateralmente, los derechos humanos bioconexos, como la salud, la vida, la integridad y la cultura, de aquellos impactos negativos provocados por la actividad productiva e industrial, dado que el Derecho Ambiental emergió como una solución autopoyética a las manifestaciones de la crisis ambiental, promovida por el sistema económico liberal capitalista para perpetuarse y garantizar el orden establecido.

En este contexto, el reconocimiento expreso de derechos a sujetos no-humanos, implica una transformación profunda en las categorías axiológicas del sistema jurídico, en tanto la Naturaleza se considera como un ente con valor propio e intrínseco, con autonomía respecto a los seres humanos y sus intereses.

El presente artículo es un estudio de caso que parte de los hechos de la sentencia No. 14 K 4496/18, expedida por el Tribunal Administrativo de Colonia –Alemania, el 12 de marzo de 2019, que resuelve la acción presentada por la ONG BUND NRW eV en contra del Gobierno Distrital de Arnsberg, por la cesión forzosa de un terreno de su propiedad ubicado en el bosque de Hambach, dentro del área minera concesionada a la compañía

12 Anteriormente ya existían iniciativas de promover derechos a favor de los entes animados no-humanos. Ver: William O. Douglas, Voto disidente en Sentencia caso Sierra Club vs. Morton, 405 Estados Unidos 727 (1972); Luc Ferry, La ecología profunda, Revista Vuelta No. 192 (1992), pp. 31-43.

RWE Power AG para la extracción de lignito, y proyecta los criterios de análisis que habrían sido considerados por el juzgador si este caso hubiera sido resuelto en jurisdicción ecuatoriana teniendo a la Naturaleza como parte procesal, recurriendo a los conceptos, normas y principios que nutren los Derechos de la Naturaleza y que se han ido generando a partir del reconocimiento de la Naturaleza como un sujeto de Derecho.

El objetivo de esta metodología adaptada a partir del esquema de análisis jurisprudencial que autores como Christian Courtis denominan sentencia *ferenda*,¹³ y del derecho prospectivo referido por Rubén Jaime Flores,¹⁴ es verificar si esta transferencia conceptual, normativa y principialista propia de los Derechos de la Naturaleza habría derivado en una decisión judicial distinta a la que se obtuvo en el caso de origen alemán, en donde estos derechos no han sido reconocidos.

1. El acceso de la Naturaleza a los órganos de justicia

El acceso a la justicia es una garantía del derecho al debido proceso y ha sido mayormente estructurado a partir de las teorías de los derechos humanos, bajo la consideración de que, si una víctima no tiene derecho de acceder a los órganos de justicia, tampoco puede ejercitar sus derechos ni obtener reparación de los daños y perjuicios sufridos.

La Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, expidió la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), la cual expresamente prevé que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante tribunales nacionales competentes, que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley.

13 Christian Courtis, El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática, en: Christian Courtis (ed.) Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica, Madrid 2006, pp. 131-135.

14 Rubén Jaime Flores, Derechos humanos, litigación y derecho prospectivo, Revista Derechos fundamentales a debate No. 3, México D.F. 2017, pp. 53-56.

Con esta Declaración, el derecho de acceso a la justicia se elevó a rango de derecho fundamental de primer orden, cuya regulación ha ameritado un detalle técnico minucioso por parte de los Estados y de los organismos internacionales, a fin de dotarle de un contenido que se concrete en acciones específicas de garantía.

Así, el acceso a la justicia puede ser analizado como parte de una política pública que compromete a los Estados y a cada uno de sus órganos, a brindar condiciones adecuadas a los ciudadanos para que puedan ejercer y reclamar sus derechos, y no únicamente como un problema que atañe al Poder Judicial; en este sentido, tanto la Convención Americana de Derechos Humanos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos contienen normas que regulan el acceso judicial¹⁵ y sus respectivas cortes, esto es, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos, han establecido estándares que nutren el contenido del acceso a la justicia, a través de sus sentencias.¹⁶

En las décadas de 1970 a 1990, las protestas sociales lideradas por Organizaciones No Gubernamentales ambientalistas se fueron incrementando, así como el número de causas administrativas y judiciales que no siempre tuvieron un desenlace favorable para el ambiente¹⁷. El Informe Brundtland' de 1987, abrió el debate sobre la degradación ambiental mundial; las cuestiones sociales, políticas y económicas que la propician; y la necesidad de que los Estados tomen parte en las soluciones.

En este contexto, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo proclama la Declaración de Río/92, que promueve el derecho de acceso a la justicia, eminentemente humano, para temas vin-

15 Convención Americana de Derechos Humanos (1969), artículo 8; Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), artículo 6.

16 Ver los casos Airey vs. Irlanda (1979), Caso Ártico vs. Italia (1980), Caso Fernández Ortega y otros vs. México (2010), Caso Rosendo Cantú y otra vs. México (2010).

17 Ver los antecedentes de la marcha del 22 de abril de 1970, convocada por el senador Gaylord Nelson, para exigir al Gobierno de los Estados Unidos la creación de una agencia que se ocupara de la protección del medio ambiente.

culados a daños al medio ambiente, en cuyo principio 10 prevé la obligación de los Estados de proporcionar a los ciudadanos (vistos como sujetos de derecho) el acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos que les permitan lograr el resarcimiento de los daños y los recursos pertinentes.¹⁸ Ecuador suscribió la Declaración el 22 de junio de 2012, cabe enfatizar que Alemania no lo hizo.

La Declaración de Río/92 corresponde al *soft law*, que no constituye reglas de aplicación controlada, sin embargo, a cuenta de la misma, los Estados iniciaron la tarea de enverdecer sus legislaciones internas, algunos con más eficiencia que otros, aún si no estaban adheridos a la Declaración. En Ecuador, la Ley de Gestión Ambiental (2004)¹⁹ reguló el acceso a la justicia en temas ambientales en dos niveles.

Tabla 1: Acceso a la justicia ambiental en el Ecuador

Pretensión	Sujeto activo	Acción posible	Titularidad de derechos
Protección de los derechos ambientales individuales o colectivos	Personas naturales, jurídicas o grupo humano	- Denunciar - Ser escuchada	No requiere derecho subjetivo violentado
Reparación por daños y perjuicios, y por el deterioro causado a la salud o al medio ambiente incluyendo	Personas naturales, jurídicas o grupo humano	- Demandar - Recibir reparaciones	Si requiere derecho subjetivo violentado

Fuente: Ley de Gestión Ambiental

18 Organización de Naciones Unidas, Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro 1992.

19 Ley de Gestión Ambiental (Ecuador), Registro Oficial Suplemento 418, 10 de septiembre de 2004.

En el año 2017 Ecuador expide el Código Orgánico del Ambiente que deroga a la Ley de Gestión Ambiental, pero conserva las reglas de acceso a la justicia en materia ambiental:

Art. 9.- Principios ambientales. [...] Los principios ambientales deberán ser reconocidos e incorporados en toda manifestación de la administración pública, así como en las providencias judiciales en el ámbito jurisdiccional. Estos principios son:

6. Acceso a la información, participación y justicia en materia ambiental. Toda persona, comuna, comunidad, pueblo, nacionalidad y colectivo, de conformidad con la ley, [...] tienen derecho a ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva del ambiente, así como solicitar las medidas provisionales o cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental. Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar el ambiente será consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente, de conformidad con la ley.²⁰

En la actualidad, diferentes cuerpos normativos locales de Ecuador se han adaptado para dar cabida a un acceso abierto a la justicia por temas ambientales, una suerte de “acciones populares”, que no necesariamente coinciden con garantizar a la Naturaleza su acceso a la justicia, en calidad de sujeto de Derechos y parte procesal, porque las pretensiones y los bienes jurídicos que se protegen en una u otra vía son distintos. Cabe indicar que, en cuanto al acceso a la justicia de la Naturaleza, la legislación ecuatoriana ha habilitado vías para que esta se constituya en parte procesal accionante, más no accionada²¹, por-

20 Código Orgánico del Ambiente (Ecuador) Registro Oficial Suplemento 983, 12 de abril de 2017.

21 Código Orgánico General de Procesos (Ecuador) Registro Oficial Suplemento 506, 22 de mayo de 2015. Art. 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. [...].

que se comprende que la subjetivación²² de la naturaleza está restringida a la dotación y el ejercicio de derechos, más no la imposición de obligaciones.

22 Félix Guattari, *Las tres ecologías*, Valencia 1996, pp. 21-27. Entiéndase por subjetivación al proceso a través del cual un ente se constituye en sujeto. La subjetivación designa un proceso y no una situación, o un estado, o un estatus o un principio del ser.

Tabla 2: Tipos de tutela en la justicia ambiental

Pretensión	Accionante	Agente dañoso	Autoridad competente	Vía procesal	Naturaleza es parte del proceso
Reparación de derechos ambientales (humanos) por daños ambientales	Cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, sin perjuicio de su interés directo	Público	Juez Contencioso Administrativo	Acción Subjetiva	No
			Juez constitucional	Acción de protección	No
		Privado	Juez civil	Acción por daños ambientales (inversión de la carga de la prueba)	No
			Juez constitucional	Acción de protección	No
Reparación patrimonial derivada de la existencia de un daño ambiental	Persona titular del derecho subjetivo	Público	Juez Contencioso Administrativo	Acción Subjetiva	No
		Privado	Juez civil	Acción civil por daños ambientales	No
Sancionar un tipo penal de acción pública	La persona que llegue a conocer que se ha cometido un delito de ejercicio público de la acción	Privado	Juez Penal	Acción pública	Sí

Recon- sideración del plan de remediación ambiental	La persona destinataria de los efec- tos jurídicos que emanen del acto administra- tivo	Público* *La auto- ridad que aprueba el plan siempre es una au- toridad ad- ministrativa (pública)	Autoridad adminis- trativa ambiental/ Juez Con- tencioso Administra- tivo	Impugna- ción admi- nistrativa / Acción Subjetiva	No
Reparación de derechos de la natura- leza ²³	Toda persona, comunidad, pueblo o na- cionalidad podrá exigir a la autori- dad pública el cumpli- miento de los derechos de la natura- leza	Público			Si
		Privado	Juez consti- tucional		Si
Cese de la activi- dad que vulnera los derechos de la naturaleza o adopción de medidas para evitar la afectación	Toda persona, comunidad, pueblo o na- cionalidad podrá exigir a la autori- dad pública el cumpli- miento de los derechos de la natura- leza	Público			Si
		Privado	Juez consti- tucional	Medidas cautelares constitucio- nales	Si

Fuente: Legislación ambiental ecuatoriana vigente.

Una cuestión que incluye el ordenamiento jurídico ecuatoriano, para facilitar el acceso a la justicia por violaciones a los derechos de la Naturaleza, o, en general, para obtener tutela efectiva en materia ambiental, es que se es-

tableció la inversión de la carga de la prueba, lo que significa que no son los accionantes los que deben demostrar la existencia de la afectación al derecho propio o de la Naturaleza, sino que son los demandados quienes deben acreditar en el proceso la inexistencia de la vulneración o del daño ambiental.

Con respecto a Alemania, el acceso judicial por temas ambientales tiene las restricciones propias que se derivan del sistema liberal de derechos subjetivos²³, sobre el que se ha modelado el régimen de tutelas, incluida la ambiental.²⁴ El Estado Alemán ha suscrito una cantidad significativa de instrumentos internacionales multinacionales, regionales, y los expedidos por la Unión Europea en materia de protección ambiental; la Federación y los Estados federales –Länder– han generado variada legislación para regular la calidad ambiental, el consumo, la adopción de medidas para contrarrestar el cambio climático, y las reparaciones por daños ambientales, tanto por iniciativa propia como por compromisos multinivel²⁵, y según se desprende del artículo 20a de la Constitución alemana, el Estado tiene la obligación de proteger los fundamentos naturales de la vida y los animales, en el marco del orden constitucional a través de la legislación, y de acuerdo con la ley y la justicia a través del poder ejecutivo y judicial.²⁶

No obstante, el ordenamiento jurídico alemán no contempla ninguna norma que garantice a los ciudadanos el derecho a vivir en un ambiente sano²⁷, y mucho menos el reconocimiento de derechos a la Naturaleza como

23 Ver Comisión Europea, Access to justice in environmental matters, <https://ec.europa.eu/environment/pubs/pdf/factsheets/accesstojustice/en.pdf> (último acceso 10 de junio de 2021). Este documento recopila las características del acceso a la justicia en materia ambiental y evidencia que el ejercicio de este derecho está enlazado necesariamente a la existencia de un derecho subjetivo vulnerado.

24 Rüdiger Nolte, § 7 Verwaltungsrechtsschutz im Umweltrecht, en: Winfried Kluth/ Ulrich Smeddinck (eds.), *Umweltrecht*, Berlin 2020, p. 386

25 Mónica Neumann, The Environmental Law System of the Federal Republic of Germany, *Annual Survey of International & Comparative Law* Vol. 3 No.1 (1996), pp. 78-81.

26 Ley fundamental de la República Federal de Alemania, <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html> (último acceso 12 de abril de 2021).

27 Elisa Muñoz, El medio ambiente como bien jurídico y derecho humano de tercera

sujeto jurídico²⁸, como si ocurre en Ecuador,²⁹ lo que deriva en que el Estado alemán no ofrezca más medidas que faciliten el acceso a la justicia en materia ambiental que las previstas en el derecho común³⁰, que tradicionalmente se adhiere al sistema de la protección legal individual.³¹

El acceso a la justicia por temas ambientales generalmente se ejerce a través de las impugnaciones que los ciudadanos realizan en el ámbito administrativo, respecto a las decisiones estatales adoptadas en contravención al orden jurídico positivo establecido (Ley Federal de control de emisiones, Ley de recursos hídricos, entre otras), siempre y cuando acrediten que una decisión oficial viola sus derechos subjetivos³². Este es el caso, por ejemplo, si un proyecto para el que se ha concedido la aprobación administrativa afecta la propiedad o la salud de una persona,³³ lo que deriva, más bien, en un control judicial a la legalidad de las actuaciones administrativas.³⁴

generación reconocido desde el imperio romano, Revista Delos Desarrollo Local Sostenible Vol.7 No. 21, Lima 2014, p. 100; Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Sachstand zum Menschenrecht auf saubere und gesunde Umwelt, WD 2 - 3000 - 012/19, 26.2.2019; Rupert Scholz, Art. 20a en: Maunz/Dürig (eds.), Grundgesetz, München 2020, pp. 32 - 34.

28 Andreas Hermann, Silvia Schütte, *Gerechtigkeit im Umweltrecht*, Alemania 2015, p. 28; Rupert Scholz, Art. 20a en: Maunz/Dürig (eds.), Grundgesetz, München 2020, pp. 38 - 40.

29 Constitución de la República del Ecuador (Ecuador), Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, reformada el 21 de diciembre de 2015.

30 Comisión Europea, Access to justice in environmental matters, <https://ec.europa.eu/environment/pubs/pdf/factsheets/accesstojustice/en.pdf> (último acceso 10 de junio de 2021);

31 Lothar Knopp, Alicia Epstein y Jan Hoffmann, *International and European Environmental Law with reference to German environmental law*, 2da. Edición, Berlin 2019, pp. 64-68; Rupert Scholz, Art. 20a en: Maunz/Dürig (eds.), Grundgesetz, München 2020, p. 34.

32 Unabhängiges Institut für Umweltfragen, Toolkit – Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten in Deutschland, Berlin 2019, p. 31; Peter-Christoph Storm, *Umweltrecht*, Berlin 2020, p. 197.

33 Rechtsschutz und Verbandsklage, <https://www.umweltbundesamt.de/themen/nachhaltigkeit-strategien-internationales/umweltrecht/rechtsschutz-verbandsklage> (último acceso 11 de abril de 2021).

34 En esta investigación se excluye el ámbito de la responsabilidad penal por daños ambientales.

Si a lo señalado se suma la ausencia del reconocimiento en el derecho positivo a vivir en un ambiente sano, y, de lo en esta investigación se detecta, tampoco existe un régimen de inversión de la carga de la prueba en materia ambiental, se verá que el acceso a la justicia por afectaciones al ambiente es reducido. Lo más cercano a una acción popular en materia ambiental, está previsto en la Ley de recursos legales ambientales, que habilita a los colectivos y asociaciones de conservación del medio ambiente o la naturaleza, a interponer acciones frente a actuaciones u omisión administrativas,³⁵ alegando que les afecta en su ámbito estatutario de responsabilidad de promover las metas de protección ambiental, siempre que se encuentren reconocidos y registrados ante la Agencia Federal Ambiental de Alemania.³⁶

2. Estudio de caso

El siguiente estudio de caso único es un ejercicio metodológico de transferencia de los conceptos, normas y principios del sistema jurídico ecuatoriano que se han nutrido a partir del reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos, a los hechos del caso 14 K 4496/18 BUND NRW eV vs. Gobierno Distrital de Arnsberg, suscitado en Alemania, que se resolvió mediante sentencia expedida el 12 de marzo de 2019 por el Tribunal Administrativo de Colonia - Alemania, en la cual el componente ambiental fue un punto de análisis relevante, aun sin ser la cuestión de fondo de la sentencia. Con este ejercicio se pretende verificar si el litigio hubiese tenido un desenlace distinto (favorable a la Naturaleza) si el caso hubiese sido resuelto en jurisdicción ecuatoriana, aplicando criterios de análisis afines al acceso de la Naturaleza como parte procesal que exige tutela judicial efectiva a sus derechos propios, distintos a los derechos de entes humanos.

35 Frank Fellenberg/Gernot Schiller, § 2 Umwelt-Rechtsbehelfgesetz, en: Landmann/Rohmer (eds.), *Umweltrecht*, München 2020, p. 8.

36 Frank Fellenberg/Gernot Schiller, § 2 Umwelt-Rechtsbehelfgesetz, en: Landmann/Rohmer (eds.), *Umweltrecht*, München 2020, p. 10.

Con base en esta metodología, se analiza el problema jurídico que deriva de los hechos que bordean el caso, remplazando los criterios de orden conceptual, principialista y normativo, contenidos en la sentencia alemana, con argumentos que promueven el reconocimiento de la naturaleza como sujeto jurídico y sus derechos, para visualizar las diferencias entre un sistema jurídico de tutela ambiental antropocéntrico y uno de tutela de la naturaleza ecocéntrico.

2.1. Antecedentes del caso

La mina de lignito a cielo abierto de Hambach se encuentra en el distrito de Düren y Kerpen en Renania del Norte - Westfalia, Alemania. La minería comenzó allí en 1978, cerca del distrito de Hambach de la ciudad de Niedzier, y ahora ocupa la mayor parte del espacio que una vez perteneció al bosque del mismo nombre.

La mina fue concesionada en el año 1995 a la compañía RWE Power AG, y tiene una extensión de 85 km². Bajo el campo de carbón se encuentran 2.500 millones de toneladas de depósitos de lignito, a profundidades de hasta 470 metros. En el año 1995, la concesionaria minera recibió la autorización administrativa para la implementación del segundo plan operativo general, que incluye la explotación de la mina a cielo abierto en el Bosque de Hambach a finales de 2020, posteriormente aplazada al 2022.

Según reportes de la concesionaria minera, el tamaño de la cuenca carbonífera aprobada por el Estado Alemán es de 85 km², el área de operación de la mina es de 43.8 km², la capacidad de extracción del carbón es de 1.350 millones de toneladas, y la producción de carbón por año es de 40 millones de toneladas,³⁷ lo que constituye a Alemania en uno de los países mega productores de carbón.

El ‘Bosque de Hambach’, cuya existencia data de hace aproximadamente 12.000 años, es el hábitat de árboles de carpes y robles de aproximada-

37 RWE, Group. <https://www.group.rwe/en/our-portfolio/our-sites/hambach-mine-site> (último acceso 14 de abril de 2021)

mente 800 años de existencia, y de una variedad de animales en peligro de extinción, registrados en la lista roja europea de la Directiva 92/ 43 /CEE del Consejo de las Comunidades Europeas de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres.³⁸ El bosque originalmente tenía una extensión aproximada de 40 km², de los cuáles apenas el 10% aún no ha sido talado.³⁹ Actualmente su extensión no es mayor a dos km².

La Liga de Protección de la Naturaleza y el Medio Ambiente (BUND NRW eV por sus siglas en alemán, en adelante BUND), es una asociación de conservación de la naturaleza reconocida en el estado de Renania del Norte-Westfalia (Alemania) en el año 1981, al amparo de la Ley Federal de Conservación de la Naturaleza, que es conocida localmente por su resistencia a la implementación de proyectos extractivos.⁴⁰

En 1997, BUND adquirió la propiedad de un terreno de 500 m², ubicado dentro del área de la mina de lignito a cielo abierto de Hambach, el cual se mantiene en posesión de su propietario original, para que realice actividades agrícolas.

Desde el año 2012, el bosque de Hambach tiene como nuevos pobladores a activistas de protección ambiental. Actualmente en el bosque habitan de forma permanente aproximadamente 80 personas, que han construido casas en los árboles, configurando una suerte de barrios, sin embargo, cuando se anuncian desalojos en la zona, el número de personas que llegan al lugar es alrededor de 200.⁴¹

38 Directiva relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres (Unión Europea) Directiva 92/ 43 /CEE, 1992.

39 Hambach, de bosque milenario a lugar más contaminado de Europa, <https://www.bbva.com/es/sostenibilidad/hambach-de-bosque-milenario-a-lugar-mas-contaminante-de-europa> (último acceso 10 de abril de 2021).

40 Organización del BUND, <https://www.bund-nrw.de/der-bund-nrw/organisation/> (último acceso 09 de abril de 2021).

41 Almut Mohr, *The Hambach Forest and the German Energiewende: The Influence of the Hambach Forest Movement on the German Coal Phase-Out*, Wageningen 2019, p. 28.

El desalojo más violento ocurrió el 05 de octubre de 2018, lo que provocó que al día siguiente se reunieran en el bosque aproximadamente 50.000 manifestantes que se oponían a la extracción del carbón en Alemania. Mientras esto ocurría, el Tribunal Administrativo Superior de Münster expidió la sentencia de la apelación presentada por BUND, en contra de la renovación del plan operativo general de la mina entre el 1 de abril de 2018 y el 30 de diciembre de 2020, que fue aprobada por el Gobierno Distrital de Arnsberg el 29 de marzo de 2018; en dicha sentencia, el Tribunal tomó la decisión de suspender la ejecución del plan operativo temporalmente, por lo que actualmente no está permitido el uso de las áreas mineras gestionadas dentro del bosque de Hambach. BUND ha interpuesto las siguientes acciones judiciales que se vinculan al bosque de Hambach:

Tabla 3: Acciones relativas al bosque de Hambach

No. de juicio	Acto sobre el que versa la acción
14 K 1282/15	Aprobación del 3er plan operativo general y el plan operativo principal 2015 a 2017
14 K 3037 / 18	Aprobación del Plan Operativo Principal 2018 a 2020
14 K 4496/18	Cesión de tierras efectuada a favor de
14 K 6238/18	Autorización de posesión anticipada de terrenos cedidos

Fuente: Acciones presentadas por BUND

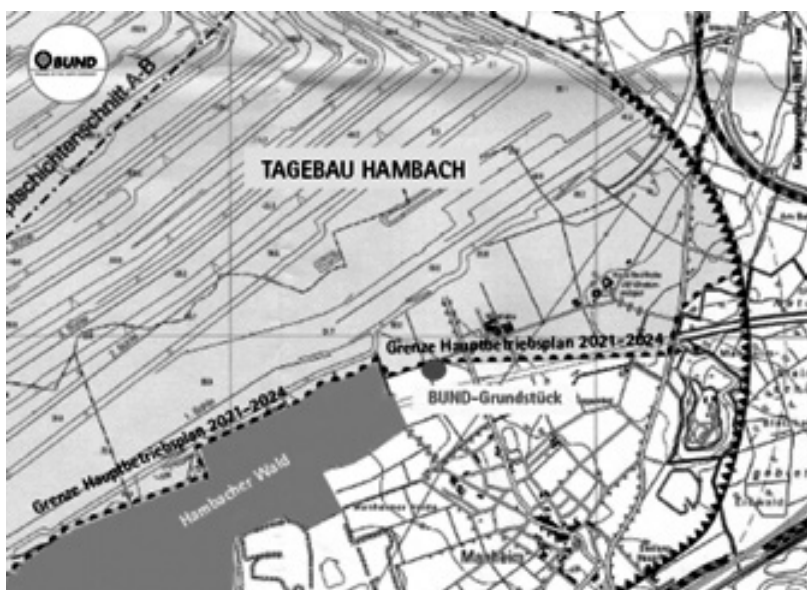
2.2. Descripción de los hechos del litigio⁴²

El juicio 14 K 4496/18 tramitado por el Tribunal Administrativo de Colonia, tiene como fundamento los siguientes hechos.

⁴² Tribunal Administrativo de Colonia, sentencia, 14 K 4496/18, 12 de marzo de 2019.

En el año 1997 BUND adquiere la propiedad de una parcela de terreno de 500 m² de extensión, ubicados en el extremo este del bosque de Hambach, que colinda con el área minera concesionada a RWE Power AG en 1995, y que se encuentra actualmente en operaciones. Según se desprende del plan de operación general de la mina, el terreno de propiedad de BUND estaba destinado a ser utilizado para la minería, en abril de 2020.

Figura 1: Bosque de Hambach



Fuente: BUND

El 1 de diciembre de 2015, RWE Power AG solicitó al Gobierno del distrito de Arnsberg la constitución de una servidumbre administrativa a su favor, sobre el terreno de propiedad de BUND, argumentando, de una parte, que el uso de la propiedad era necesario para la continuación de la mina a cielo abierto, por su ubicación central en el área minera y porque técnicamente no es posible implementar un desvío que deje por fuera el terreno de

BUND, sin que ello no perjudique la operación minera, aun cuando aquello generara un costo adicional que la empresa estaría en disposición de asumir; y, de otra, que ha intentado por todos los mecanismos posibles llegar a un acuerdo con el propietario del terreno para que, de manera voluntaria, le permita acceder a las tierras, pero que eso no ha sido posible.

Durante la sustanciación del procedimiento administrativo, BUND solicitó que se le retirara la propiedad del inmueble porque cualquier otra forma de cesión no era razonable, de conformidad a lo establecido en el artículo 82 numeral 2 de la Ley Federal de Minería, que establece: 2) El propietario también puede exigir el retiro de la propiedad de un inmueble si otra forma de cesión de bienes inmuebles no es razonable para él.

Las razones por las que BUND se niega a conceder el acceso voluntario al terreno de su propiedad, coinciden con las que fundamentan su demanda, y son las siguientes:

- a) El bosque de Hambach tiene las características previstas en la normativa de la Comunidad Europea para constituirse en un área protegida, además de ser un santuario de aves de facto.
- b) Continuar la extracción minera de lignito no es de interés general primordial. Más bien, la actividad minera debe detenerse lo antes posible para proteger el clima y los activos ambientales.
- c) Los problemas de control de inmisiones, deterioro del equilibrio hídrico, problemas de conservación de especies y naturaleza, falta de compatibilidad social de las reubicaciones necesarias, destrucción de monumentos naturales y el riesgo de daños en las montañas que provoca la minería en Hambach, ponen en riesgo que el Estado alemán pueda cumplir con los compromisos, metas y objetivos que se ha planteado en la lucha contra el cambio climático.
- d) La aprobación del segundo plan general de operaciones no estuvo precedida de un estudio de impacto ambiental.
- e) En el bosque de Hambach existen árboles de robles y carpes que tienen una vida aproximada de 800 años.

f) El bosque de Hambach es el hábitat de especies que están consideradas en peligro de extinción, y constan dentro de la lista roja de especies protegidas de la Directiva de Hábitats de la Comunidad Europea, particularmente el murciélago de Bechstein y el murciélago orejudo.

Dada la negativa de BUND de habilitar el acceso de la concesionaria minera a su terreno, para implementar las operaciones de la mina a cielo abierto, y considerando que de forma expresa ha manifestado que se acoge a la previsión del artículo 82 numeral 2 de la Ley Federal de Minería, el 07 de mayo de 2018 el Gobierno Distrital de Arnsberg ordena la cesión del terreno a propiedad de RWE Power AG.

Frente a estos hechos, el Tribunal Administrativo de Colonia finalmente rechaza la demanda por considerar que el bienestar público del pueblo Alemán -que se representa en la capacidad de generación de energía a través de la explotación del lignito, y la provisión de electricidad- supera en relevancia al interés privado e incluso al interés público que argumenta el accionante BUND.⁴³

Esta evaluación que hace el Tribunal, también analiza la legitimidad del derecho de propiedad de BUND, y concluye que la adquisición del bien inmueble incurre en abuso del derecho, en tanto el fin mismo del negocio jurídico fue titularizarse de un derecho subjetivo que le permita interponer acciones, en procura de presentar oposición a la continuidad del proyecto minero, lo que da cuenta que BUND no habría ejercido actividades de señor y dueño sobre el inmueble, sino que, una vez que adquirió el bien, el mismo permaneció en posesión de su antiguo propietario para el desarrollo de actividades agrícolas, criterio a partir del cual le permite al Tribunal pronunciarse en el sentido de que, la carga que el Estado impone al propietario del bien al despojarle de su derecho, sirve efectivamente a la satisfacción del interés público y al bienestar general de Alemania, y es proporcionada.

43 Tribunal Administrativo de Colonia, nota 43.

2.3. Análisis de transferencia conceptual, normativo y principialista al caso

Partiendo de los hechos que dan a lugar al litigio, y conforme a la metodología que guía este análisis, a continuación, se exponen las proyecciones que resultan de la transferencia del caso sentenciado en Alemania, si estos se hubieran suscitado en el Ecuador.

Los hechos del caso dan cuenta de la oposición presentada por una persona jurídica privada, frente a la cesión forzosa de un inmueble de su propiedad, que será destinado a una actividad que, a criterio del Tribunal Administrativo de Colonia, supera en relevancia a otros intereses públicos y privados alegados por el dueño del bien.

En el Ecuador, esta cesión forzosa toma el nombre de ‘Expropiación’ y se encuentra regulada en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante LOSNCP), dentro de la sección denominada ‘De la adquisición de bienes inmuebles’.

La expropiación es una representación del poder de imperio que se reserva para sí el Estado ecuatoriano, y constituye una facultad exorbitante de la administración pública, que le habilita a privar o eliminar de un derecho a un particular, en aras de la satisfacción de las necesidades públicas previo pago del justo precio, conforme lo prevé el artículo 58 de la LOSNCP⁴⁴, que en realidad no es un valor resultante de una transacción, sino el monto de compensación que el Estado hace al expropiado, para no causarle un desmedro a su patrimonio.

Al igual que la cesión forzosa presente en el caso resuelto por el Tribunal Administrativo alemán, la expropiación en el Ecuador tiene tres elementos: el subjetivo, el objetivo y la finalidad.

44 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (Ecuador), Registro Oficial Suplemento 395, 04 de agosto de 2008.

El primero está constituido por tres partes: el expropiante, el expropiado y el beneficiario. El expropiante es el Estado, que en ocasiones coincide con ser a la vez el beneficiario de la expropiación, es decir, quien se titularizará como nuevo propietario del bien inmueble; y el expropiado es la persona, natural o jurídica, que tiene originalmente el derecho de propiedad, que le será retirado por efecto de la expropiación.

El elemento objetivo corresponde al bien inmueble que será extraído del patrimonio de su propietario original, para incorporarlo al dominio nacional y mantenerlo, o transferirlo al beneficiario, a fin de que pueda desarrollar el servicio público u obra pública que permitirá satisfacer la necesidad pública y el bien común.

La finalidad es la necesidad pública que justifica la extracción del derecho de propiedad de un ciudadano sobre un bien inmueble.

En el Ecuador los ciudadanos no están habilitados para presentar oposición a la expropiación. De hecho, la expropiación está precedida de un acto administrativo denominado 'declaratoria de utilidad pública', en el cual se recoge la exposición de motivos por los que la administración pública decide activar la potestad exorbitante.

El artículo 58.2 de la LOSNCP señala que el propietario podrá impugnar ante los jueces de lo contencioso administrativo exclusivamente el valor de la compensación, a través del juicio de expropiación previsto en el Código Orgánico General de Procesos.

En principio, la impugnación del acto administrativo de expropiación del bien inmueble, no daría lugar a la interposición de ninguna acción que ataña a la tutela de los derechos de la naturaleza, sino únicamente a una en el ámbito contencioso administrativo, con un objeto muy específico y reducido.

Sin embargo, de los mismos hechos, y al amparo de los derechos de la naturaleza, en el Ecuador, los activistas ambientales y anti mineros tendrían la posibilidad de interponer una acción de protección con medidas cautela-

res en la jurisdicción constitucional. A continuación, se enuncian las posibles razones por las cuáles, en Ecuador, se podría interponer una acción de protección con medidas cautelares, ante los jueces constitucionales.

2.4. ¿Cuál es la acción u omisión que vulnera los derechos de la naturaleza?

De los hechos que se presentan en este caso, la acción que se estima violatoria de los derechos de la Naturaleza, es la autorización administrativa de aprobación del Plan Operativo Principal 2018 a 2020 de la mina de Hambach⁴⁵, por las siguientes razones:

- a) El acto administrativo, aunque goza de presunción de legitimidad, resulta contrario a la vigencia de los derechos de mantenimiento y regeneración de los ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos de la naturaleza, previstos en el artículo 71 de la Constitución de la República del Ecuador, que se traducen en el derecho a la protección integral de los ecosistemas y que sean estos, en cuanto a sus procesos vitales y equilibrio ecológico, los que permanezcan íntegros; y en medida que una actividad antrópica amenace con alterarlos de manera significativa, el Estado está obligado a adoptar las medidas necesarias para garantizar su existencia y mantenimiento, aún sin tener evidencia científica de las amenazas, según lo prevé el artículo 396 de la Constitución ecuatoriana.
- b) El Ecuador ratificó el Convenio de las Naciones Unidas sobre Diversidad Biológica de 1992, cuyo artículo 8 prevé acciones que los Estados deben adoptar, en medida de lo que sea posible, para garantizar la conservación in situ de las especies (Alemania ratificó dicho Convenio en 1992). La autorización de la incursión minera en un ecosistema biodiverso, que es el hábitat de especies amenazadas, se distancia del objetivo del Convenio, y más bien propicia la existencia de un riesgo adicional a la supervivencia de las especies protegidas.

45 Tribunal Administrativo de Colonia, nota 43.

- c) El bosque de Hambach es un ecosistema biodiverso, en el cual se propicia la existencia de especies categorizadas en peligro de extinción. Es un espacio que, por sus características, constituye una unidad estructural, funcional y de organización, consistente en organismos y las variables ambientales bióticas y abióticas de un área determinada, que bien podría ser un ecosistema frágil, inclusive, si se asume que se trata de una zona con características o recursos singulares susceptibles a cualquier intervención de carácter antrópico, que producen en el mismo una profunda alteración en su estructura y composición.⁴⁶
- d) Varios animales que habitan en el bosque de Hambach se encuentran en la lista roja europea de la Directiva 92/ 43 /CEE del Consejo de las Comunidades Europeas de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres.⁴⁷

De los hechos del caso transferido desde Alemania, no se identifica que el bosque de Hambach sea un espacio geográfico reconocido por el Estado como área protegida, de conformidad con la Directiva 92/43/CEE de 1992 y la Ley Federal de Conservación de la Naturaleza. De hecho, en la sentencia 14 K 4496/18 se señala que uno de los argumentos de BUND para interponer no sólo la acción contra la cesión forzosa del inmueble de su propiedad, sino en todas las acciones que ha interpuesto respecto al bosque, es que se trata de una zona de potencial reconocimiento como área protegida.

En el juicio se ha acreditado que el bosque de Hambach es el hábitat de especies que se encuentran enlistadas en los anexos de la Directiva 92/43/CEE. Reviste de importancia el murciélago de Bechstein, especie estrictamente protegida en Alemania, de acuerdo con la Sección 44 de la Ley Fe-

46 Código Orgánico del Ambiente (Ecuador) Registro Oficial Suplemento 983, 12 de abril de 2017. Glosario de términos.

47 Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 2436-19-EP y Caso No. 1149-19-JP. En Ecuador se suscitó un caso análogo, en el cual las especies amenazadas son el mono araña y el oso de anteojos andino, que constan dentro de la Lista Roja de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (IUCN 2018) y declaradas en peligro de extinción en Ecuador. Actualmente el caso del Bosque los Cedros ha sido seleccionado por la Corte Constitucional del Ecuador para generar jurisprudencia vinculante.

deral de Conservación de la Naturaleza. La falta de certeza respecto a que la actividad minera no afectaría la existencia de este murciélago fue el motivo por el cual, el 05 de octubre de 2018, el Tribunal Administrativo Superior de Münster suspendió la tala del bosque programada en el plan operativo anual de la mina de Hambach.

A más del murciélago de Bechstein, existen especies que habitan el bosque de Hambach y se encuentran enlistadas en el anexo IV de la Directiva 92/43/CEE, ello implica que tienen una protección reforzada por la norma comunitaria; entre otras:

Tabla 4: Especies protegidas

Nombre vulgar	Nombre científico
Lirón	Gliridae
Sapo de vientre amarillo	Bombina variegata
Rana ágil	Rana dalmatina

Fuente: Anexo VI Directiva 92/43/CEE

Estos datos han sido asumidos como si correspondieran al ámbito nacional ecuatoriano, para proyectar el resultado de la transferencia conceptual, normativa y principialista que exige el ejercicio metodológico aplicado a esta investigación, a fin de verificar si la afectación a especies animales protegidas y su influencia en la existencia de un ecosistema son criterios de análisis que podrían cambiar el sentido de la decisión judicial.

2.4.1. ¿Quién es el agente dañoso?

El agente que propicia acciones violatorias a los derechos de la naturaleza es el Estado ecuatoriano, a través de la autoridad administrativa que emite la aprobación del Plan Operativo Principal 2018 a 2020, lo que se subsume en la prescripción del artículo 88 de la Constitución de la República:

“La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.”

2.4.2. ¿Cuál es la pretensión que se persigue?

La acción de protección a interponerse tendría dos pretensiones, una de carácter sustantivo y otra de carácter cautelar.

2.4.2.1. Pretensión de carácter sustantivo.- a) Se declare sin efecto la resolución administrativa por la cual se aprobó el plan general operativo de la mina de Hambach 2018 – 2020; b) Se disponga el cese definitivo de toda actividad minera superpuesta al territorio del bosque de Hambach; c) Se disponga el desalojo de los equipos y maquinaria en su totalidad, es decir, de los campamentos, estaciones, pozos, senderos y todo tipo de actividades que se encuentran operando en el bosque de Hambach.

2.4.2.2. Pretensión de carácter cautelar.- a) Suspender toda actividad minera superpuesta al territorio del bosque de Hambach; b) Se disponga al Ministerio del Ambiente que realice un informe técnico sobre los impactos de la actividad minera realizada hasta el momento, sobre las especies enlistadas en los anexos de la Directiva 92/43/CEE que habitan en el bosque de Hambach y un informe de procedibilidad del reconocimiento del bosque como uno de los hábitats protegidos por la misma Directiva.⁴⁸

48 Esta pretensión no puede estar dentro de las sustantivas porque el Ministerio del Ambiente, que es la agencia encargada de la rectoría de la protección ambiental en Ecuador, no ha sido demandada en esta acción de protección.

Las pretensiones que se persiguen están encaminadas a la reparación y al cese de la actividad que vulnera los derechos de la naturaleza, así como la adopción de medidas para evitar la afectación.

3. Argumentos transferidos

Con base en la metodología de transferencia conceptual, normativa y principialista con la cual se realiza esta investigación, se proponen argumentos que un juez ecuatoriano podría incluir en la motivación de una sentencia que sea favorable a la naturaleza, a partir de los hechos del caso.

3.1. Argumento 1: ¿Es posible garantizar los derechos de la naturaleza desde la sustentabilidad?

En el marco de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Cumbre de Río/92), el Desarrollo sustentable comprende la correlación ponderada entre crecimiento económico, justicia social y equilibrio ecológico.

De este aserto se infiere la necesidad de avanzar hacia una transición ecológica, en la cual la vida del ser humano esté íntimamente relacionada con la Naturaleza y su protección. El objetivo es proveer, crear y mantener un sistema de justicia de la Tierra, el cual reconoce y protege los derechos del planeta como una realidad viva, así como los derechos de todas sus especies, incluida la humana, a existir y cumplir destinos mutuos de autosuficiencia, cuyo equilibrio depende de los procesos vitales.

El orden constitucional y jurídico ecuatoriano asume los principios de la sustentabilidad, en los términos de la Declaración de Río/92, y la Constitución de 2008 profundiza el enfoque eco-centrista cuando reconoce a la Naturaleza como sujeto de derechos, ello implica la ampliación constitucional del concepto sujeto de derechos, hacia sujetos no humanos; y el enfoque bio-centrista, al promover la protección jurídica de los derechos bio-conexos de los seres humanos que conviven con los elementos naturales.

El artículo 3.5 de la Constitución de Ecuador establece como uno de los deberes primordiales del Estado, la promoción del desarrollo sustentable y la redistribución de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir. Bajo esta perspectiva, el desarrollo sustentable es un proceso que prevé satisfacer las necesidades de la población actual, sin comprometer la capacidad de atender las necesidades de las generaciones futuras.⁴⁹

Del concepto Desarrollo sustentable se infiere que no puede prevalecer el crecimiento económico a costa del equilibrio ecológico o del desarrollo social, so pena de convertirse en desarrollismo, desvirtuando el concepto de sustentabilidad.

La sustentabilidad demanda una dimensión de equilibrio entre la relación del ser humano con la naturaleza, y no es incompatible la relación entre los parámetros: crecimiento económico, justicia social y equilibrio ecológico. Sin embargo, el desarrollo sustentable consta en los instrumentos jurídico-políticos suscritos por el Estado, como una probabilidad que puede concretarse en la medida de lo posible, dependiendo de las reales capacidades económicas del Estado.

En tal sentido, el desarrollo sustentable como probabilidad se torna utópico, y la naturaleza como sujeto de derechos es una categoría jurídica tangible, sustantiva, no expuesta a la comprensión arbitraria de la autoridad pública o judicial. El reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos es el pilar de la transición ecológica en pro de una relación armónica entre el ser humano y la Naturaleza, e implica un cambio de paradigma en el pensamiento jurídico.

En Ecuador, los derechos no son entendidos como privilegios, sino como condiciones necesarias de la vida en comunidad; todos los principios y derechos constitucionales son inalienables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía, según lo prevé el artículo 11.6 de la Constitución de la República del Ecuador.

49 Organización de Naciones Unidas, nota 18

Esta expansiva evolución de los derechos ha alcanzado a la Naturaleza como titular; y en este recorrido emancipador histórico del siglo XXI tienen lugar: primero la teorización, y posteriormente la positivización de los derechos de la Naturaleza, impregnada del constitucionalismo emancipador - comunitario y crítico que va tomando fuerza en el planeta. En Estados de tradición anglosajona, el reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos va abriéndose camino a través de la jurisprudencia, como referencia cabe citar países como Nueva Zelanda (río Whanganui, 2017; Te Urewera, 2014), o Australia (río Yarra, 2017).

Es evidente que el reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos se ha abierto paso en la legislación comparada de varios países, y, en los últimos años ha contado con relevantes avances en el marco de la regulación positiva, como en su aplicación jurisprudencial.⁵⁰

3.2. Argumento 2: ¿La disponibilidad por parte del Estado de los recursos categorizados como estratégicos, vulnera los derechos de la naturaleza?

El artículo 313 de la Constitución del Ecuador establece que el Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sustentabilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia [...]

Los sectores estratégicos son: la energía en todas sus formas, los recursos naturales no renovables como los hidrocarburos y los minerales, la biodiversidad y el patrimonio genético, el agua, las telecomunicaciones, el espectro radioeléctrico, y los demás que determine la ley. Todos estos sectores están sujetos a la decisión y control exclusivo del Estado, por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social y política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo, de los derechos y el interés social.

50 Rubén Martínez Dalmau, Fundamentos para el reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos, En Liliana Estupiñán, [et al.], La naturaleza como sujeto de Derechos en el Constitucionalismo Democrático, Bogotá 2019, p. 36.

En el Estado Constitucional de derechos y justicia ecuatoriano, la Constitución irradia sus principios a la normativa ordinaria según se desprende del Art. 1, inciso 3 que prevé que: “los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.” (En Alemania, los recursos minerales pertenecen a los propietarios del suelo).

El artículo 3.5 de la Constitución ecuatoriana, establece que: “es deber primordial del Estado: Planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir.” De forma que, jurídicamente no se puede contradecir el principio.

Con base en la normativa referida (y las concordancias pertinentes) es explícito que el interés general y el buen vivir son objetivos a los que, por su trascendencia y magnitud, les es inherente la dimensión política y económica. La dimensión económica connota que los recursos naturales son patrimonio irrenunciable del Estado, y su uso está supeditado a la disponibilidad o no de recursos económicos que el Estado requiere para la consecución del interés general y el buen vivir.

Dicha consecución de recursos económicos proveniente del uso de sectores estratégicos, no puede inobservar la tutela de los derechos de la naturaleza, y si el logro de los dos se torna inviable, entra en juego la inobservancia de uno de ellos. Dirimir el dilema no lleva a niveles extremos, sino hasta cuando la captación de recursos económicos no sea posible por otras vías; hasta cuando la naturaleza como unidad mantenga capacidad de existencia a mediano y largo plazo; o hasta cuando la sociedad no connote como riesgo inminente de falta de provisión absoluta de servicios públicos o de condiciones en las que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos, ya por efectos de la omisión de derechos debido a la indisponibilidad de recursos económicos o a la no explotación de recursos naturales de los sectores estratégicos.

Dirimir al respecto no es un asunto exigible a un solo actor, en un solo nivel, sino de una complejidad política variable local y/o nacional,

con repercusiones sociales y económicas múltiples. En la jurisdicción nacional, el operador jurídico judicial resuelve el conflicto a partir de variables condicionadas a su limitada percepción de la temporalidad y espacialidad de un problema, con normas expresas y principios reglas de interpretación y ponderación, pero, cuyo veredicto no es susceptible de trastocar el orden estructural, porque su decisión no afecta sino sólo a un ápice de la totalidad físico-espacial, o socio-económico-política a nivel de un Gobierno Descentralizado o del Estado, de una persona o de una colectividad.

De ello sigue la observancia del Convenio sobre Diversidad Biológica, artículo 3.- Principio. “De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental.” Por interpretación extensiva se entiende también, de su propia política económica.

Por tanto, los artículos. 3.5 y 313 de la Constitución son coherentes con las prescripciones del artículo 2 del Convenio de las Naciones Unidas sobre Diversidad Biológica, suscrito en el marco de la Conferencia sobre Medio ambiente, en la ciudad de Río de Janeiro - Brasil, el 5 de junio de 1992, cuya ratificación aprueba y confirma todos y cada uno de sus artículos, y compromete al Estado para su observancia, según se deriva del Decreto Ejecutivo No. 2, publicado en Registro Oficial 148 de 16 de marzo de 1993.

En complemento, al tenor de los artículos 2 y 3 del Convenio sobre Diversidad Biológica, se prevé que: Por ‘utilización sostenible’ se entiende la utilización de componentes de la diversidad biológica de un modo y a un ritmo que no ocasione la disminución a largo plazo de la diversidad biológica, con lo cual se mantienen las posibilidades de ésta de satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones actuales y futuras.” Y que: De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de

su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional.

3.3. Argumento 3: ¿Tienen vigencia los derechos de la naturaleza fuera de las áreas protegidas?

El artículo 10 de la Constitución del Ecuador reconoce a la Naturaleza como sujeto de derechos, sin más limitación que la de que estos derechos estén previstos en la propia Constitución. El sentido claro del artículo en referencia no amerita interpretación judicial, pues resulta comprensible que la norma constitucional no impone condición o restricción alguna al ámbito de aplicación de los derechos que la Constitución reconoce a la Naturaleza. Siendo así, lo que corresponde es analizar sistémicamente esta disposición constitucional, para verificar si existe concordancia con otras, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.

La Naturaleza es titular de los derechos expresamente previstos en los artículos 71 y 72 de la Constitución y de aquellos que le permitan exigir la reivindicación de los mismos, que no se concentran únicamente a la restauración de espacios o procesos vitales que han sido degradados, sino también al respeto integral a su existencia, mantenimiento, y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos, incluso en condiciones en las que no se le haya provocado un daño cierto y real, justamente para evitar la ocurrencia de estos daños. Mal podría concebirse la vigencia del derecho al respeto integral de la existencia de la naturaleza en un ecosistema cuyo deterioro sea tal que técnicamente se repute inexistente; allí cabría el derecho a la restauración.

El artículo 405 de la Constitución también contempla la existencia de un sistema nacional de áreas protegidas, con el fin de garantizar la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de las funciones ecológicas conformado por áreas, de tierra o mar, definidas geográficamente, y que han sido designadas, reguladas y administradas *para alcanzar objetivos específicos de conservación a largo plazo de la naturaleza y de los valores culturales y los*

servicios de los ecosistemas asociados, según consta en el glosario de términos del Código Orgánico del Ambiente (énfasis añadido). Estos objetivos a los que hace alusión el mencionado Código tienen varias fuentes, ya sea compromisos internacionales asumidos por el Estado ecuatoriano o políticas públicas locales, entre otros, lo que se traduce en que las áreas protegidas se convierten en espacios en los que los derechos de la Naturaleza alcanzan un nivel de tutela más alto que en el resto del territorio nacional, por su sensibilidad frente a la actividad antrópica, los servicios ambientales que brindan o por todo el complejo de factores físicos, químicos, y biológicos que forman el medio del bioma de una zona determinada, que reúne las condiciones ecológicas propicias para ser habitado por determinadas especies de flora y fauna, lo cual de ninguna manera excluye la vigencia de los derechos de la Naturaleza en espacios geográficos por fuera de las áreas protegidas, sino, por el contrario, refuerzan la tutela dentro de estas áreas.

Bajo esta premisa, el análisis no se circunscribe a verificar si el Bosque de Hambach es, o no, un área protegida en la cual exista prohibición legal para incursionar en actividades extractivas, de hecho, se conoce que no es un área que haya sido categorizada por el Estado como un espacio de protección ambiental. Lo que corresponde analizar es, si los impactos propios de la actividad minera afectan de alguna forma al respeto integral a la existencia de la naturaleza, su mantenimiento, o regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

3.4. Argumento 4: ¿Los derechos de la naturaleza al respeto integral a su existencia, mantenimiento, y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos se vinculan con los principios de prevención y precaución frente a daños ambientales? ⁵¹

51 Para el desarrollo de este argumento, se toma como base el análisis realizado en el Amicus Curiae presentado por el Centro de Democracia y derechos ambientales (CDER por sus siglas en inglés) y desarrollado por el Mgs. Hugo Echeverría, dentro del caso No. 1149-19-JP sustanciado ante la Corte Constitucional del Ecuador.

Según lo refiere Giddens⁵², existen varios riesgos y peligros en el mundo moderno, uno de ellos es el que origina el entorno creado, el cual se refiere a la alteración del carácter de la relación entre los seres humanos y el ambiente, que deriva de la transformación de la naturaleza por los sistemas de conocimiento humano de forma tan recurrente que, los seres humanos, se habitúan al riesgo y lo invisibilizan.

Los derechos de la naturaleza emergen en lo jurídico para re-pensar el riesgo de las actividades antrópicas sobre el sujeto no-humano, que se torna en la parte vulnerable de las relaciones jurídicas que se mantienen en él y con él, en un sentido de otredad, de la misma forma que se plantea cualquier relación jurídica entre dos seres humanos entre los que no existen condiciones homogéneas. Los derechos al mantenimiento y regeneración de los ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos de la Naturaleza, deben protegerse y garantizarse preventivamente y precautoriamente para generar condiciones en las que sea posible que la existencia de la naturaleza sea respetada integralmente.

Lo señalado es aplicable al caso del bosque de Hambach, en tanto es un ecosistema frágil que amerita de tutela reforzada por parte del Estado, que además coincide en ser el hábitat de especies aún más frágiles y sensibles a la actividad antrópica, tanto que se encuentran registradas oficialmente como especies amenazadas de extinción.

La tutela reforzada a los ecosistemas frágiles viene acompañada de obligaciones del Estado para: a) regular la conservación, manejo y uso sostenible, recuperación, y limitaciones de dominio de los ecosistemas frágiles y amenazados; entre otros, los páramos, humedales, bosques nublados, bosques tropicales secos y húmedos y manglares, ecosistemas marinos y marinos-costeros, conforme está previsto en el artículo 406 de la Constitución; b) aplicar 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, según disposición expresa

52 Anthony Giddens, *Consecuencias de la modernidad*, Madrid 2008, pp. 119-125.

contenida en el artículo 73 de la norma fundamental, cuyo sentido es claro en cuanto a que los disparadores de la tutela son, incluso, las actividades que puedan conducir a la extinción de las especies. Es decir, no se requiere daño actual ni cierto para su aplicación. Estas medidas pueden ser restrictivas. La norma suprema no las determina, como tampoco lo hace la legislación, por lo que hay que entender la palabra restricción en su sentido natural de ceñir, circunscribir o reducir a menores límites.

En conclusión, el bosque de Hambach es el hábitat de especies en peligro crítico de extinción; y, alberga bosques constitucionalmente clasificados como ecosistemas frágiles. Este caso, por tanto, no se refiere únicamente a minería en bosque protector, sino a minería en ecosistemas frágiles que son el hábitat de especies críticamente amenazadas de extinción. En este marco, el deber estatal de garantizar los derechos de la naturaleza debe ejercerse desde una perspectiva constitucional.⁵³

4. Conclusiones

El sustrato de los derechos de la naturaleza abarca enfoques ecocéntricos y biocéntricos. Su ámbito de aplicación excluye la tutela individualizada de elementos particularizados que conforman el mundo natural, salvo que sean en sí mismos un ecosistema, como es el caso de los ríos, los bosques, los humedales, entre otros; o que su existencia aporte al mantenimiento del equilibrio ecológico, que incluye no sólo el complejo de los organismos, sino también todo el complejo de factores físicos que forman lo que se denomina el medio del bioma, los factores de hábitat en un sentido amplio, que dan cuenta de la existencia de una unidad de base de la naturaleza en la superficie de la tierra.

Tomando como punto de partida los hechos que se presentaron en el juicio No. 14 K 4496/18 sustanciado por el Tribunal Administrativo de Colonia – Alemania, de haberse suscitado el caso en el Ecuador, los activistas

53 Centro de Democracia y Derechos Ambientales, Amicus Curiae presentado dentro del caso No. 1149-19-JP sustanciado ante la Corte Constitucional del Ecuador, 2020.

ambientales y anti-mineros tendrían la posibilidad de interponer una acción de protección con medidas cautelares en la órbita constitucional, para el amparo de los derechos de la naturaleza, sin requerir la afectación de derechos subjetivos.

El objetivo de re-pensar a la Naturaleza como Otredad, es proveer, crear y mantener un sistema de justicia de la Tierra, que reconozca y proteja la naturaleza como una realidad viva, que comprende la integralidad de los procesos en los que interactúan quienes la constituyen, cumpliendo destinos mutuos de autosuficiencia.

El acceso de la naturaleza a los órganos administrativos y jurisdiccionales para reivindicar sus derechos o lograr la reparación de estos cuando han sido violentados, es posible en Estados que reconozcan a la naturaleza como sujeto de derechos, a través del derecho positivo, como es el caso de Ecuador y Bolivia; o por medio de jurisprudencia, como en Nueva Zelanda, Colombia, Argentina, etc.; o, que su tutele la naturaleza colateralmente resguardada por los derechos humanos ambientales.

La protección del medio ambiente en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹

Felipe Rodríguez Estévez*

Resumen

El presente artículo pretende examinar, de forma estructurada y dogmática, los estándares de protección existentes para el medio ambiente, tanto en el Sistema Europeo de Derechos Humanos como en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. A partir del método analítico-sintético, se analizan los componentes dogmáticos que han conceptualizado al medio ambiente como una institución jurídica relevante para los ordenamientos jurídicos derivados del sistema romano germánico de derecho y la interacción propuesta entre ser humano y medio ambiente. Asimismo, se estudian tanto la conceptualización tradicionalista del medio ambiente y sus componentes, así como las nuevas tendencias epistemológicas sobre el medio ambiente y la naturaleza y la forma en la que estas se reflejan dentro de las sentencias de los altos tribunales de derechos humanos.

1 Este artículo forma parte del Trabajo Final de Master para la Universidad Internacional de la Rioja del autor, mismo que originalmente se titula “El medio ambiente en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

* Director Académico del Observatorio de Criminología, Política Criminal y Ejecución Penal del Ecuador. ORCID: 0000-0002-3058-8218. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Máster en Derecho Ambiental por la Universidad Internacional de la Rioja.

Palabras Clave: Derecho Internacional Ambiental, Derecho Comparado, Medio ambiente, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Introducción

El Derecho Ambiental es una rama del derecho que se encuentra en constante desarrollo gracias a los instrumentos internacionales de *soft law* que han incorporado o perfeccionado principios optimizadores para su incorporación dentro de los diversos ordenamientos jurídicos². Este fenómeno ha sido una constante dentro del proceso de formación del corpus iuris del derecho internacional ambiental implementando y adaptando conceptos de las ciencias naturales.

En este contexto, el medio ambiente se constituye como el elemento medular de la cuestión ambiental moderna, por cuanto representa un elemento indisoluble de la manutención de la vida humana, siendo desarrollada por los Altos Tribunales regionales de Derechos Humanos. Esto ha permitido generar una serie de estándares de protección que, en función de la indivisibilidad e interdependencia de los Derechos Humanos³, ha establecido un alcance del derecho al medio ambiente que debe ser traspuesto a la legislación positiva de cada país.

Por lo anteriormente expuesto, se analizará la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en contraste con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para poder establecer una diferenciación sobre la conceptualización del derecho al medio ambiente dentro de los pronunciamientos judiciales de los mencionados tribunales.

2 César Nava Escudero, “El Acuerdo de París. Predominio del soft law en el régimen climático”, Boletín mexicano de derecho comparado, vol. 49, no° 147 (2016): 100.

3 Ángel Gregorio Sancho, “Indivisibilidad de los Derechos Humanos y no devaluación de los derechos económicos, sociales y culturales”, Revista Internacional de Derechos Humanos, n°2 (2012): 13.

1. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), o Tribunal de Estrasburgo, es la máxima autoridad judicial europea encargada de la protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea⁴. Esta institución nace en el año 1953 con la entrada en vigor del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), con el propósito de establecer una coherencia con la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH).

En este sentido, el CEDH es uno de los instrumentos de Derechos Humanos más relevantes a nivel internacional, llegando a ser considerado por la doctrina como un instrumento vivo⁵. Esto implica la constante mutación y evolución de este en aras de brindar una mayor protección a los derechos fundamentales de las personas.

Este instrumento guarda el espíritu del imperativo categórico de corte kantiano que prosperó a partir de la segunda guerra mundial, siendo un referente innegable la dignidad humana⁶ como un parámetro fundamental dentro de las actividades jurisdiccionales del TEDH. Naturalmente, la condición de instrumento vivo implica la incorporación de derechos fundamentales, países miembros o la generación de protocolos adicionales para garantizar la protección de los ciudadanos⁷.

Estructuralmente, el CEDH se organiza en tres partes. La primera es el artículo 1 por sí mismo, que reconoce la universalidad de la protección del

4 Natalia Ochoa Ruiz, “La dignidad humana como fundamento de la identidad europea: la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la delimitación de la noción de dignidad humana”. Cuadernos europeos de Deusto, n°2 (2019): 213.

5 Benoît Delooz Brochet, “Convention européenne des droits de l’homme (CEDH)”, Revista chilena de derecho, vol. 47, no 2 (2020): 593.

6 Natalia Ochoa Ruiz, “La dignidad humana como fundamento de la identidad europea”, 222.

7 Omar Bouazza Ariño, “El derecho del Consejo de Europa en la europeización del derecho público español”. Revista de Administración Pública, n° 204, vol.9 (2019): 106.

catálogo de derechos, la segunda es el catálogo de derechos fundamentales contenidos dentro del instrumento y, por último, se encuentra la organización institucional y conformación del TEDH⁸.

Resulta importante señalar que, dentro de los instrumentos que componen el Sistema Europeo de Derechos Humanos (SEDH), no existe un derecho al medio ambiente determinado de forma específica en la Convención o en alguno de sus protocolos⁹. Dicho esto, resulta imperiosa la necesidad de estudiar los precedentes de este alto tribunal para analizar la forma en la que ha conceptualizado al medio ambiente desde los derechos contenidos en el CEDH y sus protocolos adicionales.

1.1. El medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

En el presente acápite se analizará de forma sistémica la protección al medio ambiente que ha realizado el TEDH mediante sus sentencias¹⁰, en observancia del CEDH y sus protocolos adicionales y los derechos fundamentales contenidos en los mismos. Para propósitos del presente artículo, se estudiarán y sistematizarán los precedentes más relevantes y los estándares de protección que de los mismos deriven del Tribunal de Estrasburgo.

8 Benoît Delooz Brochet, “Convention européenne des droits de l’homme (CEDH)”, 593.

9 Benoît Delooz Brochet, “Convention européenne des droits de l’homme (CEDH)”, 594.

10 Rosa Fernández Egea, “La protección del medio ambiente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: últimos avances jurisprudenciales”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 31 (2015): 164.

Tabla 1. Jurisprudencia ambientalmente relevante del TEDH

Caso	Fecha	Derecho Violado de la CDH	Pronunciamiento del Tribunal
Zander vs. Suecia	25 de noviembre de 1993	Art.6. Derecho a un proceso equitativo	El TEDH determina violación a Derechos Humanos de poder ser escuchados en decisiones de otorgamiento de licencias y permisos ambientales cuando las actividades empresariales comprometan derechos civiles y políticos de los recurrentes.
López Ostra vs. España	9 de diciembre de 1994	Art.8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar	La corte estableció que ningún poder público puede interferir en el ejercicio del respeto a la vida privada y familiar excepto cuando se ajuste a la ley y sea necesario para la seguridad pública, nacional o la protección de derechos y libertades de los ciudadanos. En función a la contaminación proveniente de una planta cercana al domicilio de la recurrente.
Guerra y Otros vs. Italia	9 de febrero de 1998	Art.8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar	Las emisiones contaminantes derivadas de las actividades productivas de una empresa pueden vulnerar el derecho de una persona a su vida personal y familiar por cuanto el medio ambiente adecuado

tiene incidencia directa en el disfrute de este derecho.

Chassagnou y otros vs Francia	29 de abril de 1999	Art.1. del Protocolo 1 del CEDH	Se determina una violación al derecho de propiedad de una persona titular de unos terrenos a permitir la caza en los mencionados terrenos y formar parte de una asociación para vigilar y tutelar la actividad de la cacería.
Kyrtatos vs Grecia	22 de mayo de 2003	Art.6. Derecho a un proceso equitativo	Participación de las personas en procesos ambientales por la destrucción de un humedal contiguo a la vivienda del reclamante por actividades de edificación.
Hatton y otros vs. Reino Unido	8 de julio de 2003	Art.6. Derecho a un proceso equitativo Art.8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar Art.13. Derecho a un recurso efectivo	El TEDH determina que las actividades permisivas de la administración pública violentaron los derechos de los accionantes por cuanto existía una contaminación acústica que interfería con la vida de los accionantes.
Vides Aizardzibas Club vs. Letonia	27 de mayo de 2004	Art.10. Libertad de expresión	La legitimidad de la libertad de expresión radica sobre la protección de los derechos de los otros. Esto se determina en función del interés de conservación de los accionantes sobre las dunas costeras del Golfo de Riga.

Taskin y otros vs. Turquía	10 de noviembre de 2004	Art.6. Derecho a un proceso equitativo Art.8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar	Dentro de los daños medio ambientales se encuentran el desplazamiento de personas y la contaminación acústica por uso de explosivos y maquinaria. La autorización arbitraria de explotación vulnera derechos del CEDH.
Moreno Gómez vs. España	19 de noviembre de 2004	Art.8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar	Los Estados deben garantizar los derechos de las personas y tomar las medidas suficientes, necesarias y adecuadas para proteger a los ciudadanos de contaminación.
Öneryıldiz vs. Turquía	30 de noviembre de 2004	Art.2. Derecho a la vida Art.6. Derecho a un proceso equitativo Art.13. Derecho a un recurso efectivo Art.1. del Protocolo 1 del CEDH	Las disposiciones del derecho interno de los Estados deben interpretarse y aplicarse para salvaguardar la vida de las personas bajo su jurisdicción. Se establece la necesidad de medidas preventivas necesarias en función de los riesgos ambientales.
Öçkan y otros vs. Turquía	28 de marzo de 2006	Art.6. Derecho a un proceso equitativo Art.8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar	Se analiza la degradación del medio ambiente por actividades mineras y la injerencia de estas actividades para los residentes cercanos a la mina
Giacomelli vs. Italia	2 de noviembre de 2006	Art.6. Derecho a un proceso equitativo	Se analiza el otorgamiento de licencias ambientales para una planta de tratamiento de desechos. La

		Art.8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar	corde estableció que existe daño a la vida privada cuando existe daño ambiental debido a la cercanía de la planta a la residencia de los accionantes.
Lemke vs. Turquía	7 de junio de 2007	Art.6. Derecho a un proceso equitativo Art.8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar	La operación económica de una mina cercana al lugar de residencia de los accionantes implica que el Estado debe tomar acciones sobre el impacto ambiental con el fin de garantizar el derecho de las personas a la vida privada y familiar.
Budayeva y otros vs. Rusia	23 de marzo de 2008	Art.2. Derecho a la vida	Se establece una obligación al Estado en relación a la planificación urbanística y ordenación del territorio en función de la protección de la vida de los ciudadanos.
Tătar vs. Rumania	21 de enero de 2009	Art.8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar	La contaminación ambiental interviene con el derecho al respeto a la vida privada y familiar por cuanto amenaza el bienestar de las personas. El Estado tiene la obligación de vigilar las actividades industriales que puedan ser lesivas al medio ambiente y a la vida.

Branduse vs. Rumania	7 de abril de 2009	Art.8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar Art.3 Prohibición de la tortura	El Estado debe garantizar las condiciones mínimas para efectivizar la vida digna de las personas, lo cual implica la obligación de establecer un control sobre la emisión de olores contaminantes.
Keceli y Baspinar vs. Turquía	26 de enero de 2010	Art.1. del Protocolo 1 del CEDH	Se tutela el derecho de propiedad de un terreno con finalidad forestal por parte de un tercero. La administración pública debe compensar para indemnizar.
Bölükbas y otros vs. Turquía	9 de febrero de 2010	Art.1. del Protocolo 1 del CEDH	El Estado debe respetar el derecho de propiedad de los ciudadanos que sean legítimos propietarios y deben dar compensación por el cambio de titularidad si se quita el bien en cuestión.
Băcilă vs. Rumania	30 de marzo de 2010	Art.8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar	El Estado debe proteger la vida de las personas de las emisiones contaminantes sean aéreas, terrestres o acuíferas que se desprendan de las actividades económicas de las empresas.
Oluic vs. Croacia	20 de mayo de 2010	Art.8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar	El Estado debe implementar procesos de control sobre la contaminación auditiva. Estos deben ser suficientes, necesarios y oportunos para prevenir daños a la salud humana.

Mileva y otros vs. Bulgaria	25 de mayo de 2010	Art.8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar	Las autoridades deben tomar acciones positivas ante las denuncias presentadas por la ciudadanía con el fin de preservar la vida privada y familiar de las personas ante la contaminación auditiva.
Deés vs Hungría	9 de noviembre de 2010	Art.6. Derecho a un proceso equitativo Art.8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar	El TEDH tutela el derecho a un espacio de vivienda digno que se ve afectado por el aumento significativo de ruido en la cercanía del mismo.
Consorts Richet y Le Ber vs. Francia	18 de noviembre de 2010	Art.1. del Protocolo 1 del CEDH	El Estado debe respetar las condiciones de negociación sobre los predios que adquiera aun cuando se modifiquen las normas urbanísticas posteriores. El Estado no debe impedir gozar de la propiedad privada y debe indemnizar las cargas desproporcionadas del incumplimiento.
Paratheristikos Oikodomikos Synetairismos Stegaseos Ypallilon Trapezis tis Ellados vs. Grecia	3 de mayo de 2011	Art.1. del Protocolo 1 del CEDH	El Estado debe garantizar el derecho de propiedad aun cuando pretenda incorporar zonas de protección medio ambiental y cultural. Se tiene la obligación positiva de respetar.
Grimkovskaya vs. Ucrania	27 de julio de 2011	Art.8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar	Se debe proteger de contaminación atmosférica, acústica y terrestre los

			lugares adyacentes a las autopistas.
Martínez Martínez vs España	18 de octubre de 2011	Art.8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar	Se establece la protección del derecho a la vida privada y familiar dentro del concepto espacial y físicamente determinado ante la contaminación auditiva.
Di Sarno y otros vs. Italia	10 de enero de 2012	Art.8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar	El Estado es responsable de la correcta prestación de servicios públicos y gestión de los desechos y residuos considerados como basura. Se debe proteger la vida en función de la contaminación y el impacto de la actividad.
Herrmann vs. Alemania	26 de junio de 2012	Art.1. del Protocolo 1 del CEDH	Toda persona tiene el derecho al pleno disfrute de sus posesiones. El Estado debe garantizar de forma positiva y negativa este derecho, lo cual implica abstenerse de realizar actividades que violenten la propiedad de las personas.
Bor vs. Hungría	18 de junio de 2013	Art.8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar	Se tutela el derecho al espacio de desarrollo de vida en función de la contaminación auditiva.
Bin Belgin Insaat STI vs. Turquía.	1 de octubre de 2013	Art.1. del Protocolo 1 del CEDH	El TEDH determina que se debe respetar el derecho de propiedad de una empresa en contra de un valor medio ambiental.

Brincat y otros vs. Malta	24 de julio de 2014	Art.2. Derecho a la vida Art.8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar	Se deben garantizar las condiciones mínimas de seguridad para el trabajo de las personas. Sobre todo, con el tratamiento y exposición de materiales que generen enfermedades a las personas.
Dzemyuk vs Ucrania Karin	4 de septiembre de 2014	Art.8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar	Existen violaciones a la norma ambiental interna que debe seguir una norma de regulación que permita el desarrollo de la vida privada y familiar del accionante.
Andersson y otros vs. Suecia	25 de septiembre de 2014	Art.6. Derecho a un proceso equitativo	La ampliación de las redes de dotaciones siempre que afecten derechos de propiedad de las personas debe ser sometido a escrutinio público.

Fuente: Tribunal Europeo De Derechos Humanos 2022

A partir de la sistematización de las sentencias del TEDH, se puede inferir que la protección y conceptualización del derecho al medio ambiente se construye a partir de una lógica discursiva orientada a la protección de otros derechos contenidos en el CEDH¹¹. En este contexto, la principal característica de los instrumentos de Derecho Ambiental Internacional responde a una lógica propia del *soft law*¹², de modo que no ha permitido establecer un marco sólido de carácter obligatorio sobre el alcance y el contenido del medio ambiente como un derecho.

11 Rosa Fernández Egea, “La protección del medio ambiente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, 177.

12 César Nava Escudero, “El Acuerdo de París”, 100.

Al ser un derecho que no se encuentra plenamente contemplado o desarrollado dentro de los instrumentos del SEDH, el medio ambiente ha sido desarrollado como un derecho conexo a los contenidos en el CEDH y a los protocolos adicionales al mismo¹³, por cuanto el TEDH ha establecido la interconexión del medio ambiente con otros derechos fundamentales.

Por lo anteriormente expuesto, se puede inferir que la protección del medio ambiente en el SEDH es de carácter preminentemente indirecta, sin perjuicio de que la necesidad actual de la sociedad requiera una efectiva protección del medio ambiente de forma adjetiva y subjetiva¹⁴. A tal efecto, cómo se desprende de la jurisprudencia seleccionada, se puede observar un especial desarrollo jurisprudencial a partir del derecho a la vida privada y familiar¹⁵ y en menor parte el derecho a la vida¹⁶ como un elemento complementario.

Cabe recalcar que la mayoría de los razonamientos del TEDH implica un reconocimiento de obligaciones tanto positivas como negativas por parte de los Estados, por cuanto implica un marco de acciones que los Estados deben tomar tanto de forma preventiva como abstentiva para garantizar los derechos fundamentales del CEDH. Esto permite identificar un discurso de corte tradicional y hegemónico dentro de las sentencias de la TEDH¹⁷, destacándose la protección indirecta del medio ambiente como un rezago del pensamiento positivista propio del Sistema Europeo Continental en observancia de la configuración positiva y taxativa del CEDH y sus respectivos protocolos.

13 Rosa Fernández Egea, "La protección del medio ambiente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", 167.

14 Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, "Jurisprudencia ambiental reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos". InDret Revista para el Análisis del Derecho, n°4 (2008): 3.

15 Consejo de Europa, Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 4 de noviembre de 1950, art. 8.

16 Consejo de Europa, Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, art. 2.

17 Vid. Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, "Jurisprudencia ambiental reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", 6-7.

Bajo esta lógica, el TEDH ha construido jurisprudencia a partir de la conceptualización liberal de los derechos fundamentales¹⁸ como derechos prestacionales en función de los derechos civiles y políticos de las personas. Esta lógica discursiva ha permitido establecer límites externos¹⁹ a la incorporación del derecho al medio ambiente como un derecho no limitado, por cuanto pueden existir normas jurídicas que puedan ser aparentemente incompatibles, para verbigracia el derecho a la vida²⁰ y el derecho de protección a la propiedad privada²¹. Esto se refleja en la posición casi estática del TEDH de establecer restricciones aparentemente legítimas a la protección del medio ambiente como un derecho “verdadero”²².

Este pensamiento se evidencia en las sentencias del TEDH en las que, por más que exista un interés legítimo de bienestar general, como la protección del medio ambiente, el TEDH ha tutelado de forma directa y exclusiva el derecho al respeto a la vida privada familiar²³ y el derecho de protección de la propiedad privada²⁴ de las personas.

Una vez analizada la forma de protección y tutela del derecho al medio ambiente por parte del TEDH, resulta imperioso realizar un análisis de la misma profundidad sobre la jurisprudencia interamericana para establecer diferencias o eventuales similitudes de la protección de los derechos fundamentales.

18 Mauricio Maldonado, *Los Derechos Fundamentales, Un estudio conceptual*. (Santiago de Chile: Editorial Olejink, 2018), 39.

19 Mauricio Maldonado, “Límites y contenido esencial de los derechos (un marco conceptual problemático)”, *Revista Derecho del Estado*, n° 47 (2020): 82-83.

20 Consejo de Europa, *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, art. 2.

21 Consejo de Europa, *Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, 20 de marzo de 1952, art. 1.

22 Mauricio Maldonado, “Límites y contenido esencial de los derechos”, 83.

23 Consejo de Europa, *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, art. 8.

24 Consejo de Europa, *Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, 20 de marzo de 1952, art. 1.

2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

En el contexto latinoamericano, el máximo tribunal de justicia es la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Este organismo es una institución judicial autónoma de la Organización de Estados Americanos (OEA) que nace a partir de la celebración de la Convención Americana de Derechos Humanos o CADH en el año de 1979²⁵. A tal efecto, la institución cumple con funciones jurisdiccionales de carácter contencioso, así como consultivas en función de la aplicación e interpretación de la CADH por parte de los Estados miembros. En este sentido, la Corte IDH puede pronunciarse sobre el fondo de los derechos contenidos en la CADH y sus protocolos adicionales.

Estructuralmente la CADH se compone de dos partes. La primera relativa a los derechos de las personas, y la segunda relativa al procedimiento adjetivo y a la composición tanto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como de la Corte IDH²⁶.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), a diferencia de su símil europeo, presenta una conceptualización amplia y extensa sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales desarrollados y reconocidos por el Protocolo de San Salvador (PSS)²⁷. En este orden de ideas, la Corte IDH ha establecido criterios sobre la justiciabilidad directa de estos derechos ante los Estados miembros en virtud del principio de desarrollo progresivo²⁸.

25 Ana-María Fajardo, “Paralelo entre tribunal europeo de Derechos Humanos (TEDH) y corte interamericana de Derechos Humanos (CIDH)”, Working Paper No, 2020.

26 Organización de Estados Americanos, Convención Americana de Derechos Humanos, 29 de noviembre de 1969, art.33.

27 Víctor Abramovich y Christian Courtis, “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”, en *La protección judicial de los derechos sociales*, ed. Ramiro Ávila Santa-maría y Christian Courtis (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2003), 5-6.

28 Organización de Estados Americanos, Convención Americana de Derechos Humanos, art.28.

A diferencia del SEDH, los protocolos adicionales de la CADH han reconocido y protegido al medio ambiente²⁹ como un derecho de carácter prestacional en función de las posibilidades y condiciones reales de cumplimiento de las obligaciones estatales³⁰. De este modo, es menester analizar la configuración jurisprudencial del medio ambiente dentro del SIDH. Esto implica estudiar el alcance y contenido de este derecho en conjunción con otros derechos de la CADH y cómo ha sido determinado por la Corte IDH.

2.1. El medio ambiente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

A diferencia del SEDH, el SIDH ha contemplado la existencia del derecho al medio ambiente como un derecho prestacional³¹ que se realiza en función de la posibilidad real del Estado de garantizarlo a sus ciudadanos. En este orden de ideas, desde la concepción del principio de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la CADH y el artículo 11 del Protocolo de San Salvador, la Corte IDH ha desarrollado jurisprudencialmente el derecho al medio ambiente en observancia de la interdependencia e indivisibilidad de los Derechos Humanos³².

Por lo anteriormente expuesto, se analizará de forma sintética las decisiones de la Corte IDH y se estudiará el alcance y contenido de este derecho dentro del SIDH. En este sentido, también se analizará el pronunciamiento consultivo existente al derecho al medio ambiente emitido por la Corte IDH.

29 Organización de Estados Americanos, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 17 de noviembre de 1988, art.11.

30 Víctor Abramovich y Christian Courtis, “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”, 7-8.

31 Víctor Abramovich y Christian Courtis, “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”, 20.

32 Ángel Gregorio Sancho, “Indivisibilidad de los Derechos Humanos”, 13.

Tabla 2. Jurisprudencia ambientalmente relevante de la Corte IDH

Caso	Fecha	Derecho Violado de la CDH	Pronunciamiento de la Corte
Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay	17 de junio de 2005	Art.1. Obligación de respetar los derechos Art.2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno Art.4. Derecho a la vida Art.5. Derecho a la Integridad Personal Art.7. Derecho a la libertad personal Art.8. Garantías Judiciales Art.19. Derecho de niño Art.21. Derecho a la propiedad privada	Los miembros de la comunidad deben gozar del acceso a los recursos naturales que pertenecen a los asentamientos naturales de su cultura en función de la necesaria subsistencia para garantizar la vida digna para sus miembros.
Salvador Chiriboga Vs. Ecuador	6 de mayo de 2008	Art.1. Obligación de respetar los derechos Art.2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno Art.8. Garantías Judiciales Art.21. Derecho a la propiedad privada Art.24. Igualdad ante la ley Art.25. Protección Judicial	Cabe la expropiación y limitación del derecho a la propiedad privada siempre y cuando se justifique la legítima utilidad pública para conservación y protección del ambiente. El Estado tiene la obligación de cumplir con los principios generales de los Derechos Humanos.
Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay	24 de agosto de 2010	Art.1. Obligación de respetar los derechos Art.2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno	El derecho a la vida es un Derecho Humano fundamental indispensable para el disfrute de los demás derechos. En este contexto, el Estado es el

		<p>Art.3. Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica</p> <p>Art.4. Derecho a la vida</p> <p>Art.5. Derecho a la Integridad Personal</p> <p>Art.8. Garantías Judiciales</p> <p>Art.19. Derecho de niño</p> <p>Art.21. Derecho a la propiedad privada</p> <p>Art.24. Igualdad ante la ley</p> <p>Art.25. Protección Judicial</p>	<p>responsable de garantizar las condiciones mínimas para que no se produzcan violaciones a este derecho.</p> <p>El Estado no puede generar condiciones de denegación de elementos naturales intrínsecos a su comunidad como lo es el agua.</p>
<p>Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador</p>	<p>27 de junio de 2012</p>	<p>Art.1. Obligación de respetar los derechos</p> <p>Art.4. Derecho a la vida</p> <p>Art.5. Derecho a la Integridad Personal</p> <p>Art.7. Desarrollo a la libertad personal</p> <p>Art.8. Garantías Judiciales</p> <p>Art.13. Libertad de Pensamiento y expresión</p> <p>Art.21. Derecho a la propiedad privada</p> <p>Art.22. Derecho de circulación y de residencia</p> <p>Art.23. Derechos Políticos</p> <p>Art.25. Protección Judicial</p> <p>Art.26. Desarrollo progresivo</p>	<p>Resalta la importancia del elemento social, espiritual y cultural dentro de los estudios de impacto ambiental que pueda impactar a los pueblos y nacionalidades indígenas por cuanto se debe garantizar el derecho de propiedad de territorios ancestrales, por cuanto esta concesión puede implicar la denegación sistemática de la subsistencia del pueblo en cuestión.</p>

Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras	8 de octubre de 2015	<p>Art.1. Obligación de respetar los derechos</p> <p>Art.2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno</p> <p>Art.4. Derecho a la vida</p> <p>Art.8. Garantías Judiciales</p> <p>Art.21. Derecho a la propiedad privada</p> <p>Art.25. Protección Judicial</p>	<p>Los estudios de impacto ambiental deben considerar un componente sociocultural imbricado con el medio ambiente. Esto permite realizar estudios técnicos que sirven para evaluar eventuales impactos o daños.</p>
Caso Pueblos Kalina y Lokono Vs. Surinam	25 de noviembre de 2015	<p>Art.1. Obligación de respetar los derechos</p> <p>Art.2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno</p> <p>Art.3. Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica</p> <p>Art.13. Derecho a Libertad de pensamiento y expresión</p> <p>Art.21. Derecho a la propiedad privada</p> <p>Art.23. Derechos Políticos</p> <p>Art.25. Protección Judicial</p>	<p>La Corte ha determinado la protección del medio ambiente como un derecho expresamente estipulado en el Protocolo de San Salvador como un derecho intrínsecamente relacionado a la vida y a la integridad personal. En este sentido el Estado debe ser el garante de los derechos para los pueblos y nacionalidades indígenas, el medio ambiente y las especies que lo componen.</p>
Opinión Consultiva OC-23/17	15 de noviembre de 2017	<p>Art.1. Obligación de respetar los derechos</p> <p>Art.2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno</p> <p>Art.4. Derecho a la vida</p> <p>Art.5. Derecho a la Integridad Personal</p> <p>Art.26. Desarrollo progresivo</p>	<p>La protección del medio ambiente implica una relación intrínseca e innegable del derecho a la vida. El derecho al medio ambiente sano implica una protección profunda de los recursos naturales para garantizar la indemnidad de los derechos fundamentales.</p>

<p>Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina</p>	<p>6 de febrero de 2020</p>	<p>Art.1. Obligación de respetar los derechos Art.2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno Art.4. Derecho a la vida Art.5. Derecho a la Integridad Personal Art.8. Garantías Judiciales Art.25. Protección Judicial Art.26. Desarrollo progresivo</p>	<p>Se protege el derecho al medio ambiente sano con la finalidad de alcanzar el desarrollo integral de pueblos y nacionalidades. Se reconoce la integralidad de la culturalidad y la especial situación de pueblos y nacionalidades indígenas en observancia de los daños ambientales.</p>
--	-----------------------------	---	--

Fuente: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2022

A partir de la esquematización de las sentencias y opiniones consultivas de la Corte IDH, se desprende que el derecho al medio ambiente es un derecho que se encuentra imbricado con otros derechos fundamentales³³, tales como el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, el derecho a la propiedad, así como los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Bajo esta lógica, el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH obedece al contexto multicultural y plurinacional de Latinoamérica, alejándose de forma progresiva y sistémica del paradigma jurídico³⁴ derivado del derecho romano germánico tradicionalista, llegando a adoptar elementos ligados al pluralismo jurídico³⁵ como es el caso de la cosmovisión y su incipiente interacción con los derechos fundamentales de corte occidental.

33 Víctor Abramovich y Christian Courtis, “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”, 7-8.

34 Antonio Wolkmer, *Teoría Crítica del Derecho desde América Latina* (Madrid: Ediciones Akal, 2018), 232-233.

35 Ramiro Ávila Santamaría, *La utopía del oprimido: Los derechos de la naturaleza y el buen vivir en el pensamiento crítico, el derecho y la literatura* (México: Ediciones Akal, 2019), 266.

En este orden de ideas, la Corte IDH ha tutelado, conceptualizado y dado un alcance directo a los derechos sociales a partir del desarrollo progresivo de los Derechos Humanos³⁶, de forma en que se han establecido relaciones jurídicas sustanciales en observancia de otros derechos contenidos en la CADH y, subsecuentemente, en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador, en virtud de la interdependencia e interrelación de los Derechos Humanos³⁷.

Para el ex magistrado de la Corte IDH, Antônio Cançado Trindade la protección judicial de los Derechos Humanos implica la más alta garantía de protección que promueven los Estados³⁸. Bajo este razonamiento la imbricación del derecho al medio ambiente con el derecho a la vida resulta propio de una concepción fundamentada en una aplicación jurisdiccional de la teoría relativa del contenido esencial de los derechos fundamentales³⁹.

Esto implica que el contenido de los derechos contenidos en la CADH, al estar sometidos a los principios de interdependencia e interrelación de los Derechos Humanos⁴⁰, permite establecer una ponderación hipotética sobre los núcleos duros de los derechos fundamentales⁴¹, siendo un derecho solamente condicionado por el desarrollo progresivo de cada Estado miembro de la Convención.

36 Organización de Estados Americanos, Convención Americana de Derechos Humanos, art.26.

37 Víctor Abramovich y Christian Courtis, "Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales", 7-8.

38 Antonio Cançado Trindade, "La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano internacional", 73.

39 Mauricio Maldonado, "Límites y contenido esencial de los derechos", 90-91.

40 Víctor Abramovich y Christian Courtis, "Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales", 5-6.

41 Mauricio Maldonado, "Límites y contenido esencial de los derechos", 90.

3. La interdependencia e interrelación de los Derechos Humanos y la protección del medio ambiente

En virtud de lo expuesto en el acápite que antecede, resulta fundamental estudiar la imbricación del derecho al medio ambiente sano en observancia con otros Derechos Humanos reconocidos en la CADH y desarrollados por la jurisprudencia del SIDH⁴². Para el desarrollo del presente acápite, resulta imperiosa la necesidad de establecer una diferencia formal entre los conceptos de Derechos Humanos y derechos fundamentales.

El concepto de Derechos Humanos deviene de un concepto filosófico kantiano orientado a reconocer y proteger la dignidad humana como un parámetro fundamental⁴³ que se consolida en el ser humano en sí mismo, por lo tanto, son construcciones filosófico dogmáticas orientadas a proteger al hombre como tal⁴⁴, lo cual implica una alta carga axiológica de carácter ontológico⁴⁵. Por otra parte, los derechos fundamentales constituyen una manifestación positiva dentro del ordenamiento normativo de los Derechos Humanos⁴⁶, esto ha permitido que los derechos fundamentales posean un núcleo duro o valor esencial⁴⁷ que forma una conexidad entre el ordenamiento jurídico y el ser humano⁴⁸.

42 Víctor Abramovich y Christian Courtis, “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”, 13.

43 Immanuel Kant, *La metafísica de las costumbres*, (trad.) Adela Cortina (Madrid: Tecnos, 1989), 28-29.

44 Martha Liliana Acu, “¿Qué entendemos por Derechos Humanos y derechos fundamentales?”, *Justicia*, vol. 15, n° 18 (2010): 155.

45 José Gómez y Rufino Acosta, “Todos los animales son (des) iguales pero algunos animales son más (des) iguales que otros. Una revisión del excepcionalísimo humano, el especismo y las relaciones óntico-relacionales entre especies”, *Arbor*, vol. 197, n° 802 (2021): 3. doi: <https://doi.org/10.3989/arbor.2021.802010>

46 Martha Liliana Acu, “¿Qué entendemos por Derechos Humanos y derechos fundamentales?”, 156-157.

47 Mauricio Maldonado, “Límites y contenido esencial de los derechos”, 90.

48 Martha Liliana Acu, “¿Qué entendemos por Derechos Humanos y derechos fundamentales?”, 156.

En este orden de ideas, el desarrollo teórico y funcional a nivel regional de los derechos fundamentales ha diferido sustancialmente del desarrollo propuesto por el SEDH sin perjuicio de que ambos sistemas de protección de Derechos Humanos deriven de la misma lógica hegemónica de la escuela post romanista. Esto implica que el reconocimiento de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) responden a un cambio trascendental del paradigma de pensamiento occidental⁴⁹ sobre la composición de los Derechos Humanos como una categoría de estudio que ha llegado a ser desarrollada en generaciones⁵⁰; dicha prerrogativa ha permitido que los Estados lleguen a priorizar derechos bajo un sesgo cognitivo⁵¹ sobre la funcionalidad de los mismos para el desarrollo de la vida humana.

Al respecto de la confusión conceptual de los Derechos Humanos y los derechos fundamentales, la dogmática jurídica ha tratado de dilucidar el conflicto sustancial mediante el planteamiento de teorías de esquematización sobre los mismos. Para propósitos del presente artículo, analizaremos las principales prerrogativas y soluciones propuestas desde la doctrina para garantizar la protección de los DESCAs en los ordenamientos jurídicos contemporáneos.

Desde la separación y esquematización generacional de los Derechos Humanos⁵² ha existido una dicotomía funcional al respecto de la exigibilidad de los mismos⁵³ en función de la obligatoriedad de cumplimiento o no de ellos. Este tipo de sesgo ha permitido la popularización de una estratificación de los Derechos Humanos en función de su justiciabilidad, errónea-

49 Ramiro Ávila Santamaría, *La utopía del oprimido: Los derechos de la naturaleza y el buen vivir en el pensamiento crítico, el derecho y la literatura*, 335.

50 Antonio-Enrique Pérez Luño, “Las generaciones de Derechos Humanos”, *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, vol. 2, n° 1 (2013): 167.

51 Andrés Páez, “Los sesgos cognitivos y la legitimidad racional de las decisiones judiciales”, *Razonamiento jurídico y ciencias cognitivas* (2021): 3.

52 Antonio-Enrique Pérez Luño, “Las generaciones de Derechos Humanos”, 167-168.

53 Antonio Cançado Trindade, “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano internacional”, *Lecciones y Ensayos, Dossier: Protección Internacional de los Derechos Humanos*, (1998): 73.

mente considerándolos como meros objetos de una prestación exigible ante el Estado.

En retrospectiva, los Derechos Humanos han sido catalogados bajo una dicotomía sustancial sobre la exigibilidad de la “prestación”⁵⁴ desde las construcciones abstractas pertenecientes al mundo del derecho. Empero, el desarrollo social y político de los países a nivel mundial es desigual⁵⁵, por lo cual las condiciones de generación de garantías primarias y secundarias de los Derechos Humanos varía según la posibilidad económica de aseguramiento de la “prestación” de los Estados sobre el contenido de los derechos.

Esta composición heterogénea de la realidad social hace imposible la aplicación simultánea de un estándar de cumplimiento de un Derecho Humano en función de la “prestación”, por cuanto esto implica un reduccionismo de un principio jurídico⁵⁶ al mero corolario normativo de un contrato de orden civil. Esta interpretación dicotómica de los Derechos Humanos es resultado de la unificación de los criterios de exigibilidad en consuno con los medios de protección de estos derechos frente al Estado⁵⁷.

En este contexto, cabe señalar que la Comunidad Internacional ha tenido consenso sobre la realización de los Derechos Humanos de las primeras generaciones en coherencia con los DESCAs. Por cuanto estos derechos se complementan en sí mismos para garantizar el goce y ejercicio de los mismos⁵⁸.

Aún con la existencia de una dicotomía formal sobre los Derechos Humanos de por medio, la Comunidad Internacional decidió que la promoción y protección de los Derechos Humanos no puede, ni debe implicar la obli-

54 Antonio Cançado Trindade, “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano internacional”, 78.

55 Antonio Wolkmer, *Teoría Crítica del Derecho desde América Latina*, 230.

56 Robert Alexy, “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”. *Revista española de derecho constitucional*, n° 91 (2011): 18.

57 Antonio Cançado Trindade, “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano internacional”, 82.

58 *Id.*, 82-83.

gación del Estado como garante de derechos fundamentales⁵⁹. Esta visión acentuó de forma clara la interdependencia de los Derechos Humanos, por cuanto establece el mismo grado de relevancia sobre la protección de las distintas generaciones de derechos⁶⁰ existentes sin que los Estados puedan excusarse de su cumplimiento.

Este debate perduraría en el derecho moderno como una manifestación de la sustancia individual del ser⁶¹ dentro del sistema romano germánico, permitiendo la proliferación de las epistemes hegemónicas en las construcciones jurídicas de corte internacional. Esto se ha visibilizado dentro de los grandes tribunales internacionales de Derechos Humanos con la lenta incorporación de los DESCAs a sus decisiones y pronunciamientos de fondo.

En este sentido, la clasificación generacional de los Derechos Humanos implica el establecimiento de una genealogía abiertamente incompatible⁶² con los principios de interdependencia e indivisibilidad, por cuanto la realización y ejercicio de los derechos en sí mismos implican replantear los derechos sociales como categorías de igual jerarquía y carácter fundamental⁶³. En consecuencia, la obligación del Estado de proteger, abstenerse y garantizar los derechos no puede establecer de forma abierta una supremacía axiológica sobre un grupo específico de derechos⁶⁴.

A nivel doctrinario, la protección de los DESCAs ha sido objeto de estudio desde el ámbito obligacional al respecto del Estado. En este sentido, los derechos civiles y políticos poseen un compromiso de los Estados de

59 Id., 65.

60 Antonio-Enrique Pérez Luño, "Las generaciones de Derechos Humanos", 167-168.

61 José Gómez y Rufino Acosta, "Todos los anymales son (des) iguales pero algunos anymales son más (des) iguales que otros", 8.

62 Ana María Bonet De Viola, "Consecuencias de la clasificación de los Derechos Humanos en generaciones en relación a la justiciabilidad de los derechos sociales", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 46, n° 124 (2016): 22-23.

63 Antonio Cançado Trindade, "La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano internacional", 63-64.

64 Kolja Möller, y Andreas Fischer-Lescano, *Der Kampf um globale soziale Rechte: Zart wäre das Größte* (Berlín: Verlag Klaus Wagenbach, 2012), 47-48.

carácter irrestricto, mientras que los DESCAs han sido sometidos a un tratamiento lato⁶⁵, por cuanto el Estado solo se ve obligado en función de las medidas suficientes y necesarias para garantizar estos derechos de forma progresiva limitando el contenido de la obligación del Estado⁶⁶.

Esta diferenciación poco justificada sobre el desarrollo progresivo ha sido el punto de partida para la limitación del ejercicio y goce de los DESCAs⁶⁷, por cuanto la doctrina ha considerado que el contenido obligacional de los mencionados derechos es indeterminable e independiente⁶⁸ de los mecanismos que el Estado pueda implementar o no para su cumplimiento.

En el sistema europeo, si bien existe un marco normativo de carácter comunitario, este posee un reconocimiento tanto de los Derechos Humanos y de los derechos fundamentales de los individuos en observancia de su positivización y traslación a los ordenamientos jurídicos nacionales. Esta prerrogativa implica un alto desarrollo de la región en el término prestacional sobre el cumplimiento de los derechos civiles y políticos⁶⁹.

Esta problemática se ha hecho especialmente evidente en la protección sobre el medio ambiente desde la indivisibilidad e interdependencia de los Derechos Humanos, por cuanto los derechos civiles y políticos necesitan del ambiente para consolidarse como efectivos dentro de los ordenamientos jurídicos contemporáneos al ser manifestaciones normativas de dimensiones liberales⁷⁰. En este orden de ideas, resulta importante rescatar la posición germana sobre los Derechos Humanos en la cual se propone una nueva clasificación de los mismos en relación a los componentes sociales, liberales,

65 Ana María Bonet De Viola, "Consecuencias de la clasificación de los Derechos Humanos en generaciones en relación a la justiciabilidad de los derechos sociales, 25.

66 Kolja Möller, y Andreas Fischer-Lescano, *Der Kampf um globale soziale Rechte: Zart wäre das Größte*, 50.

67 *Id.*, 51-52.

68 *Id.*, 47- 48.

69 *Id.*, 55.

70 Ana María Bonet De Viola, "Consecuencias de la clasificación de los Derechos Humanos en generaciones en relación a la justiciabilidad de los derechos sociales, 28.

políticos, igualitarios y colectivos⁷¹, esto con la finalidad de generar una coherencia normativa desde los ordenamientos jurídicos internacionales y su irradiación hacia los ordenamientos internos.

A nivel latinoamericano, la problemática de los Derechos Humanos implica una dimensión argumentativa de carácter hermenéutico⁷² que se manifiesta en el alcance de los DESCAs dentro del SIDH. Este cambio epistémico obedece a la volatilidad de las interacciones sociales en donde la instrumentalización de las instituciones jurídicas hegemónicas⁷³ ha demostrado ser limitadas en cuanto la aprehensión del fenómeno social se refieren.

Dentro del contexto epistemológico, la existencia de pueblos y nacionalidades dentro del continente americano ha permitido generar marcos de interpretación hermenéutica de la realidad social⁷⁴, elementos culturales y antropológicos han permitido otorgar un sentido y un contenido a derechos pertenecientes a los DESCAs, tal como es el caso del medio ambiente sano. Esto ha permitido trascender el sesgo gnoseológico establecido por el ordenamiento jurídico y las aproximaciones axiológicas que dotan de contenido a los Derechos Humanos⁷⁵.

71 Kolja Möller, y Andreas Fischer-Lescano, *Der Kampf um globale soziale Rechte: Zart wäre das Größte*, 57.

72 Juan Jorge Faundes Peñafiel et al., “La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Hermenéutica del derecho al medio ambiente sano, a la identidad cultural ya la consulta, a la luz de la sentencia “Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020)”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 10, no 2 (2020): 651-652.

73 Efrén Guerrero y Felipe Rodríguez Estévez, “Garantía de los Derechos Humanos en un mundo volátil: administración y constitución económica ecuatoriana en una “emergencia permanente”, *Revista PUCE*, n°114 (2022): 35.

74 Joaquín Sarrión Esteve, “Aportaciones heurísticas a la investigación en el derecho constitucional. Los principios democráticos en la doctrina constitucional española como ejemplo práctico”, *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n°26 (2022): 43-44.

75 José Gómez y Rufino Acosta, “Todos los anymales son (des) iguales pero algunos anymales son más (des) iguales que otros”, 8.

En este sentido, elementos culturalmente condicionados por el entorno de los pueblos y nacionalidades indígenas⁷⁶ han permitido establecer de forma categórica una suerte de consolidación a los principios de indivisibilidad e interdependencia de los Derechos Humanos. Esto implica un reconocimiento de las características no jurídicas del derecho al medio ambiente sano y sus imbricaciones socioculturales dentro de los ordenamientos jurídicos occidentales⁷⁷.

En este orden de ideas, el derecho al medio ambiente sano constituye un quebrantamiento en el paradigma jurídico hegemónico, por cuanto su conceptualización dentro de la Opinión Consultiva 23/17 de la Corte IDH estableció una innegable conexidad con el desarrollo progresivo contenido en la CADH⁷⁸. Este quebrantamiento ha permitido a la Corte IDH reafirmar la interdependencia de los Derechos Humanos, especialmente el medio ambiente, con derechos de propiedad comunitaria, alimentación, agua y desarrollo de la vida de los pueblos y nacionalidades⁷⁹.

Esto se ve reflejado de forma contundente y reciente en el Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina de la Corte IDH, mismo en el que se hace un reconocimiento del medio ambiente como un derecho autónomo con contenido propio⁸⁰. Este contenido autónomo permitió generar un marco de protección sobre el medio

76 Ramiro Ávila Santamaría, *La utopía del oprimido: Los derechos de la naturaleza y el buen vivir en el pensamiento crítico, el derecho y la literatura*, 305.

77 Juan Jorge Faundes Peñafiel et al., “La Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 653.

78 Juan Jorge Faundes Peñafiel et al., “La Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 656.

79 Corte IDH, “Sentencia de 6 de febrero de 2020 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, Caso Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina, 6 de febrero de 2020, párr. 171.

80 Juan Jorge Faundes Peñafiel et al., “La Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 649-650.

ambiente sano en observancia a la degradación medio ambiental producida por sujetos externos a la comunidad indígena *per se*⁸¹.

Bajo esta lógica, la Corte IDH ha determinado que debe existir una interrelación e interdependencia de los Derechos Humanos contemplados tanto en la CADH como en el Protocolo de San Salvador de forma vinculante sobre la aplicación y el ejercicio de un derecho⁸². Esta interpretación hermenéutica sobre los contextos socioculturales de los indígenas ha permitido imbricar al medio ambiente sano en observancia de los usos y costumbres de los pueblos dentro del contexto latinoamericano, debido a la especial situación de vulnerabilidad que presentan los mismos en función de los principios de igualdad y no discriminación⁸³.

En este mismo sentido, la OC-23/17 de la Corte IDH ha establecido el contenido al derecho al medio ambiente sano como un Derecho Humano autónomo que puede desprenderse del derecho a la vida y a la integridad personal⁸⁴. Este reconocimiento como derecho autónomo implica un reconocimiento del medio ambiente y a sus componentes estableciendo un alcance sobre los riesgos de vulneración de estos para las libertades individuales de las personas⁸⁵, examinando la posibilidad de generar vulneraciones a otros derechos autónomos a partir del daño ambiental.

Por lo anteriormente expuesto, la interdependencia y la indivisibilidad de los derechos humanos, dentro del contexto regional latinoamericano, ha permitido generar marcos de protección dentro de los pronunciamientos de

81 Corte IDH, Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina, párr. 187.

82 Juan Jorge Faundes Peñafiel et al., “La Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 650.

83 Corte IDH, Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina, párr. 209.

84 Juan Jorge Faundes Peñafiel et al., “La Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 654.

85 Corte IDH, “Opinión Consultiva OC-23/17 del 15 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Colombia”, Medio ambiente y derechos humanos, 15 de noviembre de 2017, párr. 47.

la Corte IDH en observancia de su naturaleza autónoma y la necesidad de garantizar un marco normativo para su protección como una obligación indelegable e insustituible del Estado⁸⁶; esto sin perjuicio de prevalecer un deber especial de prevención para evitar daños significativos en el ambiente⁸⁷.

4. El medio ambiente como Derecho Humano y como derecho fundamental en los ordenamientos jurídicos contemporáneos.

En la actualidad, el derecho al medio ambiente ha sido reconocido tanto por la academia y los Altos Tribunales como un Derecho Humano. Bajo esta lógica el derecho al medio ambiente depende de una multiplicidad de factores provenientes de los sistemas jurídicos para ser considerado como fundamental o que en su defecto posea una base axiológica determinable como orientativa para la norma secundaria.

La constante mutabilidad y volatilidad de la realidad social⁸⁸ ha evidenciado nuevas necesidades de carácter social que requieren una manifestación normativa que posibilite la operativización efectiva de la misma. En este sentido, la necesidad social de consolidar al medio ambiente como un Derecho Humano responde a la transversalización de este en observancia de otros derechos⁸⁹.

Si bien la jurisprudencia de los Altos Tribunales ha permitido establecer una aproximación conceptual sobre el medio ambiente como un Derecho Humano independiente o dependiente, esta se ve sometida al paradigma jurídico imperante de las tradiciones normativas que consolidaron las bases

86 Organización de Estados Americanos, Convención Americana de Derechos Humanos, arts.1-2.

87 Juan Jorge Faundes Peñafiel et al., “La Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 650-651.

88 Efrén Guerrero y Felipe Rodríguez Estévez, “Garantía de los Derechos Humanos en un mundo volátil”, 35.

89 Antonio Cançado Trindade, “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano internacional”, 74-75.

de tales sistemas. En este sentido, la predominancia del sistema romano germánico ha establecido al medio ambiente como un derecho dependiente de otros derechos para permitir su correcta tutela, goce y ejercicio⁹⁰, de tal forma que se orientan bajo la lógica positivista de corte hegemónico para su tutela.

En el contexto europeo, el derecho al medio ambiente sano, sin perjuicio de su naturaleza transversal ha sido considerado, en *lato sensu*, como un parámetro optimizador de la política pública o de la norma, sin tener una configuración legalmente prevista como derecho fundamental propiamente dicho⁹¹. Esto ha permitido que proliferen los modelos normativos de corte positivista y hegemónico que proponen una interpretación estricta de los derechos fundamentales como es el caso de la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos.

Claro ejemplo de lo anteriormente mencionado, se puede evidenciar en los pronunciamientos del TEDH al respecto del medio ambiente como un derecho condicionado a garantizar las condiciones de vida privada y familiar, orientadas a defender el imperativo categórico kantiano orientado a la protección intrínseca del ser humano por sí mismo⁹².

Esta concepción estrictamente deontológica de los sistemas jurídicos europeos contempla a la naturaleza y al medio ambiente sano como un sustrato óptico generando una conceptualización del ser humano como un sustrato ontológico superior a la naturaleza. Esto ha permitido la instrumentalización del medio ambiente mediante las construcciones normativas de carácter positivo como un complemento alejado de la esencia del ser humano, siendo susceptible de apropiación y explotación.

Por otra parte, dentro del contexto Latinoamericano los pronunciamientos de la Corte IDH han demostrado una evolución en cuanto a la

90 Mauricio Maldonado, Los Derechos Fundamentales, Un estudio conceptual, 39-40.

91 Robert Alexy, “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, 27.

92 Rubiel Ramírez Restrepo, “¿Puede la ética responder a la novedad de los problemas ambientales?”, *Gestión y ambiente*, vol. 15, n° 2 (2012):13.

conceptualización del medio ambiente como Derecho Humano y derecho fundamental. Bajo esta lógica, el derecho al medio ambiente es un derecho plenamente reconocible y con factibilidad de ser judicializado por sí mismo⁹³ sin perjuicio de la innegable conexidad que tiene con otros derechos fundamentales.

El cambio del paradigma jurídico latinoamericano es una realidad evidente⁹⁴, por cuanto la Corte IDH ha establecido criterios culturales, sociales y antropológicos propios de la región para establecer una relevancia del derecho al medio ambiente como un Derecho Humano, sin perjuicio de que su asimilación como derecho fundamental de corte liberal⁹⁵ dentro de las Constituciones de la región permita considerarlo como tal en virtud del desarrollo progresivo de cada país.

5. Conclusiones

En virtud de lo analizado en los acápites que anteceden, se puede afirmar que la protección del medio ambiente es una preocupación de carácter internacional que ha tenido su impacto y relevancia dentro de los distintos ordenamientos jurídicos alrededor del mundo. Esta relevancia se ve reflejada en los precedentes jurisprudenciales de las altas cortes internacionales de Derechos Humanos, sin perjuicio del reconocimiento del medio ambiente o naturaleza dentro de la configuración normativa de carácter positivo.

En este sentido, habiendo analizado de forma sistemática la jurisprudencia del TEDH y de la Corte IDH y los conceptos que la misma desarrolla, se puede inferir que:

Primero. - El medio ambiente o naturaleza goza de una protección jurídica distinta según la conceptualización jurídica que posea dentro de cada

93 Antonio Cançado Trindade, “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano internacional”, 69-70.

94 Antonio Wolkmer, *Teoría Crítica del Derecho desde América Latina* (Madrid: Ediciones Akal, 2018), 235.

95 Mauricio Maldonado, *Los Derechos Fundamentales, Un estudio conceptual*, 38-39.

ordenamiento jurídico, pudiendo ser un Derecho Humano o un derecho fundamental. La conceptualización del medio ambiente derivada de los ordenamientos jurídicos pertenecientes al sistema romano germánico tiene un marco de actuación limitada en función de la mera instrumentalización de los componentes del medio ambiente como sustratos explotables y apropiables.

Segundo. - La protección jurídica del medio ambiente dentro de la jurisprudencia europea de Derechos Humanos se limita a la protección de la propiedad y la vida familiar, tomando al medio ambiente como un derecho accesorio a otros derechos que permiten la realización deontológica del ser humano. Por otra parte, en la jurisprudencia interamericana, el medio ambiente se protege como un derecho fundamental indivisible e interdependiente a otros derechos fundamentales en virtud del principio de desarrollo progresivo; lo cual implica una negación de la instrumentalización óptica del medio ambiente y sus componentes para dotarle de un contenido ontológico a los mismos.

Tercero. - Tanto la jurisprudencia del TEDH como el CEDH y sus protocolos reconocen la naturaleza prestacional del derecho al medio ambiente sano en función de la protección de otros derechos como la vida familiar y la propiedad privada, pegándose fuertemente al sesgo cognitivo de la división generacional de los Derechos Humanos.

Cuarto. - Tanto la jurisprudencia del TEDH como el CEDH y sus protocolos reconocen la naturaleza prestacional del derecho al medio ambiente sano en función de la protección de otros derechos como la vida familiar y la propiedad privada, pegándose fuertemente al sesgo cognitivo de la división generacional de los Derechos Humanos.

Invisibilizando la Naturaleza. Límites procesales y posibilidades de litigio ambiental en el Derecho Alemán¹

Elena Sofia Ewering*
Tore Vetter**

Resumen

Un número creciente de países están reconociendo los derechos de la naturaleza en todo el mundo. En Alemania, sin embargo, tales derechos siguen siendo en gran medida un territorio desconocido con respecto a la dogmática. El sistema jurídico alemán se basa esencialmente en un enfoque antropocéntrico, que en última instancia también se refleja en la concesión de capacidad jurídica. Sin embargo, sin capacidad jurídica, no hay posibilidad de ser el destinatario de los propios derechos subjetivos y, en última instancia, los caminos a los tribunales permanecen bloqueados. Este documento

1 Este artículo fue originalmente publicado en inglés, bajo el nombre de Invisibilizing Nature. Procedural Limits and Possibilities to Environmental Litigation in German Law. *VRÜ Verfassung und Recht in Übersee*, 54(3), 376-397.

* Elena Sofia Ewering es Asistente de Investigación del Instituto “Just Transition” de la University of Kassel, Alemania. Ella es abogada por la Universidad de Bremen, Alemania. Desde el 2020, ha trabajado en el proyecto “Nature as a legal entity”, financiado por la Sociedad Alemana de Investigación Científica. Este proyecto se ha realizado en cooperación con miembros de Ecuador.

** Tore Vetter es Asistente de Investigación del Instituto “Just Transition” de la University of Kassel, Alemania. Él es abogado por la Universidad de Bremen, Alemania. Desde el 2020, ha trabajado en el proyecto “Nature as a legal entity”, financiado por la Sociedad Alemana de Investigación Científica. Este proyecto se ha realizado en cooperación con miembros de Ecuador.

mostrará primero que en Alemania es difícil llevar los intereses de la naturaleza ante los tribunales. Un caso ecuatoriano, donde actualmente se están negociando los derechos de la naturaleza, servirá como punto de partida. Al final, queda claro que las discusiones jurisprudenciales señalan las posibilidades de inclusión de los derechos de la naturaleza en la legislación alemana y que la participación de la sociedad civil está presionando por la necesidad de su implementación. En tiempos de creciente destrucción ambiental y avance del cambio climático y las crisis sociales resultantes, los derechos de la naturaleza pueden no ser un remedio integral, pero al menos están un paso en la dirección correcta para Alemania y otros países.

Palabras Clave: Naturaleza, derecho procesal, litigio ambiental, ambiente, Alemania

Introducción

Con la inclusión de los derechos de la naturaleza en la constitución, Ecuador fue el primer país en reconocer derechos subjetivos para la naturaleza en 2008.² Aunque se discute en todo el mundo,³ este concepto aún no ha encontrado su camino en la dogmática legal alemana. Utilizando un caso ecuatoriano original, que será examinado desde la perspectiva del derecho alemán, este texto tiene como objetivo mostrar las lagunas en este último y resaltar las oportunidades que el reconocimiento de los derechos de la naturaleza en Alemania trae consigo.

Sin lugar a duda, el siglo 21 mostrará las huellas de la influencia humana en el clima y los ecosistemas del planeta Tierra como nunca antes. Ya sea el calentamiento global y las varias consecuencias graves pero imprevisibles que tendrá para el frágil equilibrio global o la contaminación plástica de

2 Paola Villavicencio Calzadilla / Louis J. Kotzé, *Living in harmony with nature? A critical appraisal of the rights of Mother Earth in Bolivia*, *Transnational Environmental Law* 7 (2018), p. 398.

3 Véase, *UN Harmony with Nature, Rights of Nature Law and Policy*, <http://www.harmonywithnatureun.org/rightsOfNature/> (consultado por última vez el 12 de abril de 2021).

los mares⁴, “seguir como siempre” ha demostrado que ya no es una opción viable. Si bien hoy en día la mayoría de las personas son conscientes de la existencia de crisis ecológicas globales, así como de sus causas y efectos humanos, las opiniones sobre cómo evitar eficazmente estas crisis continúan divergiendo. Algunos buscan la salvación en las estructuras establecidas del capitalismo,⁵ otros piden un cambio fundamental en el orden económico global moderno⁶ y en el “modo de vida” occidental y antropocéntrico⁷.

¿Qué forma debe adoptar una ley ecológica? En general, el papel de la ley puede considerarse como la estabilización de las expectativas y condiciones sociales, y la estructuración de ciertas formas de comportamiento, si es necesario, mediante la imposición de sanciones. La cuestión en el campo del derecho ambiental es, en particular, qué papel se otorga a las entidades naturales no humanas en el discurso jurídico, si siguen condenadas a la condición de meros objetos de la acción humana o si deben recibir reconocimiento legal (y apreciación) en el marco de la personificación (parcial).

4 Para más información, véase: OceanCleanUp, <https://theoceancleanup.com/oceans/> (consultado por última vez el 12 de abril de 2021); L. L. Lebreton, B. Slat et. al, Evidence that the Great Pacific Garbage Patch is rapidly accumulating plastic., *Scientific Reports* 8 (2018), <https://www.nature.com/articles/s41598-018-22939-w.pdf> (consultado por última vez el 12 de abril de 2021).

5 Tales enfoques son a menudo propuestos por actores neoliberales, “cercanos a la economía”, por ejemplo, el Partido Liberal Alemán (FDP), <https://www.fdp.de/sites/default/files/uploads/2019/03/14/antrag-bundesvorstand-zum-70-ord-bpb-liberale-klimapolitik.pdf> pp. 2, 7 (consultado por última vez el 12 de abril de 2021).

6 Por ejemplo, los activistas alemanes contra el carbón de “Ende Gelände”, https://www.ende-gelaende.org/en/?fallback_postid=21174&template=langfallback (consultado por última vez el 12 de abril de 2021); Ver también Bruno Latour, que sugiere un replanteamiento reformador radical con respecto al capitalismo, lo mismo, Sobre algunos de los efectos del capitalismo, conferencia dada en la Royal Academy de Copenhague el 24 de febrero de 2014, <http://www.bruno-latour.fr/sites/default/files/136-AFFECTS-OF-K-COPENHAGUE.pdf> (consultado por última vez el 12 de abril de 2021), p. 10.

7 Para más información ver Andreas Gutmann / Viviana Morales Naranjo en este volumen.

Por último, también se refiere a la cuestión de la re- inclusión jurídica de los que una vez y siguen excluidos.⁸ Si bien la discusión legal en derecho ambiental ha girado durante mucho tiempo en torno a la “protección” de ciertas entidades naturales, ecosistemas o animales, el debate sobre un re-posicionamiento fundamental de la naturaleza en la ley ha ganado impulso en los últimos años, con más y más voces discutiendo y exigiendo derechos específicos para la naturaleza misma.⁹ Sin embargo, antes de examinar más de cerca este espectro que persigue a los juristas ambientales europeos, cabe señalar que los “derechos de la naturaleza” se entienden como un concepto jurídico que debería permitir que los intereses de la naturaleza se incorporen efectivamente a la ley.¹⁰ Si bien esta idea puede parecer nueva para los sistemas legales occidentales, también ha sido promovida por académicos legales occidentales, como Christopher D. Stone.¹¹ Cuando hablamos de “naturaleza” en este texto, no la entendemos como una reunión de entidades no humanas separadas de la “cultura” humana, sino como un término colectivo, que incluye todos los ecosistemas, así como sus componentes humanos y no humanos.¹²

Si bien algunos intentos de reconocer los derechos de la naturaleza, como la pregunta vanguardista de Stone, si los árboles deberían tener legitimación o la demanda en nombre de las focas del Mar del Norte (“Robbenklage”)

8 Andreas Fischer-Lescano, *Natur als Rechtsperson. Konstellationen der Stellvertretung im Recht*, ZUR 29 (2018), p. 208.

9 Para más referencia, véase María José Narváez Álvarez en este volumen.

10 Para una visión general del concepto, la historia y las implementaciones recientes de los derechos de la naturaleza: Laura Schimmöller, *Paving the Way for Rights of Nature in Germany*, *Transnational Environmental Law* 9 (2020), p. 586 ss.

11 Christopher Stone, *Should Trees have a Standing, Toward Legal Rights for Natural Objects*, *Southern California Law Review* 45 (1972), pp. 450-501.

12 Para superar la dicotomía antropocéntrica naturaleza/cultura, Bruno Latour sugiere deshacerse del término “naturaleza” en absoluto y en su lugar imaginar a los actores humanos y no humanos por igual como miembros de ecosistemas colectivos. Bruno Latour, *Das Parla- ment der Dinge*, Fráncfort del Meno 2010, págs. 41 y ss., 84; Bernd Herrmann, *Das menschliche Ökosystem*, Wiesbaden 2019, p. 34 ss.

por parte de organizaciones ambientales alemanas en la década de 1980¹³, ya habían fracasado prominentemente en los tribunales, los derechos de la naturaleza ganaron una legitimidad sin precedentes a través de la reciente inclusión en las constituciones estatales, por ejemplo, en Ecuador, y reconocimiento por tribunales en India y Nueva Zelanda. La implementación de derechos específicos de la naturaleza en la constitución de Ecuador de 2008 fue vista como un enfoque de vanguardia para nuevas formas de acción legal contra la destrucción y responsabilidad ambiental y, como tal, es adecuada para sacudir la base de los sistemas legales antropocéntricos “occidentales” hasta su núcleo. Desde entonces, las ONG ambientales, abogados y expertos legales de todo el mundo están observando cuidadosamente lo que la Corte Constitucional de Ecuador decidirá sobre el alcance y los límites de los derechos de la naturaleza¹⁴ y cómo los resultados de estas demandas podrían adaptarse a otros sistemas legales.¹⁵

Sin embargo, también hay voces disidentes en la teoría legal, especialmente entre los académicos constitucionales conservadores, algunos dudando de las ventajas de los derechos específicos de la naturaleza,¹⁶ algunos reclamando que los derechos de la naturaleza son incompatibles con los sistemas judiciales antropocéntricos¹⁷ centrados en la dignidad humana.¹⁸

13 Para más información, véase Gutmann / Morales Naranjo en este volumen.

14 María Valeria Berros, *Defending Rivers: Vilcabamba in the South of Ecuador*, RCC Perspectives 6 (2017), pp. 37, 39 seq.

15 Shannon Nelson, *The Dulcepamba River gets its day in court*, <https://www.great-lakeslaw.org/blog/2019/06/the-dulcepamba-river-gets-its-day-in-court-rights-of-nature-and-constitutional-law-in-ecuador.html> (consultado por última vez el 12 de abril de 2021).

16 Por ejemplo, con respecto a los problemas de seguimiento de posibles “deberes” correspondientes y agencia de la naturaleza: Goutham Shivshankar, *The Personhood of Nature*, <https://lawandotherthings.com/2017/04/the-personhood-of-nature> (consultado por última vez el 12 de abril de 2021).

17 Rupert Scholz por ejemplo, trata de justificar una supuesta “visión antropocéntrica general” de la ley fundamental alemana, porque “al hombre se le confía la creación, la creación le sirve y también es responsable de la preservación de los recursos de la creación”, en: Theodor Maunz / Günter Dürig (eds.), *Grundgesetz-Kommentar*, Múnich 2020, art. 20a GG, par. 40.

18 Por ejemplo, en relación con el sistema jurídico alemán y el artículo 20a del GG:

Para revelar las posibilidades de derechos de la naturaleza similares al enfoque ecuatoriano en un sistema legal “occidental”, parece fructífero vislumbrar un caso reciente de derechos de la naturaleza ante los tribunales ecuatorianos en otro sistema legal. Realizar este ejercicio es útil para apreciar los cambios que los sistemas legales antropocéntricos pueden tener que sufrir para garantizar una protección legal efectiva y el reconocimiento de la destrucción de ecosistemas y entidades naturales.

1. El caso San Pablo de Amali vs. Hidrotambo S.A.

En 2002, la empresa ecuatoriana de investigación energética, Corporation for Energy Research (CIE), junto con inversionistas canadienses, ecuatorianos y españoles, fundó Hidrotambo S.A. El propósito de esta corporación era construir una central hidroeléctrica para generar energía limpia para la red ecuatoriana y vender créditos de contaminación al mercado europeo de carbono. En 2003, Hidrotambo S.A. solicitó una licencia para aprovechar el río Dulcepamba en la provincia central ecuatoriana de Bolívar para la generación de energía¹⁹ y la autoridad nacional del agua (ahora llamada SEGNAGUA) dio su permiso.

En 2005, Hidrotambo S.A. comenzó con la construcción de la represa sin consultar a las comunidades, que se identifican como indígenas, un proceso requerido por el derecho ecuatoriano e internacional. Las comunidades que viven a lo largo del río Dulcepamba se opusieron vehementemente contra el proyecto hidroeléctrico, porque temían que el desvío del curso del río pudiera provocar inundaciones. Una de estas comunidades preocupadas fue la pequeña aldea de San Pablo de Amalí, que se vio especialmente afectada porque Hidrotambo S.A. había decidido que el río Dulcepamba debía desviarse 200 metros más cerca de su aldea.

Klaus Ferdinand Gärditz, en: Landmann/Rohmer (eds.), *Umweltrecht*, Munich 2020, Art. 20a GG, Par. 23.

¹⁹ Rachel Conrad, *How ‘Green’ Water Concessions Are Failing Ecuador*, *NACLA Report on the Americas* 47 (4) (2014), p. 65.

En 2015, las preocupaciones del aldeano se hicieron realidad. Una inundación invernal - hasta entonces un fenómeno meteorológico bastante normal y recurrente en la región²⁰ según organizaciones locales de derechos humanos y científicos de la Universidad de California, Davis²¹ - causó inundaciones devastadoras, que destruyeron varias casas y mataron a tres personas. Desde entonces, la comunidad de San Pablo Amalí se encuentra en una disputa legal permanente con Hidrotambo S.A.

Si bien la compañía afirmó que la inundación fue el resultado de una catástrofe natural extraordinaria que no estaba vinculada ni causada por la represa, la comunidad argumentó que la destrucción causada por la inundación solo podía atribuirse directamente a la alteración de la corriente del río. Esta afirmación fue respaldada por el análisis hidrológico de la Universidad de California, Davis. El objetivo de la demanda de la comunidad es hacer cumplir los derechos humanos de las personas afectadas por el desastre, pero también demandar en nombre de la naturaleza contra las consecuencias negativas del proyecto. La comunidad de San Pablo Amalí llevó dos casos ante las autoridades o tribunales ecuatorianos:

La primera se refería a la licencia de uso de agua de Hidrotambo S.A. La comunidad exigió un nuevo procedimiento de autorización porque la licencia actual conduciría a una destrucción total del río. Debido al uso masivo de agua de Hidrotambo S.A., varias solicitudes para el uso del agua por parte de las comunidades río arriba no tuvieron éxito o quedaron sin respuesta por parte de SENAGUA. Además, es necesario un nuevo procedimiento de autorización porque hubo irregularidades en el proceso, incluida la falta de base de la licencia en estudios empíricos. Un estudio del Centro de Ciencias de Cuencas de UC Davis destacó “que el derecho de agua asignado a

20 INREDH, Cronología: Caso San Pablo de Amalí, <https://www.inredh.org/index.php/noticias-inredh/actualidad/1317-cronologia-caso-san-pablo-de-amali> (consultado por última vez el 12 de abril de 2021).

21 Jeanette Newmiller, Wesley Walker, William Fleenor, Nicholas Pinter, Dulcepamba River Hydrologic and Hydraulic Analysis, p. 38 f., https://watershed.ucdavis.edu/files/Dulcepamba_Final.pdf (consultado por última vez el 12 de abril de 2021).

Hidrotambo excedió el flujo real del río el 83% del tiempo en los últimos diez años”.²² Una impugnación administrativa por parte de la comunidad aún está en curso.

En enero de 2019, Harold Burbano, defensor del pueblo junto con la Comisión Ecuménica de Derechos (CEDHU), llevó un segundo caso a los tribunales. Con una “acción protectora”, acusaron a varias agencias públicas de violar derechos constitucionales tanto de las personas que viven en la comunidad de San Pablo de Amalí como de derechos de la naturaleza. En particular, criticaron la forma negligente en que se llevó a cabo el proyecto hidroeléctrico, desde la planificación hasta la regulación de la operación. Esto incluyó la falta de estudios, que podrían haber señalado que el desplazamiento del Dulcepamba más cerca de la comunidad de San Pablo de Amalí provocaría inundaciones, debido a la incapacidad del río para evacuar sedimentos y escombros. Todo esto resultó en el desastre de 2015, así lo argumentaron el defensor del pueblo y el CEDHU. La inundación causada por la represa fue la razón de la violación de los derechos humanos de las personas que viven en la comunidad de San Pablo de Amalí. Además, el artículo 71 de la Constitución ecuatoriana garantiza la existencia continua de ecosistemas y en el caso de Dulcepamba, Hidrotambo S.A. violó este derecho al cambiar el curso del río.

Por otro lado, Hidrotambo S.A. afirmó que la inundación fue sólo un evento natural sin relación con la construcción de la represa. Esta afirmación fue probada errónea por el Centro de Ciencias de Cuencas Hidrográficas de UC Davis. En febrero de 2019, un tribunal inferior de Chillanes, Ecuador, aceptó la presentación del acusado y dictaminó que no había un vínculo causal entre la inundación y los actos de Hidrotambo S.A. y las agencias públicas, por lo tanto, no se violó ningún derecho constitucional. La apelación tampoco tuvo éxito. La Corte Provincial de Bolívar sustentó su razonamiento en un argumento administrativo agotador. De hecho, el tribunal señaló que las agencias públicas sí solicitaron a Hidrotambo S.A.

22 Shannon Nelson, The Dulcepamba River gets its day in court, <https://www.great-lakeslaw.org/blog/2019/06/the-dulcepamba-river-gets-its-day-in-court-rights-of-nature-and-constitutional-law-in-ecuador.html> (consultado por última vez el 12 de abril de 2021).

que tomara medidas de seguridad y aunque Hidrotambo S.A. no siguió esta orden, el tribunal decidió que la acción de protección no es constructiva para obligar a la agencia pública a tomar medidas.

El 25 de abril de 2019, como una especie de último recurso, Harold Burbano, el defensor del pueblo, y la CEDHU presentaron una “acción extraordinaria de protección” contra la sentencia de la Corte Provincial de Bolívar ante el Tribunal Constitucional. El Tribunal aceptó la demanda, en un movimiento significativo para la jurisprudencia de los derechos de la naturaleza. El tribunal era libre de rechazar la demanda debido a la amplia área de discreción. La aceptación de la presentación es ampliamente vista como una señal de la voluntad del tribunal de desarrollar finalmente derechos sustantivos, relativos a los derechos de la naturaleza, a nivel constitucional. El tribunal declaró que abordará las normas y límites con respecto a la explotación de recursos renovables y no renovables. En este contexto, también evaluará el comportamiento de las empresas y el impacto que tienen en la naturaleza y las comunidades locales. La decisión de la Corte Constitucional en el caso del río Dulcepamba puede establecer el marco y las normas para futuros casos relacionados con los derechos de la naturaleza.

2. Medios legales contra la destrucción del medio ambiente en el sistema jurídico alemán

El caso de la comunidad de San Pablo de Amali contra el Estado ecuatoriano e Hidrotambo S.A. que gira en torno a la alteración del lecho y caudal natural del río Dulcepamba sigue siendo uno de los pocos casos en los que la escala y las posibilidades de los derechos de la naturaleza en la Constitución ecuatoriana están siendo probados en los tribunales²³ desde su implementación en el Art. 71 seq. en 2008, sin embargo, no es más que uno de los últimos desa-

23 Para otros casos presentados ante el tribunal, véase: Mari Margil, Recent Developments in Ecuador: Rights of Nature, Common Dreams, 17 de julio de 2020, <https://www.commondreams.org/views/2020/07/17/recent-developments-ecuador-rights-nature> (consultado por última vez el 12 de abril de 2021).

rollos en un debate en curso sobre el “derecho ambiental” y la lucha global por la preservación natural y ecológica. El caso como tal recuerda mucho a la primera vez que un tribunal ecuatoriano aplicó los derechos de la naturaleza bajo la nueva constitución, que se refería a la alteración del curso de otro río, el río Vilcabamba, ubicado en la provincia más meridional de Ecuador, Loja.

El curso del río también fue alterado, después de que los escombros de un lado cercano de la construcción de la carretera fueron arrojados en su lecho.²⁴ La Corte Provincial de Loja en su fallo del 30 de marzo de 2011 confirmó una demanda de dos residentes, que reclamaba una violación de los derechos de la naturaleza en nombre del río, afirmando que los demandantes tienen legitimación sin tener que reclamar una violación de sus propios derechos y obligaron a las autoridades a restaurar el curso natural de los ríos.²⁵ Estos casos muestran el impacto que los derechos de la naturaleza pueden tener en las posibilidades de litigio, ya que en ambos casos las demandas fueron aceptadas sin demanda de violaciones individuales de los derechos humanos, lo que en los sistemas legales antropocéntricos, como trataremos de mostrar, a menudo sigue siendo un cuello de botella importante para la persecución legal exitosa de los daños ambientales, incluso si están prohibidos y sancionados por el derecho ambiental “objetivo”.

Imagínese por un momento que una inundación similar ocurriera en Alemania. ¿Cuáles serían las posibilidades de litigio contra la destrucción y degradación ambiental similar a la del río Dulcepamba por parte de Hidrotambo S.A.? Antes de abordar esta cuestión, debemos dar un paso atrás y esbozar el estado actual del sistema legal alemán, que, en esencia, es un sistema liberal de derechos subjetivos.

24 Ver Natalia Greene, *The first successful case of Rights of Nature implementation in Ecuador*, <https://therightsofnature.org/first-ron-case-ecuador/> (consultado por última vez el 12 de abril de 2021).

25 Corte Provincial de Loja, sentencia de 30 de marzo de 2011, versión original en español: https://elaw.org/system/files/ec.wheeler.loja_.pdf (consultado por última vez el 12 de abril de 2021); Para una revisión en inglés, consulte: Sofía Suárez, *Defending Nature*, Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental/Friedrich Ebert Stiftung, <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/quito/10386.pdf> (consultado por última vez el 12 de abril de 2021).

En primer lugar, con respecto a los enfoques de los litigios, tenemos que discernir quién ha actuado realmente en el contexto de la conducta perjudicial para el medio ambiente en cuestión, en particular si se trata de una conducta de actores privados o agencias estatales. Para las acciones contra actores estatales, los demandantes esencialmente –con algunas excepciones– tienen que buscar principalmente un recurso ante los tribunales administrativos, que de acuerdo con el § 40 I del Código de procedimiento judicial administrativo (*Verwaltungsgerichtsordnung, VwGO*) en principio tienen jurisdicción en todas las disputas que se resuelven en torno a asuntos de derecho público no constitucional.²⁶ Si se han agotado esos recursos legales, los demandantes individuales pueden, como una especie de “último recurso”, recurrir al Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht, BVerfG*) con un recurso constitucional alegando la violación de sus derechos constitucionales. Si los demandantes, por otro lado, impugnan la conducta de las empresas privadas o el Estado ha actuado a través de formas organizativas privadas, tienen que recurrir a la jurisdicción civil.²⁷

En segundo lugar, debe aclararse lo que los demandantes buscan lograr a través del litigio. Dependiendo del objetivo de la demanda, se pueden considerar diferentes tipos de litigios y se deben cumplir diferentes requisitos.²⁸

26 Ekkehart Reimer, en: Posser/Wolff (eds.), *Beck'scher Online-Kommentar VwGO* (2021), § 40 VwGO, Par. 39 ss.

27 Otro aspecto, que no examinaremos en este texto, es La posibilidad de acciones punitivas del Estado contra individuos, cuyas acciones caen bajo el derecho penal alemán, como la contaminación del agua según § 324 del código penal alemán (*Strafgesetzbuch*). Sin embargo, la facultad de presentar cargos incumbe, en principio, únicamente a la oficina del perseguidor público, artículo 170 del Código de Procedimiento Penal (*Strafprozessordnung, StPO*). Aunque el artículo 395 del StPO prevé la posibilidad de que las víctimas o miembros de víctimas de determinados delitos comparezcan como demandantes cómplices en los procedimientos penales, los delitos contra el medio ambiente no se incluyen actualmente en esta categoría. Por lo tanto, las asociaciones ecologistas o incluso los representantes no tienen derecho a iniciar una acción accesoría.

28 Los Servicios Científicos del Parlamento alemán describieron las posibilidades legales de las llamadas “demandas climáticas” en un documento publicado en 2016. Esto demuestra la conciencia de un posible aumento de tales demandas, como resultado del cambio

3. Reclamaciones contra el Estado

En el siguiente apartado se considerarán los diferentes tipos de acciones legales contra el Estado.

3.1. Administrar la acción judicial

Las opciones para demandar al Estado dependen principalmente de lo que los demandantes buscan específicamente. § 88 VwGO establece que los tribunales administrativos, aunque no están obligados por la redacción de la demanda, no pueden ir más allá de la reparación específica solicitada por los demandantes. Esto es relevante, porque diferentes tipos de acción administrativa requieren diferentes condiciones para ser admisibles, y mucho menos justificadas. En resumen, la determinación del tipo correcto de acción en un caso de destrucción ambiental depende de si el Estado tomó medidas o no tomó medidas en el caso específico y de cómo.

En primer lugar, es posible impugnar una determinada acción estatal ante los tribunales, si el Estado ha actuado mediante actos administrativos (recurso de anulación, “Anfechtungsklage”, § 42 I Alt 1, VwGO).²⁹ En materia de derecho ambiental, esto se aplica en particular a las impugnaciones por terceros de aprobaciones oficiales, por ejemplo, permisos de construcción o concesión de licencias específicas.³⁰ Este enfoque sería particularmente relevante para los casos similares al primer caso contra las reclamaciones de Hidrotambo S.A. relativas al otorgamiento de la licencia de agua a la empresa. En el sistema jurídico administrativo alemán, sin entrar demasiado en

climático y la modificación artificial de los lechos de los ríos, Deutscher Bundestag – Wissenschaftliche Dienste, 3 de agosto de 2016, Rechtliche Grundlagen und Möglichkeiten für Klima-Klagen gegen Staat und Unternehmen in Deutschland, <https://www.bundestag.de/resource/blob/459048/3bbbd712bc3d33d7cbb851f032b3e01/wd-7-116-16-pdf-data.pdf> (consultado por última vez el 12 de abril de 2021).

29 Thomas Schmidt-Kötters, en: Herbert Posser / Heinrich Amadeus Wolff (eds.), BeckOK VwGO (2021), § 42 VwGO, párr. 10 f.

30 Ver también: Peter-Christoph Storm, *Umweltrecht*, Berlín 2015, párrs. 427 ss., 522.

detalles, la concesión de una licencia para una central hidroeléctrica sería un acto administrativo de conformidad con el § 35 VwGO, que principalmente tendría que ser impugnado ante los tribunales con una acción (de terceros) de anulación de conformidad con el § 42 I Alt. 1 VwGO.

La “otra cara” de un recurso de anulación consiste en obligar al Estado a actuar de cierta manera, es decir, a exigir un determinado acto administrativo con un recurso de obligación (“*Verpflichtungsklage*”, § 42 I Alt. 2 VwGO), por ejemplo, una intervención oficial contra determinados proyectos de construcción. Aplicando esto a nuestro caso, tal enfoque sería posible, con el fin de inducir al Estado a intervenir bajo la ley regulatoria contra Hidrotambo S.A., si la represa representara un peligro concreto para los intereses legales de terceros. Si la acción solicitada no está dirigida a la emisión de un acto administrativo, que siempre se define por un “contenido reglamentario” específico, sino solo a la emisión de un llamado “acto real” del Estado, se puede considerar una “acción general para el cumplimiento” (“*Allgemeine Leistungsklage*”, mencionada en §§ 43 II, 111, 113 IV VwGO).³¹ Además, puede ser posible reclamar medidas cautelares contra agentes estatales para prevenir actos en el futuro, como la construcción ulterior.

Todos estos tipos de acciones difieren ligeramente en cuanto a los requisitos individuales de admisibilidad. Lo que tienen en común, sin embargo, es el requisito de “legitimación” (“*Klagebefugnis*”) que caracteriza a la jurisdicción administrativa alemana en general. Según esto, las acciones ante los tribunales administrativos sólo son admisibles si el demandante alega que sus derechos han sido violados por el acto administrativo o por su rechazo u omisión (§ 42 II VwGO). Por lo tanto, los demandantes solo tienen derecho a demandar si pueden reclamar de manera creíble una violación de sus *derechos subjetivos*. Como tal, el § 42 II VwGO es una expresión del sistema

31 Este enfoque puede considerarse si los demandantes, por ejemplo, desean lograr el desmantelamiento de ciertas medidas de construcción a través de un “acto real” por parte de las autoridades estatales, por ejemplo, la revisión de las obras de construcción fluvial, por ejemplo, véase: Tribunal Administrativo (VG) Frankfurt (Oder), Sentencia de 27 de febrero de 2015, número de expediente: – 5 K 1240/10 –, párr. 78, 81.

jurídico alemán fundamentalmente basado en temas de derechos individuales y actúa como el principal cuello de botella en el derecho administrativo alemán con respecto a los procedimientos ambientales, ya que se hace una distinción entre los derechos subjetivos que protegen al individuo y los derechos “objetivos” que protegen al público en general.³² Para que las personas o entidades tengan legitimación, se presupone que pueden ser titulares de derechos, es decir, que son sujetos jurídicos.³³

En el derecho alemán, los sujetos jurídicos pueden ser tanto las llamadas “personas físicas”, es decir, los seres humanos, como, en determinadas circunstancias, las “personas jurídicas”, como las sociedades comerciales (que, según el art. 19 III GG, también pueden invocar derechos fundamentales, en la medida en que les sean “por su naturaleza” aplicables), pero también entidades estatales como los municipios.

En general, el requisito de legitimación excluye las acciones generales de terceros en relación con las violaciones ambientales alegadas si los demandantes no afirman al mismo tiempo la violación de los derechos subjetivos, en particular de la propiedad³⁴, o de los derechos humanos individuales, como la vida o la integridad física.³⁵ Si las medidas administrativas no abordan directamente a los particulares, por lo general sólo tienen derecho a interponer una acción ante los tribunales administrativos si pueden hacer valer la posibilidad de infracción de una norma denominada “protección de terceros”. Estas normas incluyen, por ejemplo, normas en las leyes de construcción que están específicamente destinadas a proteger a los vecinos (y en estos casos solo justifican la posición de los vecinos), pero explícitamente no

32 Para una visión general del contexto del derecho administrativo alemán en lengua inglesa, véase: Florian Becker, *The Development of German Administrative Law*, *George Mason Law Review* 24 (2017), p. 466 ss.

33 Ver también: Schimmöller, nota 10, p. 586 ss.

34 Por ejemplo, BVerwG, sentencia de 21 de septiembre de 1984, número de expediente: -4 C 51/80-, apartado 12.

35 Schimmöller, nota 9, p. 586 ss.

las normas que sirven para proteger al “público en general”³⁶ o, por ejemplo, la “naturaleza” en general.³⁷

Durante mucho tiempo, este sistema de protección legal individual ha sido criticado por abogados y activistas ambientales, porque requiere una clase limitada de demandantes, que estén dispuestos y sean capaces de reclamar una violación de sus derechos individuales para que el litigio ambiental sea efectivo. Pero, en vista de la notoriamente larga duración de los procedimientos judiciales administrativos, las perspectivas inciertas de éxito y las posibles consecuencias de costos en caso de una demanda rechazada³⁸, los obstáculos para los demandantes individuales son mucho más altos que para las organizaciones ambientales, que se han dedicado específicamente a la lucha contra la destrucción del medio ambiente. Los intentos individuales de transferir específicamente la propiedad de ciertas áreas de tierra, que estaban amenazadas por la minería de carbón a cielo abierto, a organizaciones de conservación de la naturaleza fueron considerados “abusivos de la ley” por el Tribunal Administrativo Federal, con la consecuencia de que incluso esa propiedad amenazada de estos llamados “Sperrgrundstücke” no podía justificar la posición de las organizaciones.³⁹

Esta dificultad en los litigios ambientales se ha reducido gradualmente, a partir de la década de 1990. Influenciados por el segundo movimiento ecologista, así como por los nuevos márgenes diplomáticos que se abrieron

36 Por ejemplo: BVerwG, sentencia de 19 de septiembre de 1986, número de expediente: -4 C 8/84-, párr. 11 ss.

37 Por ejemplo, Tribunal Superior Administrativo (Oberverwaltungsgericht, OVG) del Estado de Schleswig-Holstein, sentencia de 28 de noviembre de 2019, número de expediente: -5 LB 3/19-, párrs. 50 ss., OVG Nordrhein-Westfalen, sentencia de 4 de julio de 2018, número de expediente: -8 A 47/17-, apartados 50 y siguientes.

38 Con arreglo al artículo 154, apartado 1, de la VwGO, la parte subyacente debe asumir principalmente las costas procesales, véase también: Susanne Olbertz, en: Friedrich Schoch / Jens-Peter Schneider (eds.), *Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO*, Múnich 2020, § 154, apartados 3,4.

39 BVerwG, sentencia de 27 de octubre de 2000, número de expediente: - 4 A 10/99 -, BVerwGE 112, 135-139.

después de la Guerra Fría, los Estados de todo el mundo acordaron mejorar las posibilidades de litigio y protección ambiental, algunos de los cuales condujeron a innovaciones bastante “innovadoras” en el campo del derecho ambiental, pero la comprensión fundamental de la posición relacionada con la personalidad jurídica como tal no ha cambiado.

Uno de los factores impulsores más fuertes fue la firma de la Convención de Aarhus en 1998, en la que los Estados contratantes se comprometieron ampliamente a facilitar el acceso público a la información, así como el control administrativo y judicial en asuntos ambientales, y a través del art. 9 del CA incluso definió requisitos específicos para facilitar el acceso a la justicia. En aplicación de varias directivas de la UE⁴⁰ emitidas a este respecto mientras tanto, el § 64 de la Ley Federal de Conservación de la Naturaleza (Bundesnaturschutzgesetz, BNatSchG) entró inicialmente en vigor a nivel de la ley federal alemana en 2002 (entonces § 61)⁴¹, que permite a las “asociaciones reconocidas de conservación de la naturaleza” presentar recursos de conformidad con el Código del Tribunal Administrativo contra decisiones específicas enumeradas en el § 63 BNatSchG sin que se infrinjan sus propios derechos individuales.⁴²

Este círculo de “personas jurídicas” con derecho a llevar determinadas acciones medioambientales ante los tribunales se amplió en 2006, cuando entró en vigor la “Ley de Recursos Ambientales” (Umweltrechtsbehelfsgesetz, UmwRG) para aplicar una directiva⁴³ correspondiente de la Comunidad Europea en respuesta al artículo 9 II AK⁴⁴.

40 Bundesgesetzblatt, Parte I 2002, N° 22, 03.04.2002, p. 1193, [https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&start=//*/\[@attr_id=%27bgbl102s1193.pdf%27\]#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl102s1193.pdf%27%5D__1615545086466](https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&start=//*/[@attr_id=%27bgbl102s1193.pdf%27]#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl102s1193.pdf%27%5D__1615545086466) (consultado por última vez el 12 de abril de 2021).

41 Martin Gellermann, nota 18, § 64 BNatSchG, párr. 1.

42 Ibid., párr. 4; Storm, nota 30, párr. 436.

43 Directiva 2003/35/CE (“Directiva sobre participación del público”), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32003L0035> (consultado por última vez el 12 de abril de 2021).

44 Thomas Bunge, Die Verbandsklage im Umweltrecht, JuS 60 (2020), p. 741.

En 2017, la ley se reformó⁴⁵ una vez más y se amplió el círculo de asociaciones autorizadas para presentar demandas y las materias privilegiadas, principalmente para cumplir con el art. 9 III del AK.⁴⁶ Desde entonces, de acuerdo con el § 2 I UmwRG, las “asociaciones reconocidas” sin verse afectadas concretamente en sus propios derechos subjetivos también pueden presentar recursos legales de acuerdo con la VwGO contra ciertas decisiones administrativas mencionadas en el § 1 UmwRG, por ejemplo, decisiones de admisión, que requieren una evaluación de impacto ambiental de acuerdo con § 1 I No. 1 UmwRG. Estas asociaciones tienen legitimación, si pueden alegar acumulativamente que la decisión de aprobación viola las disposiciones legales pertinentes a la decisión y que la decisión viola su mandato legal de promover los objetivos de protección del medio ambiente. Además, la asociación reclamante debe haber tenido derecho a participar en el procedimiento administrativo.⁴⁷

Sin embargo, la legitimación no es el único obstáculo para la protección jurídica efectiva en materia de medio ambiente ante los tribunales administrativos. Incluso si los derechos individuales pueden verse afectados, dependiendo de su objetivo específico de acción, los demandantes aún deben poder probar los hechos de su reclamo. Para demandar por adelantado los posibles peligros que esto significa, tienen que demostrar que efectivamente hay indicios fácticos de un peligro de antemano.

Si el daño ya se ha hecho, como en el caso Hidrotambo, los demandantes tendrán que probar que una determinada acción u omisión administrativa fue causal del daño. Aunque los requisitos procesales para la fundamentación a este respecto no son tan estrictos como en los procedimientos civiles

45 Bundesgesetzblatt Parte I 2017, No. 32, 1 de junio de 2017, p. 1298, https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl117032.pdf#_bgbl_%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl117032.pdf%27%5D__1615546851359 (consultado por última vez el 12 de abril de 2021).

46 Bunge Nota 43, pág. 742; véase también el memorando explicativo del proyecto de ley del Gobierno federal, Bundestag impreso N° 18/9526, pág. 32 y ss. <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/095/1809526.pdf> (consultado por última vez el 12 de abril de 2021).

47 Bunge Nota 43, p. 743.

debido al principio de investigación oficial según el § 86 VwGO, los demandantes aún deben asumir generalmente las consecuencias en caso de inviabilidad de un determinado hecho relevante (*situación de no licor*).⁴⁸ Esto es diferente a lo que ocurre en Ecuador, donde el caso de Vilcabamba decidido por la Corte Provincial de Loja invirtió la carga de la prueba, aclarando que, con respecto al derecho ambiental, la carga recae en el acusado para refutar las violaciones de los derechos constitucionales de la naturaleza.⁴⁹

Aunque hay algunas características especiales en el derecho ambiental alemán en comparación con el derecho administrativo general, como el principio de precaución, que a nivel constitucional se implementa en el artículo 20a GG, están estructuradas de manera inconsistente en una ley simple y no son comparables al enfoque constitucional integral ecuatoriano.

En resumen, con respecto a nuestro caso, esto significa que los habitantes de un municipio alemán que temen los impactos ambientales peligrosos de ciertas medidas de construcción, incluso si se violan las normas legales “objetivas”, solo pueden defenderse en los tribunales contra proyectos de construcción si también pueden reclamar que sus derechos subjetivos, por ejemplo, su propiedad, se ven afectados, o si las normas de protección que los protegen específicamente podrían ser violadas. De lo contrario, la única opción sería recurrir a asociaciones medioambientales o de conservación de la naturaleza reconocidas.

48 En lugar de todos: Günter Breunig, en: Herbert Posser / Heinrich Amadeus Wolff (eds.), BeckOK VwGO (2021), § 86 VwGO, párr. 35; también Tribunal Administrativo de Apelación de Múnich (VGH München), Resolución de 25 de mayo de 2018, número de expediente: – 13a ZB 16.192, párr. 8.

49 Suárez, nota 25, p. 8; Corte Provincial de Loja, sentencia de 30 de marzo de 2011, https://elaw.org/system/files/ec.wheeler.loja_.pdf, p. 2 (consultado por última vez el 12 de abril de 2021); Además ver Gutmann / Morales Naranjo, en este volumen.

3.2. Recurso ante el Tribunal Constitucional

En el caso Hidrotambo S.A., los demandantes invocaron derechos de la naturaleza consagrados en el art. 71 ss. de la Constitución ecuatoriana. En consecuencia, se plantea la cuestión de si esto también sería posible en Alemania. Como “guardián de la constitución”, el Tribunal Constitucional Federal alemán solo supervisa el cumplimiento del GG (y últimamente bajo ciertas circunstancias con la Carta de los derechos básicos de la Unión).⁵⁰ Artículo 1 I GG otorga a los seres humanos una subjetividad jurídica irrestricta e irrenunciable.⁵¹ Sin embargo, el artículo 19 III GG rompe este supuesto básico al conceder también derechos fundamentales a las personas jurídicas si los derechos fundamentales les son aplicables por su propia naturaleza. Por lo tanto, la pregunta es si la naturaleza misma podría tener una posición como la que tiene en Ecuador, donde todos los ciudadanos ecuatorianos tienen derecho a hacer valer los derechos de la naturaleza (Art. 71 Constitución ecuatoriana). Para que una acción tenga éxito ante el Tribunal Constitucional Federal, deben cumplirse tanto los requisitos formales como los sustantivos.

3.1.1. Legitimación ante el Tribunal Constitucional Federal alemán

Para la dogmática alemana de los derechos básicos, la idea de los derechos subjetivos de la naturaleza es una novedad. Aunque la discusión sobre la cuestión de si el art. 20a GG –que incluye el objetivo estatal de protección de los fundamentos naturales de la vida y los animales– otorga derechos subjetivos a la naturaleza todavía está en curso,⁵² la opinión predominante

50 BVerfG, Resolución del Segundo Senado, 1 de diciembre de 2020, número de expediente. - 2 BvR 1845/18 -.

51 Jens Kersten, Die Rechte der Natur und die Verfassungsfrage des Anthropozän, en: Jens Soentgen / Ulrich M. Gassner / Julia von Hayek et al. (eds), Umwelt und Gesundheit, Baden-Baden 2020, p. 109.

52 Para propuestas innovadoras, véase, Fischer-Lescano, nota 7, pág. 213; Malte-Chris-

es que no hay derechos subjetivos indiscutibles otorgados a la naturaleza por la Ley Fundamental.⁵³ Esto da lugar al problema consecuente de que en este momento la naturaleza no puede invocar derechos básicos y que los requisitos sustantivos no pueden cumplirse.

Aparte de esto, hay obstáculos que deben superarse a nivel procesal-legal. Suponiendo que los derechos naturales puedan hacerse valer directamente ante el Tribunal Constitucional Federal, el tipo de acción relevante parece ser el recurso constitucional individual de conformidad con el art. 93 I no. 4a del GG, §§ 13 no. 8a, 90 et seq. de la Ley del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGG). Para que el recurso constitucional individual sea admisible, también deben cumplirse los requisitos formales. Dado que el tipo de acción está destinado principalmente a dar a los individuos humanos la oportunidad de iniciar una acción,⁵⁴ los requisitos también se adaptan al sujeto humano. En consecuencia, al examinar si la propia naturaleza puede interponer un recurso ante el Tribunal Constitucional Federal, dos criterios de admisibilidad, en particular, parecen obstaculizar esta idea.

El primer criterio es la capacidad para participar en el procedimiento (Beteiligtenfähigkeit) de conformidad con el artículo 90 I BVerfGG, que tiene similitudes con el requisito de “legitimación” en el contexto de los procedimientos judiciales de derecho administrativo. De conformidad con el artículo 90 I BVerfGG “Toda persona que alegue una violación de uno de sus derechos fundamentales o de uno de sus derechos en virtud del artículo

tian Gruber, *Rechtsschutz für nichtmenschliches Leben*, Baden-Baden 2006.

53 BT-Drs. 12/6000, art. 67; Jens Kersten, *Natur als Rechtssubjekt*, APuZ 11 (2020), pág. 27; Gärditz, nota 15, art. 20a Rn. 23 y ss.; El BVerfG ha confirmado recientemente esta posición. Aunque consideraba que el artículo 20a GG era una norma legal “justiciable”, según el tribunal no transmite ningún “derecho subjetivo”, BVerfG, Sentencia del Primer Senado, 24 de marzo de 2021, números de expediente: – 1 BvR 2656/18 et al, párrafo 112; Comunicado de prensa en inglés disponible en: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2021/bvg21-031.html> (consultado por última vez el 14 de junio de 2021).

54 Cornelia Grünewald, en: Christian Walter / Benedikt Grünewald (eds.), BeckOK BVerfGG (2020), § 90 párr. 2.

20 IV, artículos 33, 38, 101, 103 y 104 del GG por parte de la autoridad pública puede presentar un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Federal”.

En este contexto, por “cualquier persona” se entiende las personas físicas y jurídicas a condición de que sean titulares de al menos uno de los derechos fundamentales mencionados.⁵⁵ El término “persona jurídica” se refiere al art. 19 III GG, que no es sinónimo del término utilizado por el derecho civil. Su significado es aún más extenso.⁵⁶ Esta amplia definición podría llevar a la posibilidad de que la naturaleza misma sea considerada como una persona jurídica en el sentido del art. 19 III GG. Sin embargo, la frontera constitucional se alcanza, cuando una persona jurídica no tiene capacidad jurídica (*Rechtsfähigkeit*), es decir, no es sujeto de derechos y obligaciones.⁵⁷ La naturaleza, según la opinión predominante,⁵⁸ no tiene ninguna, por lo que actualmente no se pueden cumplir los criterios de admisibilidad de la capacidad para participar en el proceso.

Como criterio adicional de admisibilidad, el requisito de la capacidad procesal también parece problemático. El BVerfGG tampoco contiene ninguna regulación al respecto, ni se puede invocar sin más las disposiciones de otros códigos procesales.⁵⁹ Además, en el marco de un recurso de inconstitucionalidad, se trata de determinar si el demandante es maduro y capaz de comprender los derechos fundamentales de que se trata.⁶⁰ Dado que la característica está obviamente orientada hacia las entidades humanas, no

55 Ibid., nota 53, § 90 Rn. 14.

56 Michael Sachs, en: Michael Sachs (ed.), *Grundgesetz*, Múnich 2018, Art. 19 Rn. 57 seq.

57 “ibid. n. 65; Christoph Enders, en: Volker Epping / Christian Hillgruber (eds.), *BeckOK GG* (2020), Art. 19 GG Rn. 35; Bárbara Remmert, en: Theodor Maunz / Günter Dürig (eds.), *Grundgesetz-Kommentar*, Munich 2020, Art. 19 GG Rn. 41.

58 Con opinión contraria, Fischer-Lescano, nota 7, p. 213; Gruber, nota 51.

59 BVerfGE 1, 87 (88 f.); 19, 93 (100); 28, 243 (254). Otro enfoque: Las disposiciones de la ZPO o de la VwGO sólo podían aplicarse en el respeto del proceso constitucional (Gerd Morgenthaler en: Volker Epping / Christian Hillgruber (eds.), *BeckOK GG* (2020), Art. 19 GG, Art. 93 GG n. 57).

60 BVerfGE, 28, 243 (254 y ss.).

parece posible sin algunas reformas reconocer la capacidad de la naturaleza para ser juzgada. Sin embargo, este no es un obstáculo insuperable, ya que las personas jurídicas también pueden estar representadas.

En resumen, este breve resumen de los requisitos formales y sustantivos de una acción ante el tribunal constitucional alemán muestra que quejas como la presentada en nombre de la naturaleza en el caso Hidrotambo S.A. enfrentarían serios problemas. Cómo y por qué podrían resolverse estos problemas se discutirá más adelante.

3.2.2. Legitimación indirecta a través de denunciantes humanos

Incluso si la naturaleza misma actualmente no tuviera legitimación ante el tribunal constitucional alemán, aún podría ser llevada indirectamente a los tribunales a través de los derechos básicos del pueblo. En el caso de Hidrotambo las inundaciones causaron la muerte de tres personas y la destrucción de varias viviendas. Esto, si ocurriera en Alemania, permitiría a las personas afectadas alegar que están afectadas en su derecho fundamental a la vida, el artículo 2 II GG y a la propiedad el artículo 14 I GG por el cambio en el curso del río. Los problemáticos requisitos formales de admisibilidad con respecto a la legitimación discutidos anteriormente no son problemáticos en el caso de acciones de seres humanos. Si una demanda de las personas afectadas en Alemania tendría éxito no se puede afirmar sin más preámbulos.

Esto también fue señalado por el BVerfG en su “decisión climática” del 24 de marzo de 2021. El BVerfG declaró incompatibles con la Constitución partes centrales de la Ley alemana de protección del clima (CPA), que se refería al camino de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero (§§ 3 (1), 4 (1) CPA en conjunción con el anexo 2). El camino de reducción habría llevado esencialmente a un agotamiento casi completo del presupuesto nacional de CO₂ para Alemania para el año 2030 y habría hecho un punto casi inmediato de las emisiones necesarias a partir de 2031,⁶¹

61 BVerfG, nota 53, párr. 192.

si Alemania no quería perder los objetivos climáticos de París en absoluto. Pero en una mirada más cercana, la intervención de la corte estuvo lejos de ser una “revolución”⁶² judicial o incluso “la decisión de mayor alcance jamás tomada por una corte suprema en todo el mundo sobre la protección del clima”.⁶³ Lo que hizo el tribunal, y en tiempos como estos, esto no se puede honrar lo suficiente, es recibir seriamente y adaptar legalmente el estado del conocimiento científico sobre el cambio climático, y actuar en consecuencia.

En una visión sobria, el BVerfG siguió su línea antropocéntrica de jurisprudencia. El tribunal examinó en primer lugar posibles violaciones del deber del Estado alemán de proteger los derechos a la vida (art. 2 II GG) y a la propiedad (art. 14 I GG) - y rechazó tales violaciones, básicamente sobre la base de que, además de evitar el cambio climático mediante la reducción de emisiones, para proteger estos derechos el Estado también podría, aunque no únicamente, pasar a las “medidas de adaptación”.⁶⁴

Por otro lado, el tribunal consideró las pequeñas reducciones de emisiones para 2030 como una invasión injustificable de “casi todas las libertades civiles” de las generaciones futuras en su “dimensión intertemporal”.⁶⁵ El BVerfG no consideró estas interferencias injustificables, porque las emisiones hasta 2030 eran per se incompatibles con los deberes de protección climática del estado contenidos en el art. 20a GG⁶⁶ y concretados por el § 1 CPA⁶⁷, sino más bien porque las generaciones futuras en el período poste-

62 Ulrich Die Befreiung der Freiheit, Zeit Online 30 abril 2021, <https://www.zeit.de/politik/deutschland/2021-04/karlsruhe-bundesverfassungsgericht-klimaschutz-urteil-grundgesetz-freiheit> (Consultado por última vez el 14. Junio 2021).

63 Ekardt, Revolution with Weaknesses, Verfassungsblog del 08. Mayo 2021, <https://verfassungsblog.de/climate-revolution-with-weaknesses/> (consultado por última vez el 14 de junio de 2021).

64 BVerfG, nota 53, párr. 164 ss.

65 Ibid., párr. 182 y ss.

66 Ibid., párr. 208 y ss.

67 El art. 2 (1) no. a PA obliga a la convención a mantener “el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de 2 ° C por encima de los niveles preindustriales y proseguir los esfuerzos para limitar el aumento de la temperatura a 1,5 ° C por encima de los niveles

rior a 2030, podrían por el art. 20a GG estar constitucionalmente obligadas a tolerar restricciones de gran alcance de sus derechos civiles: el “punto final” social. El Tribunal consideró que este equilibrio de cargas *entre generaciones* era desproporcionado.⁶⁸ Sin embargo, en la ley alemana hay más obstáculos para las personas humanas que intentan llevar a los tribunales una supuesta violación de sus derechos constitucionales.

A diferencia de Ecuador, el recurso constitucional individual es subsidiario de la protección legal de los derechos fundamentales por parte de los tribunales especializados.⁶⁹ Por lo tanto, el tribunal solo tomará medidas si se ha agotado el recurso legal y se ha respetado el principio de subsidiariedad.⁷⁰ El requisito del agotamiento de los recursos legales internos es otro obstáculo para la protección legal efectiva en asuntos ambientales, ya que, si bien la acción de protección constitucional en sí está exenta de costas legales, esto no se aplica a las instancias anteriores en los tribunales ordinarios o administrativos. Además, de manera similar a la decisión del tribunal inferior en Ecuador, se planteará la cuestión de si las acciones u omisiones de los organismos públicos fueron realmente causales de las violaciones de los derechos fundamentales. No se puede hacer una evaluación final aquí. Más bien, debe quedar claro que sólo en el caso de una violación simultánea de los derechos humanos fundamentales, en el presente caso la alteración grave del lecho del río podría hacerse valer ante el Tribunal Constitucional alemán.

3.2.3. Resultado provisional

La visión general de las posibilidades de llevar los derechos de la naturaleza ante el Tribunal Constitucional Federal alemán deja claro que las posibilidades son muy limitadas, si no inexistentes. Sólo la acción contra la violación

preindustriales”. § 1 CPA se basa en estos objetivos.

68 BVerfG, nota 52, Párrafo 243 y 192. Seq.

69 Morgenthaler nota 58, art. 93 GG Rn. 50; Para la situación en Ecuador véase Gutmann / Morales Naranjo, nota 8, p. 346 Seq.

70 Morgenthaler nota 58, Art. 93 GG Rn. 70 ss.

de los derechos humanos fundamentales puede, en el presente caso, conducir a que el cambio del curso del río se lleve indirectamente ante el Tribunal Constitucional Federal. Sin embargo, esto no otorga a la naturaleza, o en este caso específico al río y su ecosistema circundante, una protección legal integral, como es el caso de Ecuador. En Ecuador, la naturaleza no solo tiene “el derecho al respeto integral de su existencia y del mantenimiento y regeneración de sus ciclos de vida, estructura, funciones y procesos evolutivos” (Art. 71 Constitución ecuatoriana), sino también un derecho subjetivo a la recuperación según el Art. 72 de la Constitución ecuatoriana.

4. Reclamaciones contra actores privados

Si bien las posibilidades de litigio contra actores estatales en asuntos ambientales son limitadas, surgen aún más problemas con respecto a las demandas contra actores privados, como las compañías de energía, por ejemplo. En el caso *San Pablo de Amalí vs. Hidrotambo S.A.*, los demandantes demandaron a las autoridades, así como a la empresa privada operadora de la represa, Hidrotambo S.A. Aunque esta perspectiva no está en el foco de este artículo, tendremos que echar un breve vistazo a las opciones para el litigio civil.

4.1. Derecho público

En general, el derecho público regula la relación entre el Estado y el individuo. En consecuencia, el derecho público no se presta a la reivindicación directa de derechos frente a Hidrotambo S.A. como personas privadas, como el pueblo de San Pablo de Amalí.⁷¹ El propio Estado, por su parte, podría

71 Los derechos básicos todavía se entienden predominantemente como derechos defensivos contra el Estado, no como actores privados vinculantes, a pesar de que se ha reconocido un “efecto indirecto de terceros” de los derechos básicos desde el famoso *Lüth*-decisión del BVerfG (BVerfG, decisión de 15 de enero de 1958, número de expediente: - 1 BvR 400/51). Sin embargo, el debate sobre la vinculación de los actores privados aún está en curso y también se ha reconocido en el caso del Estado que actúa a través de la forma de empresas “privadas”

reclamar daños y perjuicios contra Hidrotambo S.A., como en referencia a la Ley de Daños Ambientales. Cómo podría hacerse esto en términos concretos ya se ha explicado anteriormente.

4.2. Derecho Civil

Como Hidrotambo S.A. es una persona jurídica en términos del derecho civil alemán (§ 1 Aktiengesetz), surge la pregunta, qué reclamaciones bajo el código civil alemán (Bürgerliches Gesetzbuch BGB) podrían ser planteadas por la naturaleza o las personas. Como se mencionó anteriormente, el término “persona jurídica” es más limitado en el contexto del derecho civil que en el derecho constitucional, ergo la naturaleza en sí misma tampoco puede invocar derechos o deberes como demandante. Pero, de nuevo, parece posible que los humanos puedan afirmar la violación de sus derechos y, al hacerlo, también indirectamente los derechos de la naturaleza.

Con respecto a las demandas civiles, se pueden considerar tanto las medidas cautelares como las reclamaciones por daños y perjuicios. Con respecto a este último, las reclamaciones podrían surgir de § 1004 I BGB. Sin embargo, el requisito previo es la posición de propiedad o, por analogía, una posible violación de otros derechos protegidos, como los derechos a la vida, la libertad o la integridad física mencionados en § 823 I BGB.⁷² Con respecto al cambio de curso del río, esta afirmación no parece prometedora, porque es probable que la gente no cumpla con el requisito previo para reclamar una violación de la propiedad. Con respecto a la propiedad destruida de las personas, un derecho legal de acuerdo con § 1004 I BGB no conduce a un restablecimiento. Solo causó la eliminación de la fuente de impacto para el futuro.⁷³ Un peligro para otros derechos protegidos, como la vida o la salud,

(BVerfG, Sentencia de 22 de febrero de 2011, número de expediente: - 1 BvR 699/06 – Fraport).

⁷² En su lugar otros: BGH, sentencia de 16 de enero de 2015, número de expediente: – V ZR 110/14, apartado 20.

⁷³ Joerg Fritzsche, en: Wolfgang Hau / Roman Poseck (eds.), BeckOK BGB (2020), § 1004 Rn. 62.

podría ser aún más difícil de probar, ya que la carga de la prueba recae una vez más en el demandante.⁷⁴

En un caso como el de San Pablo de Amali, donde el daño ya está hecho, la medida cautelar no es una opción viable de litigio para cumplir con las solicitudes del demandante. Aquí una acción por daños y perjuicios a menudo es el tipo apropiado de litigio. Con respecto a la responsabilidad por daños bajo la ley de responsabilidad civil (Deliktsrecht) es la opción principal. De acuerdo con el § 823 I BGB Hidrotambo S.A. podría ser responsable de indemnizar a las personas por los daños a la vida y la propiedad de las personas, derivados de un comportamiento intencional o negligente, ilegal, lesivo.

En este punto, no se podía prever cómo juzgaría un tribunal alemán. En particular, la causalidad, que es una condición previa, podría evaluarse como no cumplida como lo hizo el tribunal ecuatoriano. Pero, por otro lado, la comunidad de San Pablo Amalí advirtió explícitamente sobre los riesgos y el peligro del proyecto, y la causalidad puede ser probada por análisis científicos. Los otros requisitos, como la “justificación” y la “culpa”, no pueden afirmarse ni negarse sin más preámbulos. Además, las personas podrían reclamar daños y perjuicios en virtud del § 823 II BGB.

La disposición permite, en particular, extender las normas de conducta numéricamente crecientes del derecho público, como el derecho ambiental, al derecho civil y sancionar su violación con reclamaciones por daños y perjuicios en virtud del derecho civil.⁷⁵ Es imperativo que sea una norma jurídica que tenga por objeto, al menos indirectamente, proteger los intereses individuales⁷⁶ y que un mandamiento o prohibición esté al menos establecido en la norma jurídica.⁷⁷ Si las normas jurídicas entran en consideración

74 Thomas Raff, en: Reinhard Gaier (ed.), *Münchener Kommentar zum BGB*, Munich 2020, § 1004 Rn. 324 seq.

75 Gerhard Wagner, en: Reinhard Gaier (ed.), nota 73, § 823 Rn. 532; Por ejemplo, el 26. BImSchVO podría ser contrasiderd como norma en el sentido de § 823 I 1 BGB.

76 Con más pruebas: Christian Förster, en: Wolfgang Hau / Roman Poseck (eds.), *BeckOK BGB*, (2021), § 823 para. 275.

77 *Ibid.*, párr. 276.

y cuáles son no pueden discutirse aquí en la medida necesaria. De hecho, surgen problemas similares a los del § 823 I BGB.

En general, seguiría siendo cierto que, si bien las violaciones de los derechos de las personas podrían afirmarse, la naturaleza solo se tiene en cuenta de esta manera de manera limitada. Esto también se refleja en la indemnización por daños y perjuicios. § 249 I BGB prevé el restablecimiento de la condición anterior. Una compensación monetaria por daños y perjuicios solo es posible en casos excepcionales, por ejemplo, si los seres humanos han resultado heridos o la propiedad ha sido dañada (§ 249 II) si el deudor no ha restaurado la cosa dentro de un plazo establecido (§ 250 BGB), si este restablecimiento no es posible o si la restitución es imposible (§ 251 I) o simplemente por debajo de gastos desproporcionados (§ 251 II). Este principio de la ley alemana de responsabilidad civil, conocido como “restitución in rem” (Naturalrestitution) difiere sustancialmente de los conceptos de daños punitivos conocidos especialmente por los sistemas legales angloamericanos. Sin embargo, el principio está limitado por el § 251 II Oración 1 BGB, según el cual la persona responsable de los daños y perjuicios puede compensar al acreedor en dinero si la restauración solo es posible con gastos desproporcionados. Esto significa que el restablecimiento del curso del río, de todos modos, sólo puede considerarse si no es desproporcionado.

5. Potencial de los Derechos de la Naturaleza en Alemania

En general, ha quedado claro que los derechos de la naturaleza todavía parecen ser un asunto “extraño” para la dogmática legal alemana. Sin embargo, juristas como *Andreas Fischer-Lescano*,⁷⁸ *Malte-Christian Gruber*⁷⁹ o *Jens Kersten*⁸⁰, han demostrado que esto no tiene por qué seguir siendo así. Por el contrario, las insuficiencias descritas del statu quo legal hablan a favor de un cambio radical en la ley ambiental alemana, ya que el sistema actual de

78 Fischer-Lescano, nota 8 p. 205.

79 Gruber nota 52.

80 Kersten nota 51, p. 27.

protección legal casi exclusivamente centrada en los derechos individuales se interpone en el camino de un marco legal transparente y efectivo para las relaciones entre los humanos y el resto de la naturaleza. Por lo tanto, el paso final de este documento es examinar el potencial que los derechos de la naturaleza podrían tener en Alemania.

5.1. Pasos en la dirección correcta

Incluso si hasta ahora se ha pintado un panorama bastante sombrío con respecto a los derechos de la naturaleza en la legislación alemana, hay enfoques prometedores que deben identificarse incluso hoy.

5.1.1. Acción representativa – Ruptura del derecho subjetivo de acción

Como ya se ha explicado anteriormente, la aplicación del Convenio de Aarhus en la legislación alemana representa una característica especial, ya que por primera vez (aunque solo sea para asociaciones ecologistas reconocidas) se creó la posibilidad de interponer recursos legales en virtud de la VwGO contra ciertas decisiones administrativas mencionadas en el § 1 UmwRG sin verse afectadas subjetivamente (§ 2 I UmwRG). Los opositores a la acción colectiva a menudo argumentan que conducirá a una avalancha de demandas, pero este no ha sido el caso, y además la tasa de éxito está por encima del promedio.⁸¹ En cualquier caso, la acción de representación deja claro que la renuncia a la preocupación subjetiva no es imposible dentro del alcance del derecho a entablar una acción en virtud del § 42 II VwGO. A pesar de que en Ecuador cualquiera tiene derecho a presentar una demanda en nombre de la naturaleza, nunca ha habido una avalancha de demandas, lo que podría calmar algunas voces ansiosas en Alemania.

⁸¹ NABU <https://www.nabu.de/natur-und-landschaft/naturschutz/deutschland/16700.html> (consultado por última vez el 12 de abril de 2021).

5.1.2. Art. 20a GG – ¿Hacia un derecho subjetivo de la naturaleza?

En la actualidad, existe consenso en que el art. 20a GG incluye el objetivo estatal de proteger los fundamentos naturales de la vida y los animales. Más allá de eso, *Andreas Fischer-Lescano* y *Malte-Christian Gruber* establecen caminos por los que el art. 20a junto con el art. 19 III GG o el art. 1 GG podrían abrir la ley básica a la naturaleza. *Fischer-Lescano* demuestra que la visión de conjunto de los artículos 20 bis y 19 III del GG puede justificar el reconocimiento de la naturaleza como persona jurídica.⁸² Así, en lo que respecta a los derechos fundamentales que le son aplicables, la naturaleza podría tener derecho a los derechos fundamentales.⁸³

Gruber, por otro lado, ve el art. 20a GG como un argumento para una lectura ecocéntrica, dejando claro que la protección constitucional de la dignidad humana (art. 1 I GG) no se limita a la vida humana, sino que también permite, si no requiere, el respeto por las entidades no humanas.⁸⁴ Ambos puntos de vista conducirían en última instancia a que se reconociera a la naturaleza como poseedora de derechos subjetivos, por los que también podría demandar. Estos enfoques son particularmente prometedores porque en este momento una enmienda constitucional, como la propuesta por *Kersten*, hacia el reconocimiento de los derechos subjetivos de la naturaleza no parece muy probable.

5.2. Enmienda constitucional

Sin embargo, incluso si se trata de un objetivo ambicioso, tal enmienda constitucional ofrecería la mayor seguridad jurídica para la naturaleza. Para *Kersten*, hay dos formas de implementar los derechos subjetivos de la naturaleza en la constitución: Por un lado, una oración específica como “Los

82 Fischer-Lescano, nota 8, p. 213 ss.

83 Ibid., p. 214.

84 Gruber nota 52, p. 64.

derechos de la naturaleza serán respetados y protegidos” podría incluirse en la ley básica,⁸⁵ por ejemplo, como una extensión del art. 20a. Otra posibilidad sería modificar el artículo 19 III GG para reconocer explícitamente que los derechos fundamentales ya existentes también se aplican a la naturaleza en la medida en que le son aplicables por su naturaleza, en este caso, el contenido de los derechos de la naturaleza se configuraría a nivel del derecho constitucional.⁸⁶

Por cierto, la discusión sobre la enmienda constitucional hacia los derechos de la naturaleza ya no es puramente académica. Aunque no a nivel federal, una petición en el estado de Baviera para un referéndum “Rechte der Natur “ (Derechos de la Naturaleza) tiene como objetivo imponer los derechos de la naturaleza en la constitución del estado bávaro (BayVerf).⁸⁷ Si la petición de un referéndum tiene éxito, este será un paso decisivo hacia el reconocimiento de los derechos de la naturaleza en Alemania.

Se pueden ver enfoques igualmente prometedores a escala europea. Aunque, a diferencia de otros países del mundo como Ecuador, Bolivia,⁸⁸ Nueva Zelanda,⁸⁹ India⁹⁰ o Canadá,⁹¹ los derechos de la naturaleza aún no se han implementado en las leyes europeas, la discusión sobre los derechos de la naturaleza está más cerca de lo que pensamos. Partidos políticos como el Partido Verde de Inglaterra y Gales o los GroenLinks en los Países Bajos

85 Kersten nota 51, p. 31.

86 Ibid., p. 32.

87 Referéndum <https://gibdernaturrecht.muc-mib.de/> (consultado por última vez el 12 de abril de 2021).

88 Calzadilla / Kotzé, nota 2 ,p. 399.

89 Legislación de Nueva Zelanda, Ley Te Awa Tupua (Acuerdo de Reclamaciones del Río Whanganui) de 2017, <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2017/0007/latest/whole.html> (consultado por última vez el 12 de abril de 2021).

90 El Tribunal Superior de Uttarakhand en Nainital, Petición Escrita (PIL) No. 126 de 2014, fechada: 20 de marzo de 2017, <https://www.nonhumanrights.org/content/uploads/WPPIL-126-14.pdf> (consultado por última vez el 12 de abril de 2021).

91 UN Harmony with Nature, Rights of Nature Law and Policy, <http://www.harmonywithnatureun.org/rightsOfNature/> (consultado por última vez el 12 de abril de 2021).

han reconocido la importancia de los derechos de la naturaleza.⁹² A nivel de la sociedad civil, las organizaciones están haciendo campaña por los derechos de la naturaleza en toda Europa,⁹³ pero también dentro de Alemania.⁹⁴ Además, el Comité Económico y Social Europeo publicó un estudio sobre una posible Carta de los Derechos Fundamentales de la Naturaleza de la UE en diciembre de 2020⁹⁵ y en marzo de 2021 el estudio «Can Nature Get it Right?» encargado por el Departamento de Política de Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo a petición de la Comisión JURI.⁹⁶

Por último, pero no menos importante, la exitosa demanda climática de Urgenda contra los Países Bajos o la demanda del joven portugués ante el TEDH contra Alemania y otros 32 estados muestran la necesidad de una regulación legal integral.

6. Ventajas de los derechos inherentes a la naturaleza

Ahora que se ha dejado claro que es mucho más difícil en Alemania que en Ecuador llevar los derechos de la naturaleza ante los tribunales alemanes, también se podría objetar que esto podría contrarrestarse fortaleciendo y diferenciando la ley ambiental alemana. ¿No sería esto suficiente para proteger la naturaleza y al mismo tiempo combatir el empeoramiento de la crisis climática? Frente a esto, se puede argumentar directamente que no es la falta

92 Partido Verde, Responsabilidades y Derechos, <https://policy.greenparty.org.uk/rr.html> (consultado por última vez el 12 de abril de 2021); GroenLinks, Verkiezingsprogramma, <https://groenlinks.nl/verkiezingsprogramma> (consultado por última vez el 12 de abril de 2021).

93 Derechos de la Naturaleza Suecia, GARN Europa.

94 Red “Derechos de la Naturaleza”.

95 Michele Carducci / Silvia Bagni / Vincenzo Lorubbio a.o., Towards an EU Charter of the Fundamental Rights of Nature, Study, 2020, <https://www.eesc.europa.eu/de/our-work/publications-other-work/publications/towards-eu-charter-fundamental-rights-nature#-downloads> (consultado por última vez el 12 de abril de 2021).

96 Ene Darpö, ¿Can Nature Get it Right? A study on Rights of Nature in the European Context, 2021, https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=I-POL_STU%282021%29689328 (último acceso el 29 de septiembre 2021).

de regulaciones legales,⁹⁷ sino más bien un déficit de aplicación perenne lo que dificulta la implementación efectiva de la ley alemana de conservación de la naturaleza.⁹⁸ Según *Ulrich Ramsauer*, este problema puede contrarrestarse reconociendo los derechos de la naturaleza como un “reclamo de aplicación de la ley”.⁹⁹

La idea de los derechos de la naturaleza, sin embargo, va mucho más allá de esto. Algunos podrían preguntarse, si Alemania realmente necesita derechos subjetivos de la naturaleza, un país que no tiene población indígena como Ecuador.¹⁰⁰ Esto pasa por alto el hecho de que el reconocimiento de la subjetividad jurídica de la naturaleza o pacha mama –parte de las cosmovisiones indígenas–¹⁰¹ también contribuye a enriquecer el discurso sobre la subjetividad jurídica de la naturaleza más allá de las fronteras nacionales.¹⁰²

Además, cabe señalar que el abandono de la dicotomía naturaleza y humano o naturaleza y cultura también se está discutiendo en las sociedades occidentales y no puede reducirse a creencias “religiosas” o tradiciones “culturales”.¹⁰³ No menos importante, el ritmo acelerado del cambio climático deja dolorosamente claro que el destino de la humanidad y la naturaleza están innegablemente entrelazados y, como dice *Bernd Herrmann*, son parte de un proceso de negociación que funda la vida.¹⁰⁴ Sin embargo, el sistema legal alemán, basado en un enfoque antropocéntrico, no tiene en cuenta este hecho. Esto no significa que la legislación ambiental alemana sea indi-

97 En este sentido, Ulrich Ramsauer, *Vom Umweltrecht zu Eigenrechte der Natur*, en: Sabine Schlacke / Guy Beaucamp / Mathias Schubert (eds.), *Infrastruktur-Recht*, Berlín 2019, p. 467.

98 En este sentido, Gellermann, nota 40, vor §§ 63, 64 BNatSchG, párr. 1.

99 Ramsauer, nota 97, p. 467.

100 En esta dirección: Klaus Ferdinand Gärditz, *Tierschutzverbandsklagen*, EurUP 4 (2018), p. 488, allí: n. 9.

101 Andreas Gutmann, *Pachamama als Rechtssubjekt?*, ZUR 2019, p. 613.

102 Andreas Gutmann, *Hybride Rechtssubjektivität*, Baden-Baden 2021.

103 P. ej.: Latour nota 11; Donna Haraway, *Simians, cyborgs, and women*, Londres 1998; Jane Bennett, *Vibrant Matter*, Durham 2010.

104 Herrmann, nota 12, p. 13.

ferente a las necesidades de la naturaleza. Entre otros, está orientado hacia los bienvenidos principios de precaución¹⁰⁵ y sostenibilidad¹⁰⁶ y, como se explicó anteriormente, la naturaleza se reconoce como objeto de protección en el art. 20a GG,¹⁰⁷ pero esto no ha llevado a contrarrestar las aberraciones ecológicas en el pasado, ni parece probable que lo hagan en el futuro.¹⁰⁸ Por lo tanto, se puede concluir que el estatus mudo de la naturaleza como objeto legal no puede conducir a una mejora y que se mantiene el papel subordinado de la naturaleza en relación con otros sujetos jurídicos.

Trascendiendo la prevención efectiva de daños ecológicos particulares, los derechos de la naturaleza también pueden representar una relación revisada de humanidad y naturaleza, reconociendo el valor inherente de la naturaleza más allá de las medidas económicas. Al proponer un cambio radical de visión sobre las “cosas” de la naturaleza, *Latour* sugiere que la dicotomía humana/naturaleza no es válida y que, en cambio, estamos en un proceso constante de negociación en el que tanto los seres humanos como los no humanos tienen voz.¹⁰⁹ Si realmente queremos escuchar a este coro de entidades naturales que nos rodean,¹¹⁰ sus voces también deben reflejarse en la ley.

En una ley basada en derechos subjetivos, “tomar en serio la naturaleza” significa otorgar también derechos subjetivos a la naturaleza, con la posibilidad de demandar por ellos. Incluso si la subjetividad jurídica de la naturaleza llena de miedo la doctrina jurídica alemana –que, según *Kersten*, es la razón de la referencia innecesaria al orden constitucional en el artículo

105 Agencia Federal de Medio Ambiente, principio de precaución, <https://www.umweltbundesamt.de/vorsorgeprinzip> (consultado por última vez el 12 de abril de 2021).

106 Con más pruebas Johanna Monien, *Prinzipien als Wegbereiter eines globalen Umweltrechts?*, Baden-Baden 2014, p. 222 ss.

107 Kersten nota 51, p. 27 ss.

108 *Ibid.*, p. 27.

109 *Latour* nota 12, p. 84, 165 ss.

110 Cristy Clark / Nia Emmanouil / John Page / Alessandro Pelizzon, *Can You Hear the Rivers Sing? Legal Personhood, Ontology, and the Nitty-Gritty of Governance*, *Ecology Law Quarterly* 45(4), p. 787.

20a GG¹¹¹ –, los derechos de la naturaleza no significan que siempre prevalezcan en las consideraciones, ni que la naturaleza pueda reclamar todos los derechos humanos. Sin embargo, garantiza que los derechos de la naturaleza siempre se consideren y respeten en el contexto de la acción estatal.

En lugar de responder a ella con un temor infundado, el reconocimiento de los derechos de la naturaleza debería verse como una oportunidad para cuestionar nuestros principios legales supuestamente inalterables y abrirnos a nuevos sujetos legales para poder hacer justicia a los problemas ecológicos y sociales de nuestro tiempo.

111 Kersten nota 51, p. 27.

Se terminó de imprimir
en abril del 2023
en V&M Gráficas
Quito, Ecuador

Este libro es producto de una serie de reflexiones éticas, políticas y jurídicas que se construyeron durante tres años de debate entre un grupo de investigadores e investigadoras de Ecuador y Alemania (Andreas Gutmann, Tore Vetter, Elena Ewering, Viviana Morales y María José Narváez) como parte del proyecto de investigación *Nature as a legal entity* dirigido por los profesores Andreas Fischer-Lescano y Alex Valle Franco. Este equipo de trabajo ha venido intercambiando experiencias jurídicas y culturales desde el año 2020, con el fin de tejer lazos que permitan construir y desarrollar un marco conceptual, casuístico y procesal sobre la naturaleza como sujeto de derechos en ambos países. Las discusiones teóricas de esta obra han sido publicadas previamente en varias revistas nacionales e internacionales tanto de América Latina como de Europa. Varias de ellas fueron traducidas del idioma inglés y alemán al castellano, con el afán de difundir la necesidad de ver a la naturaleza libre de opresión, emancipada y convertida en un verdadero sujeto de derechos.

El principal resultado de este libro es evidenciar que, tanto Ecuador como Alemania, enfrentan grandes desafíos al momento de tutelar jurídicamente a los territorios biodiversos y las especies que habitan en ambos Estados. A pesar de tener realidades políticas, jurídicas y económicas diferentes, los dos países comparten un mismo objetivo: utilizar al derecho como una herramienta que permita interpretar los derechos de la naturaleza bajo un enfoque intercultural, ecocéntrico y biocéntrico. Finalmente, esta obra representa el esfuerzo de entablar un necesario diálogo con varios investigadores e investigadoras que han venido trabajado sobre derechos de la naturaleza y cuyos aportes merecen ser analizados en esta obra que, de seguro, contribuirá a la imperante y contemporánea discusión de superar el antropocentrismo y transitar hacia otras formas más empáticas de entender las relaciones entre ser humano y naturaleza. Solo en la medida que las personas y las instituciones adquieran conciencia sobre la importancia del valor intrínseco de la naturaleza y promuevan su protección, podremos verificar que otras formas de ser y de estar en el mundo son posibles, y que la subjetividad de la naturaleza no solo es deseable sino necesaria para la vida.

ISBN 978-9942-8726-6-1



9 789942 872661

U N I K A S S E L
V E R S I T Ä T

