

cálamo

REVISTA DE ESTUDIOS JURÍDICOS

udla.

CRÉDITOS

UNIVERSIDAD DE LAS AMÉRICAS - ECUADOR

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Escuela de Derecho

RECTOR

Carlos Larreaátegui

VICERRECTOR ACADÉMICO

Gonzalo Mendieta

DECANA

Alexandra Vela

DIRECTOR ACADÉMICO

José Gabriel Terán

DIRECTORA CÁLAMO

Pamela Jijón

COORDINADORA EDITORIAL

Lydia Andrés

COMITÉ EDITORIAL NACIONAL

- Juan Carlos Prado, PhD. Universidad de las Américas
- Richard Ortiz, PhD Universidad de las Américas
- Pamela Jijón, PhD Universidad de las Américas
- Wladimir Sierra, PhD Universidad de Berlín
- Santiago Zarria, Mg. Universidad de las Américas
- Emilio Cerezo, Mg. Universidad de las Américas
- Juan Manuel Alba, Universidad de las Américas

COMITÉ ASESOR INTERNACIONAL

- Timothy Tambassi, PhD. Università del Piemonte Orientale “Amedeo Avogadro”, Italia
- Juan Antón, PhD. Universitat de Barcelona, España
- Ignacio Cremades, PhD. Universidad Complutense de Madrid
- Blanca Rodríguez, PhD. Universidad de Sevilla
- Roberto Bueno, PhD. Universidade Federal de Uberlândia, Brasil
- Gorki Yuri Gonzales, PhD. Universidad Católica del Perú
- Mónica González Contró, PhD. Universidad Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México
- Teodoro Yan Guzmán, PhD. Universidad de la Habana, Cuba

- Julio Antonio Fernández, PhD. Centro de Estudios de la Administración Pública, Habana-Cuba
- Patricia Reyes, PhD. Universidad de Valparaíso, Chile
- Martín Aldao, PhD. Universidad de Buenos Aires, Argentina
- Raúl Gustavo Ferreyra, PhD. Universidad de Buenos Aires, Argentina

CORRECCIÓN DE ESTILO

Emilio Cerezo

TRADUCCIÓN ESPAÑOL-PORTUGUÉS

Marcella da Fonte Carvalho

TRADUCCIÓN ESPAÑOL-INGLÉS

María Helena Carbonell

DISEÑO GRÁFICO E IMPRESIÓN

V&M Gráficas

Contacto: 3201 171

PERIODICIDAD

Semestral

DEPÓSITO LEGAL

Para contribuciones o canje dirigirse a: Universidad de Las Américas. Facultad de Derecho. Sede Norte, instalaciones José Queri. Bloque 6. Quito, Ecuador.

Teléfono +593 (2) 3981000

Envío de artículos, información y suscripción:
calamo@udla.edu.ec

DERECHOS RESERVADOS

El contenido de los artículos es de exclusiva responsabilidad de los autores. Los textos pueden reproducirse total o parcialmente citando la fuente.

ISSN

1390-8863

Cálamo 11: Los artículos que conforman el número 11 de Cálamo, previo su publicación, han sido evaluados bajo la modalidad de revisión por pares ciegos.

La emergencia ecológica actual nos impone considerar el Derecho desde su dimensión creativa como una ciencia capaz de delinear el *deber ser* de una nueva sociedad más justa, no sólo con el ser humano, sino con su entorno en general.

Es en este contexto en que se inscribe nuestro decimo-primer número de *Cálamo*, con su acento temático en los derechos de la naturaleza.

Varios de los artículos seleccionados se refieren al caso ecuatoriano y responden al papel pionero del Ecuador en cuanto al reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos.

Así, nuestro dossier inicia con el artículo de René Bedón y Sofía Suárez, quienes realizan un barrido histórico del origen de los derechos de la naturaleza y su inclusión en la Constitución del Ecuador de 2008, para desde ahí visibilizar sus distintas aplicaciones.

A continuación, la contribución de Paúl Córdova plantea identificar las razones que sustentan los derechos de la naturaleza en relación a la política constitucional, frente a la justicia ecológica.

Por su parte, el interés de José Tapia se centra en el estudio de las actividades de explotación petrolera y minera en el Ecuador y la visión crítica de lo que éstas implican para los derechos de la naturaleza.

Colabora también en esta sección, Walter Rivera, quien analiza cómo la problemática ambiental en la ciencia jurídica se manifiesta en el ámbito científico académico, concretamente en la enseñanza universitaria.

La sección de ensayos retoma una revisión histórica de los derechos de la naturaleza a partir de dos teorías, el antropocentrismo y el biocentrismo, con el texto de Rodrigo Albuja.

La contribución de Viviana Morales, en cambio, dedica su atención a la relación entre el ser humano como sujeto obligado y los animales como beneficiarios de derechos; específicamente en el caso de los animales destinados al consumo humano.

Por último, David Villarroel opera un desplazamiento de esta problemática hacia el Derecho Penal, con el análisis del bien jurídico afectado y sancionado en el caso del maltrato animal.

Siendo el problema ecológico pluridimensional hemos decidido incorporar en nuestra sección de entrevistas dos conversaciones, la primera con Fidel Jaramillo, quien nos comenta sobre su investigación acerca de la tipificación internacional del crimen de ecocidio; y la segunda con Claudia Andrade, activista ecuatoriana, quien mantiene un importante trabajo desde las organizaciones de base para la gestión cotidiana de residuos.

Terminamos con la reseña realizada por Jeanneth Yépez sobre el libro *Negro y Afro. La invención de dos formas discursivas*.

Esperamos tener pronto sus reflexiones acerca de este número que responde a nuestro compromiso concreto con la investigación sobre temas actuales y compromete nuestra labor educativa con un concepto amplio de justicia.

Alexandra Vela Puga
Decana de la Facultad de Derecho
Universidad de Las Américas

Dossier

- **DERECHOS DE LA NATURALEZA EN ECUADOR Y OTRAS TENDENCIAS
A NIVEL INTERNACIONAL** 6
René Bedón
Sofía Suárez
- **DERECHOS DE LA NATURALEZA Y JUSTICIA ECOLÓGICA.
HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE OTROS SENTIDOS JURÍDICOS
Y EPISTÉMICOS EN ECUADOR** 20
Paúl Córdova
- **EXTRACTIVISMO EN ECUADOR. INGRESO ECONÓMICO
Y DERECHOS DE LA NATURALEZA** 38
José Tapia
- **LA PRAXIS DE LOS NUEVOS PARADIGMAS: EL DERECHO DE LA NATURALEZA
EN EL CURRÍCULO UNIVERSITARIO** 52
Walter Rivera

Ensayos

- **DERECHOS DE LA NATURALEZA EN ECUADOR.
CONSIDERACIONES JURÍDICAS** 66
Rodrigo Albuja
- **LA FUNCIÓN AMBIENTAL DE LA PROPIEDAD Y EL BIENESTAR ANIMAL.
OBLIGACIONES CONSTITUCIONALES PARA PROTEGER LOS DERECHOS
DE LOS ANIMALES DESTINADOS AL CONSUMO HUMANO**..... 77
Viviana Morales
- **EL BIEN JURÍDICO PENAL EN EL DELITO DE MALTRATO ANIMAL** 91
David Villarroel

Entrevista

- **EL CRIMEN DE ECOCIDIO. ENTREVISTA CON FIDEL JARAMILLO** 108
Lydia Andrés
- **SOBRE LA GESTIÓN DE RESIDUOS SÓLIDOS EN QUITO. UNA MIRADA
DESDE Y HACIA LAS ORGANIZACIONES DE BASE.
ENTREVISTA CON CLAUDIA ANDRADE** 111
Pamela Jijón

Reseña

- **NEGRO Y AFRO. LA INVENCION DE DOS FORMAS DISCURSIVAS** 116
Jeanneth Yépez

DOSSIER

ndb.

DERECHOS DE LA NATURALEZA EN ECUADOR Y OTRAS TENDENCIAS A NIVEL INTERNACIONAL

RIGHTS OF NATURE IN ECUADOR AND OTHER TRENDS IN THE INTERNATIONAL ARENA

DIREITOS DA NATUREZA NO EQUADOR E OUTRAS TENDÊNCIAS A NÍVEL INTERNACIONAL

*René Bedón Garzón** y *Sofía Suárez***

Recibido: 03/04/2019

Aprobado: 03/06/2019

Resumen

En el ámbito jurídico, la naturaleza se ha visto tradicionalmente como un objeto. Esta concepción se ha transformado, en parte por los graves problemas ambientales que enfrenta el mundo, pero también por la evolución del Derecho. El resultado de este cambio es el reconocimiento jurídico de la naturaleza como sujeto de derechos. Dentro de este contexto se realiza un recuento del origen de los derechos de la naturaleza y su inclusión en la Constitución del Ecuador de 2008; a continuación, se analizan las implicaciones de los derechos de la naturaleza en Ecuador y su aplicación en el campo judicial. Finalmente se revisan algunas tendencias a nivel internacional respecto al reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, las cuales evidencian la preocupación por desarrollar enfoques jurídicos más benevolentes con la naturaleza.

Palabras clave: Sujeto de derechos; Conservación integral; Restauración; Protección de la naturaleza; Biocentrismo

Summary

Traditionally, in the legal field, Nature has been conceived as an object. This idea has progressed, in part due to the pressing environmental issues, but also because of the evolution of Law, resulting in the recognition of Nature as a subject of law. Within this context, this article will focus on analyzing the origin of the rights of Nature and its inclusion in the 2008 Constitution of Ecuador;

later it will focus on its implications in Ecuador and its application in the jurisdictional field. Finally, it will review international experiences that also recognize Nature as a rights holder and that demonstrate the concern to develop legal approaches that are more benevolent with nature.

Key words: Rights holder; Integral conservation; Restoration; Nature protection; Biocentrism

Resumo

No âmbito jurídico, a natureza vem sendo vista tradicionalmente como um objeto. Esta concepção foi se transformando, em parte pelos graves problemas ambientais que enfrenta o mundo, mas também, pela evolução do direito. O resultado desta mudança é o reconhecimento jurídico da natureza como sujeito de direitos. Dentro deste contexto se realiza uma nova forma de contar a origem dos direitos da natureza e sua inclusão na Constituição do Equador de 2008; a continuação se analisam as implicações dos direitos da natureza no Equador e sua aplicação no campo judicial. Finalmente, se revisam algumas tendências a nível internacional no que diz respeito ao reconhecimento da natureza como sujeito de direitos, as quais evidenciam a preocupação por desenvolver enfoques jurídicos mais benevolentes com a natureza.

Palavras chave: Sujeito de direitos; Conservação integral; Restauração; Proteção da natureza; Biocentrismo

* Profesor y ex decano de la Universidad de Los Hemisferios, profesor de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y de la Universidad Andina Simón Bolívar, director del Colegio de Abogados de Pichincha, miembro de Número de la Academia de Abogados y concejal del Distrito Metropolitano de Quito. Correo electrónico: rbedon@uhemisferios.edu.ec.

** Abogada y Máster en Gobernanza Ambiental. Consultora en Derecho Ambiental, con amplia experiencia en conservación, gobernanza ambiental, derechos de acceso, derechos de la naturaleza y cambio climático. Correo electrónico: sofia.ss.suarez@gmail.com

ORIGEN DE LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA

Un sujeto de derechos ha sido concebido tradicionalmente como uno de los elementos de la relación jurídica, además del objeto y el título. Para el positivismo, el Derecho otorga la categoría de sujeto de derechos; para las concepciones naturalistas ha sido reconocida por él exclusivamente en función de las relaciones jurídicas de las que este sujeto pueda ser parte. Tradicionalmente, únicamente han sido consideradas sujetos de derecho las personas, tal es así que inclusive se ha definido como persona a todo sujeto de derecho (Larrea Holguín 2005, 111).

Existen dos tipos de personas, a saber, por un lado, la persona natural definida por el artículo 41 del Código Civil Ecuatoriano, entendida como todo individuo de la especie humana; y por otro lado la persona jurídica, definida como aquellos grupos de personas naturales u organizaciones dotadas de bienes y que, para conseguir el fin que se proponen, son capaces de tener derechos y de obligarse (Larrea Holguín 2005, 111). Las personas, sean naturales o jurídicas, tienen capacidad, que puede ser de goce, es decir la posibilidad de ser titular de derechos y obligaciones, o de ejercicio: de realizar actos jurídicos por sí mismas.

Por su parte, sujeto¹ de derecho², a partir de las acepciones establecidas por la Real Academia de la Lengua Española, podría ser entendido como el ser al cual, en toda sociedad, se le atribuye el título normativo que regula las relaciones humanas; es decir, el ser actuante en una relación jurídica determinada, de modo que resulta imposible que exista una relación jurídica sin sujeto. En consecuencia, para la concepción tradicional, sería aparentemente imposible que algo que no sea una persona natural o jurídica sea sujeto de derechos.

En el caso del Derecho Ambiental, este ha sido influenciado por enfoques tradicionales como el

antropocéntrico, que establece al ser humano como el centro del universo y donde se determina el valor y utilidad de la naturaleza en función del ser humano (Gudynas 2011, 89). En consecuencia, solo se protege la naturaleza en tanto le es útil al ser humano; por lo tanto, de acuerdo al tradicional sistema jurídico, el ser humano es sujeto de derechos y el ambiente, un objeto susceptible de aprovechamiento y apropiación.

Como contrapartida a este enfoque se ha desarrollado el enfoque biocéntrico, que coloca a la naturaleza como eje central de las cuestiones ambientales y le reconoce valor intrínseco, sin mediar la utilidad o valor para el ser humano (Gudynas 2011, 89).

La subjetivización de la naturaleza surge doctrinariamente con Christopher Stone, en su ensayo sobre la necesidad de otorgar legitimidad procesal a los árboles y otros objetos naturales. Este autor señala que, a lo largo de la historia, varios sujetos no tenían derechos en una época específica; pero, poco a poco fueron considerados como sujetos de derechos, de forma tal, que cada ampliación sucesiva de derechos hubiera sido inconcebible hasta ese momento y se hubiera considerado una propuesta extraña, aterradora o cómica, la demanda de otorgamiento de derechos a algún “ente” nuevo (Stone 2009). Stone propone que se debe atribuir derechos a los objetos naturales (bosques, océanos, ríos, etc.) que constituyen el medio ambiente, así como al medio ambiente como unidad (Stone 1972, 148). Para otorgar estos derechos, el titular debería cumplir con los siguientes criterios: (i) que el ente pueda interponer acciones legales en nombre propio; (ii) cuando se reconoce su derecho a compensación judicial, el tribunal debe tener en cuenta el daño que se le causa al ente mismo; y (iii) la compensación debe ir en beneficio del ente mismo (Stone 1972, 152).

1 Según la Real Academia de la Lengua Española.- Sujeto, ta. (Del lat. *subiectus*, pArtículo pas. de *subiicere*: poner debajo, someter). 1. adj. Expuesto o propenso a algo 2. Asunto o materia sobre que se habla o escribe. 3. Persona innominada. 4. Fil. Espíritu humano, considerado en oposición al mundo externo, en cualquiera de las relaciones de sensibilidad o de conocimiento, y también en oposición a sí mismo como término de conciencia. 5. Fil. Ser del cual se predica o anuncia algo. 6. ser. (De ser).1. verbo sust. U. para afirmar del sujeto lo que significa el atributo.

2 Según la Real Academia de la Lengua Española.- Derecho: Conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de justicia y de orden, que regulan las relaciones humanas en toda sociedad y cuya observancia puede ser impuesta de manera coactiva.

Respecto a la pregunta sobre la capacidad procesal del ambiente, señala que, al igual que las personas jurídicas o las personas que son incapaces legalmente, el ambiente también requiere un representante legal (Stone 1972, 162). Mediante este argumento, el Juez Douglas, respecto al mismo caso que inspiró el ensayo de Stone (Sierra Club vs. Morton), en su voto disidente señaló que el asunto de la legitimación se resuelve cuando se propicia la defensa, en las cortes, de los objetos del entorno, con el fin de obtener su preservación (Stutzin 1984, 106). Respecto a la imposibilidad de la naturaleza de tener responsabilidades, se ha argumentado en un sentido similar al señalar que no debe existir un vínculo entre la personalidad jurídica y la posibilidad

de tener responsabilidades, y no tiene que estar ligada a la idea de salvaguardar los derechos personalmente, como en el caso de la naturaleza (Cano 2018, 2).

Stutzin (1984, 97-98) consideraba que este reconocimiento constituye un verdadero imperativo para frenar la destrucción de la biósfera y para lograr soluciones duraderas a los problemas ecológicos creados por los seres humanos. También consideraba que el reconocimiento de los derechos de la naturaleza no atentaba contra los derechos de las personas, sino que permitía que estos fueran apreciados en su verdadero significado y alcance, y fueran resguardados frente a las presiones ambientales.

DERECHOS DE LA NATURALEZA EN EL ECUADOR

En 2008 entró en vigencia una nueva Constitución en el Ecuador, la cual se enmarcó en un proceso de cambios iniciado por el movimiento Alianza País y encabezado por el expresidente Rafael Correa en su campaña política, a través de la cual se preveía la conformación de una Asamblea Constituyente que se encargaría de la redacción de un nuevo texto constitucional. Este plan forma parte de un proceso de transformaciones en Latinoamérica y de un proceso social importante que tiene lugar en el país y se caracteriza por contar con un liderazgo fuerte y movimientos reformistas (Barié 2014, 10 y 13).

Una de las innovaciones que incluye la Constitución es el cambio de concepción de la relación entre los seres humanos y la naturaleza, que había sido propuesto también en el plan de gobierno de Alianza País para el periodo 2007-2011³. El debate sobre la inclusión de los derechos de la naturaleza en la Constitución no fue fácil, porque existía una gran oposición. No obstante, debido a la coyuntura política, al compromiso de un grupo de asambleístas, a aportes de varios especialistas y a las luchas de los grupos de indígenas, se logró que finalmente se aceptara la iniciativa (Acosta 2011, 343-44).

La participación del movimiento indígena fue fundamental en el debate de los derechos de la naturaleza. Según las tradiciones ancestrales, la naturaleza no es un objeto, pues ella procrea y acoge a los seres humanos. Por esta razón, en el texto constitucional se logró el reconocimiento de la naturaleza o *Pacha Mama*. Para los pueblos indígenas, “la naturaleza es la *Pachamama*, un ser, una persona, una madre con quien las comunidades e individuos buscan establecer relaciones armónicas. Dichas relaciones se fundan en el respeto a su integridad” (Melo 2009, 56-7).

El reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos ha sido analizado desde la óptica de la descolonización aplicada al ámbito constitucional. Esta es una perspectiva crítica que permite mostrar que las relaciones coloniales de poder han influenciado no solo a los ámbitos económico, político y jurídico, sino que también han dominado la dimensión epistémica y cultural, de forma que se omiten otros conocimientos subalternos como los tradicionales e indígenas (Médici 2012, 116).

Otro aspecto novedoso que se incluyó en la Constitución es el Buen Vivir. Este concepto proviene

³ En dicho plan de gobierno se propugnaba una convivencia armónica de los seres humanos con la naturaleza. Además, se concebía un Estado donde no fuera posible la mercantilización depredadora de la naturaleza, entendida como matriz del ser humano, de la cual forma parte. El documento completo del plan de gobierno se puede consultar en la página: <https://de.scribd.com/doc/31619413/Plan-de-Gobierno-Alianza-PAIS>.

de las tradiciones ancestrales de los pueblos indígenas. El Buen Vivir o *Sumak Kawsay* se concibe como “lo bello, lo hermoso, la vida en armonía con el ayllu y el continuum de las relaciones sociales. Comprende las relaciones armoniosas entre la naturaleza y los dioses protectores” (Melo 2009, 56). La inclusión de este concepto se convierte en una crítica a las nociones tradicionales de desarrollo y bienestar, y está asociado a la sabiduría y filosofía ancestrales (Barié 2014, 17). Este concepto se toma de las culturas ancestrales andinas, que tienen una visión holística y relacional de la interacción de la sociedad con la naturaleza como elemento fundamental de la realización del ser humano, en la cual se configura una vinculación específica de las dimensiones persona-sociedad-naturaleza (Médici 2012, 112). Conceptualmente, el Buen Vivir implica un cambio radical de la concepción de desarrollo que excluye el concepto de progreso basado en sistemas productivistas y propugna la construcción de

una sociedad en la que los seres humanos vivan en armonía con la naturaleza (Acosta 2012, 172).

Zaffaroni (2011, 106) considera que la nueva configuración que se establece a partir de la inclusión del buen vivir y los derechos de la naturaleza demuestra que el constitucionalismo andino ha reemplazado al ambientalismo por un ecologismo constitucional. En este sentido, Ávila (2011, 78-80) manifiesta que el constitucionalismo andino se caracteriza por ser transformador, ya que se ha constituido un nuevo Estado que responde a las particularidades de una sociedad colonial y colonizada, de manera que es posible evidenciar nuevos imaginarios y narrativas provenientes de los movimientos sociales, tales como la revalorización de la tierra y territorio, la des-mercantilización y una nueva teoría sobre la relación de los seres humanos con la naturaleza, que es la base para un modelo de desarrollo distinto.

DERECHOS DE LA NATURALEZA EN LA CONSTITUCIÓN

La Constitución del Ecuador, en su artículo 10 inciso segundo, establece que “La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que establezca la Constitución”. Es decir, se entregó derechos subjetivos a la naturaleza y, adicionalmente, se estableció una reserva constitucional para su creación.

El artículo 14 de este mismo cuerpo constitucional consagró el derecho de las personas y colectivos a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, de forma que parecería que se genera un conflicto, pues la naturaleza tendría un doble carácter de sujeto y objeto al mismo tiempo. Un análisis jurídico respecto de este doble carácter supera esta controversia; pues la redacción del texto es clara al establecer que la naturaleza es sujeto de los derechos previstos constitucionalmente. Naturalmente, para cualquier otro efecto, esta misma naturaleza, no es sino objeto de la relación jurídica (Albán y Bedón 2018, 56). El texto constitucional es claro respecto al reconocimiento exhaustivo de los derechos de la naturaleza y, en consecuencia, la normativa infraconstitucional no podría ampliar estos derechos. El mismo principio valdría

para los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, ya que la Constitución prevé, en su artículo 424, que la prevalencia de derechos reconocidos en instrumentos internacionales que sean más favorables a aquellos establecidos en la Constitución solamente se aplica en el caso de los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado.

El reconocimiento de derechos a la naturaleza plantea retos en el tratamiento jurídico que se le da a ella, pues, como ya se ha dicho, en algunas relaciones jurídicas, la naturaleza continúa siendo concebida como un objeto. El texto constitucional plantea ambivalencias en cuanto al tratamiento de la naturaleza; en algunas disposiciones es evidente que se la trata como sujeto de derechos y, en otras, se la sigue concibiendo como un objeto de apropiación y explotación (Simon 2013). Estas tensiones se reflejan en los mandatos que simultáneamente coexisten en la Constitución respecto al aprovechamiento de los recursos naturales y la protección de los derechos de la naturaleza, y, en parte, se explican por las diferentes perspectivas que se incorporaron en la narrativa constitucional (Barié 2014).

En el capítulo séptimo de la Constitución, denominado “Derechos de la naturaleza”, se señalan los derechos (i) a la conservación integral y (ii) a la restauración. De forma adicional, se incluyen algunas disposiciones que buscan proteger a la naturaleza: (i) la precaución de extinción de especies, la no introducción de organismos genéticamente modificados y (ii) la no apropiación de servicios ambientales.

El derecho a la conservación integral se consagra en el artículo 71 de la Constitución, que establece que la naturaleza tiene derecho a que se respete integralmente su existencia, el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Este derecho implica la protección integral del ecosistema. En consecuencia, el otorgamiento de derechos a la naturaleza no afecta a la vida cotidiana en la medida en que impidiera la utilización de recursos naturales que son imprescindibles para satisfacer las necesidades personales. Por consiguiente, no es contrario al artículo 74 de la Constitución, que prevé que los individuos y colectividades puedan beneficiarse de la naturaleza para su buen vivir.

En el artículo 72 de la Constitución se establece el derecho de la naturaleza a la restauración; se señala, además, que esta es independiente del derecho de las personas o comunidades a ser indemnizados por daños ambientales. Tal derecho es fundamental, puesto que genera la obligación de restaurar la propia naturaleza por quien produce un impacto ambiental negativo. La diferenciación entre indemnizaciones y compensaciones otorgadas a las personas y la restauración como derecho de la naturaleza ha permitido articular un sistema en que las demandas deben presentarse de forma separada. Esta diferenciación se ha determinado claramente incluso en el ámbito procesal civil, donde se establece que las acciones por daño ambiental y el perjuicio que se haya producido a las personas o a su patrimonio como consecuencia de este, se ejercerán de forma separada e independiente (COGEP, artículo 38).

Desde una perspectiva ecológica habrá que hablar de restauración tanto de la interacción o interrelación ecológica, como de la funcionalidad que era propia de los elementos ambientales que hubieren sido dañados.

Así pues, la restauración consistiría en la devolución, en la medida de lo posible, al suelo, aire y agua, a la fauna, flora y a las condiciones ambientales de desarrollo de las especies, de las propiedades que se hubieran perdido o alterado, de tal forma que los recursos deteriorados y el sistema ecológico recuperan su funcionalidad alterada (Antequera 2004, 94).

En la normativa secundaria se ha acogido de cerca esta definición y, mediante Acuerdo Ministerial, se ha precisado a la restauración como “un derecho de la naturaleza por medio del cual, cuando esta se ha visto afectada por un impacto ambiental negativo o un daño, debe ser retornada a las condiciones determinadas por la autoridad ambiental que aseguren el restablecimiento de equilibrios, ciclos y funciones naturales” (Acuerdo Ministerial 169, artículo 1). Conforme a esta definición, quedaría en manos de la Autoridad Ambiental la determinación de las condiciones a las cuales debe retornar la naturaleza, y este mandato ha de instrumentarse a través de un acto administrativo que debe precautelar el restablecimiento del equilibrio, ciclos y funciones naturales.

Dentro del capítulo sobre los derechos de la naturaleza, también se incluyen disposiciones complementarias para la garantía de estos derechos. Por un lado, se prevé que el Estado aplique 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, incluida la prohibición de que se introduzcan elementos que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional (CRE, artículo 73). Tal disposición se fundamenta en el principio *pro-natura*, a través del cual se realiza una presunción a favor de la protección de la naturaleza, de forma que es preferible equivocarse en tomar medidas que no tomarlas. Por otro lado, se dispone la no apropiación de servicios ambientales, que se aplica a cualquier persona e incluso al Estado (CRE, artículo 74). Es importante reiterar que, en la Constitución, a pesar de reconocer a la naturaleza como sujeto de derechos, también se la considera un objeto. En efecto, el artículo 74 establece que “Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir”. Este

mandato ratifica que únicamente para los derechos antes referidos la naturaleza es un sujeto de derechos, mientras que en el marco de las restantes relaciones jurídicas continúa siendo un objeto.

Finalmente, respecto al tema de la legitimación activa, Martínez (2009, 92-3) menciona que el reconocimiento de los derechos de la naturaleza plantea simultáneamente la “titularidad” y la “tutela”. La “titularidad” tiene que ver con la condición de ser sujeto de derechos propios y la “tutela” con quién representa o hace aplicables tales derechos. El sistema de tutela de los Derechos de la Naturaleza puede y debe ser compartido entre los individuos y colectividades que tienen derecho a interponer acciones en defensa de la naturaleza.

En el Ecuador, este problema jurídico se solucionó al dotar de legitimación activa a cualquier persona para que represente a la naturaleza. El artículo 71 de la Constitución establece que cualquier persona, comunidad, pueblo o nacionalidad puede exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. En el Código Orgánico del Ambiente también se

establece una legitimación activa muy amplia (cualquier persona natural o jurídica), para adoptar las acciones legales ante las instancias judiciales y administrativas correspondientes y solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental (COA, artículo 304). En materia civil se ha establecido que la naturaleza puede ser representada por cualquier persona natural o jurídica, por una colectividad o por el Defensor del Pueblo (COGEP, artículo 38).

Finalmente, en el Código Orgánico del Ambiente se señala, como una responsabilidad específica del Estado, el garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos de la naturaleza (COA, artículo 8, numeral 2). Desde el punto de vista de los derechos, la tutela judicial efectiva ha sido conceptualizada como la posibilidad de acudir a un órgano jurisdiccional y que este otorgue una respuesta fundamentada en derecho a una pretensión concreta (sentencia). La tutela judicial efectiva está compuesta por los siguientes elementos: libre acceso a los órganos judiciales, resolución judicial motivada, derecho a recurrir, que la decisión sea ejecutable por los jueces e intangibilidad de la resolución judicial (Echeverría y Suárez 2013).

APLICACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA

La aplicación de los Derechos de la Naturaleza en el ámbito judicial ha ocurrido principalmente en materia constitucional a través de la activación de alguna de las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución, como la acción de protección, medidas cautelares, acción extraordinaria de protección y acción de incumplimiento.

Estas garantías se caracterizan por contar con un procedimiento sencillo y expedito. Son competentes, para conocer las acciones de protección y medidas cautelares, cualquier juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos, y la Corte Provincial en caso de apelación; mas, en el caso de las acciones extraordinarias de protección y la acción de incumplimiento, compete resolver a la Corte Constitucional (CRE, artículos 86, 93 y 436 numeral 5).

Vulneración de los derechos del río Vilcabamba

En 2008, el Gobierno Provincial de Loja inició trabajos para la ampliación de la vía Vilcabamba-Quinara sin contar con una licencia ambiental. Además, se habían arrojado escombros y material de excavación directamente al Río Vilcabamba, de forma que se afectaba su cauce. En diciembre de 2010, dos extranjeros presentaron por primera vez una acción de protección en nombre de la naturaleza, particularmente al Río Vilcabamba. En primera instancia, la acción se negó debido a la falta de legitimación pasiva en el caso; pero, en segunda instancia, la Corte Provincial de Loja declaró la vulneración de los derechos de la naturaleza. Su decisión se fundamentó en los siguientes aspectos: (i) la acción de protección constituye la única vía idónea y eficaz para proteger los derechos de la naturaleza; (ii) adopción del principio de precaución;

(iii) consideración de los daños a la naturaleza como daños generacionales; (iv) inversión de la carga de la prueba y adopción de la teoría del riesgo; (v) inexistencia de colisión de derechos constitucionales entre la necesidad de ampliación de la carretera y los derechos de la naturaleza (CPL, C11121-2011-0010).

En la sentencia se ordenó, como medidas de reparación, que la entidad demandada cumpliera con las recomendaciones de las acciones correctivas que el Ministerio del Ambiente (MAE) había hecho a la obra emprendida por esta entidad. También se delegó a la Dirección Provincial del Ministerio del Ambiente y Dirección Provincial de la Defensoría del Pueblo el seguimiento del cumplimiento de la sentencia. Adicionalmente, se ordenó a la entidad estatal que ofreciera disculpas públicas por iniciar una obra sin contar con el licenciamiento ambiental correspondiente (CPL, C11121-2011-0010).

Esta es la primera sentencia mediante la cual se declara la vulneración de los derechos de la naturaleza y constituye un hito importante para el desarrollo jurisprudencial en el país. El caso no acabó en esta instancia, pues los accionantes consideraron que la entidad demandada no había cumplido con la restauración del Río Vilcabamba, de manera que plantearon, en 2012, una acción de incumplimiento ante la Corte Constitucional. Esta acción fue resuelta en el año 2018, y en ella se decidió que la entidad demandada había cumplido con la totalidad de las medidas dispuestas en la sentencia (CCE, sentencia 012-18-SIS-CC). La denegación de la acción de incumplimiento responde a que, en efecto, la entidad demandada había cumplido con las medidas establecidas en la sentencia; no obstante, estas medidas no correspondían a medidas de restauración del Río Vilcabamba⁴.

En este caso es posible evidenciar las limitaciones de los operadores judiciales respecto a la comprensión de los derechos de la naturaleza: las medidas de restauración que se dictaron en sentencia no fueron verdaderas medidas de restauración, sino de remediación,

pues implicaban la recuperación de los procesos vitales del Río Vilcabamba y la integridad de los ecosistemas. Es decir que se debía considerar aspectos tales como el caudal ecológico del río, la recuperación de las especies afectadas, la descontaminación de las aguas, etc. No obstante, al haber sido el primer caso a nivel nacional relativo a derechos de la naturaleza, es comprensible que se evidencien debilidades en cuanto a la comprensión del alcance de tales derechos. En contraposición a la sentencia de este caso, en la cual el derecho a la restauración no estaba claro, la Corte Constitucional, en la Sentencia N° 166-15-SEP-CC, interpreta el derecho a la restauración y también presenta avances en la literatura al respecto, los cuales pueden guiar la interpretación en futuros casos en los que se determine la restauración de la naturaleza (Suárez 2018, 57).

Medidas cautelares para restaurar el estero Wincheles en Esmeraldas

En 2013 se produjo una rotura del Oleoducto de Crudos Pesados en el sector de Wincheles, por un asentamiento de tierra. Para enfrentar este problema se activó el Plan de Contingencia y el Programa de Remediación Ambiental, con el fin de efectivizar el derecho de la naturaleza a la restauración y de las personas a vivir en un ambiente sano. Estas acciones requerían el ingreso a los inmuebles afectados. No obstante, uno de los afectados impidió realizar las tareas de remediación y mitigación de los impactos ocasionados por el evento en su propiedad y no permitió el acceso al estero Wincheles. En consecuencia, se presentó una solicitud de medidas cautelares, cuyo fundamento fue el impedimento de ingresar a la propiedad y al Estero Wincheles para realizar las tareas de remediación correspondiente, que ponía en riesgo a la naturaleza y a los pobladores.

El Tribunal competente avocó conocimiento de la causa e inmediatamente dispuso las medidas cautelares. En este sentido, ordenó que el propietario del bien inmueble permita que trabajadores, equipos técnicos

⁴ El caso del Río Vilcabamba ha sido ampliamente estudiado y difundido, ya que constituye el primer caso en el que se demandó a nombre de la naturaleza y se resolvió judicialmente que se habían vulnerado sus derechos. En la sentencia no se ordenó la restauración del río, sino medidas de remediación que habían sido previamente determinadas por el Ministerio del Ambiente. Para un análisis más detallado del caso, revisar el documento "Defendiendo la naturaleza: Retos y obstáculos en la implementación de los derechos de la naturaleza. Caso Río Vilcabamba", de Sofia Suárez (2013), disponible en: <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/quito/10230.pdf>.

y maquinaria ingresen al predio con el propósito de acceder al estero Wincheles y sus riberas, de forma que se pudiera cumplir con las tareas de mitigación y remediación del evento de fuerza mayor. Además, dispuso que se debía precautelar la no afectación a los bienes del propietario del inmueble (TGSPE, AJ 0053-2013).

Este caso es representativo de la importancia de la activación de las garantías jurisdiccionales para la protección de los derechos de la naturaleza y la trascendencia de una actuación apegada al marco constitucional por parte de los operadores judiciales. Este hecho se evidenció en la resolución de aceptación de las medidas cautelares para salvaguardar los derechos de la naturaleza y de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Vulneración de derechos de la naturaleza por minería ilegal

Un caso de explotación y aprovechamiento ilegal de materiales pétreos en el que se impuso una sanción administrativa llegó a conocimiento de la Corte Constitucional mediante una acción extraordinaria de protección solicitada por la Agencia de Regulación y Control Minero (ARCOM). Esta se fundamentó en el hecho de que la sentencia de segunda instancia vulneraba los derechos de la naturaleza y la seguridad jurídica. Para resolver esta acción, la Corte Constitucional analizó si la sentencia dictada por la Corte Provincial vulneraba los derechos de la naturaleza contenidos en el artículo 71 de la Constitución. En el análisis se destacan los siguientes argumentos: (i) el artículo 71 de la Constitución debe interpretarse como un derecho genérico al respeto integral de la existencia de la naturaleza dentro del cual existen otros derechos, por ejemplo, su mantenimiento y regeneración; (ii) la Constitución tiene una perspectiva biocéntrica que implica una nueva relación con la naturaleza y en armonía con ella, que también requiere el respeto de los seres humanos; (iii) se considera que los derechos de la naturaleza involucran a todas las relaciones de la sociedad (CCE, sentencia 218-15-SEP-CC).

La Corte Constitucional también analizó otros aspectos, como la trascendencia de la información en los procesos de licenciamiento ambiental y la necesidad de interpretar la Constitución de manera integral, sistemática y de la forma que más favorezca a la vigencia de los derechos. Respecto a la ponderación de derechos señaló que ningún derecho es absoluto, y que, por lo tanto, existen limitaciones que se derivan del ordenamiento jurídico y de los derechos de la naturaleza (CCE, sentencia 218-15-SEP-CC).

Con estos argumentos, la Corte declaró la vulneración de los derechos constitucionales de la naturaleza, específicamente aquellos contenidos en el artículo 71 de la Constitución, y, entre las medidas de reparación integral, ordenó que el MAE realizara una inspección para determinar los posibles daños ambientales generados y su cuantificación, con el fin de que los infractores realizaran las labores de restauración del área afectada, además de la tramitación de la cuantificación de los valores de restauración mediante la vía sumaria⁵.

En este caso se destaca el desarrollo del contenido de los derechos de la naturaleza mediante el análisis que realiza la Corte Constitucional, que además trata el tema de estudio como un problema jurídico, de forma que permite realizar un análisis autónomo de este. Si bien la Corte ordena la restauración, no se conoce si esta efectivamente se realizó. Empero, en casos de retardo en la ejecución de la sentencia o de no haberse materializado esta medida como reparación integral, el resultado es una prolongación en la vulneración de los derechos de la naturaleza. Finalmente, en este caso, la Corte debió haber realizado un análisis también del derecho de la naturaleza a la restauración y no circunscribir su análisis al artículo 71 de la Constitución (Suárez 2018, 52).

Vulneración de derechos de la naturaleza por actividades camaroneras

En 2012, el Director provincial del Ministerio de Ambiente en Esmeraldas presentó una acción extraordinaria de protección en contra de una sentencia dictada

⁵ El artículo 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales establece que, en los casos que impliquen un pago en dinero al afectado, se debe determinar el monto mediante un juicio verbal sumario. En este caso no se conoce si se llegó a realizar la cuantificación de los valores relativos a la restauración en juicio separado, pues no se ha podido encontrar en los buscadores oficiales referencias a dicho proceso.

por la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas, dentro de una acción de protección que había sido interpuesta por un particular en contra de una decisión administrativa del MAE que ordenaba el desalojo parcial de una camaronera por encontrarse dentro de un área protegida. Los fundamentos de la acción extraordinaria de protección fueron la vulneración de los derechos de la naturaleza y violación del derecho al debido proceso debido a la falta de motivación de la sentencia.

La Corte realizó el análisis sobre la garantía de motivación de la sentencia en función de los derechos de la naturaleza y, en él, se destacan los siguientes argumentos. 1. La Constitución refleja una visión biocéntrica, donde la relación jurídica naturaleza-humanidad difiere de la tradicional concepción en la cual el ser humano es el centro de esta relación y la naturaleza es únicamente proveedora de recursos. 2. El artículo 71 de la Constitución implica la protección de la naturaleza en el conjunto de sus elementos (integralidad), pero también para cada uno de ellos individualmente considerados -ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. 3. La ciudadanía tiene un papel fundamental en la protección de los derechos de la naturaleza y está legitimada para representar a la naturaleza cuando se han vulnerado sus derechos. 4. Los derechos de la naturaleza son transversales en el ordenamiento jurídico, por lo tanto, todas las actuaciones del Estado y de los particulares deben realizarse observando estos derechos. 5. Se interpreta el derecho a la restauración y se lo define como:

“La recuperación o rehabilitación de la funcionalidad ambiental, de sus ciclos vitales, estructura y sus procesos evolutivos, sin considerar las obligaciones adicionales de carácter económico que el responsable del daño deba cancelar a quienes dependan de los sistemas naturales afectados. Este

derecho se refiere [...] a la *restitutio in integrum*, es decir, a la plena restitución de la naturaleza mediante la reparación de los daños producidos en el medio físico hasta regresar en lo posible el ecosistema original”. (CCE, sentencia 166-15-SEP-CC)

Otras consideraciones de la Corte se refieren a que el carácter constitucional de los derechos de la naturaleza implica que los órganos judiciales deben velar por su tutela y protección en los casos que conocen.

Finalmente, respecto a la garantía de motivación, se señala que la sentencia de la Corte Provincial carece de lógica debido a la ausencia de coherencia e interrelación de causalidad entre los presupuestos de hecho, las normas jurídicas aplicadas y la conclusión de los operadores de justicia (S. 166-15-SEP-CC, CCE).

Con estos argumentos, la Corte Constitucional declaró la vulneración del derecho al debido proceso respecto de la garantía de motivación y, como medidas de reparación integral, decidió retrotraer el proceso hasta el momento en que se produjo la vulneración de los derechos constitucionales, es decir, cuando se dictó la sentencia de apelación. También ordenó la realización del procedimiento de segunda instancia para resolver nuevamente el recurso de apelación (CCE, sentencia 166-15-SEP-CC). En este caso se destaca la interpretación que realizó la Corte Constitucional respecto del derecho de la naturaleza a la restauración, en la cual se diferencia a esta de las indemnizaciones a las que puedan tener derecho las personas y se pone énfasis en que la restauración es un derecho independiente del que debe gozar la naturaleza. En cuanto a la medida de reparación integral dictada en sentencia, es discutible su efectividad, ya que retrotraer el proceso judicial implica que el derecho siga vulnerado hasta que exista una resolución ejecutoriada (Suárez 2018, 56).

TENDENCIAS DEL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA A NIVEL INTERNACIONAL

La idea de reconocer derechos a la naturaleza día a día va cobrando fuerza a nivel mundial. Países como Bolivia, Nueva Zelanda y Colombia han incorporado

este enfoque en su legislación o mediante la jurisprudencia. A continuación, revisaremos estos casos concretos.

Bolivia

La Constitución de Bolivia de 2009 reconoce de forma tácita derechos a los seres vivos. En su artículo 33 prescribe: “las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente”. Este reconocimiento sirvió de fundamento para la expedición de dos leyes que explícitamente regulan los derechos de la Madre Tierra.

La Ley de Derechos de la Madre Tierra (2010) establece que su finalidad es reconocer los derechos de la Madre Tierra, y define a esta como “el sistema viviente dinámico conformado por la comunidad indivisible de todos los sistemas de vida y los seres vivos, interrelacionados, interdependientes y complementarios, que comparten un destino común” (LDMT, artículo 3).

Según el artículo 5 de esta ley, la Madre Tierra tiene el carácter jurídico de sujeto colectivo de interés público; de esta forma, la Madre Tierra y sus componentes, las comunidades humanas inclusive, son titulares de los derechos que se reconocen en dicha ley.

Explícitamente se reconoce a la Madre Tierra los derechos: a la vida, a la diversidad de la vida, al agua, al aire limpio, al equilibrio, a la restauración y a vivir libre de contaminación (LDMT, artículo 7). Según este cuerpo normativo, los derechos establecidos en la ley no limitan la existencia de otros derechos de la Madre Tierra (LDMT, artículo 5).

La Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien (2012) tiene por objeto establecer la visión y fundamentos para lograr un desarrollo integral, en armonía y equilibrio con la Madre Tierra, así como lograr el Vivir Bien. Establece varios principios aplicables a los derechos de la Madre Tierra, entre los cuales se destacan: la interdependencia y apoyo mutuo de derechos, la no mercantilización de las funciones ambientales de la Madre Tierra, y la garantía de restauración y de regeneración de la Madre Tierra (LMMTDI, artículo 4).

Esta ley cuenta con una sección sobre la protección y garantía de los derechos de la Madre Tierra y establece que son responsables de estas tareas, las autoridades públicas administrativas y jurisdiccionales. Además, los derechos son protegidos y defendidos ante la jurisdicción ordinaria, agroambiental y jurisdicción indígena campesina (LMMTDI, artículos 34-36).

Están legitimados para reclamar por la vulneración de estos derechos: (i) las autoridades públicas, el Ministerio Público, la Defensoría de la Madre Tierra y el Tribunal Agroambiental; (ii) las personas individuales o colectivas directamente afectadas; y (iii) le corresponde denunciar la ruptura de derechos de la Madre Tierra a cualquier persona individual o colectiva (LMMTDI, artículo 39). La vulneración de estos derechos se considera una vulneración del derecho público y de los derechos colectivos e individuales (LMMTDI, artículo 38).

Nueva Zelanda

En Nueva Zelanda se ha reconocido mediante ley al área Te Urewera (2014) y al Río Whanganui (2017) como entidades de derechos y se los asimila a personas jurídicas.

En el caso de Te Urewera, se desarrolló una ley que tiene como objetivo establecer y preservar a perpetuidad la identidad legal y estado de protección de Te Urewera, debido a su valor intrínseco, sus distintivos valores naturales o culturales, y la integridad de dichos valores, así como su importancia nacional (TUA, artículo 4).

Se declara a Te Urewera como una entidad legal que tiene todos los derechos, poderes, deberes y responsabilidades de una persona jurídica. La Junta Te Urewera representa a esta área respecto al ejercicio de los derechos y responsabilidades (TUA, artículo 11).

En el caso del Río Whanganui, se reconoció mediante ley al área Te Awa Tupua, que comprende el Río Whanganui, desde las montañas hasta el mar, e incorpora todos los aspectos físicos y “metafísicos” de esta entidad, a la que se considera viviente e indivisible (TATCSA, artículo 12). La importancia del área radica

en que constituye una entidad física y espiritual que sustenta tanto la vida como los recursos naturales que abarca el Río Whanganui, así como la vida y bienestar de las comunidades que habitan ahí. De forma adicional, en la ley se enfatiza la especial conexión que existe entre las comunidades y el río, así como las responsabilidades respecto a la salud y bienestar que estas tienen sobre el área (TATCSA, artículo 13).

Se declara a Te Awa Tupua como una entidad legal con los derechos, poderes, deberes y responsabilidades de una persona jurídica (TATCSA, artículo 14), y se establece la “oficina Te Pou Tupua”, que la representa en el ejercicio de los derechos y responsabilidades, y que constituye “la cara humana de Te Awa Tupua y actúa en su nombre” (TATCSA, artículo 18, numeral 2).

Colombia

En 2016, la Corte Constitucional de Colombia reconoció al Río Atrato como sujeto de derechos. La Corte conoció una acción de tutela presentada respecto a la existencia de minería ilegal, debido a la conducta omisiva de las autoridades estatales en el departamento del Chocó colombiano. Para fundamentar la demanda, los accionantes alegaron la vulneración de sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio.

La Corte realizó un extenso análisis sobre la normativa y la grave situación ambiental, en el que se destacan los siguientes argumentos: (i) La necesidad de evolución en la interpretación del derecho y progresividad para la protección de los derechos, (ii) el enfoque ecocéntrico, (iii) el interés superior del medio ambiente y (iv) los derechos bioculturales.

También se destaca la consideración que realiza la Corte respecto al Derecho Ambiental. En efecto, señala que uno de los desafíos más grandes para el constitucionalismo en materia ambiental es lograr la protección efectiva de la naturaleza, no por la simple utilidad que representa para el ser humano, sino porque se trata de una entidad viviente compuesta por otras múltiples formas de vida y representaciones culturales que, por lo tanto, son sujetos de derechos individualizables y merecedores de protección (T-622, CCC, F. 9.27). Este reconocimiento también se deriva del nuevo enfoque jurídico de los derechos bioculturales, en el que se destaca la profunda relación que existe entre la naturaleza y los seres humanos, y que tiene como consecuencia que, en los ordenamientos jurídicos, se conciba a esta como sujeto de derechos (T-622, CCC, F. 9.28). Adicionalmente, hace alusión a la necesidad de que la justicia con la naturaleza se aplique más allá de las personas y que de esa forma se le permita a esta ser sujeto de derechos (T-622, CCC, F. 9.31).

La Corte establece que, para el efectivo cumplimiento de esta declaratoria, corresponde al Estado, de forma conjunta con las comunidades étnicas que habitan en la cuenca del Río Atrato, ejercer la tutoría y representación legal de los derechos del río. La Corte, además, ordena varias medidas con las que pretende lograr la restauración del río, así como revertir la grave crisis generada debido a las actividades de minería ilegal. Respecto a los derechos de la naturaleza, sobresalen las siguientes medidas: el diseño y ejecución de un plan de descontaminación de la cuenca del río Atrato, recuperar los ecosistemas y evitar daños adicionales, la elaboración de una línea base de indicadores ambientales y la conformación de un panel de expertos para la verificación del cumplimiento de las órdenes (T-622, CCC, F. 9.32).

CONCLUSIONES

El reconocimiento de los derechos de la naturaleza responde a un proceso de evolución del derecho. Si bien años atrás era un asunto inconcebible que la naturaleza fuera un sujeto de derechos, ya se venía estudiando en diversos países la necesidad de cambiar el

paradigma tradicional de relación de los seres humanos con la naturaleza, con el fin de dar una respuesta a los graves problemas ambientales que acaecen a nivel mundial. La inclusión de los derechos de la naturaleza en el texto constitucional ecuatoriano responde a un

proceso social de cambios y a la lucha de varios colectivos, los pueblos indígenas inclusive, de forma que se ha logrado, finalmente, que concepciones ancestrales como el buen vivir, la *Pacha Mama* y el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos fueran incluidas en la Constitución. El texto constitucional adopta la teoría biocéntrica y se reconoce expresamente derechos a la naturaleza, con un capítulo específico para ellos, pero existe reserva constitucional para la creación de estos derechos.

El reconocimiento de derechos a la naturaleza no impide que los seres humanos utilicen recursos de la naturaleza para su bienestar, siempre y cuando se proteja de forma integral los ecosistemas, para que permanezcan saludables.

La restauración implica un derecho propio de la naturaleza, y es independiente del derecho a indemnizaciones y compensaciones que les corresponda a las personas o colectivos. Este principio se refleja también en la normativa procesal, que señala la necesidad de plantear acciones diferentes para perseguir la restauración por un lado y la indemnización o compensación por otro.

En Ecuador, la aplicación de los derechos de la naturaleza en el ámbito judicial ha ocurrido principalmente en materia constitucional. Existen diversas garantías jurisdiccionales en esta materia, tales como la acción de protección, medidas cautelares y acción extraordinaria de protección. Respecto a este tema destaca el rol fundamental de los jueces en la interpretación de los derechos de la naturaleza. La Corte Constitucional ha tenido un rol esencial en la interpretación de este nuevo paradigma constitucional y, a través de su jurisprudencia, ha ido dotando de contenido a estos derechos. No obstante, todavía se requiere un mayor desarrollo jurisprudencial que se enfoque en el contenido mismo de los derechos de la naturaleza, a través del cual se ordenen medidas adecuadas para lograr su restauración en los casos en que ha habido afectaciones a la naturaleza.

A nivel internacional, los derechos de la naturaleza también ganan terreno. Países como Bolivia y Nueva Zelanda han adoptado legislación que reconoce como sujeto de derecho a la naturaleza, mientras que Colombia lo ha hecho mediante la jurisprudencia. Este panorama refleja la importancia que ahora se da a nivel mundial al cambio de paradigma que enfoca la relación de los seres humanos con la naturaleza.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta, Alberto. 2011. Los Derechos de la Naturaleza. Una lectura sobre el derecho a la existencia. En *La Naturaleza con Derechos. De la filosofía a la política*, comps. Alberto Acosta y Esperanza Martínez, 317-362. Quito: Abya Yala.
- _____. 2012. Extractivismo y derechos de la naturaleza. En *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, ed. Boaventura de Sousa Santos y Agustín Grijalva, 157-177. Quito: Abya Yala.
- Albán, María Amparo y René Bedón. 2018. *Responsabilidad ambiental en Ecuador: Conceptos e implementación en materia hidrocarburífera*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Antequera, Jesús Conde. 2014. *El deber jurídico de restauración ambiental*. Granada: Comares.
- Ávila Santamaría, Ramiro. 2011. *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Abya Yala.
- Barié, Cletus. 2014. Nuevas narrativas constitucionales en Bolivia y Ecuador: el buen vivir y los derechos de la naturaleza. *Revista de Estudios Latinoamericanos* 59 (julio-diciembre): 9-40.
- Cano, Lidia. 2018. Rights of Nature: Rivers that can stand in Court. *Resources* 7 (febrero): 1-14.
- Echeverría, Hugo y Sofía Suárez. 2013. *Tutela Judicial Efectiva en Materia Ambiental: El caso ecuatoriano*. Quito: CEDA.
- Gudynas, Eduardo. 2011. Desarrollo, Derechos de la Naturaleza y Buen Vivir después de Montecristi. En *Debates sobre cooperación y modelos de desarrollo. Perspectivas desde la sociedad civil en el Ecuador*, ed. Gabriela Weber, 83-102. Quito: Centro de Investigaciones CIUDAD y Observatorio de la Cooperación al Desarrollo.
- Larrea Holguín, Juan. 2005. *Manual Elementario de Derecho Civil del Ecuador*, Vol. I. Quito: Corporación de Estudios y Corporaciones.
- Martínez, Esperanza. 2009. Los Derechos de la Naturaleza en los países Amazónicos. En *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, comps. Alberto Acosta y Esperanza Martínez, 85-98, Quito: Abya Yala.
- Melo, Mario. 2009. Los Derechos de la Naturaleza en la nueva Constitución ecuatoriana. En *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, comps. Alberto Acosta y Esperanza Martínez, 51-62. Quito: Abya Yala.
- Simon, Farith. 2013. Derechos de la naturaleza: ¿innovación trascendental, retórica jurídica o proyecto político? *Iuris dictio* 15 (enero- junio): 9-38.
- Suárez, Sofía. 2018. ¿La Naturaleza va a la Corte? Una década de avances de la justicia constitucional CONPEDI. *IX Encuentro Internacional do CONPEDI*. Quito.
- Stone, Christopher. 1972. ¿Los árboles deberían tener legitimidad procesal? Hacia un reconocimiento de los derechos legales de los objetos naturales. En *Derecho Ambiental y Justicia Social*, Colin Crawford. Bogotá: Siglo de Editores.
- Stutzin, Godofredo. 1984. Un imperativo Ecológico: reconocer los derechos de la naturaleza. *Ambiente y Desarrollo*, 1 (diciembre): 97-114.
- Zaffaroni, Eugenio. 2011. La Pachamama y el humano. En *La Naturaleza con Derechos. De la filosofía a la política*, comps. Alberto Acosta y Esperanza Martínez, 25-137. Quito: Abya Yala.

Normativa y jurisprudencia

- Acción de Protección N° 010-2011, Caso N° 11121-2011-0010. 30/03/2011. Ecuador: Corte Provincial de Loja.
- Acta de Juicio N° 0053-2013, Proceso N° 08242-2013-0053. Ecuador: Tribunal Segundo de Garantías Penales de Esmeraldas.
- Acuerdo Ministerial N° 169. 2012. Ecuador: Ministerio del Ambiente. Registro Oficial N° 791 de 07/03/2012.
- Codificación del Código Civil. 2005. Ecuador: Congreso Nacional. Registro Oficial Suplemento 46 de 4/06/2005.
- Código Orgánico General de Procesos. 2015. Ecuador: Asamblea Nacional. Registro Oficial Suplemento 506, 22/05/2015.
- Código Orgánico del Ambiente. 2017. Ecuador: Asamblea Nacional. Registro Oficial Suplemento 983 de 12/04/ 2017.
- Constitución de la República del Ecuador. 2008. Ecuador: Asamblea Nacional Constituyente. Registro Oficial 449, 20/10/2008.
- Constitución Política de la República de Bolivia. 2009. Bolivia: Asamblea Constituyente. Gaceta Oficial Estado Plurinacional de Bolivia. Edición CPE 2009, 07/02/2009.
- Ley de Derechos de la Madre Tierra. 2010. Bolivia: Asamblea Legislativa Plurinacional. Gaceta Oficial Estado Plurinacional de Bolivia. Edición 205NEC, 21/12/2010.
- Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien. 2012. Bolivia: Asamblea Legislativa Plurinacional. Gaceta Oficial Estado Plurinacional de Bolivia, Edición 431NEC, de 15/10/2012.
- Sentencia T-622. 10/11/2016. Colombia: Corte Constitucional.
- Sentencia N° 166-15-SEP-CC. 20/05/2015. Ecuador: Corte Constitucional del Ecuador.
- Sentencia N° 218-15-SEP-CC. 09/07/2015. Ecuador: Corte Constitucional del Ecuador.
- Sentencia N° 012-18-SIS-CC. 28/03/2018. Ecuador: Corte Constitucional del Ecuador.
- Te Awa Tupua–Whanganui River Claims Settlement Act. 2017. Nueva Zelandia: New Zealand Parliamentary Council Office.
- Te Urewera Act. 2014. Nueva Zelandia: New Zealand Parliamentary Council Office.

**DERECHOS DE LA NATURALEZA Y JUSTICIA ECOLÓGICA.
HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE OTROS SENTIDOS JURÍDICOS Y EPISTÉMICOS
EN ECUADOR**

**RIGHTS OF NATURE AND ECOLOGICAL JUSTICE.
TOWARDS THE CONSTRUCTION OF DIFFERENT EPISTEMIC AND LEGAL SENSES
IN ECUADOR**

**DIREITOS DA NATUREZA E JUSTIÇA ECOLÓGICA.
CON VISTA A CONSTRUÇÃO DE OUTROS SENTIDOS JURÍDICOS E EPISTÉMICOS
NO EQUADOR**

*Paúl Córdova Vinueza**

Recibido: 02/05/2019

Aprobado: 06/07/2019

Resumen

La presente contribución identifica las razones civilizatorias y epistémicas para entender la vulnerabilidad de los derechos de la naturaleza en relación a la política constitucional y su visión de justicia ambiental, considerando los desafíos que requiere la justicia ecológica. A fin de conseguirlo, problematiza sobre su vigencia y ejercicio, recurre a las interacciones de los conflictos socio-económicos y revisa las implicaciones del modelo civilizatorio en la obstrucción de un proyecto de vida distinto que proteja los derechos de la naturaleza. Las perspectivas que animan esa discusión provienen de una premisa central: el Derecho ha incorporado distintas visiones cognoscitivas que no necesariamente han logrado considerar las problemáticas de la naturaleza, y han sido escasos los esfuerzos para propiciar una evolución del Derecho en la posibilidad de dimensionar las condiciones en que todos los ámbitos del desarrollo humano pueden afectarla. Si bien el caso de análisis surge de la Constitución ecuatoriana de 2008, se pretende ensayar hipótesis de análisis que pueden ser cercanas para cualquier Estado, poniendo en entredicho la subsistencia de los derechos relacionados con la vida, la tierra y el ambiente.

Palabras clave: Derechos de la naturaleza; Saber jurídico; Epistemología; Constitución socio-económica; Justicia ecológica; Justicia ambiental

Summary

This contribution identifies the civilization and epistemic reasons for understanding the vulnerability of nature's rights in relation to constitutional policy and its vision of environmental justice. In order to achieve this, it problematizes its validity and exercise, resorts to the interactions of socio-economic conflicts and reviews the implications of the civilization model in the obstruction of a different life project that protects the rights of nature. The perspectives that encourage this discussion come from a central premise: Law has incorporated different cognitive visions that have not necessarily managed to consider the problems of nature, and efforts to promote an evolution of Law in the possibility of dimensioning conditions have been scarce in which all areas of human development can affect it. Although the case of analysis arises from the Ecuadorian Constitution of 2008, it is intended to test hypotheses of analysis that may be close to any State, calling into question the subsistence of rights related to life, land and the environment.

Key words: Nature's rights; Know legal; Epistemology; Socio-economic constitution; Ecological justice; Environmental justice

* Es docente en la Universidad Central del Ecuador y Universidad Técnica del Norte. Doctor en Jurisprudencia (UCE) y Msc. de Investigación en Derecho, mención Derecho Constitucional (UASB-E). Correo electrónico: hpaulcordova@yahoo.es

Resumo

A presente contribuição identifica as razões civilizadas e epistémicas para entender a vulnerabilidade dos direitos da natureza relacionados à política constitucional e sua visão sobre a justiça ambiental, considerando os desafios requeridos por a justiça ecológica. A fim de consegui-lo. A fim de consegui-lo estabelece uma problemática entre sua vigência e seu exercício, recorre às interações de conflitos socioeconômicos e revisa as implicações do modelo civilizado na obstrução de um projeto de vida distinto que proteja os direitos da natureza. As perspectivas que animam essa discussão são provenientes de uma premissa central: o direito vem incorporando diferentes visões cognitivas

que não necessariamente conseguiram considerar as problemáticas da natureza, e são escassos os esforços para propiciar uma evolução do Direito com a possibilidade de dimensionar as condições em que todos os âmbitos do desenvolvimento humano podem afetá-la. O caso de análise surge desde a Constituição equatoriana de 2008; se pretende ensaiar hipóteses de análises que podem ser próximas para qualquer Estado, posto em entrelinhas, a subsistência dos direitos relacionados com a vida, a terra, e o ambiente.

Palavras chave: Direitos da natureza; Saber jurídico; Epistemologia; Constituição socioeconômica; Justiça ecológica; Justiça ambiental

*“Tomar agua, nos da vida. Tomar conciencia, nos dará agua”
Escrito en una pared de Quito, Ecuador, por Acción Poética Quito*

INTRODUCCIÓN

Los cánones constitucionales empleados en el siglo XX para explicar la protección del derecho al ambiente son insuficientes para el desarrollo de la justicia ambiental y encaran la discusión desde los nudos conflictivos en el marco de la profundización de los derechos atribuidos a la naturaleza. Toda Ley Fundamental crea un orden económico que deviene en tensiones con los derechos fundamentales por las regulaciones que subyacen en el sistema constitucional. Así, la Constitución socioeconómica permea y condiciona los elementos del campo constitucional ambiental que coadyuvarían a la tutela del conjunto de derechos de la naturaleza, los cuales constituirían los objetivos del sistema constitucional económico para la generación y protección de la justicia ambiental.

La presente contribución explora el cumplimiento de los derechos de la naturaleza como una problemática del Estado constitucional de derechos y justicia en Ecuador, y aborda los factores jurídicos, procesales, institucionales y culturales más inmediatos que permiten hacer un balance desde las responsabilidades del Estado en sus obligaciones de proteger y garantizar aquellos derechos.

La hipótesis consistiría en señalar que se debe asumir el desafío de deconstruir las nociones jurídicas y las prácticas institucionales que dificultan la comprensión de estos derechos y, al mismo tiempo, hay que impulsar acciones propositivas para constituir nuevos sentidos jurídicos y epistemológicos para su protección efectiva. De otra manera, la situación de los derechos de la naturaleza estará condicionada por los objetivos coyunturales de la política económica del gobierno en funciones y por los propósitos extractivos que se presentan como un proyecto hegemónico de carácter material y simbólico que altera la realización de condiciones óptimas para la justicia ambiental.

Según esa perspectiva, el presente trabajo inicia la discusión sobre las razones que justificarían una comprensión más integral sobre el desarrollo y la protección de los derechos desde el cambio del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado a los derechos de la naturaleza. A continuación, confronta las necesidades de la justicia ambiental frente a las contradicciones que generaría sobre ésta la política constitucional socioeconómica en la Constitución de

2008. Después, ubica la discusión sobre una contras-tación entre las utopías y las distopías de los derechos de la naturaleza para relevar las limitaciones y las res-tricciones a la vigencia de aquellos derechos desde la institucionalidad jurídica y la institucionalidad esta-tal. Más adelante, hace un acercamiento a la preocu-pación sobre los derechos de pueblos y nacionalidades

a partir de su vinculación con los derechos de la tierra o de la naturaleza. Para concluir, anuncia unas con-clusiones de los tópicos tratados que también pueden entenderse como recomendaciones urgentes para la transformación de las dimensiones epistemológicas y culturales en torno a los discursos jurídicos que fun-damentan los derechos *in comento*.

¿DERECHO AL AMBIENTE O DERECHOS DE LA NATURALEZA?

La incorporación de los derechos de la natura-leza en la Constitución ecuatoriana representa una señal potente de cambio civilizatorio y también su-pone un aporte al pensamiento crítico del Derecho. Los ordenamientos constitucionales de la región y los instrumentos internacionales consideraron un impor-tante avance el reconocimiento del derecho al goce de un ambiente sano y equilibrado por su íntima relación con otros derechos como la vida, la integridad física, el trabajo, la propiedad, la libre circulación, el desa-rrollo, la libre iniciativa económica; y esta conexión coadyuvaría a su mejor realización, puesto que aquel derecho y los otros mencionados son parte de la pro-tección del derecho a la vida. La preocupación de esos ordenamientos enfocados hacia el derecho al ambien-te estaba orientada a cuáles serían las condiciones que permitirían el derecho al goce de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Para Pereira Flores, la cuestión ambiental tiene directa relación con la uti-lización de ciertos recursos naturales y sostiene lo siguiente:

La humanidad requiere un cambio: un actuar de forma solidaria que deje de lado prácticas egoístas y ciertos comportamientos muy arraigados. De lo contrario, no se lograrán resultados beneficiosos –sin perjuicio de que existe una sanción implícita, que es el daño sobre la vida misma–; porque, en la extensa temática vinculada al medio ambiente, todo se encuentra relacionado: no existen fronte-ras políticas, económicas ni sociales. Aun así, de-bemos ser conscientes de que abordar las causas del deterioro ambiental significa en muchos casos ir en contra de las bases estructurales de la econo-mía (Pereira Flores 2004, 533).

Christian Cao (2015) analiza el derecho al ambiente natural y al patrimonio cultural a partir de su cuidado en vinculación con el bloque de las normas socioeco-nómicas que puede repercutir en, al menos, tres sen-tidos. Desde la perspectiva del objeto de la tutela del derecho, menciona que el derecho al ambiente tutela los bienes naturales y culturales para la satisfacción de las necesidades presentes. Sostiene que, por un lado, el ambiente natural está asociado a los recursos natura-les y serían los bienes que ofrece la naturaleza (suelo, subsuelo, flora y fauna, agua, minas) en cuanto no han sido transformados por el hombre y puedan serle úti-les. Por tal motivo, cree que todo uso, tratamiento o disposición de bienes –sea para consumo final o sea para la realización de actividades de reproducción– debe considerar el límite impuesto por la protección ambiental mediante el texto supremo y definido parti-cularmente por el legislador (Cao 2015).

La utilización de los recursos naturales para la satis-facción de las necesidades actuales se encuadra en un marco de provecho racional de los recursos naturales y se incardina con la proyección futura de su tutela. Para este autor, el problema sobre la titularidad (pre-sente y futura) del derecho al ambiente puede conte-nerse a partir de dos principios: el de sustentabilidad ambiental y el precautelatorio.

Las problemáticas de afectación al ambiente no fueron resueltas con la declaración de este derecho ni con medidas constitucionales declaradas por la regla suprema como en el caso argentino reseñado por Cao y, proba-blemente, acaso ahí pueda encontrarse la justificación para crear los derechos de la naturaleza como medida preventiva del propio ordenamiento constitucional

que fortalezca los derechos relacionados con el ambiente. Las medidas constitucionales que podrían explicar la innovación de los derechos son consideradas por este autor como límites constitucionales al ejercicio de los derechos y mandatos legislativos orientados a los poderes constituidos:

- a) Que las actividades productivas actuales no comprometan a las generaciones futuras;
- b) La utilización racional de los recursos naturales;
- c) Consecuentemente, el deber de preservar el ambiente (natural y cultural) y la diversidad biológica;
- d) Que el daño ambiental genere prioritariamente la obligación de recomponer, y no la mera reparación compensatoria-pecuniaria;
- e) Proveer la información y educación ambiental;
- f) Establecer presupuestos mínimos de protección ambiental (Cao, 2015).

No obstante, ¿cuáles son las razones por las cuales se encuentran tantos obstáculos para el goce del derecho a un ambiente sano y equilibrado a pesar de constar expresamente en las normas constitucionales? La problemática de la eficacia en torno a este derecho podría discutirse desde las deficiencias de las sociedades para la formación de una conciencia ambiental que permita incorporarlo en sus realidades de vida. El origen de esta carencia estaría muy relacionado con el corazón de la civilización occidental. Oviedo Freire lo explica así:

Los latino-romanos empezaron la invasión, evangelización, colonización y civilización por la fuerza del ‘Cercano Oriente’, posteriormente de Europa del Sur, y finalmente de los llamados pueblos ‘bárbaros’ de Europa del Norte. (Los hombres rubios eran considerados como los más bárbaros –genéticamente hablando– por los griegos, que eran mayoritariamente de pelo negro; y hoy, irónicamente es al revés). A su vez fueron los europeos, hace 500 años quienes se encargarían de imponerla al mundo entero. El argumento y fundamento para impulsarlo fue la supraculturalidad de ‘occidente y de la razón’ sobre los esclavos, las mujeres, los pueblos no-occidentales, y la naturaleza, a través de su desacralización (extirpación de idolatrías) para proceder a su explotación despiadada. Y así centralizar todo, desde hace 2.000 años, en el

hombre civilizado como fin de toda la existencia, y al cual todos deben prestar servicio: esclavos, mujer, naturaleza, materia, ciencia. Así hasta el día de hoy (Oviedo Freire 2013, 105-6).

Para este autor, el desprecio hacia la naturaleza se consolidó paulatinamente mediante el pensamiento de grandes autores que fueron exaltados y cuyos postulados se propagaron desde el conocimiento académico. Cita el caso de Newton, quien dividió la vida en seres vivos y seres inertes, sujetos y objetos, donde consagró la superioridad del hombre y la inferioridad de la naturaleza como premisas máximas del monoteísmo-monárquico hasta la actualidad. Según Oviedo Freire, hemos seguido un listado de autores promulgadores y ejecutores del “embate contra la *matrilidad* (naturaleza-salvajes-mujer-sensibilidad-espiritualidad) y de encumbramiento de la razón-materialidad-capital, que constituye el eje de existencia y fin del paradigma patriarcalista” (Oviedo Freire 2013, 109).

De ahí que el pensamiento occidental sea el resultado de concepciones dominantes frente a la naturaleza para propiciar su explotación, negación y menosprecio. Según este autor, hoy tenemos una pérdida de encanto por el mundo, encaminado hacia la racionalización y banalización total de la vida; y lo explica así:

Así se confirmó y consolidó la desacralización de la naturaleza (cosificación) comenzada por los racionalistas helénicos, quienes concretizaron teóricamente la separación y superposición entre unos hombres y otros (esclavismo), entre el hombre y la mujer (androcentrismo), entre el hombre adulto y el hombre joven (patriarcalismo), entre el hombre y los demás seres de la vida (antropocentrismo), entre el hombre ‘blanco’ y los demás hombres de la Tierra (racismo), entre la cultura europea y las demás culturas del mundo (eurocentrismo), entre los heterosexuales y los homosexuales (heterocentrismo), e incluso de Dios, al cual también conciben separadamente (teocentrismo) (Oviedo Freire 2013, 109).

Si la Norma Fundamental de algunos países incluyó la descripción del derecho a un ambiente sano y equilibrado, ¿ha sido suficiente para generar las políticas

y la legislación encargadas de crear condiciones para su desarrollo? Las aproximaciones a esta pregunta de análisis pueden ser contestadas desde dos aristas. La primera, desde la perspectiva de las políticas públicas y su visión del desarrollo; y, la segunda, desde la perspectiva jurídica y sus efectos.

La optimización del Derecho con miras a obtener un ambiente sano y equilibrado no es posible en medio de las condiciones de crisis civilizatoria universal y decadencia del esquema primario exportador. Por tal motivo, este derecho ha sido reformulado en la Constitución ecuatoriana¹ y se mantiene junto con un

grupo de derechos que pueden representar los puntos de partida para justificar y pensar en otras formas de desarrollo: los de la naturaleza.

El rumbo de aquellos derechos (al de un ambiente sano y equilibrado y a los de la tierra) está directamente relacionado con el rol de las capacidades del ser humano que enfatizan otras formas de desarrollo en función de todos los elementos que realmente necesitamos como sociedad, con perspectivas de respeto a la naturaleza y la búsqueda de otras alternativas productivas en los ámbitos industriales, comerciales, culturales y de sobrevivencia.

LA VISIÓN DE LA JUSTICIA AMBIENTAL FRENTE A LA POLÍTICA CONSTITUCIONAL SOCIOECONÓMICA

Para mirar el presente de esos derechos y pensar su futuro es preciso advertir que el desarrollo se ha construido a partir de visiones excluyentes y desiguales para los derechos de los pueblos y la naturaleza. La búsqueda de un modelo de desarrollo propio y de sus alternativas requiere alterar y reinventar los sistemas económicos, políticos, culturales y ambientales de dominación, incluso repensar aquellos imaginarios y prácticas en torno a la vida, la producción, el consumo y las maneras en que nos relacionamos como individuos y nuestras necesidades (¿en verdad convivimos?).

La existencia de aquellos derechos debe tomar distancias y marcar propiciar disputas con un concepto de desarrollo asociado a un modo de vida sustentado en la economía de consumo y que ha creado prácticas y subjetividades orientadas a legitimar la reproducción social basada en la mercantilización de los derechos y servicios, la privatización de oportunidades, la exclusión para el desarrollo de capacidades y el sometimiento de la condición humana a los propósitos y bondades del capital –en su perspectiva de ponerle un precio a todo acto humano y de constreñirlo a la lógica de la oferta-demanda-costo–.

Frente a ese canon del desarrollo –para asegurar la autoexpansión del capital–, la preocupación acerca de qué pueda pasar con estos derechos supone construir otro(s) paradigma(s): alternativas al desarrollo actual que interpelen las condiciones de producción, privilegien el estímulo de capacidades y oportunidades con responsabilidad ambiental e incentiven las fortalezas productivas de los pueblos y nacionalidades con sus modos de vida para vincularlos con el conjunto de políticas públicas dirigidas hacia el desarrollo de sus culturas, conocimientos, sentimientos y pensamientos. Si queremos ver que los derechos en discusión tienen algo de futuro, mi planteamiento es una necesidad; pero, también, una decisión de responsabilidad para frenar el modelo acumulador y depredador que impera en el mundo. Pensar otro desarrollo es disputar la construcción de un nuevo pacto civilizatorio.

Aquellos propósitos son viables si los Estados redefinen sus políticas públicas en base a visiones que rectifiquen el desarrollo hacia enfoques inclusivos para repensar la satisfacción de derechos, igual acceso a oportunidades y condiciones compartidas para producir. No se trata de vivir todos de la misma forma,

¹ El art. 66, numeral 27 de la Norma Fundamental lo define como “El derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza”.

sino bajo la expansión de iguales derechos para promover potencialidades humanas, oportunidades sociales y alternativas que respeten la vida de las personas, así como la protección de las libertades públicas para vivir y desarrollar(se).

El mejoramiento de las condiciones de los derechos *in comento* es posible mediante la descolonización de la vida humana y las maneras para armonizarla con el ambiente. Esta meta será viable con políticas públicas en desarrollo inclusivo e innovación que privilegien la potenciación de capacidades humanas y la profundización de políticas redistributivas para alcanzar la articulación de prácticas de economía social y solidaria. Sin embargo, conviene puntualizar que tales políticas deben reconocer y coadyuvar todas las expresiones –laborales, comerciales o industriales– de sectores que pueden tener diferencias y disensos con relación a los enfoques anunciados, pero que merecen respuestas y oportunidades para innovar, producir y crear oportunidades.

La innovación radica en que hace falta un desarrollo que pueda crear otras estrategias y objetivos en las políticas, para reformularlas en la perspectiva de que las capacidades y potencialidades de los individuos se conviertan en ejes articuladores y generadores de nuevas riquezas y potenciadores de oportunidades, con su correspondiente redistribución hacia mayores mecanismos incluyentes que corrijan las desigualdades². No es posible un nuevo pacto civilizatorio sin la búsqueda de otros referentes y paradigmas para la vida, el desarrollo y la innovación.

El paso del derecho a un ambiente sano (1) a los derechos de la naturaleza (2) implicó precisar diferencias que también busquen otras comprensiones de aquellos inconvenientes que no fueron superados por el reconocimiento del derecho a un ambiente sano, calidad ambiental y calidad de vida. En la valoración del primero correspondía un carácter instrumental, utilitaria y económica, mientras que, en los derechos de la naturaleza, la valoración es intrínseca y propone valores

propios. En el primero, la perspectiva es antropocéntrica, y en el segundo es biocéntrica. El derecho al ambiente busca una justicia ambiental y los derechos de la naturaleza se orientan por una justicia ecológica. El tipo de ciudadanía en el primero es una ciudadanía ambiental con ampliación de derechos ciudadanos; mientras que, en el segundo, intervienen “meta-ciudadanías ecológicas” con una definición relativa a culturas y ambientes. Las respuestas en el derecho al ambiente son la indemnización, la compensación y la reparación; y, en los derechos de la tierra, las respuestas son la preservación y la restauración de la naturaleza. Finalmente, las aplicaciones del primero tienen énfasis en soluciones científico-técnicas para una participación posible, y en el segundo las aplicaciones son la incertidumbre y el riesgo, el principio precautorio y la participación indispensable (Gudynas 2011, 119).

La tradición jurídica de identificar derechos a las personas naturales como los únicos sujetos titulares de aquellas prerrogativas desconoce otras nociones de convivencia y desarrollo, y consagra la idea de que el individuo es el único ser vivo. Esa tradición se enmarcaría en una noción de dependencia jurídica y epistémica que puede estudiarse desde la reproducción de la colonialidad del poder, del saber y del ser en los conflictos socioambientales y las respuestas que ha ofrecido el ordenamiento jurídico en los Estados para aquellos conflictos.

Sin embargo, la simple enunciación de los derechos de la naturaleza no ha logrado disminuir los niveles de violencia hacia poblaciones enteras ni ha logrado reforzar la protección de derechos de pueblos y nacionalidades en las políticas permanentes de explotación de recursos naturales en Ecuador. Aunque la Ley Fundamental ha innovado en materia de derechos para la *Pacha Mama* y variados derechos colectivos, en distintos territorios existen hombres, mujeres y niños, enfermos y excluidos, con serias restricciones en su derecho al agua, a la soberanía alimentaria, a la vivienda, a su territorio comunitario, entre otras.

² El desarrollo inclusivo como una estrategia y alternativa debe también profundizar los mecanismos de transparencia, así como mayor control administrativo y horizontal de las políticas públicas.

Desde que se realizó el cambio constitucional, conviene revisar qué pasó con la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, con el fin de atisbar si estos elementos han logrado describir e interpretar los alcances de los derechos a la tierra y si han conseguido los diversos instrumentos de política y gestión que las respectivas cláusulas constitucionales definen para los nuevos contornos públicos y privados en beneficio de estos derechos.

Se vuelve inexcusable una evaluación de las citadas disposiciones constitucionales por el transcurso de un tiempo prudencial al cumplirse cerca de una década de su promulgación; al igual que fueron ineludibles los esfuerzos de análisis cuando se innovó en derechos afines, como el caso de la norma de tutela ambiental en la reforma constitucional argentina de 1994, tal como lo sugiere García Minella:

La cláusula ambiental no ha habilitado por el solo hecho de su entrada en vigor, un cambio inmediato en nuestras vidas, pero ha sacudido algunas estructuras políticas, y jurídicas. Es a partir de los cambios que en ellas operan, que esta reforma constitucional ha sido para el ámbito material, mucho más que un buen comienzo. [...] Durante estos veinte años la consolidación del derecho humano a un ambiente sano ha sido definitiva a través de la doctrina y la jurisprudencia, los puntos más cuestionados y/o debatidos se han centrado en la estructura de federalismo de concertación y en la prohibición de ingreso de residuos potencialmente peligrosos.

Fundamentalmente, creemos que la instauración de este derecho, ha permitido desplegar nuevas herramientas políticas y procesales para corregir las distorsiones y deficiencias estructurales del modelo que no permiten alcanzar la efectividad de los derechos humanos que la propia constitución define (García Minella 2015, 263-64).

En la región tenemos diferentes modelos constitucionales sobre los derechos subjetivos de las personas al ambiente y los derechos colectivos, donde se encuentra un diseño institucional de no regulación, la determinación de la interpretación constitucional para su atención y distintas formas de tipicidad de los derechos; pero el problema, ahora, es cómo garantizamos su aplicación, como lo sostiene Ricardo L. Lorenzetti:

El problema de la protección constitucional del ambiente, cualquiera sea el modelo constitucional que tengamos [...], no es la declaración constitucional y la tipicidad, ni tampoco es la legislación infraconstitucional –ya que tenemos suficientes tratados que contrapesan las ausencias de las declaraciones constituciones o de las legislaciones infraconstitucionales–. El problema es la implementación y que el derecho no devenga en algo meramente declarativo, en un *soft law*, en el que se dice mucho, pero se aplica poco. Este es uno de los grandes desafíos que hoy enfrenta la constitucionalidad ambiental: ¿cómo se decide la aplicación de toda la normativa de protección ambiental en la práctica? (Lorenzetti 2014, 317-326).

LAS DISTOPÍAS PARA LA PROTECCIÓN DE LA NATURALEZA

Para definir las contrariedades de los derechos de la naturaleza es preciso redescubrir la dimensión epistémica, material y territorial de su ejercicio. A fin de que estos derechos puedan ser activados se evidencia su escaso proceso de institucionalización, entendido como la falta de condiciones específicas para su desenvolvimiento y desarrollo. Así, me estoy refiriendo a dos factores cruciales: i) la ausencia de servidores administrativos y judiciales imbricados en la vida cotidiana para que puedan intervenir oportunamente en las

demandas de la gente sobre los derechos ambientales y sus acuciantes conflictos; y, ii) las escasas dogmática jurídica y jurisprudencia potente en materia de protección ambiental que generen un pensamiento alternativo en operadores administrativos y de justicia para encarar las imaginarios y la cultura dominante que ignora las necesarias protecciones a la naturaleza.

Las deficiencias en el desarrollo normativo de distintas categorías expresadas en el texto constitucional sobre

los derechos de la naturaleza ocasionan dificultades en los operadores judiciales al momento de implementar tales categorías a los actos normativos cuestionados por infringir los derechos *in comento*. Uno de los inconvenientes de la falta de discusión y capacitación en estos temas en la formación judicial (Nieto Moreno 2016), la insuficiente investigación en educación superior sobre este tema y el atrasado tratamiento legislativo, son problemas para el quehacer jurisdiccional: ¿cómo deciden los jueces la aplicación de principios, valores y reglas para amparar y reparar la naturaleza?, ¿es posible una colisión entre derechos del individuo y de la naturaleza? Como sostiene Farith Simon:

¿Qué significa uso de subsistencia de la naturaleza? ¿cuándo afectamos sus ciclos naturales? ¿a qué deberían dar más peso los jueces, a los derechos de la naturaleza o a los derechos de los individuos y comunidades en un conflicto? ¿tenemos el mismo valor ontológico seres humanos y naturaleza? ¿la naturaleza tiene un plan de vida en el sentido de la busca deliberada de sobrevivencia y reproducción? [...] ahora nos enfrentamos a una nueva realidad política, provocada en parte por algunos de los “experimentos” normativos, esperemos que tal complejidad sociopolítica nos deje tiempo para revisar estos aspectos del “nuevo” derecho ecuatoriano; pero todo hace prever que pronto tendremos que dedicarnos a estudiar, defender y explicar la importancia de los derechos más básicos, dada la necesidad de considerar al ser humano como centro de todo (Simon 2013).

¿Qué nos falta para impulsar el ejercicio de estos derechos? Son múltiples las variantes que se requieren, pero es menester empezar por mocionar la carencia de repertorios ciertos de acción social que se encuentren provistos de un correlato constitucional y procesal que ponga en funcionamiento las garantías jurisdiccionales, sin perder de vista el acompañamiento con el seguimiento social para la generación de conquistas jurisprudenciales y sus efectos políticos.

Es imperativo poner a discutir a los jueces con la presión argumentativa que entraña la defensa del nivel más mínimo de nuestra existencia cotidiana y la suya, es decir: los conflictos socioambientales quebrantan

los derechos esenciales de la vida y, en realidad, es ella misma la que está en peligro de extinción.

Hay un cierto fracaso respecto a los aportes que pueden traer las garantías jurisdiccionales para la protección de los derechos de la naturaleza, que hace posible la agudización de las problemáticas en cuestión y sus dilemas civilizatorios. No obstante, el fracaso no solo puede detectarse desde el andamiaje de las garantías, sino también a partir de la falta de atrevimiento de los sectores de la sociedad civil por sus omisiones en hacer funcionar garantías como la Acción de Protección, la Acción de Incumplimiento y la Acción por Incumplimiento, para amparar derechos como la restauración de la naturaleza o la promoción y el respeto a los elementos del ecosistema. Y quisiera enfatizar estos señalamientos por una razón cardinal: en los límites de aquellas garantías se mide la capacidad de acción de los jueces, de donde se desprenderán las condiciones expansivas o restrictivas de las garantías existentes para proteger estos derechos y las razones para proponer una jurisdicción especial y una garantía constitucional exclusiva para obtener los resultados que aquí se discuten.

La vigencia de los capítulos cuarto, sobre derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, y séptimo, sobre derechos de la naturaleza, de la Norma Máxima, tienen diversas articulaciones para su concreción. En primer término, están provistos de un ejercicio subjetivo que requiere de condiciones ideológicas y políticas para proyectar construcciones materiales en los complejos contextos socioambientales. De otra parte, son derechos que demandan fuertes dosis de entusiasmo y demasiados esfuerzos para poner en evidencia la predominancia de relaciones sociales que se caracterizan por un conocimiento de la vida sustentado en la negación del “otro” a partir de un dominio cultural marginador que habilita o deshabilita el devenir de ciertos derechos.

Las sociedades enfrentan en la actualidad un modelo de producción y desarrollo donde el sujeto y sus márgenes de sobrevivencia están por exceder los umbrales de sus posibilidades –si acaso no lo han hecho ya–. Por tal razón, este tipo de derechos contribuye a un florecimiento del activismo social que puede brindar

aportes en aras de la consecución de un proceso expansivo y justificatorio del activismo judicial, para superar los límites de la legislación ambiental en procura de resguardar los derechos ambientales. De manera que corresponde buscar, como siempre, los recovecos de la institucionalidad que permitan materializar estos derechos.

Hay que tener muy presente que los derechos de la naturaleza no se conquistan fácilmente, ni tampoco las situaciones para su efectividad se desarrollan por sí solas. Tampoco es dable pensar que las condiciones para la realización de estos derechos deben adaptarse a los contextos actuales y sus escenarios. La perspectiva a no perder es que son los contextos institucionales y los escenarios procesales los que deben adaptarse de forma que se generen condiciones para su realización.

Seguramente, ni con estos derechos consagrados en el texto iusfundamental ni con más derechos en esta materia tendremos un ambiente resguardado y protegido, porque el corazón del conflicto radica también en un modelo de desarrollo que silenciosamente agravia la vida. Si bien lo novedoso es que los derechos que atribuimos a la naturaleza evidencian también las profundas contradicciones del Derecho y cuestionan los intersticios entre su validez y eficacia, los resguardos jurisdiccionales con que podamos contar en la institucionalidad jurídica deben estar orientados a contener los factores nocivos de ese modelo. En efecto, al mismo tiempo que se puede aceptar una garantía para revertir un proyecto extractivo se impulsan nuevos proyectos de similar índole a escala regional y global.

En consecuencia, se trata de pensar estos derechos a partir de las propias experiencias de los pueblos, nacionalidades y comunidades, en lugar de adaptarlos a las circunstancias cerradas que puede ofrecernos un ordenamiento jurídico; porque, si este tiene limitaciones, la consecuencia es una tutela endeble y frágil de tales derechos.

Cuando restringimos el análisis de estos derechos y sus formas de ejercicio a la visión monista que puede derivarse de las normas infraconstitucionales, damos paso a concepciones homogéneas que clausuran las posibilidades de un Estado plurinacional e

intercultural. Y, así, no nos queda sino entretejer los criterios fragmentados del pluralismo jurídico para debatir maneras de exigibilidad y justiciabilidad de la protección de la naturaleza y los derechos de pueblos y nacionalidades, un proceder que también es pertinente ubicar en instrumentos internacionales y recogerlos para su mayor potenciación.

El desmoronamiento de la vida y de sus ciclos vitales requiere nuevas formas materiales y subjetivas de protección, así como de mejores mecanismos para su justiciabilidad, por una razón esencial: la naturaleza, “donde se reproduce y realiza la vida”, ha sido blanco de una agresión sistemática y el Derecho ha sido incapaz de contener esa agresión. Entonces, el interés de los gobiernos por la explotación de minerales, petróleo y energía es un síntoma más de esa agresión y hay que cuestionar dónde se ubica el derecho para actuar y, si una vez más devela su horror, hay que organizar los argumentos para promover litigios estratégicos que permitan salvaguardarla.

Ahora, hay que considerar que las interpelaciones sociales por la afectación a los derechos de la naturaleza no tienen siempre el mismo efecto y la misma contundencia. Más todavía, hay que tener claro que, a la actual generación, le corresponde pensar las alternativas y hacerlas viables.

¿Cómo entender que el Art. 73 de la Ley Fundamental señala que el Estado “aplicará las 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”, cuando son precisamente las propias instituciones estatales que suscriben contratos con las empresas que despliegan procesos orientados a generar ese tipo de afectaciones?

Por tanto, se trata de que la actual generación logre combinar distintos esfuerzos y creatividades para deconstruir el Derecho y pensar formas de indisciplinar las tradicionales perspectivas con miras a ejercer y proteger los derechos, porque está en juego el proyecto de proteger la vida, mediante la definición de protecciones y garantías especiales para cuidar la existencia. Cabe tener cuidado en que el Derecho no

pueda responder en su totalidad y termine cediendo frente a las actuales y nuevas formas de agresión a la vida.

En efecto, las interpelaciones sociales deben identificar su objetivo: ¿hacia dónde hacerlo? Y es ahí donde se vuelve indispensable fijar un sentido emancipatorio y un pensamiento crítico que, así como identifique los límites de la modernidad constitucional, se encuentre dispuesto para proponer estrategias jurídicas creativas, porque el Estado constitucional puede conferir contextos óptimos o, por el contrario, peyorativos para las contingencias normativas que necesitan los derechos ambientales. El desafío consiste en ir más allá de la actual institucionalidad estatal, porque la realidad ha demostrado que esta no es suficiente.

El tiempo de ocho años transcurridos desde la aprobación de la Norma Máxima nos aleccionó una idea proverbial: la configuración de derechos a favor de la naturaleza también supuso imposibilidades para su ejecución y serias reticencias. Por ende, no es pertinente adoptar una posición regresiva o despreciar el capítulo séptimo de la Norma Máxima; de manera que conviene hacer una evaluación objetiva sobre si la institucionalidad estatal y los procedimientos actuales responden o no a los grandes propósitos que expresan los derechos ambientales. Es imperativo dar cuenta de qué ha logrado y obstruido la nueva Constitución con un horizonte reflexivo: el reconocimiento de obligaciones y responsabilidades jurídicas para proteger la vida no debe alienar los dispositivos e interpelaciones populares para luchar por nuevos y mejores derechos para la naturaleza. Si no desplegamos todos los referentes contestatarios que tenemos a nuestro alcance y aquellos que aún no hemos ensayado, el respeto integral por la existencia de la vida y su mantenimiento perecerá.

No es exagerado señalar que, con la descripción constitucional de los derechos de la naturaleza, se enajenaron las convergencias de acción social y cayeron en su trampa semántica: al consagrarse derechos se creyeron superadas las formas de agresión a la naturaleza y bastaba únicamente con incomodarse, cuando parecería que hemos perdido las capacidades de reacción. No basta con que los derechos de la naturaleza

declaren los daños ambientales y su tipo de impacto; ellos deben estar acompañados de luchas sociales que posibiliten contrarrestar y superar eventuales afectaciones al ambiente. Y es ahí donde aparece una de las principales complicaciones de los derechos atribuidos a la naturaleza, que explico a continuación.

En el artículo 72 del texto constitucional, se hace mención a la obligación del Estado y de personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados y se dice que el ambiente tiene derecho a la restauración que será implementada en caso de impacto ambiental grave o permanente. Mas no puede adoptarse la idea que puede girar en torno a esta disposición de que sería posible admitir cualquier tipo de explotación de los recursos naturales, porque luego operaría la indemnización y la reparación para precautelar la restauración y la ejecución de medidas que eliminen o mitiguen las consecuencias ambientales nocivas. No sería dable consentir que el concepto que implica esa norma es que las vulneraciones a la naturaleza, como son posteriormente objeto de restauración, pueden ser enteramente aceptadas; cuando el problema radica en que se ignora que los daños ambientales no pueden ser plenamente resarcidos, porque sus consecuencias son precisamente irreparables.

Por tal razón, es menester plantear un giro en la comprensión y alcance de estos derechos: hay que expresar reparos a la reparación y resarcimiento del ambiente –de manera posterior al daño– y ese objetivo se puede lograr si superamos la visión que legitima toda afectación con la justificación de que la naturaleza tiene derecho a la restauración y concentrar mayores esfuerzos, voluntades y entusiasmos por las políticas preventivas y proteccionistas. Detrás de la idea de afectación al ambiente también hay que preservar la idea de afectación al individuo. De aquí resulta necesario admitir que aquellas denuncias provenientes de experiencias de vulneración como las denuncias de pescadores por la contaminación de ríos y mares; los atropellos que sufren pueblos o nacionalidades por la extracción de hidrocarburos y las consecuencias de estas actividades; o, la disputa por tierras cuando están en riesgo derechos de pueblos y nacionalidades –por citar tres casos, entre otros–; deben ser también

atendidos e interpretados como afectaciones al derecho a la vida de los individuos, precisamente por los principios de reciprocidad y complementariedad entre ser humano y ambiente. Como lo sostiene Ramiro Ávila Santamaría:

Del principio de reciprocidad se deriva, en la teoría de los derechos humanos, la idea de valor y respeto. Lo que se tiene que cuidar, proteger y promover tiene que ser protegido por el derecho, que es una noción abstracta que genera vínculos y límites al accionar humano. Si la naturaleza es recíproca con el ser humano y viceversa, conviene preservar esa interrelación por medio de la noción de derecho. Descuidar, desproteger y dañar la naturaleza afectaría irremediablemente al principio de reciprocidad. Además, si las relaciones son recíprocas, existe pues una razón más para poder aplicar la noción de igualdad y, por tanto, de no discriminar a una de las partes en relaciones equivalentes. Al ser la naturaleza un elemento universal que se complementa, se corresponde, se interrelaciona y con la que se tiene relaciones recíprocas, la consecuencia obvia es que debe protegerse. No hacerlo significaría alterar o descuidar las interrelaciones entre los elementos de la vida que son absolutamente necesarias. (Ávila Santamaría 2011, 217-78)

Cuando existen distintas zonas en apremio socioambiental es pertinente pensar que no son radicalismos de los colectivos preocupados por la tierra, sino que se trata de conflictos de distintos derechos y de riesgos para la vida de los animales humanos y no humanos. De ahí que sea oportuno discutir el enfoque que está presente en el derecho a la restauración por impacto ambiental grave o permanente y la responsabilidad de indemnización por afectación a los sistemas naturales.

En efecto, tal visión puede introducir la justificación de que toda explotación a los recursos naturales es posible y necesaria para el desarrollo nacional, cuando el peligro es que existen actividades propias de las explotaciones que pueden significar destrucciones y alteraciones irremediables a los ciclos naturales y a la vida.

Para complementar este aspecto y en la misma línea de análisis, una dificultad que ha sido observada sobre

estos derechos radica en que, al momento de su interpretación, al juez o al operador administrativo le corresponde hacerlo en el marco de la filosofía andina inspirada en el *sumak kawsay* y el principio de relacionalidad, entendido como que todo está vinculado y conectado con todo, “no existe nada sin esta condición trascendental. A partir de ese margen de apreciación, es pertinente la reflexión siguiente de Llasag Fernández:

La Constitución alimenta la contradicción referida [acumulación de capital en su momento especulativo y es contrario a principios del *sumak kawsay*] al considerar sectores estratégicos a la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua y los demás que determine la ley. Desde la visión de la filosofía andina no existen sectores estratégicos porque todo, incluido los denominados ‘sectores estratégicos’, están regidos por los principios de la filosofía andina: relacionalidad, correspondencia, complementariedad y reciprocidad, razón por la cual no son susceptibles de comercio y explotación con fines comerciales, sino únicamente para satisfacer las necesidades elementales de la vida y mantener el equilibrio de la ‘naturaleza’ o Pachamama. (Llasag Fernández 2011, 89-90).

El reparo expuesto por Llasag está orientado por la perspectiva de que, si bien la Norma Fundamental no prohíbe la explotación de los sectores estratégicos con fines comerciales, sí reserva para el Estado su administración, regulación, control y gestión.

Por este motivo, observa que la explotación o aprovechamiento de esos “sectores estratégicos” las puede delegar a la empresa pública y privada, “visión que es totalmente contraria al régimen del *sumak kawsay* y violatoria a los derechos de la naturaleza o *Pachamama*, toda vez que las personas y colectivos no tienen el derecho de explotar y aprovechar la naturaleza, sino únicamente de beneficiarse pero para satisfacer las necesidades elementales manteniendo su integridad, que no incluye fines comerciales” (Llasag Fernández 2011, 89).

LOS DÉFICITS DE LA INSTITUCIONALIDAD PARA LA JUSTICIA AMBIENTAL

La sustanciación de procesos judiciales en materia ambiental revela múltiples privaciones e insuficiencias en la administración de justicia como los siguientes:

- a) Escasez de programas permanentes de capacitación y formación en materia ambiental por parte de la Escuela Judicial para los servidores judiciales.³
- b) Falta de políticas jurisdiccionales e institucionales por parte del Consejo de la Judicatura para el desarrollo de la justicia ambiental. Tomar en serio los derechos de la tierra requería, por un lado, hacerse cargo de erogaciones económicas sustantivas (ya sea para asegurar la creación de judicaturas ambientales especiales conforme el Art. 246 del Código Orgánico de la Función Judicial; ya sea para garantizar la iniciativa que impulsa la creación o reforma de cuerpos legales que contribuyan a la maduración de esta materia), tal como debería ocurrir cuando se advierte que la inclusión de nuevos derechos representa un costo propio y se lo expresa mediante la ejecución de programas y proyectos sobre las privaciones existentes.
- c) Carencia de experticia en operadores de justicia sobre temas ambientales y derechos de la naturaleza, así como en los medios e instrumentos que coadyuvan en la resolución de casos.⁴
- d) Exigua legislación ambiental para promover mecanismos y formas de protección a los derechos de la naturaleza y el correspondiente desarrollo a los contenidos constitucionales sobre esta materia.⁵
- e) Dificultades en la implementación de sentencias relacionadas con temas ambientales. Aquellas requieren de acciones adecuadas, efectivas y oportunas para la protección de los derechos de la tierra.⁶
- f) Falta de interés de instituciones públicas para observar las normas legales y jurisprudenciales en esta materia, ya sea para dar cumplimiento a sentencias ya para hacer el seguimiento sobre su incumplimiento.
- g) Limitados conocimientos de la sociedad civil sobre las formas de acceder a la justicia y a los mecanismos para ejercer el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos de la naturaleza.

REVISAR LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA

Este período de diez años de vigencia constitucional nos ha aleccionado sobre los límites de la institucionalidad estatal para la materialización de los derechos que son objeto del presente estudio. Los golpes de las economías extractivas sobre los derechos humanos y el medio ambiente dejan auténticas⁷

experiencias reflexivas que deben servir para un nuevo derecho ambiental que renueve las relaciones de poder entre intereses devastadores privados y comunidades locales, donde se reformule la presencia estatal para superar i) su escaso margen de acción o ii) su omisión cómplice en los niveles de exclusión y violencia.

3 Ver el Oficio No. CJ-DNDMCSJ-2015-36 TR: CJ-INT-2015-39282, anexo 3 de Estefanía Nieto Moreno, "Acceso a la Justicia según el principio 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo en casos de daño ambiental en el Ecuador", 8.

4 Ver Suárez, Sofía. 2013. Defendiendo la naturaleza: retos y obstáculos en la implementación de los derechos de la naturaleza. Caso río Vilcabamba. En *Energía y clima*. Quito: Fundación Friedrich Eber. Disponible en <<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/quito/10230.pdf>> (consultada el 27 de diciembre de 2016).

5 Después de ocho años de vigencia de la Constitución, la Asamblea Nacional aprobó en segundo debate el Código Orgánico del Ambiente, con fecha 20 de diciembre de 2016, en espera del pronunciamiento del Ejecutivo y que entraría en vigencia después de un año de su publicación en Registro Oficial.

6 Ver Suárez, Sofía. 2013. Defendiendo la naturaleza: retos y obstáculos en la implementación de los derechos de la naturaleza. Caso río Vilcabamba. En *Energía y clima*. Quito: Fundación Friedrich Eber. Disponible en <<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/quito/10230.pdf>> (consultada el 27 de diciembre de 2016).

7 Al respecto, ver Rodríguez Garavito, César (coord.). 2016. *Extractivismo versus derechos humanos. Crónicas de los nuevos campos minados en el sur global*, Buenos Aires: Siglo XXI.

Los desafíos que plantea la protección y defensa al asunto que aquí nos concierne requieren examinar una constatación: no hay condiciones ideales, ni dentro de la institucionalidad estatal ni fuera de ella, para pensar un proyecto epistémico que ampare la naturaleza y sus ciclos vitales, debido a las distintas carencias analizadas que evidencian dos factores centrales: i) las decisiones emitidas por servidores administrativos y judiciales se ven constreñidas a la hora de promover el alcance de los derechos a la naturaleza en la sociedad ecuatoriana y, ciertamente, pueden terminar por restringirlos; y, ii) esa sociedad se identifica por una desigualdad estructural e instituciones democráticas cada vez más cuestionadas que ponen al “sujeto naturaleza” contra las cuerdas.

Las condiciones para posibilitar los derechos *in comento* demandan la implementación de políticas institucionales y jurisdiccionales para formar situaciones de protección, defensa y reparación como las que se discutirán a continuación.

Algunos estudios coinciden en el imperativo de establecer una jurisdicción ambiental especial⁸ por cuanto, en la actualidad, los daños al ambiente, según su dimensión, son tratados por la autoridad administrativa o por los juzgados civiles y penales. Esta propuesta está centrada en los retos de enfrentar tres urgencias: i) contar con jueces especializados y con conocimiento técnico al más alto nivel; ii) organizar judicaturas ambientales que respondan con celeridad y oportunidad ante las amenazas y eventuales riesgos en la materia; iii) formar jueces con otros criterios y conocimientos actualizados que puedan responder a la evolución y cambios del Derecho Ambiental.

El tipo de jueces que se solicita para encarar la resolución de los problemas socioambientales corresponde a perfiles innovadores para el ejercicio jurisdiccional. Como lo señala Lorenzetti:

Hoy necesitamos de los poderes judiciales como jugadores no ortodoxos. Si la estructura del poder

no cambia, si las democracias generan incentivos negativos para la protección ambiental, es necesario que nuestros poderes judiciales estén presentes, así como las organizaciones de la sociedad civil, para proteger los derechos a la igualdad, los derechos de los inmigrantes y para proteger los derechos ambientales. Todos ellos, vinculados con la categoría de derechos económico-sociales, se encuentran en crisis en el mundo actual. Y es allí, en la defensa de esos derechos, donde los poderes judiciales adquieren un rol importante. Y con relación a nuestra región, es necesario llevar adelante el rol de juzgadores no ortodoxos con ideas propias. Especialmente, porque los poderes judiciales de América Latina se han especializado por medio de su jurisprudencia, y debido a la realidad sociopolítica en la que se encuentran inmersos, tanto en la problemática de la igualdad como en la ambiental. La región puede así expresarse de un modo diferente y original en el mundo. La cultura jurídica latinoamericana tiene mucho para aportar a las demás culturas jurídicas (Lorenzetti 2014, 325).

Conviene discutir la facultad de que los jueces ambientales puedan adoptar medidas cautelares de oficio con la finalidad de restablecer una justicia ecológica y radicalizar su protección desde una perspectiva que los operadores de justicia deben desarrollar: el ser humano no está sobre la naturaleza, sino que es parte de ella. Y es importante precisar la diferenciación con la justicia ambiental, en la cual el individuo sigue siendo el centro de la preocupación en cuanto a la relación con su entorno, pero se mantiene la supremacía de éste sobre la naturaleza. De ahí la necesidad de buscar una justicia ecológica en los litigios estratégicos y garantías jurisdiccionales en materia socio-ambiental para profundizar la defensa de la naturaleza. Considero oportuno debatir si la Acción de Protección es la garantía más adecuada para la protección de estos derechos. En el caso de Bolivia, existe la Acción Popular para resolver aquellos problemas del ambiente y su deterioro. Esta discusión la sugiero en

8 Sánchez Saravia, Cristina Elizabeth, “Estudio de las competencias jurisdiccionales y administrativas en la determinación de la responsabilidad ambiental en el Ecuador” (tesis de abogacía, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2011), 122 y ss.; Nieto Moreno, Renata Estefanía, “Acceso a la Justicia según el principio 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo en casos de daño ambiental en el Ecuador”, 99; Rodríguez García, Judith del Rocío “Derechos ambientales de la naturaleza” (tesis de abogacía, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2015).

razón de que considero desacertadas aquellas regulaciones legislativas y jurisprudenciales de la garantía ecuatoriana, porque existen ámbitos que, por ser

motivo de conflictos socio-ambientales, no podrían ser resueltos por esta garantía, debido a su naturaleza residual y subsidiaria.

DERECHOS DE LA NATURALEZA Y DERECHOS DE PUEBLOS Y NACIONALIDADES

La discusión actual sobre el estado de los derechos de la tierra no puede descuidar el abordaje de la realidad de los derechos de pueblos y nacionalidades. Una pregunta puede condensar estas implicaciones: ¿cómo resolver las tensiones entre los derechos e intereses de los pueblos y nacionalidades y los derechos e intereses del resto de la población, cuando existen de por medio posibles derechos de la naturaleza que pueden ser quebrantados y, más todavía, si podrían entrar, tantas veces, en conflicto con los primeros?

Existen precedentes jurisprudenciales⁹ que marcan la ruta indisoluble entre los tipos de derechos anunciados como los siguientes:

Al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, que podía estar afectando otros derechos básicos como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros.

La restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares pudiere ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana; y proporcional, si se hace el pago de

una justa indemnización a los perjudicados de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención. Cuando los Estados se vean imposibilitados por razones concretas y justificadas, de adoptar medidas para devolver el territorio tradicional y los recursos comunales de las poblaciones indígenas la compensación que se otorgue debe tener como orientación principal el significado que tiene la tierra para éstas (Quiroga Soria 2010, 190-1).

Uno de los planteamientos de Quiroga Soria consiste en afirmar que los procedimientos administrativos deben considerar dos aspectos medulares para ser sustanciados: i) incluir y tomar en cuenta aspectos de los pueblos indígenas; ii) ser simples y accesibles; y, estar provistos de condiciones técnicas y materiales (Quiroga Soria 2010). Esta exigencia se debe a la existencia de regulaciones pertenecientes al Derecho Público y al Derecho Privado que no facilitan la convivencia pacífica de la convergencia de sistemas normativos distintos entre el derecho estatal y el derecho indígena. El reconocimiento de la propiedad indígena en las normas legales y los precedentes jurisprudenciales, así como el respeto a los usos y costumbres de pueblos y nacionalidades, pueden contribuir para comprender otros enfoques para materializar el amparo a los derechos de la naturaleza.

CONCLUSIONES

Corresponde construir y constituir los derechos de la naturaleza desde abajo, porque desde arriba existen políticas reaccionarias preocupadas por preservar el poder y que entran en conflicto con la implementación

de políticas económicas que no se enmarcan en un proyecto que proteja y promueva la justicia ecológica. Al mismo tiempo, hay que apostar por una estrategia innovadora que contenga modificaciones en la

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, casos Comunidad Indígena Yakye Axa, Sentencia de 17 de junio de 2005, serie C No. 125 y caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, Sentencia de 29 de marzo de 2006.

institucionalidad jurídica, porque, con posiciones contra el Estado o la administración jurisdiccional, no se consigue nada. Una práctica como esta, tampoco puede desconsiderar la fortaleza organizativa de la sociedad civil para impulsar tales cambios, porque la tecnocracia jurisdiccional y sus torres de marfil inaccesibles han demostrado que su ‘sabiduría’ –casi siempre– está exenta de voluntad transformadora.

El reconocimiento constitucional de los derechos de la naturaleza no es suficiente para alcanzar niveles efectivos de justicia ecológica. Empero, uno de sus aportes también puede concebirse desde la construcción de otros sentidos epistemológicos relativos a la generación de otros saberes jurídicos y culturales, con el objeto de repensar los problemas de las políticas públicas ambientales y las condiciones que enfrentan los derechos analizados.

La protección de los derechos de la naturaleza también está relacionada con la protección de los derechos colectivos de pueblos y nacionalidades que atraviesan procesos de apropiación, expropiación y destrucción de sus territorios. En el desarrollo del extractivismo sin límites, la naturaleza se convierte también en mercancía y se desplaza a poblaciones enteras, de forma que se violenta su integridad.

Las decisiones judiciales sobre la protección y reparación de los derechos de la naturaleza necesitan de mayores esfuerzos por parte de los operadores de justicia con miras a desarrollar las condiciones jurídicas de regulación y cuidado en el cumplimiento de aquellos derechos. De igual manera, es pertinente que la Corte Constitucional, mediante su competencia de selección y revisión de sentencias, dedique mayores esfuerzos a establecer precedentes obligatorios sobre la protección de los derechos de la naturaleza.

La motivación y la argumentación constitucional para el desarrollo de un discurso jurídico que atienda las afectaciones y vulneraciones a los derechos de la naturaleza requiere de nuevos fundamentos y análisis constitucionales que no pueden ser homogeneizados o uniformizados con aquellos que corresponden a otros derechos. La razón es que son derechos que tratan sobre la reproducción de la vida y de la tierra en

sus distintas dimensiones: armónica, ecológica, evolutiva, cuidado de ecosistemas y especies, entre otras; las cuales han estado exentas de preocupación por parte del discurso jurídico mayoritario de occidente.

No podemos comprender y utilizar únicamente las categorías jurídicas que se emplean para analizar la afectación de los humanos, sino que deben incorporarse nuevas categorías jurídicas a construirse que permitan un diálogo interdisciplinario e intercultural del derecho con otros saberes que la norma jurídica no ha logrado incorporar en su integralidad, porque se trata de sentidos y comprensiones que refieren a explicar todos los ámbitos y circunstancias donde “se reproduce y se realiza la vida”.

El texto constitucional ecuatoriano incorpora aportes relevantes como el derecho a la restauración integral, que supone la formulación de principios, alcances normativos y garantías que puedan contribuir a ampliar las nociones jurídicas de indemnizaciones y compensaciones que se emplean en procesos de reparación de otros derechos.

El cuidado de los derechos de la naturaleza requiere la activación del conjunto de garantías constitucionales, y no solo las jurisdiccionales, porque está vinculado a distintas políticas públicas y contratos administrativos de explotación en sectores estratégicos. A fin de lograrlo, la ciudadanía debe promover diferentes alternativas para solicitar medidas cautelares constitucionales que puedan incorporar la defensa de ámbitos como el desarrollo integral, el cambio climático y todos los ambientes, regiones y geografías, entre otras cuestiones que se afectan como consecuencia de las referidas políticas.

La profundización de los derechos de la tierra y de la vida exige cambios culturales en distintas perspectivas. En la mentalidad de los formuladores y ejecutores de políticas, a fin de que sea factible repensar el rol del Estado y el desarrollo; en los estudiantes de derecho, para que se empeñen en reaprenderlo; en los docentes e investigadores, a la hora de emprender el diseño de programas de estudio con estos temas; en los profesionales en libre ejercicio, con el objeto de que se comprometan en actividades de defensa de estos derechos

en sus causas. También en los operadores de justicia, de forma que incorporen estas temáticas escasamente tratadas en los procesos judiciales; en los consejos y órganos de regulación a las magistraturas, de modo

que integren estas temáticas en el desarrollo de sus competencias; y, en definitiva, en la sociedad, para que aporte nuevas dinámicas de comprensión y acción que constituyan respuestas de cuidado y cambio de vida.

BIBLIOGRAFÍA

- Ávila Santamaría, Ramiro. 2011. El derecho de la naturaleza: fundamentos. En *La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política*, comps. Alberto Acosta y Esperanza Martínez. Quito: Univ. Politécnica Salesiana, Abya Yala.
- Cao, Christian Alberto. 2015. *Constitución socioeconómica y derechos fundamentales*. Buenos Aires: Ediar.
- Córdova Vinueza, Paúl. 2019. Derechos de la naturaleza, contratación pública y corrupción. Por un nuevo pacto civilizatorio para proteger la vida y las justicias. Conferencia dictada en el Congreso Internacional en Filosofía del Derecho y Análisis Económico, dado en el Colegio de Abogados de Trujillo, Perú.
- García Minella, Gabriela. 2015. La norma de tutela ambiental en la reforma constitucional argentina de 1994. Una evaluación de contenidos, veinte años después. En *¡Que veinte años no es nada! Un análisis crítico a veinte años de la reforma constitucional de 1994 en Argentina*, coords. Marcelo Bernal, Calogero Pizzolo y Andrés Rossetti. Buenos Aires: Eudeba / Universidad de Buenos Aires.
- Gudynas, Eduardo. 2011. Los derechos de la naturaleza y la construcción de una justicia ambiental y ecológica en Ecuador. En *Los derechos de la naturaleza y la naturaleza de sus derechos*, eds. Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Camilo Pérez Fernández. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.
- Lillasag Fernández, Raúl. 2011. Derechos de la naturaleza: una mirada desde la filosofía indígena y la Constitución. En *Los derechos de la naturaleza y la naturaleza de sus derechos*, eds. Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Camilo Pérez Fernández. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.
- Lorenzetti, Ricardo L. 2014. La evolución del derecho constitucional ambiental en América Latina. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2014*. Bogotá: Konrad Denauer Stiftung.
- Nieto Moreno, Renata Estefanía. 2016. Acceso a la Justicia según el Principio 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo en casos de Daño Ambiental en el Ecuador. Tesis de abogacía, Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- Oviedo Freire, Atawallpa. 2013. *Buen vivir vs. Sumak Kawsay. Reforma capitalista y revolución alternativa. Una propuesta desde los andes para salir de la crisis global*. Buenos Aires: Ciccus.
- Pereira Flores, María Victoria. 2004. El derecho al goce de un ambiente adecuado en el marco constitucional de Argentina y Uruguay. En *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, tomo II. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung.
- Quiroga Soria, César. 2010. Propiedad indígena y el cambio constitucional en Bolivia. En *Propiedad indígena*, coord. Liliana E. Abreut de Begher. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, La Ley.
- Rodríguez Garavito, César (coord.). 2016. *Extractivismo versus derechos humanos. Crónicas de los nuevos campos minados en el sur global*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Rodríguez García, Judith del Rocío. 2015. Derechos ambientales de la naturaleza. Tesis de abogacía, Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- Simon, Farith. 2013. Derechos de la naturaleza: innovación trascendental, retórica jurídica o proyecto político. En *Iuris Dictio* vol. 15, año 13 (enero-junio): 9-38.

Oficio No. CJ-DNDMCSJ-2015-36 TR: CJ-INT-2015-39282, anexo 3 de Renata Estefanía Nieto Moreno, “Acceso a la Justicia según el principio 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo en casos de daño ambiental en el Ecuador”.

Sánchez Saravia, Cristina Elizabeth. 2011. Estudio de las competencias jurisdiccionales y administrativas en la determinación de la responsabilidad ambiental en el Ecuador. Tesis de abogacía, Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Suárez, Sofía. 2013. Defendiendo la naturaleza: retos y obstáculos en la implementación de los derechos de la naturaleza. Caso río Vilcabamba. En *Energía y clima*. Quito: Fundación Friedrich Eber.

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos, casos Comunidad Indígena Yakye Axa, Sentencia de 17-VI-2005, serie C No. 125 y caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, Sentencia de 29-III-2006.

**EXTRACTIVISMO EN ECUADOR.
INGRESO ECONÓMICO Y DERECHOS DE LA NATURALEZA**

**EXTRACTIVISM IN ECUADOR.
INCOME AND RIGHTS OF NATURE**

**EXTRATIVISMO NO EQUADOR.
ENTRADA ECONÔMICA E DIREITOS DA NATUREZA**

*José Ernesto Tapia Paredes**

Recibido: 18/04/2019

Aprobado: 15/06/2019

Resumen

El presente artículo muestra brevemente importantes datos y cifras económicas, geográficas y ambientales que permiten ampliar las miradas respecto a la rentabilidad de las actividades extractivas petroleras y mineras en el Ecuador, así como entender si estas actividades se realizan en armonía y equilibrio con los derechos constitucionales de la naturaleza, cuya protección y cumplimiento posee relevantes efectos en los derechos ambientales y humanos de la población ecuatoriana.

Palabras clave: Extractivismo; Minería; Hidrocarburos; Petróleo; Rentabilidad económica; Derechos de la Naturaleza

Summary

This paper succinctly shows relevant facts and economic, geographic and environmental statistics, which helps to broaden the looks towards the profitability of oil and mining extractive activities in Ecuador. It also helps to understand if these activities are undertaken in harmony and equilibria with the constitutional rights of nature,

which protection and observation has important effects on environmental and human rights of the Ecuadorian population.

Key words: Extractivism; Mining; Fossil fuels; Oil; Economic profitability; Rights of Nature

Resumo

O presente artigo mostra brevemente importantes dados e estatísticas econômicas, geográficas e ambientais, que permitem ampliar a visão no que diz respeito a rentabilidade das atividades extrativas petroleiras e mineiras no Equador, assim como, entender se estas atividades são realizadas em harmonia e equilíbrio com os direitos constitucionais da natureza, cuja proteção e cumprimento possuem relevantes efeitos com incidência nos direitos ambientais e humanos da população equatoriana.

Palavras chave: Extrativismo; Mineração; Hidrocarbonetos; Petróleo; Rentabilidade econômica; Direitos da Natureza

* Magister en Derecho Internacional Económico por la Universidad Andina Simón Bolívar. Docente Titular Universidad Central del Ecuador. Dirección de correo electrónico: josetrin7@hotmail.com

LAS FINANZAS Y EL EXTRACTIVISMO EN ECUADOR

El Producto Interno Bruto (PIB)¹ de Ecuador ha crecido desde el año 2000, al pasar de 18.328.000.000 dólares de USA (en adelante: \$) a 41.507.000.000 \$ en 2005, a 69.555.000.000 \$ en 2010, a 99.290.000.000 \$ en 2015 y a 108.398.000.000 \$ en 2018. Tampoco el crecimiento poblacional se ha detenido, pues ha pasado de 12.681.123 personas en 2000 a 13.825.847 en 2005, a 15.011.117 en 2010, a 16.212.020 en 2015 y a 17.084.357 personas en 2018 (BM). En consecuencia, el PIB per cápita² durante estos periodos correspondió a: 1.445 \$ en el año 2000, 3.002 \$ en 2005, 4.633 \$ en 2010, 6.124 \$ en 2015 y 6.344 \$ en 2018.

Ahora bien, si se tiene en cuenta que, en el año 2000, el valor promedio del barril de petróleo ecuatoriano fue de 24,87 \$ (Peñaherrera 2015, 31-2) y la producción fue de 146.209.000 barriles, que en 2005 el valor del barril fue de 41,01 \$ (Peñaherrera 2015, 44) y la producción alcanzó los 194.180.000 barriles de petróleo (AIHE 2012,8), que en 2010 tal valor fue de 71,93 \$ (BCE 2013,16) y la producción neta nacional de petróleo fue de 177.373.561 barriles (ARHC 1), que en 2015 ese valor fue de 41,88 \$ por barril (BCE 2016,15) y la producción neta nacional de petróleo fue de 197.997.044 barriles (ARHC 6), mientras que, en 2018, el valor del barril fue de 60,55 \$ el barril (BCE 2018,14) y la producción neta nacional de petróleo fue de 188.815.941 barriles (ARCH); se aprecia que el PIB petrolero de estos años corresponde a 3.636.217.830 \$ en el año 2000, 7.963.321.800 \$ en 2005, 12.758.480.242 \$ en 2010, 8.292.116.202 \$ en 2015 y de 11.432.805.227 \$ en 2018.

En resumen, ya que el precio del petróleo no se mantiene estable y sufre variaciones constantes, llega a influir en gran medida en el Presupuesto General del

Estado (PGE) ecuatoriano, de modo que lo infla de forma significativa en ciertos momentos y lo reduce a niveles de poca rentabilidad en otras épocas, en que las crisis se sienten con mayor fuerza, especialmente por el derroche de la abundancia y la suscripción de deudas por las que suelen estar precedidos dichos períodos. Así pues, la economía ecuatoriana es susceptible y frágil ante la variación de los precios, la oferta y la demanda del “mercado de recursos naturales” y, en especial, del extractivismo de hidrocarburos³.

La influencia del petróleo en las finanzas públicas se verifica al compararse el ingreso del Estado del que forma parte significativa la venta de petróleo y derivados frente al gasto del Estado en los diferentes años. Sin embargo, antes de observar las cifras de ingreso y gasto del Estado, es importante tener en cuenta que, por regla y disposición Constitucional, los gastos permanentes deben ser financiados con ingresos permanentes, y, al no ser los ingresos petroleros ingresos permanentes, estos no deberían, al menos constitucionalmente, influir en el cumplimiento del Estado en ámbitos como la salud, la educación, la vivienda, la justicia entre otros egresos permanentes. En efecto, el uso de estos ingresos no permanentes debería ser excepcional, y no incidir reiteradamente en el financiamiento de las necesidades permanentes del Estado ecuatoriano. El objetivo es mantener al Estado distante de las alzas y bajas de origen extranjero, que causan severos impactos internos cuando se permite que la economía y la satisfacción de necesidades dependa de ingresos poco controlables.

En el año 2000, el ingreso del Estado ecuatoriano fue de 3.110.800.000 \$, su gasto llegó a los 4.034.200.000 \$ y el déficit fue de 923.400.000 \$. En 2005, el ingreso

1 Suma de todos los bienes y servicios finales registrados en un periodo determinado que, en este caso, corresponde a cada uno de los años mencionados. Tal indicador no es igual al Producto Nacional Bruto (PNB), ya que valora la producción total tanto de residentes como de no residentes dentro de una economía, mientras que el PNB solo incluye a la producción final registrada de los residentes de una economía determinada. Se debe tener en cuenta que el PIB no reporta los impactos sociales o ecológicos de las actividades productivas; los cuales, en muchos casos resultan de difícil cuantificación frente a la producción cuantificable.

2 También se llama ingreso per cápita o renta por habitante. Este indicador muestra la riqueza de una economía distribuida para el número de habitantes de dicha economía por un periodo de tiempo determinado.

3 Es importante tener en cuenta que los ingresos no petroleros en relación al Presupuesto General del Estado ecuatoriano superan en gran medida a los ingresos provenientes de la actividad petrolera, una circunstancia que no debe confundirse con la cuantificación económica de exportaciones petroleras vs. la cuantificación económica de las exportaciones no petroleras.

del Estado fue de 6.243.700.000 \$, el gasto llegó a los 7.914.700.000 \$ y el déficit ascendió a 1.671.000.000 \$⁴ 14. En 2010, los ingresos del Estado ecuatoriano fueron de 13.292.300.000 \$, su gasto alcanzó los 16.124.700.000 \$ y el déficit de 2.832.400.000 \$. En 2015, el Estado tuvo un ingreso de 20.115.900.000 \$, un gasto de 27.373.200.000 \$ y su déficit fue de 7.257.300.000 \$⁵. Por último, en 2018, el ingreso fue de 20.869.040.000 \$, el gasto de 25.121.660.000 \$ y se reportó un déficit de 4.252.620.000 \$⁶.

De los años considerados para este análisis comparativo se observa que, en el año 2000, el ingreso petrolero del Estado ecuatoriano fue de 1.248.800.000 \$ (40,14% del ingreso); en 2005, el ingreso petrolero fue de 1.573.900.000 \$ (25,20% del ingreso); en 2010, el ingreso petrolero fue de 4.222.600.000 \$ (31,76% del ingreso); en el 2015, el ingreso petrolero fue de 2.842.400.000 \$ (14,13% del ingreso) (BCE); y, entre enero y octubre del año 2018, se tuvo un ingreso no permanente de 2.526.230.000 \$ (12,10% del ingreso). En todos estos años, la mayor cantidad del ingreso provino de las fuentes consideradas permanentes, conformadas principalmente por los tributos y las tasas, que cubrieron la mayor parte del porcentaje de ingresos del Estado.

Sin embargo, aunque parece que el presupuesto del Estado ecuatoriano dependiera cada vez menos del petróleo, no necesariamente esta apreciación es una realidad, ya que la variación de los precios del petróleo es un aspecto que incide en el ingreso. Además, la consideración de ingresos no permanentes para financiar egresos permanentes, el déficit que se acumula con cada año de gestión, la falta de ahorro, el crecimiento de la deuda pública interna, el incremento de préstamos y condiciones que elevan el endeudamiento del país..., hacen que el Estado, en lugar de buscar otros ámbitos de inversión y desarrollo que fortalezcan sus finanzas, insista en incrementar el extractivismo para compensar con barriles de petróleo el insuficiente

ingreso. De esta forma, la crisis económica, social y ambiental de dicha actividad se acumula y posterga como ineludible.

Tal como las cifras nos permiten ver, los sucesivos presupuestos económicos del Ecuador han sido impactados, en gran medida, por el extractivismo hidrocarbúrico, que ha ofrecido a los gobiernos de turno dinero inmediato para solventar teóricamente gastos que no son permanentes. Gran parte de estos fondos se han utilizado para financiar el proyecto o programa político de cada gobierno. No obstante, frente a la gran deuda social, la deuda interna, la deuda externa y demás aspectos que el Estado debe satisfacer, estos ingresos se han empleado como parches político-económicos en el gasto permanente, e, incluso con ellos se han financiado préstamos por mayores ingresos que permiten superar déficits temporales y, en consecuencia, acumular deuda y comprometer el futuro del país; para no hablar del despilfarro y la corrupción que suele incrementarse alrededor de los ingresos súbitos.

Así pues, el petróleo, en lugar de convertirse en un ingreso adicional, se ha transformado en un generador de mayores huecos financieros, tanto en épocas de bonanza petrolera como en épocas de bajo precio de venta. Peor aún, por décadas, las empresas extranjeras se han llevado la mayor parte de los ingresos, mientras un minúsculo sobrante y tributos llegaba al presupuesto del Estado ecuatoriano, en especial antes del año 2000.

Los gobiernos de turno en Ecuador generalmente han considerado y han transmitido el mensaje de que los réditos petroleros son extraordinariamente grandes, a pesar de que, históricamente, la ganancia empresarial privada en el sector petrolero era y todavía es muchas veces mayor a la estatal.

Esta noción ha llevado a que muchos gobiernos administren los ingresos petroleros como si se tratase

4 Banco Central del Ecuador, "Boletín 33" (Banco Central del Ecuador, Quito: 2011). Las cifras de ingreso y sus porcentajes corresponden al ingreso corriente y de capital neto para el presupuesto del gobierno central de Ecuador, en estas cifras y porcentajes expuestos no se considera el saldo inicial de caja, los bonos y certificados de tesorería, los préstamos externos ni los préstamos de otras entidades y fondos.

5 Banco Central del Ecuador, "Boletín 40" (Banco Central del Ecuador, Quito: 2018). Las cifras de ingreso y sus porcentajes corresponden al ingreso corriente y de capital neto para el presupuesto del gobierno central de Ecuador, en estas cifras y porcentajes expuestos no se considera el saldo inicial de caja, los bonos y certificados de tesorería, los préstamos externos ni los préstamos de otras entidades y fondos.

6 Ministerio de Finanzas. 2018. Proforma presupuestaria 2019. Quito: Ministerio de Finanzas.

de una pequeña fortuna extra. En función de dicha circunstancia, han perdido el horizonte y han descuidado la economía común, comunitaria, pública local y privada local para en su lugar privilegiar al flujo inmediato del capital proveniente del extractivismo y a favor del interés de los operadores económicos privados ligados a esta actividad. Además, esta convierte a amplias zonas de territorio en lugares incompatibles con otros emprendimientos productivos sustentables, no solo durante la exploración y explotación sino posteriormente.

En cuanto a la minería, sector del cual el Estado ecuatoriano no ha reportado hasta el momento mayores ingresos, se puede observar que, desde 2007 hasta 2017, esta actividad extractiva no ha contribuido en ninguno de dichos años con más del 0.32% del PIB en lo relacionado a explotación de minerales metálicos, ni al 0,18% del PIB con la explotación de minerales no metálicos, ni más del 0,49% con la explotación de minas y canteras (BCE 2019,14).

No obstante, y muy a pesar del panorama económico en la minería, los últimos dos gobiernos ecuatorianos han actuado convencidos de que deben impulsar el extractivismo minero y crecer en este ámbito económico; ya que, con él, proyectan lograr aumentos en los ingresos económicos, que se presumen estarán nuevamente dirigidos a cubrir varios huecos presupuestarios históricos.

Esta añoranza gubernamental de invertir en minería para ver réditos económicos en el futuro se vio impulsada cuando la inversión extranjera realizada en el año 2018 llegó a 1.401.000.000 \$, de los cuales 742.000.000 \$ correspondieron a inversión de extranjeros en actividades mineras (Tapia 2019). No obstante, tal cifra no representa ingresos de capital en efectivo a la cuenta estatal, sino que corresponden las inversiones económicas que las empresas realizan para crear las circunstancias que permitan el desarrollo de su actividad extractiva.

Este incremento de inversión extranjera se debió, en especial, a la insistencia del gobierno ecuatoriano de atraer inversionistas al sector de la minería entre 2007 y 2016, que, para conseguirlo, destinó, hasta ese

momento, 93.000.000 \$ a este sector económico, y firmó convenios de explotación con empresas privadas, con la esperanza de que, en el futuro, se puedan realizar importantes exportaciones mineras.

Cinco son los proyectos de minería que los gobiernos ecuatorianos han considerado emblemáticos por las exportaciones que se suponen generaran. Se trata de los proyectos: Río Blanco, Fruta del Norte, Mirador, Loma Larga y San Carlos Panantza. Uno a uno han proyectado alcanzar exportaciones, respectivamente, por: 635.000.000 \$, desde 2018 hasta 2028; 6.282.000.000 \$, desde fines de 2019 hasta 2034; 22.186.000.000 \$, desde finales de 2019 hasta 2040; 2.330.000.000 \$, desde 2021 hasta 2032. En el caso de San Carlos Panantza, aún no existe una cifra clara de cuánto se proyecta lograr en exportaciones, aunque se requiere una inversión en el proyecto por 3.032.000.000 \$; sin embargo, desde 2010 hasta 2017, la inversión total en este proyecto no sobrepasa los 21.700.000 \$ (BCE 5-9).

En este aspecto, subrayamos que las cifras en dólares que se proyectan lograr en un futuro por exportaciones no corresponden a ingresos totales para el Estado ecuatoriano; pues, al igual que en el ámbito de los hidrocarburos, una vez realizada la exportación por parte de la empresa a cargo, los beneficios estatales que se obtiene son muy inferiores a la cifra de exportación.

Adicionalmente, Ecuador no cuenta con la capacidad industrial de procesamiento y refinación que las megaminerías requieren, de forma que la exportación de los minerales que se realizará para su refinación no tendrá el peso de un producto terminado con valor agregado, sino que corresponderá al bajo precio de una materia prima. En cuanto al resto de proyectos mineros de segunda generación o no emblemáticos, estos no sobrepasan los 4.000.000 \$ anuales de inversión e, incluso en varios de los casos, no se llega a sobrepasar los 500.000 \$ de inversión anual, con excepción de los proyectos Cascabel y Llumirahua, que en 2017 reportaron una inversión por 23.000.000 y 9.000.000 \$ respectivamente (BCE 10-13).

Además, la volatilidad de los precios en la minería es tanto o más alta que la observada anteriormente con el petróleo. Por ej., de agosto del 2008 a diciembre del

2011, el precio del cobre osciló entre 4 \$/libra a inicios de este periodo, cayó a 1.3 \$ en enero de 2009 y volvió a subir a 4 \$ al final de 2011. De esta forma, si el precio o las ventas descendieran a niveles de poca o nula rentabilidad, los cierres de explotaciones en dichos periodos no solo afectarían el ingreso económico, sino que conducirían al despido de los obreros que trabajan en la minería, tal como ya sucedió en varios países del mundo en el año 2009. Y, aunque no forman parte de los cálculos oficiales, no se pueden dejar de considerar los costos indirectos que asume el Estado como la construcción y mantenimiento de infraestructura vial y energética, ni los subsidios en los costos de agua y luz que utilizan en grandes cantidades las industrias tanto mineras como petroleras (Sacher 2012, 94).

En resumen, se tanto en el ámbito de los hidrocarburos como en el de la minería, la atracción de inversionistas

depende en gran medida de la actitud complaciente que los gobiernos pueden tener para prometer mayores ingresos y ganancias a los inversionistas. Para lograrlo, el Estado, en muchas ocasiones deberá reducir sus expectativas de ingreso y favorecer, en su lugar, las expectativas del inversionista, reducir el cobro de tributos, reducir costos y protecciones laborales o ambientales, hacer extensivos subsidios y crear incentivos, entre otros ofrecimientos y compromisos.

Como consecuencia, estas actividades extractivas, en la mayoría de las ocasiones, resulten más perjudiciales que beneficiosas, desde el punto de vista económico, tanto para el Estado como para las comunidades locales, aunque resultan muy ventajosas para unos cuantos inversionistas, burócratas, trabajadores y profesionales de las áreas de conocimiento involucradas.

INTERVENCIÓN TERRITORIAL DEL EXTRACTIVISMO EN ECUADOR

Antes de 2016, un 3% (790.000 hectáreas) de la superficie ecuatoriana estaba concesionada para actividades de exploración y explotación minera. No obstante, a partir de 2017 es más del 13% (3.693.000 hectáreas) del territorio ecuatoriano el que se ha entregado para exploración y explotación minera. En esta área de concesiones para actividad minera se incluyen una gran cantidad de hectáreas que forman parte de 37 bosques protectores que suman, en total, extensiones superiores a las 1.000 hectáreas, tales como: la Chorrera (2.045 hectáreas), Shulo Chuqui (7.984 hectáreas), Cordillera Kutuku y Shaimi (310.440 hectáreas), Molleturo y Mollepungo (126.329 hectáreas), la cuenca alta del Río Nangaritzza (35.881 hectáreas), Uzchurrumi, La Cadena, Peña Dorada, Brasil (76.466 hectáreas), entre muchas otras hás. concesionadas dentro de bosques protectores (Vandegrift et al. 2018, 2-3). Entre el Sistema Nacional de Áreas Protegidas SNAP y las Áreas de Bosque y Vegetación Protectora ABVP se alcanza una extensión total de 7.011.691 hectáreas en Ecuador (4.588.812 SNAP y 2.422.879 ABVP) (Vandegrift et al. 2018, 4). En otras palabras, el 24% de las 28.356.100 hectáreas que conforman el territorio ecuatoriano está teóricamente conformado

por áreas protegidas y bosques protectores; sin embargo, miles de estas hectáreas están concesionadas, tal como se reporta en el párrafo anterior; para que, en ellas, se desarrollen actividades mineras que llegan a cubrir, en muchas ocasiones, el 100% de los diferentes bosques protectores.

La situación es aún peor en el ámbito de los hidrocarburos; ya que, como actividad extractiva, posee muchas más décadas de incidencia a gran escala en amplias extensiones territoriales del Ecuador. Por ej., desde 1983 se han efectuado más de 11 rondas petroleras; además, hasta 2010 existían 21 bloques petroleros. Sin embargo, luego de esta fecha, el número de bloques se incrementó a más de 60, especialmente por el incremento de nuevos bloques petroleros en el suroriente del país (El comercio 2011).

Hasta 1971 se habían entregado miles de hectáreas a casi 6 empresas petroleras sin ninguna regulación ni contratos, y, recién a partir de 1972 aparece en escena una Ley de Hidrocarburos en Ecuador que condujo a las compañías a devolver el 80% de las concesiones que les fueron otorgadas y a reducir las extensiones

de los bloques a un máximo de 200.000 hectáreas. No obstante, hasta 1996, las rondas petroleras ocuparon 4.200.000 hectáreas (un 15% del territorio ecuatoriano actual), de las cuales, 3.600.000 hectáreas correspondían a la región amazónica del Ecuador (Guaranda 2010).

En la actualidad, el expansionismo de las hectáreas no se ha reducido y, en los últimos años, los bloques petroleros han llegado a cubrir unas 9.397.300 hectáreas.

En resumen, la extensión de los bloques petroleros cubre actualmente más del 33% del territorio nacional.

Entonces, entre actividades de exploración y explotación minera y petrolera más del 46% de la superficie ecuatoriana está ocupada por empresas extractivistas mientras que un porcentaje importante del territorio restante se encuentra vinculado a las actividades de monocultivo agrícola y a la crianza de animales de consumo humano.

IMPACTOS EN LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA

De acuerdo con el Art. 71 de la Constitución ecuatoriana, la naturaleza posee el estatus y reconocimiento de un sujeto y, como tal, está respaldada por derechos que le son propios a su existencia. Este aspecto no debería resultar extraño si tenemos en cuenta que las empresas han sido también reconocidas por décadas, según el derecho occidental y occidentalizado, como personas jurídicas con derechos muy similares al de las personas humanas.

En el mencionado Art. 71 se reconoce que, entre los derechos de la naturaleza se encuentra el respeto integral de su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Los Art. 72 y 73 consagran el derecho de la naturaleza a la restauración y dispone al Estado establecer los mecanismos más eficaces para alcanzar esta restauración, que de ninguna forma es idéntico a indemnizar a los individuos y colectivos que dependen de los sistemas naturales afectados; también se exige al Estado ecuatoriano aplicar medidas de precaución y de restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales.

Eduardo Gudynas, al analizar el texto constitucional ecuatoriano respecto a los derechos de la naturaleza, comenta que existen diversas maneras de entender los valores propios e intrínsecos de la Naturaleza; por ej., como valor no-instrumental donde el bienestar y florecimiento de la vida es un valor en sí mismo e

independiente de los propósitos humanos. Otra forma de entender estos valores de la naturaleza se refiere a las propiedades o atributos que esta posee; o, también puede entenderse que la naturaleza posee un valor objetivo independiente de las evaluaciones o consideraciones que puedan hacer terceros sobre ella (Gudynas 2011, 247-8).

Estas apreciaciones respecto de la naturaleza nos permiten identificar no solo posiciones biocéntricas y antropocéntricas en el escenario político, sino también entender que las interpretaciones que el ser humano realiza sobre el valor de la naturaleza, y por ende el reconocimiento de derechos, están atravesadas por múltiples nociones económicas, culturales, sociológicas, ecológicas y más.

En este contexto se observa, especialmente, que quienes no habitan en las zonas real o potencialmente exploradas y explotadas por el extractivismo, llámense gobiernos nacionales o corporaciones, poseen una predilección y desequilibrio por valorar la naturaleza desde el aspecto meramente económico y con notorio afán de centralización de la riqueza.

Por otra parte, incluso dentro de cada una de estas nociones económicas, sociológicas, ecológicas y demás, se marcan y sostienen enfoques científicos ampliamente variables que conducen a diferentes apreciaciones; y, así, ponen de manifiesto una de las dificultades para consensuar respecto a la naturaleza como fin, como medio o como fin y medio.

En este aspecto varios tratadistas e investigadores consideran que el modelo de la modernización sin freno que entiende al desarrollo como progreso industrial y expansión del productivismo está varía en los últimos tiempos, en parte por obra de las importantes innovaciones generadas por las corrientes indigenistas y ecologistas. Como consecuencia, se inicia un giro eco-territorial desde el lenguaje de defensa de los derechos humanos o de los derechos de la naturaleza, que apunta a democratizar las decisiones, permite a los pueblos decir “NO” frente a los proyectos que afectan fuertemente sus condiciones de vida (Svampa 2011; 186, 187 y 211).

En torno a este giro eco-territorial se destacan al menos tres corrientes de ecologismo. Una es de preservación o conservación, y se ha esforzado más por crear y proteger reservas y parques. Otra, que es de tipo eco-eficientista, está convencida de la tecnología y del uso eficiente de los recursos naturales y ha impulsado conceptos como modernización ecológica e industrias limpias, aspecto que se ha convertido muchas veces en un discurso que justifica las actividades extractivas alrededor de la frase “tecnología de punta”. Finalmente, la corriente de ecología popular llamada también de justicia ambiental es un movimiento que cuestiona el modelo de desarrollo industrial, los excesos propios de la inequidad distributiva, y se replantea las relaciones humanas a nivel local, regional y global con la naturaleza (Martínez 2004, 23-8). En esta última corriente es donde estaría mayormente presente la lucha por los derechos de la naturaleza.

Ahora bien, más allá de los aportes teóricos que brindan mayor claridad y contenido respecto de los derechos de la naturaleza, las cifras del impacto sobre la cantidad de hectáreas en áreas protegidas y en zonas de bosque y vegetación protectora asignadas a explotación y explotación minera y petrolera, así como los efectos a la naturaleza que generan estas actividades y que repasaremos a continuación, no dejan duda de que existe una vulneración permanente de los derechos constitucionales de la naturaleza.

Cuando revisamos el ámbito de la minería, se destaca que la mayor parte de los yacimientos minerales en el Ecuador se hallan en las estribaciones de los Andes, a

lo largo de millones de hás. de bosques nublados y de páramos que son los protectores de las cuencas altas y medias de la mayoría de los ríos del país y que proveen de agua bebible a millones de habitantes. Además, las principales áreas de potencial minero están ubicadas en zonas de gran biodiversidad. Por tal motivo, las operaciones mineras generan un grave impacto ecológico que ni la mejor tecnología minera cumplidora de estándares internacionales puede evitar y ni siquiera reducir a niveles de bienestar ecosistémico, y mucho menos de acuerdo a la exigencia de conservación.

Un claro ejemplo se encuentra en los efectos de la minería sobre el agua; pues, para procesar una sola tonelada [= ton] de cobre, se requieren 60.000 litros de agua. Esta, tras ser utilizada y mezclada con varios componentes tóxicos, termina contenida en piscinas de cientos de hectáreas llamadas relaveras, desde las cuales, a pesar de las geomembranas que se suelen utilizar, se filtran a las aguas freáticas y contaminan los suelos; y peor aún es la situación en las zonas donde las intensas lluvias o movimientos sísmicos son frecuentes. Desastres como estos existen por decenas, e incluso se han podido observar en países europeos como Rumania, donde se afectó el Río Danubio, así como en Kolontal (Hungría) (Zorrilla 2013).

En cuanto a los desechos sólidos de la minería del cobre, se requieren procesar 497 ton, entre mena y escombros, para obtener una tonelada de cobre. Además, hay que depositar estos desechos sólidos fuera del sitio de extracción y, como consecuencia, ocupar extensas áreas. Por ej., en Chile, país que posee en el norte de su territorio alrededor de 10.500.000 hectáreas de desierto, se requieren 64.000 hectáreas para depositar los desechos sólidos de la mina de cobre “La Escondida”.

En el Ecuador, los proyectos Mirador y San Carlos Panantza han estimado procesar, en el inicio de sus operaciones, respectivamente 30.000 y 90.000 ton diarias tan solo de mena, sin contar con los escombros. Esta cifra es alarmante; puesto que, por cada 450 ton de cobre se requiere 600 hectáreas solo destinadas a ser botadero de escombros, los cuales, frecuentemente poseen metales pesados como arsénico, antimonio y plomo, elementos químicos que afectan la salud tanto

de los ecosistemas como de los habitantes de la zona (Zorrilla 2013).

También la fundición termina por contaminar el aire, especialmente con ácido sulfúrico, el cual mata a la vida a varios kilómetros alrededor de los centros de fundición, y causa graves problemas respiratorios y envenenamiento por plomo y otras sustancias a miles de habitantes que se exponen a estos compuestos. Estos, por acción del viento, recorren grandes distancias y se mezclan con ríos, lagos y lluvias, de modo que contaminan tanto la tierra como el agua (Sacher 2012, 93) y, así, claramente alteran de forma permanente los ciclos naturales y afectan a la vida vegetal y animal, e inclusive la humana que en él habita.

Por otra parte, frecuentemente en las minas de cobre se encuentran también minerales como el oro y la plata, los cuáles, para obtener estos metales, son expuestos a altas cantidades de cianuro, una de las sustancias más tóxicas para la vida; pues, con tan solo la cantidad de un grano de lenteja (200 mg) un ser humano adulto llega a morir (Ramírez 2010).

Precisamente, esta presencia de cobre y oro sucede en el caso del proyecto Mirador, que desde el año 2000 se ha promocionado en la Bolsa de Valores de Toronto, con la propaganda de que tiene un potencial de 5 millones de ton de cobre y 137 ton de oro (Plan V 2018). Pero estas sustancias, para ser extraídas, requerirían no de una sino de mucho más de una decena de minas abiertas a lo largo de muchas hectáreas en la cordillera y, entre 2009 y 2017, se han construido vías de acceso a la mina que han causado la deforestación de 1.307 hectáreas de bosque, además de gran cantidad de desalojos forzados y contaminación ambiental, a pesar de tan solo encontrarse en la fase de construcción (Ponce 2018).

Y en la ejecución de este proyecto se calcula que se generarán al menos 325.000.000 ton. de desechos, que equivalen a 400 años de basura de la ciudad de Guayaquil. Además, la cantidad total de cobre que se obtendrá en este proyecto apenas cubre ocho días de consumo mundial de este elemento (Sacher 2012, 94). Esta cifra nos permite comprender que el cobre extraído del territorio ecuatoriano de uno de los proyectos

más grandes y emblemáticos existentes en el país no es ni remotamente apetecido o considerado esencial para el mundo, sino que es una producción marginal, cuyo precio nadie garantiza. En todo caso, los años de contaminación, generación de conflictos sociales y mediación eficaz no son rentables para el Estado ni valen toda la pena, dados los problemas que causan.

En el escenario de los hidrocarburos, las afectaciones a la naturaleza por derrames en el Ecuador son incalculables y permanentes. Por ejemplo, en 2003 se reportaron 138 derrames, en 2004 se reportaron 178, en 2005 169 y, en 2008, 117 derrames. Uno de estos “accidentes” petroleros se produjo precisamente en el Cuyabeno, en 2006. En él se perdieron 600 barriles de petróleo, pero la naturaleza perdió mucho más, pues sufrieron el impacto al menos 14 ecosistemas en el área (Guaranda 2009).

En 2008, en el sector de El Reventador, a 60 km de Quito, se produjo la rotura del oleoducto SOTE (Sistema de Oleoducto Transecuatoriano) así como de un poliducto de gasolina, los cuales, en total vertieron 4000 barriles que contaminaron, entre otras áreas, tanto a pantanos como al Río Quijos y consecuentemente al Río Coca, cuya agua utiliza una parte de la población de Orellana. El daño también alcanzó al Río Napo.

En resumen, se generó una afectación de más de 500 km, de modo que la población debió consumir agua del Río Payamino, el cual también registra contaminación por desechos de petróleo. Por último, aunque la mayoría de estos derrames se producen a consecuencia de situaciones naturales que se añaden a la falta de mantenimiento, previsión e inversión, las empresas petroleras, tanto privadas como estatales, hablan permanentemente de atentados provocados, para evadir responsabilidades civiles, ambientales, penales, administrativas, etcétera (Guaranda 2009).

En 2009, al menos 47 comunidades indígenas fueron afectadas por un derrame de 14.000 barriles de petróleo provenientes de la rotura del Oleoducto de Crudo Pesado (OCP), que llegó a contaminar los ríos Napo y Coca y, como consecuencia, diferentes áreas de Napo y Sucumbíos (El universo 2009). En 2013 se

derramaron 11.400 barriles de crudo provenientes de la ruptura de un tramo del SOTE por deslizamiento de tierra. Este derrame contaminó el Río Coca, luego el Río Napo, después el Amazonas, llegó a cruzar hacia Perú e, incluso, Brasil declaró alerta por dicho suceso. Dos meses antes de este derrame, otro, en el que se perdió una cantidad de 5.000 barriles, había ocurrido en Esmeraldas por la ruptura del OCP, que contaminó extensas áreas agrícolas y ganaderas (Gil 2013).

En 2014 se produjo un derrame de 2000 barriles de petróleo, por que resultaron afectadas 150 familias, a causa de la rotura de un oleoducto secundario en donde fue difícil ubicar el punto exacto del daño, que terminó por contaminar el Río Parahuaico, el cual, a su vez, contaminó al Río Aguarico, afluente que pasa por el Cuyabeno (Gómez 2014). En ese mismo año en Esmeraldas, entre 250 y 786 barriles de petróleo fueron derramados sobre el mar, debido a la rotura de una tubería que contaminó a una distancia entre 3 y 5 millas de las costas ecuatorianas (El comercio 2014).

Como se ve, esta afectación a la naturaleza es frecuente, al punto de que varias fuentes estiman que, en Ecuador, se produce un derrame de petróleo por semana, sin contar aquellos que muchas veces no se reportan ni aparecen en la prensa. Tal situación no ha variado durante la última década, a pesar de los altos estándares ambientales, la publicitada responsabilidad ambiental y la ampliamente proclamada tecnología de punta. Así pues, durante el año 2019 se han registrado varios derrames, entre ellos, por lo menos tres en la parroquia Pacayacu (Gómez 2019), que han contaminado el Río Upano, y uno en Yuralpa, cuyos compuestos contaminantes han alcanzado al Río Napo (Pacheco 2019).

Sin embargo, en el ámbito de los hidrocarburos, no son solo los derrames las fuentes de contaminación y afectación, tanto a los derechos de la naturaleza como a los derechos de las personas a un ambiente sano sin desequilibrios ecológicos. En efecto, a pesar de que las aguas grises y negras que, como se puede apreciar en los párrafos anteriores, recorren rápidamente grandes distancias y dejan -en agua, tierra y aire- componentes tóxicos como el arsénico, cadmio, cromo, plomo, benceno, tolueno, entre otros, que generan deformaciones

y enfermedades como el cáncer, muchas facetas más de esta industria extractiva agreden a los derechos de naturaleza y de las personas.

La aplicación de sísmica muy usual para el hallazgo de petróleo se realiza con explosivos que se detonan en intervalos regulares y que provoca desestabilización de los suelos, deforestación, pérdida de biodiversidad, pérdida de nacimientos de agua y degradación de los afluentes por turbiedad. El ruido resultante ahuyenta a los animales silvestres y puede generar una pérdida de especies acuáticas, o contaminación por las explosiones, entre otros daños. Durante la perforación, los daños descritos se incrementan, pues causa mayor deforestación, estancamiento de aguas y represas, contaminación de agua, tanto de superficie como subterránea, con compuestos químicos, especialmente por filtraciones, y contaminación del aire por quema de gas, así como del crudo en las piscinas.

Durante la explotación de los hidrocarburos, igual que sucede con la minería, se producen enormes cantidades de desechos tóxicos, tanto en los pozos como en las estaciones de separación, de manera que superan los millones de galones de caldo tóxico por día. Se añade la contaminación del aire por la quema de gas y combustiones incompletas con óxidos de azufre, óxidos de nitrógeno, óxidos de carbono, metano, etano, propano, butano (Acción Ecológica 2014; 47,48, 55 y 61), entre otros gases peligrosos para la salud vegetal y animal, donde también incluimos nuevamente a la del ser humano.

Por último, en el ámbito económico, las actividades de extractivismo minero y petrolero no son rentables a largo plazo ni para las finanzas del Estado ni para las de las localidades. Además, el costo de la restauración que forma parte de los derechos de la naturaleza debería estar incluido en el costo de las operaciones de extracción para garantizar la protección de dichos derechos, los cuales se interconectan con muchos otros de tipo humano.

Incluir los costos ambientales dentro de los costos de producción convertiría a la actividad extractiva en económicamente inviable, ya que el costo de la restauración, que ni siquiera puede aspirar a ser integral,

excedería el monto de la inversión y la ganancia. De esta manera, las empresas públicas y privadas con ofertas de tecnología de punta para la exploración y explotación claramente encarecen las operaciones. En este contexto, aquellas empresas que garantizan restauración y cumplimiento con los derechos de la naturaleza invertirían, ilógicamente, para perder. Y, hasta aquí, no hemos considerado que, una vez terminadas las operaciones extractivas, muchas empresas hacen pocos esfuerzos, además de ineficientes e ineficaces, en tareas de restauración ambiental, a tal punto que nada garantiza un monitoreo de las piscinas y botaderos de desechos tóxicos, que, entre sus componentes, presentan elementos que no desaparecen en decenas ni cientos de años, sino que se eternizan por milenios, al igual que sus efectos para los ecosistemas y por tanto para la humanidad (Sampat 2003, 118).

Así pues, la industria extractivista de hidrocarburos y minería no es compatible con los derechos de la naturaleza. Más aún si agregamos la inmensa cantidad de espacios y extensiones que requiere ocupar y afectar, tanto desde las exploración y apertura de caminos como en todas las subsiguientes fases, en un país cuya Constitución reconoce el derecho de la naturaleza a mantener sus ciclos vitales y el respeto integral de su existencia, y donde se dispone 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. En consecuencia, jurídicamente, estas actividades extractivas deberían estar en proceso de cierre paulatino pero definitivo en la gran mayoría de zonas, con todos los cuidados que se requieren para conseguirlo, a nivel ambiental y comunitario.

CONCLUSIONES

1. El Ecuador dirige sus recursos y esfuerzos a diversificar actividades económicas, sin desarrollar áreas sustentables. Tampoco impulsa, sino que, más bien inviabiliza una gestión tanto común como comunitaria, pública local y privada que resulte compatible con los derechos de la naturaleza y ambientales, así como con la libre determinación de los pueblos y los derechos laborales o asociativos. Solo se limita a insistir, con esmero, en prolongar, como fuente de ingreso, el extractivismo tanto de hidrocarburos como de minería y, en este afán, se encadena a una dependencia de los inversionistas principalmente externos y a la lógica con que operan sus intereses.

Este encadenamiento a las áreas extractivas, necesariamente se realiza con grandes grupos empresariales de presencia global e influencia a nivel económico y político que tienen la suficiente holgura financiera como para ofrecer mínimos márgenes de ganancia para el Estado y, de ser el caso, para presionar a este por distintos mecanismos, a fin de proteger sus inversiones y optimizar sus ganancias frente a un Estado urgido de recursos por malas administraciones, y que, aunque en

el discurso pretenda ser soberano, ha asignado para el extractivismo minero y petrolero el 46% de su territorio. Así, se ha consolidado como un Estado frágil frente al juego externo del precio de los hidrocarburos, que lo coloca en graves aprietos cuando presenta precios bajos que, indudablemente, impactan al resto de actividades de producción, por la gran subordinación ante el extractivismo así como por el recurrente endeudamiento logrado justo por la presencia de los ingresos extractivos que lo envuelven en una espiral de sumisión (dependencia).

2. Los esfuerzos gubernamentales por atraer inversión extranjera para actividades extractivas tornan dudosas sus proyecciones respecto a la cantidad de materia comercializable que podrá extraerse, así como sus expectativas de ingreso económico, que pueden resultar exageradas con el afán de atraer la atención de los operadores económicos para que inviertan en exploración, con el riesgo de encontrar mucho menos de lo esperado.
3. La lógica empresarial de maximizar ganancias y minimizar gastos torna habitual la instalación de

tecnología que extrae la materia prima pero que no cuida del ambiente; por estos motivos, la optimización de ganancias a menor inversión se hace aún más presente cuando la cantidad o calidad del material esperado no resulta ser el proyectado, o cuando la cantidad o calidad de la materia prima posee un bajo precio de comercialización que torna económicamente insostenible a la tecnología menos ofensiva para la naturaleza. Pero no existe tecnología que evite los importantes efectos ambientales revisados en el presente trabajo; y, además, en Ecuador, el costo del cuidado ambiental que las actividades extractivas deben tener es, por la riqueza ecosistémica, mucho más elevado al de muchas zonas desérticas en Sudamérica y Oriente Medio.

4. Basta con internalizar los costos ambientales para darnos cuenta de que tanto el extractivismo minero como petrolero no son actividades rentables económicamente para el Estado, aunque si para las empresas privadas que reducen sus costos de producción y aumentan su rentabilidad a costa de los derechos de la naturaleza y de las localidades; es decir, la naturaleza y el empeoramiento de las condiciones de vida local son los factores que subsidian las ganancias empresariales.

Es más, el dinero que ofrecen entregar unos cuantos operadores económicos extractivistas no compensa el costo de las afectaciones a los derechos de la naturaleza ni de los derechos ambientales. Así pues, restan al Estado y a las poblaciones locales grandes oportunidades de desarrollar en dichas áreas actividades económicas sustentables y, por tanto, afectan el ingreso y circulante sostenible de largo plazo. En este ámbito, sin duda, el facilismo y la corrupción de muchos funcionarios estatales ha sido, en gran parte, responsable de impedir la gestión local bajo el discurso del interés nacional con que se han impuesto, incluso a la fuerza, actividades extractivas en las zonas, donde se han expropiado o expulsado a sus habitantes. Por tal motivo, si hablamos económicamente de un verdadero interés nacional, este se encuentra en las comunidades con actividades económicas sustentables y

no en el fácil y temporal ingreso que, a cambio, deja extensas zonas empobrecidas, llenas de conflictos, inutilizables para el futuro y convertidas en manantiales de desplazados de complejas necesidades y que únicamente sirvió para enriquecer a pocos inversionistas, burócratas y profesionales, así como, ocasionalmente y en casos especiales, a unos cuantos trabajadores y dirigentes.

5. Además, estas actividades extractivas son temporales y ofrecen un pequeño ingreso en comparación con otras áreas que las superan en el largo plazo, y cuyo ingreso paulatino permite una mejor administración, planificación horizontal dialógica, distribución y control.

El extractivismo, no solo deja grandes pasivos ambientales sino también sociales. Estos últimos no han sido asunto de profundización en el presente artículo, pero sin duda saltan a la vista cuando se conoce que los ríos, el aire y la tierra en que habitan miles de pobladores nativos se contaminan permanentemente con agentes altamente tóxicos y cancerígenos. También, cuando la apertura de vías crea asentamientos irregulares de las familias de los trabajadores del extractivismo y surgen necesidades que se convierten en focos de conflicto alrededor de una cultura de apropiación de recursos e irrespeto ambiental que da paso a la violencia entre nativos y migrantes. Así mismo, cuando la violencia genera un ambiente de inseguridad que atrae a otros grupos que ven en las zonas de poco control y mano de obra barata con fuertes necesidades oportunidades de enriquecimiento, entre muchos otros costos y necesidades sociales que el extractivismo genera.

6. Las actividades mineras y petroleras, incluidas las de exploración, no respetan integralmente la existencia de la naturaleza, ni le permiten mantener y regenerar sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos propios; y, terminadas las operaciones, no solo por imposibilidades técnicas sino por el alto costo económico que representa, la naturaleza no es restaurada por los agresores de forma eficaz ni integral.

7. Es notoria la incompatibilidad de las actividades mineras y petroleras con los derechos de la naturaleza e incluso con otras actividades productivas sustentables en los territorios en los que se desarrollan. Frente a dicho panorama, se torna necesaria la defensa y ejercicio de los principios de precaución y restricción ante las evidencias de destrucción de ecosistemas y de alteración

permanente de los ciclos vitales de la naturaleza, así como recordar al Estado ecuatoriano que el Art. 313 de la Constitución le exige administrar, regular, controlar y gestionar sectores estratégicos de modo que no se rebase la sostenibilidad económica, por respeto a los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia.

BIBLIOGRAFÍA

- Acción Ecológica. 2014. *Manual de Monitoreo Ambiental Comunitario*. Quito: Acción Ecológica.
- Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero. 2018. *Producción Nacional de Petróleo Fiscalizado 2010–2018*. Ecuador: ARCH.
- Asociación de la Industria Hidrocarburífera . 2012. *El petróleo en cifras*. Quito: AIHE.
- Banco Central del Ecuador. 2019. Reporte de Minería 2019.
- _____. 2019. Reporte del Sector Petrolero IV trimestre 2018.
- _____. 2019. Reporte de Minería 2019.
- _____. 2018. Boletín 40.
- _____. 2016. Reporte del Sector Petrolero IV trimestre 2015.
- _____. 2013. Reporte del Sector Petrolero IV trimestre 2012.
- _____. 2011. Boletín 33.
- Banco Mundial, Ver_Datos PIB Ecuador. <https://datos.bancomundial.org/pais/ecuador>
- Guaranda, Wilton. 2010. *Apuntes sobre la explotación petrolera en el Ecuador*. Quito: Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos INREDH. <https://www.inredh.org/index.php/archivo/boletines-ambientales/153-apuntes-sobre-la-explotacion-petrolera-en-el-ecuador>
- _____. 2009. Acciones judiciales por derrames de petróleo contra Petroecuador, Perenco y Petroproducción. Oil Watch Latinoamérica. <http://www.oilwatchesudamerica.org/petroleo-en-sudamerica/ecuador/1396-ecuador-acciones-judiciales-por-derrames-de-petroleo-contra-petroecuador-perenco-pet-roproduccio.html>
- Gudynas, Eduardo. 2011. Los derechos de la naturaleza en serio: respuestas y aportes desde la ecología política. En *La Naturaleza con Derechos: de la Filosofía a la Política*, comp. Alberto Acosta y Esperanza Martínez. Quito: Abya Yala.
- Martínez Alier, Joan. 2004. *El ecologismo de los pobres. Conflictos ambientales y lenguajes de valoración*. Barcelona: FLACSO.
- Ministerio de Finanzas. 2018. Proforma presupuestaria 2019.
- Peñaherrera Hernández, Ángel Marcelo. 2015. *Evolución del precio del petróleo del Ecuador en el periodo 2007 –2014*. Guayaquil: Universidad de Guayaquil.
- Ponce, Isabela. 2018. Balance ambiental 2018: Ecuador entre minería, petróleo y resistencia indígena. Ecuador: Mongabay. <https://es.mongabay.com/2018/12/balance-ambiental-2018-ecuador-entre-mineria-petroleo-y-resistencia-indigena/>
- Ramírez, Augusto. 2010. *Toxicidad del cianuro. Investigación bibliográfica de sus efectos en animales y en el hombre*. Perú: Anales de la Facultad de Medicina.
- Sacher, William. 2012. Minería metálica a gran escala en Ecuador: las cuentas alegres del gobierno. *Revista La Tendencia*, N° 13, abril-mayo 2012: 92-97.
- Sampat, Payal. 2003. *Scrapping Mining Dependence*. Washington: The World Watch Institute
- Svampa, Maristella. 2011. Modelos de desarrollo, cuestión ambiental y giro eco-territorial. En *La Naturaleza Colonizada*, coord. Alimonda, Héctor, Buenos Aires: Ediciones Ciccus.

Vandegrift, Roo; Thomas, Daniel C.; Roy, Bitty A. y Mireya Levy. 2018. *Alcances de las concesiones mineras recientes en Ecuador*. Australia: Rainforest Information Center, Nimbin, New South Wales.

Zorrilla, Carlos. 2013. La minería de cobre y sus impactos en el Ecuador. <https://www.salvalaselva.org/noticias/5066/la-mineria-de-cobre-y-sus-impactos-en-el-ecuador>

Artículos de periódico

El Comercio. 2011. El mapa petrolero del Ecuador ahora tiene 60 bloques. *El Comercio*, 13 de octubre, Sección negocios. <https://www.elcomercio.com/actualidad/negocios/mapa-petrolero-del-ecuador-ahora.html>

_____. 2014. Derrame de petróleo por rotura de tubo. *El Universo*, 3 de julio, Sección noticias. <https://www.eluniverso.com/noticias/2014/07/03/nota/3181846/derrame-petroleo-rotura-tubo>

El Comercio. 2014. El derrame de petróleo contaminó a los pescadores de Esmeraldas. *El Comercio*, 11 de junio, Sección actualidad. <https://www.elcomercio.com/actualidad/derrame-petroleo-pescadores-esmeraldas.html>

Diario *El Comercio*, “Contaminación por derrame de crudo del bloque Yuralpa, en Napo” (*El Comercio*, Ecuador: 2019). <https://www.elcomercio.com/actualidad/contaminacion-derrame-crudo-napo-petroamazonas.html>

El Universo. 2009. Derrame de crudo afectó a 47 comunidades nativas. *El Universo*, 4 de marzo, Sección noticias. <https://www.eluniverso.com/2009/03/04/1/1447/688C441567D246EBA9867501080A1F22.html>

Pacheco, Mayra. 2019. Contaminación por derrame de crudo del bloque Yuralpa, en Napo. *El Comercio*, 5 de junio. Sección noticias. <https://www.elcomercio.com/actualidad/contaminacion-derrame-crudo-napo-petroamazonas.html>

Gil, Imma. 2013. ¿Por qué hay un derrame petrolero por semana en Ecuador? BBC, 13 de junio, Sección noticias mundo. https://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/06/130610_ciencia_ecuador_derrame_rio_limpieza_ig

Plan V. 2018. El impacto ambiental y humano de la megaminería sale a la luz. Plan V, Sección Sociedad. <https://www.planv.com.ec/historias/sociedad/el-impacto-ambiental-y-humano-la-mega-mineria-sale-la-luz>

Gómez, Víctor. 2019. Derrame de petróleo afecta a recinto en Lago Agrio. *El Universo*, 17 de mayo, Sección noticias. <https://www.eluniverso.com/noticias/2019/05/17/nota/7334573/derrame-petroleo-afecta-recinto-lago-agrio>

Tapia, Evelyn. 2019. Minería a gran escala impulsó inversión extranjera en 2018. *El Comercio*, 1 de abril, Sección actualidad. <https://www.elcomercio.com/actualidad/mineria-impulso-inversion-ecuador-economia.html>

LA PRAXIS DE LOS NUEVOS PARADIGMAS: EL DERECHO DE LA NATURALEZA EN EL CURRÍCULO UNIVERSITARIO

THE PRAXIS OF THE NEW PARADIGMS: THE RIGHT OF NATURE IN THE UNIVERSITY CURRICULA

A PRÁTICA DOS NOVOS PARADIGMAS: O DIEITO DA NATUREZA NO CÍRCULO UNIVERSITÁRIO

*Walter Benjamín Rivera Coria**

Recibido: 07/04/2019

Aprobado: 06/06/2019

Resumen

La aparición de la nueva Constitución de la República ha introducido en la discusión jurídica el criterio de sujeto referido a la Naturaleza; y concede, a esta entidad, un catálogo corto de derechos semejantes a los atribuidos a las personas físicas. Las implicaciones jurídicas y no jurídicas, acerca de la implementación de esta novedosa institución jurídica, se alzan aún, múltiples e inconmensurables. En el ámbito científico-académico, abren una disputa en torno a la necesidad de su incorporación como una materia específica dentro de las mallas curriculares de las universidades del país, que se tensiona entre mantener la 'ortodoxia' temática y la necesidad de instituir un soporte doctrinario disciplinar propio.

Palabras clave: Derecho de la naturaleza; Sujetos de derecho; Buen vivir; Autonomía disciplinar; Interdisciplinariedad; Multidisciplinariedad

Summary

The new Ecuadorian Constitution has brought into the legal debate the notion of Nature as a subject of law. It gives it a small list of rights similar to those attributed to the human being. The implications (legal and non-legal) from this innovation are still countless. In the academic context, the debate revolves around the necessity to incorporate a

new course into the university curricula. This idea can clash with the trend to keep a thematic "orthodoxy" and the exigency to create a national theoretical foundation.

Key words: Rights of nature; Subjects of law; Buen vivir; Disciplinary autonomy; Interdisciplinarity; Multidisciplinarity

Resumo

A aparição da nova Constituição da República vem introduzindo na discussão jurídica o critério de sujeito referido a natureza; e atribuí, a esta entidade, um catálogo de direitos semelhantes aos atribuídos as pessoas físicas. As implicações jurídicas e não jurídicas, acerca do implemento dessa nova instituição jurídica, se levantam ainda, múltiplas e incomensuráveis. O âmbito científico-acadêmico, abre uma disputa em torno da necessidade de sua incorporação como uma matéria específica dentro das grades curriculares das universidades do país, que causa uma tensão entre manter a 'ortodoxia' temática e a necessidade de instituir um suporte doutrinário disciplinar próprio.

Palavras chave: Direito da natureza; Sujeitos de direito; Bom viver; Autonomia disciplinaria; Interdisciplinaridade; Multidisciplinariedade

* Maestro en Estudios Socio-ambientales por FLACSO Ecuador; Máster en Gestión y Conservación de Biodiversidad en los Trópicos, por Universidad San Pablo CEU, España; actualmente, doctorante del Programa Sociedad, Política y Cultura, por la Universidad del País Vasco (UPV/EHU), España. Docente de la Facultad de Derecho en la Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí, Ecuador; Correo electrónico: wrivera@outlook.com

INTRODUCCIÓN

Las constituciones de Ecuador y Bolivia han denominado Buen Vivir/ Vivir Bien, *Sumak kawsay/ Sumaq amaña*, a dos interpretaciones filosófico-políticas de la cosmovisión indígena que son hoy consideradas, por diferentes autores, como parte del denominado nuevo constitucionalismo latinoamericano (Salmorán 2016).

Al apelar a la existencia de una lógica particular andina asimilable a la occidental, el filósofo Josef Estermann, sostuvo la validez de cuatro principios que la rigen: la relacionalidad del todo o principio holístico, correspondencia, complementariedad y reciprocidad (Estermann 2006). Este conjunto de lineamientos definitorios son los que describen la realidad filosófica conocida como *Sumak Kawsay*, en la cual la naturaleza o *Pachamama* adquiere “no solamente la categoría de sujeto de derechos sino también de connotación política, religiosa y mágica”, o “sistema de vida” (Llasag 2011, 82-117).

El enfoque cosmocéntrico se opone al antropocéntrico y, en el caso de Ecuador, ha encontrado entidad jurídica determinada por las especificaciones del artículo 10 de la Constitución de la República, que atribuye concretamente el carácter de sujeto de derechos a la naturaleza, y la de los artículos 71 y 72 (Ecuador 2008) que le han reconocido un cúmulo de facultades jurídicas análogas al *corpus* de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa, del año 1789. Actualmente, las interpretaciones desarrolladas a

partir de la Constitución nacional van desde la propia consideración de la naturaleza como un sujeto de derechos hasta la postura conservadora que persiste en atribuirle un carácter de bien jurídico especial.

En relación al currículo universitario, considero que arribar a una autonomía científica de esta nueva temática resulta una aspiración coherente y relevante, que debería ser apuntalada en el pensum de las facultades de ciencias jurídicas del país; o bien admitir, sin más, la renuncia a tal especificidad y permitir su asimilación como parte de los contenidos teóricos del Derecho Constitucional o del Derecho Ambiental¹.

En el primer sentido, sostengo, a manera de hipótesis de trabajo, que existen mayores razones epistemológicas para incluir en la malla curricular de las universidades una materia dedicada al Derecho de la naturaleza; razones que son coherentes con la magnitud ontológico-jurídica de esta creación jurídica, y que justifican la necesidad de un despliegue filosófico-científico que le permita trascender a su sola existencia jurídico-normativa e instituirse como una nueva disciplina en el ámbito del Derecho, con carácter interdisciplinar. La aproximación metodológica es de tipo exploratorio-analítico-descriptivo, y emplea el razonamiento deductivo para el abordaje de los elementos jurídicos propiamente dichos, así como una formulación descriptiva para extender la comprensión jurídica hacia otros campos del conocimiento.

LA DOBLE PERSPECTIVA DEL DERECHO

Un generalizado consenso sitúa al Derecho, modernamente, como una ciencia cuyo anclaje está en el ámbito de las Ciencias Culturales (Torré 2003). Se sabe que el Derecho acoge una doble perspectiva, integrada por dos disciplinas: la Filosofía y la Ciencia del

Derecho, que comparten un mismo objeto: la regulación de la conducta humana en interferencia subjetiva (Torré 2003), cada una desde su enfoque particular. Con respecto a la discusión en torno al carácter de la naturaleza como persona jurídica en nuestro sistema,

¹ El Derecho Ambiental es una disciplina de ámbito difícil de delimitar, por su carácter transversal; dado que sus contenidos pertenecen a distintos sectores del Derecho Privado y del Derecho Público. Se ciñe en el derecho a un medio ambiente sano; convertido en su piedra angular disciplinar, que posiciona al ser humano y su entorno como bien jurídico protegido. Con el Derecho de la Naturaleza, en cambio, se ha dejado abierto un espacio diferenciado y paralelo al del Derecho Ambiental, pues éste le atribuye a la naturaleza la inédita condición de sujeto de derechos.

correspondería situar su tratamiento en el ámbito de las propias fuentes del Derecho, fundamentalmente en la normativa, la jurisprudencia y la doctrina. Mientras que, en el mundo de la Filosofía, donde se impone un abordaje teórico mucho más abierto, habría que considerar su presencia en el escenario compartido por las distintas disciplinas que se relacionan con esta última, tales como la Estimativa Jurídica, la Epistemología, la Lógica o la Antropología Jurídica.

En la versión de Ortega y Gasset, el saber filosófico presupone la posibilidad de conocer la realidad, mientras que la Filosofía “hace de ello un problema y lo somete a un riguroso análisis” (Torré 2003, 51). Así tenemos que, si bien desde la aparición de la Constitución de la República, la tarea de inscribir a la Naturaleza como

sujeto de derechos dentro del escenario de la Filosofía del Derecho ha sido emprendida con un marcado entusiasmo y continúa como un debate significativo para una amplitud de autores –entre economistas, antropólogos, filósofos, biólogos e incluso abogados–, ella es aún exigua en lo inherente a la propia Ciencia del Derecho; pese a tratarse de aspectos trascendentales de índole jurídico.

Este es el aspecto que motiva a profundizar en este tipo de discernimiento, para lograr una aproximación a la realidad a partir de categorías y contenidos propios de la comprensión científico-jurídica e interdisciplinaria que trasciendan en lo curricular. Vamos a partir, entonces, de una perspectiva histórica inherente al carácter y naturaleza del concepto de “persona”.

EL CRITERIO DE PERSONA JURÍDICA A LO LARGO DE LA HISTORIA E INSEPARABILIDAD DEL CARÁCTER DE PERSONA JURÍDICA DE LA CATEGORÍA SUJETO

El antiguo Derecho Romano no fue capaz de reconocer la existencia de otras personas al margen de las humanas o naturales. Si bien, desde una perspectiva funcional sí se aceptaba que las personas físicas, tanto públicas como privadas, podían constituir asociaciones o agrupaciones con diferentes fines, estas no eran tenidas como individualidades aparte. Se hallaban regidas, en todos los casos, por reglas de Derecho Público, tanto en lo patrimonial, como en lo institucional, en lo privado y en lo público. Se afianzó así como patrón dominante para estos dos últimos casos el carácter de autoridad atribuido a las entidades de gobierno (Orgaz 1948). Y, recién con el arribo de la doctrina de la *universitas*, la asociación pudo ser reconocida como poseedora del patrimonio común, e incluso adquirió el carácter de acreedor y deudor; aunque nada permite afirmar que el Derecho Romano se haya instituido como partidario del reconocimiento de personalidad para las personas jurídicas, ni siquiera como una ficción (Orgaz 1948).

En la misma línea, Bacigalupo coincide en que, en efecto, el Derecho Romano jamás llegó a admitir la responsabilidad de las personas jurídicas, aunque sí

alcanzó a atribuir derechos subjetivos –e incluso deberes jurídicos– a la administración, cuando, en cada caso concreto, esto parecía justo (Bacigalupo 1997). Los glosadores, ya en el siglo XI, reanudaron el discernimiento del tema, y fue el Papa Inocencio IV (1185-1284) quien, por primera vez, sugirió la idea de una persona ficticia. Pero la teoría de la ficción fue formulada orgánicamente mucho después por Savigny (Torré 2003), probablemente como una manera de sistematizar todas las influencias antedichas. Aun así, algunos autores, como Binder o Gierke, citado por Bacigalupo (1997), sostienen que fueron canonistas quienes, en apego a la verdad, deberían considerarse como los verdaderos padres de la concepción moderna de corporación.

La diferencia entre persona natural y colectiva, de acuerdo al criterio de Kelsen (explicado por Torr ), consiste en que, en el primer caso, sucede un facultamiento y obligamiento inmediato (entre el ordenamiento y la conducta), mientras que en la segunda, ambos son de carácter mediato (Torr  2003). La teoría pura del Derecho resuelve el dualismo entre el Derecho en sentido objetivo y el Derecho en sentido

subjetivo, en el caso de ambos tipos de sujetos jurídicos, positivizándolos: “reduce a norma jurídica la obligación y el derecho subjetivo (en sentido subjetivo), norma que enlaza una sanción a determinada conducta de un hombre, haciendo dependiente la ejecución de la sanción de una demanda que lo solicite” (Kelsen 2009, 199). Tal positivización se da, para las personas jurídicas colectivas, en los dos órdenes normativos que le son inherentes: el orden jurídico estatal y el orden jurídico parcial.

Así también, cabe hacer referencia al criterio de personalidad jurídica considerado comúnmente como capacidad legal de una persona para ejercer derechos y contraer obligaciones. Agustín Gordillo remarca que este criterio no debe de ser enaltecido al extremo de considerarse la sustancia principal de una entidad o individuo, ya que se trata tan solo de un rasgo distintivo. Es decir que la personalidad jurídica “... es solo un carácter atribuido por el Derecho a un sujeto o entidad; más no un aspecto definitorio, propiamente, de su existencia” (Gordillo 2012, s/n).

En cuanto a las personas físicas, cuya existencia jurídica es indiscutible, según Gordillo, nos referimos a un concepto jurídicamente puro, asumido como ajeno a cualquier otra realidad que no sea normativa. Menciona que en estos casos la personalidad tiene un alcance más integral acerca del ente, y se asimila

como parte de éste. Así, la personalidad jurídica varía según el tipo de persona jurídica de la que se trate, de acuerdo a la razón o fin social que tenga, y le permite entablar determinados tipos de negocios jurídicos (Gordillo 2012).

De acuerdo a lo dicho, consideramos que la atribución del carácter de persona jurídica a la naturaleza, por parte de la doctrina, termina por negarse en virtud de los dos criterios de síntesis siguientes. 1) En cuanto a las categorías de persona colectiva y personalidad jurídica, éstas han sido desarrolladas necesariamente para colectivos de individuos humanos, si se entiende –tal como el propio Gordillo prefiere– que persona jurídica no es una realidad social, ni política, ni física en concreto, sino simplemente una realidad o noción jurídica; y que, personalidad jurídica no es sino una atribución que el Derecho extiende a dichas entidades. 2) No se ha hecho posible desprender el criterio de persona jurídica de la esencia humana con la que ha sido creado, y en función de la cual ha acontecido todo el despliegue del Derecho. Esta última consecuencia surge por la propia razón de ser del objeto del Derecho –de acuerdo a Torrè–, consistente en regir la conducta humana en su interferencia intersubjetiva. Y Gordillo parafrasea a Kelsen cuando concluye: la persona jurídica no puede entenderse como otra cosa que como “un centro de imputación de actos humanos” (Gordillo 2012, s/n).

LA NATURALEZA, UNA PERSONA *SUI GENERIS*

La interpretación literal del párrafo primero del artículo 71 de la Constitución de la República, es que la naturaleza o *Pacha Mama* es destinataria de un catálogo de derechos. El artículo 10 enuncia también, explícitamente, que la naturaleza será el sujeto de los derechos que le sean reconocidos por norma constitucional (Ecuador 2008).

Dada la explicitud literal de la norma, coincido con autores como Julio Prieto (2013) en la necesidad de que la exploración de los determinantes de la naturaleza como sujeto de derechos no puede realizarse desde una visión puramente dogmático-jurídica, ya

que el Derecho, hasta ahora, ha sido una disciplina constituida en torno al ser humano como una realidad única. Ese hecho hace que dicho propósito sea estéril, por quedar así convertidas las categorías jurídicas conocidas en un territorio inexpugnable; y en tal virtud, correspondería más bien optar por el camino descriptivo de un sujeto *sui generis*.

Pero esta vía solo es posible desde un horizonte de apertura interdisciplinaria que haga inteligible una nueva concepción y refuerce la interacción del ámbito jurídico con entradas teóricas ajenas al Derecho. A continuación, exploraremos algunas de ellas.

Sociedades de árboles

La botánica Suzanne Simard es profesora de Ecología Forestal en la Universidad de British Columbia, en Canadá. Simard es una de las científicas pioneras en el estudio de las sorprendentes formas de comunicación que mantienen los árboles. Ella afirma haber evidenciado su capacidad de comunicarse y de crear vínculos de interdependencia. Pero la científica no solo habla de relaciones de intercambio de información, sino de verdaderas relaciones afectivas y de estructuras sociales complejas y estratificadas (Simard 2016).

La comunicación de los árboles, según Simard, se produce a través de intercambios químicos y de energía en las raíces, que configuran un tejido semejante a las redes neuronales de los seres superiores. En palabras de Simard, este lenguaje es el de las formas de carbono, pero, además, el del “nitrógeno, el fósforo, el agua, los productos químicos, las hormonas y los alelos”² (Simard 2016, s/n).

La autora ha alcanzado a describir cómo, a través de las raíces de diferentes especies de árboles en el bosque, se establecen nodos en asociación con ciertos hongos, que configuran redes de micorrizas. Así también, la investigación de Simard ha revelado que, mediante algunos de estos nodos –los más grandes–, ciertos individuos denominados árboles madre son capaces de alimentar a las plántulas que ellos han engendrado, en el nivel del sotobosque, al transmitirles su exceso de carbono. Así, mejoran las condiciones de supervivencia de estas últimas en hasta cuatro veces con relación a otras plántulas ajenas, que crezcan aisladamente.

Yendo más lejos, Simard ha experimentado con la capacidad de los árboles madre de reconocer a sus crías y asegura haberlo comprobado con un experimento posterior, en el que extrajo algunas de esas plántulas para desarrollarlas en condiciones artificiales y reintroducirlas más tarde, en lugares adyacentes, con el fin de verificar si los nuevos seres entablaban algún tipo de vínculo con quienes les habían engendrado. La

lectura de resultados arrojó, en efecto, resultados positivos, poniendo en evidencia la relación madre-hija, entre el árbol madre y estas plántulas.

Slobodchikoff³, profesor de biología en la Northern Arizona University, ha logrado evidencia científica acerca de las formas de lenguaje social de los perritos de la pradera (*Cynomys ludovicianus*), que incluyen llamadas –chillidos– diferenciadas para distinguir a varios tipos de depredadores. Aunque lo más sorprendente de sus descubrimientos no radica en esta capacidad de sustantivación –de la que se sabe, otros animales disponen⁴–, sino en el nivel de complejidad y estructuración alcanzados por estos pequeños herbívoros para transmitir entre sí múltiples especificaciones como el tamaño, la forma, el color y la velocidad de los depredadores de los que se ocupan –adjetivación–; situando al eventual observador en el papel de espectador de conversaciones articuladas, en toda la regla.

De las maneras descritas, los árboles estudiados por Simard y los animales estudiados por Slobodchikoff son la manifestación de un funcionamiento abierto que instituye relaciones susceptibles de ser gobernadas por reglas, observables en diferentes sistemas vivos; esencialmente, la homeóstasis y la resiliencia –rasgos sistémicos sobre los cuales también han trabajado Luhmann (1998) y otros–; al margen de un comportamiento social que, como ya se dijo, es comparable al de las sociedades animales y humanas⁵, entendidas como sistemas sociales funcionales. La comunicación como actividad racional, consecuentemente, no es –de modo alguno– patrimonio exclusivo del ser humano, sino que, vista en perspectiva ampliada, resulta un modo común de interacción que tiene la vida en general; utilizada por todo el complejo de medios a disposición de los organismos que la integran. Cuando hablamos de comunicación, desde esta óptica, hablamos de Ecología –interacción entre formas de vida y su ambiente– y biodiversidad –procesos ecológicos y evolutivos a nivel de genes, especies, ecosistemas y paisajes–, pero también de Semiótica/Semiología

² Traducción del autor.

³ Mayores referencias del trabajo de Slobodchikoff, pueden hallarse en su blog personal: <http://conslobodchikoff.com/>

⁴ Existen investigaciones estructuradas, aunque no con mucha frecuencia, muy probablemente debido a su gran complejidad intra e inter-disciplinaria, ya que conjugan múltiples disciplinas, como la Etología, la Semiótica/Semiología, Comunicación no verbal, Psicología, Ecología y Zoología. Destacan ciertos trabajos pioneros, como los de Riba (1990) y los de Bekoff y Byers (1998).

llevada al margen de su significación humana, entre otras disciplinas. Tal amplitud sale de lo intra-disciplinar y arriba al campo filosófico, donde se encuentra con las dimensiones éticas provocadas por la dominación humana del entorno y que han condicionado la reciente (re)aparición del paradigma cosmocéntrico (Reale 2016); y así su abordaje –se puede asegurar, desde un punto de vista científico-filosófico– se adentra en el ámbito de lo multi e interdisciplinario.

Algunos juristas actuales se consideran poco ortodoxos por mostrarse partidarios de las corrientes animalistas, son capaces de sentirse hoy muy audaces cuando se esfuerzan por sostener la posibilidad de atribuir a algunos mamíferos superiores determinadas condiciones de conciencia tales como la sensibilidad, la empatía, el instinto maternal o la solidaridad –de modo semejante a los seres humanos–, con el objeto de solventar la existencia de prerrogativas jurídicas a favor de ellos, pero ¿podrían siquiera admitir como probable un abordaje similar con respecto a las plantas? O, ¿cuán lejos podemos considerar que se hallan tantas de esas múltiples, pero todavía indescifradas formas de convivencia, de estar regidas por reglas, equiparables a las nuestras? O, más cosmocéntricamente aún: dado que podemos dar por evidente que la biodiversidad y los ecosistemas se sostienen en complejos intercambios, ¿no será la especie humana aquella que más aislada se encuentra comunicativamente⁵ de su entorno?

Si bien aún no podemos considerar admisible trasladar la reflexión jurídica a ciertos extremos, sí podemos aspirar a llegar a un acuerdo de mínimos, como que el Derecho –a riesgo de anquilosamiento– es todavía una disciplina profundamente antropocéntrica, cuya evolución científica depende cada vez más de su integración interdisciplinaria.

Derechos de las personas no humanas

Aunque los estudios acerca de sociedades de árboles parecen, para un letrado, fetiches o atisbos de literatura

fantástica, incluso como parte del terreno del Derecho Ambiental; la historia de nuestra ciencia es capaz de mostrar que la indiferencia acerca de la atribución de prerrogativas jurídicas a otros entes biológicos por parte del ser humano, no ha sido precisamente una constante. Distintos autores han reproducido registros provenientes de la Edad Media, relativos a un sinnúmero de juicios en contra de animales⁶. Se referencian procesos en contra de cerdos y otros seres –incluidos los insectos– como responsables por la muerte y mutilación de personas, o daños a la propiedad.

Todos estos casos, evidentemente alejados de los criterios jurídicos convencionales contemporáneos, terminan por ser solo anécdotas de interés histórico o filosófico. No obstante, tampoco se trata de asuntos aislados y del todo carentes de sentido jurídico, debido a que, modernamente, han hecho su aparición, corrientes como la bioética animal, de más amplio y renovador espectro filosófico.

Leyton refiere la existencia de distintos antecedentes legislativos de bioética animal y derechos de los animales, entre los que se cuentan algunos coleccionados por Brels, en cuya estadística acentúa que un 61% de los países reconocidos por la ONU disponen actualmente de leyes de protección animal, formuladas en función del reconocimiento de ciertos tipos de usos propios de ellos.

De tal manera, en países de Europa rigen leyes para la protección de animales de compañía, mientras que en los Estados Unidos de América predomina la legislación sobre los “animales de abasto”. Aunque, en general, la situación a nivel mundial, tal como evidencia la autora, es muy dispar, pues hay países donde no existen leyes de protección animal, tanto como países donde, al legislar, se considera a los animales como bienes muebles, o se protege jurídicamente solo a algunos de ellos y se deja a otros en indefensión.

Autores como Zaffaroni hacen referencia a la vigorosa tendencia animalista europea, que tiende a liberar a

⁵ Si profundizamos en el abordaje de las relaciones entre la Teoría de la Acción Comunicativa, el Derecho y el Medio Ambiente, se pueden citar algunos trabajos, como los de Aguirre (2012) y Deflem (1995).

⁶ Distintas referencias pueden encontrarse en el libro: Hribal, Jason. 2010. *Fear of the Animal Planet: The Hidden History of Animal Resistance*. Canadá: AK Press.

los animales de su condición de cosas y a concederles un lugar intermedio más próximo a los seres humanos. Este autor cita las disposiciones de los códigos civiles suizo y alemán, que han impuesto el carácter de “no cosas” a favor de estos seres, así como la obligación estatal y social de su tutela mediante leyes especiales (Zaffaroni 2011).

Más recientemente, también se tienen noticias acerca de sentencias y declaratorias a favor de algunos animales, como en el caso de la sentencia dictada por el Tercer Juzgado de Garantías de la Ciudad de Mendoza, en Argentina. Éste declaró a una hembra de chimpancé llamada Cecilia como sujeto de derecho no humano, determinándose su traslado final a un santuario en Brasil, en respuesta a una demanda de Hábeas Corpus presentada por asociaciones animalistas⁷.

Esta sentencia adquirió repercusión internacional y es considerada hoy como un referente para el reconocimiento de derechos a estos seres. La petición estuvo afianzada en argumentos de doctrina jurídica del tratadista Raúl Zaffaroni, quien afirma que debe hacerse extensivo el carácter de sujetos de derechos a los sujetos no humanos, instaurando para ello como bien jurídico en casos de maltrato, el derecho del propio animal a no ser objeto de la crueldad humana. Se debe reparar en el hecho de que esta postura no llegó a corresponderse con criterios de integración del ordenamiento jurídico, sino que produjo un inusual precedente judicial al asentarse en el reconocimiento del animal como sujeto titular del bien jurídico, a tenor del supuesto del tipo penal de maltrato de la Ley Nacional 14.346 de Protección Animal, de 5 de noviembre de 1954, de la República Argentina; la cual, en su Artículo 1, dispone: “Será reprimido, con prisión de quince días a un año, el que infligiere malos tratos o hiciere víctima de actos de crueldad a los animales” (Zaffaroni 2011, 55). En torno a este artículo, la evidente atribución del carácter de víctima a los animales contenida en esta norma, es un indudable reconocimiento de su condición de sujetos jurídicos; y, que se haya realizado en el año

1954, resulta para el autor una “intuición sumamente interesante” (Zaffaroni 2011, 55).

En este contexto, se aprecia que la imputación del carácter de sujeto de derechos a entes naturales o no humanos, sí ha sido materia de la jurisprudencia y del ordenamiento comparado, aunque esta representación nunca ha sido tan medular como en el caso ecuatoriano. Con respecto a nuestra Constitución, la particularidad más grande de este tipo de reconocimiento de lo no humano se expresa en forma abierta y generalizada, no a favor de las especies e individuos, sino de la naturaleza; cuya determinación es vasta, abierta y sistémica⁸ (“donde se reproduce y realiza la vida”, de acuerdo al artículo 71). Esta determinación, no obstante, debe entenderse con evidentes márgenes territoriales circunscritos a la soberanía del Estado, de acuerdo al principio de territorialidad de la ley.

Doctrina ecuatoriana

El Derecho de la Naturaleza ha tenido un escaso desarrollo dentro de la doctrina nacional, dada su relativamente reciente aparición y el interés que ha despertado tan solo en determinados autores. La literatura existente es, sobre todo, de talante filosófico –aunque no necesariamente, de Filosofía del Derecho–, y los criterios inherentes a la doctrina jurídica, como ya se mencionó al inicio, son aún más escasos.

Efectuar una aproximación propiamente científica ameritaría un desarrollo a partir de la jurisprudencia, la doctrina tradicional y la doctrina jurisprudencial, cuya limitada aplicación está basada solamente en las acciones de protección como único instrumento jurisdiccional habilitado por el ordenamiento. Es así que apenas podemos hablar de doctrina jurídica en materia de Derecho de la Naturaleza, sino tan solo de aspectos doctrinales obtenidos de la revisión de categorías provenientes de la teoría general del Derecho y de algunas otras disciplinas como el Derecho Civil, Constitucional y Penal.

7 Se tienen referencias de otra decisión judicial semejante, pronunciada a favor de una hembra de orangután, de nombre Sandra, ante la jueza titular del Juzgado de Instrucción N° 47 en lo Contencioso Administrativo y Tributario de Buenos Aires; dictamen que arribó para revisión ante la Cámara Federal de Casación Penal, donde la petición fue finalmente otorgada.

8 En una evocación biosférica semejante a *Gaia*, se apega a la noción de biósfera, dimensionada como el sistema planetario formado por todos los seres vivos/ecosistemas del planeta y sus relaciones.

De la literatura de autores ecuatorianos relacionada con esta temática acudimos, solamente esta vez⁹, al criterio de dos reputados académicos Ricardo Crespo y Farith Simon. La postura de Simon refiere inicialmente una “ambivalencia normativa” contitucional, con respecto a la naturaleza. Esta radica en “su doble tratamiento” en diferentes partes de la norma, como sujeto de derechos y, a su vez, como “objeto de apropiación y explotación” (Simon 2013, 15).

En el primero de ambos sentidos, hace referencia a los artículos 10, 71 y 72, que establecen que la naturaleza es sujeto de los derechos enunciados en los dos últimos. En tal virtud, se establece una legitimación activa amplia a las autoridades, para exigir su cumplimiento.

En la necesidad de obtener una caracterización constitucional, el autor identifica un total de 19 disposiciones contenidas en la norma constitucional que se refieren a la naturaleza. Estas corresponden a distintas materias, de las cuales aquellas que tienen marcado el componente de aprovechamiento, se sitúan, por ejemplo, en el artículo 408, referido a los recursos naturales no renovables.

Asimismo, Simon remarca que la transición constitucional de 1998 a 2008 no ha sido tan profunda como algunos entusiastas de la actual Constitución pretenden, dado que, en la anterior norma fundamental, la atribución de derechos no era de carácter exclusivamente individual, al no haberse sentado como una condición para la exigibilidad de un derecho el disponer de voluntad para ser titular de alguno (Simon 2013). Como ejemplo, el autor utiliza el reconocimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes, que en la Constitución de 1998 era pleno y no requería capacidad de exigibilidad por parte de sus titulares.

Con respecto a la inseparabilidad del Derecho de lo humano, como se ha expuesto previamente, asume el autor que tampoco podemos alejarnos tan fácilmente de la realidad existencial de que el propio Derecho ha sido creado como una ciencia cultural, edificada en función del ser humano; y que, por ese motivo, el reconocimiento de derechos a favor de la naturaleza

no puede considerarse más que como una auténtica revolución jurídica.

En un sentido distinto, y que rescatamos para aproximarnos a la definición que nos ocupa, Simon extrae de la doctrina de Kelsen el carácter de imputación normativa al que se atribuye la categoría sujeto de derechos. Así, en tono categórico, manifiesta que tal condición se halla presente en la determinación normativa del derecho ecuatoriano, que atribuye a la naturaleza el carácter de sujeto de derechos.

Sin embargo, tomada literalmente, esta constatación conduce a un conjunto de equívocos que el autor se encarga de esclarecer y que, expresados sintéticamente, están referidos a: una asociación automática entre derecho subjetivo y deber jurídico, a la afirmación de la necesidad de ser capaz de expresar voluntad para ser titular de derechos, y a la confusión entre capacidad legal y responsabilidad (Simon 2013).

Acerca del primer punto, Simon descarta que deba exigirse una estricta correlación entre derechos subjetivos y deber jurídico para oponerse a otorgar los primeros a un sujeto, porque el Derecho sí admite una atribución de derechos subjetivos a titulares que no tengan capacidad de ejercer deberes, como es evidente en el caso de los incapaces.

Acerca del segundo punto, el autor niega que, para ser titular de un derecho, se deba tener capacidad y voluntad; puesto que, en determinados casos, el Derecho admite también la posibilidad de que la voluntad de un titular pueda expresarse por otro sujeto de manera válida. En tercer lugar, en cuanto a la capacidad, asegura el autor que la titularidad de derechos no está condicionada a la capacidad legal de una persona y que el ejercicio de muchos derechos no involucra necesariamente la posibilidad de realizarlos.

Concluye Simon que sí es posible utilizar las categorías jurídicas para sustentar la titularidad de la naturaleza como sujeto de derechos, y que la misma está asentada en bases normativas muy concretas. No obstante, previene que este resguardo constitucional, por

⁹ Se pueden referir también, para una mayor amplitud temática, trabajos jurídicos, como el de Julio Prieto (2013).

mucho que resulte revolucionario, podría presentar el riesgo de afectar la protección de los derechos de los seres humanos. Aunque en este caso, considero que puede objetarse que el resguardo de derechos para la naturaleza no tiene porqué partir de una condición de protección en sentido absoluto, sino que bien podría matizarse con criterios como el límite de tolerancia, mediante el cual, en Ecología, se reconoce la capacidad de todo ecosistema de soportar cierto grado de pérdida sin sufrir un menoscabo integral. Este criterio ya es parte de los elementos normativos en materia de impacto ambiental.

Por su lado, Ricardo Crespo es más específico en la enunciación de su postura, pues se afianza en los planteamientos tradicionales de la teoría de la ficción y reseña algunas propuestas vanguardistas, como la del autor G. Stutzin, quien propuso reconocer a la naturaleza un carácter de persona jurídica *sui generis*, investida de representación legal por alguna organización de conservación de la naturaleza. Se trataría así de la figura de la naturaleza como una persona jurídica convertida en titular de derechos, pero sin capacidad de auto-representación y representada por otra –de

carácter colectivo– con personalidad jurídica (Crespo 2011). Uno de los problemas irresueltos más relevantes en esta innovadora fórmula, estaría en la cualidad del sujeto –¿cuál de ellos?– para imputarle obligaciones. En segundo lugar, resultaría discutible la naturaleza jurídica de la segunda institución: ¿de Derecho Público o de Derecho Privado? De modo adicional, en la diferenciación de los actos de ambas, ¿en qué situaciones estaríamos hablando de los actos de la primera y en qué caso de los de la segunda?

La perspectiva de Crespo se refiere a la ruptura que esta formulación provoca en la lógica de reciprocidad entre la entidad como sujeto de derechos y de obligaciones. En su artículo, termina por negar la posibilidad de otorgar derechos a la naturaleza, por la falta de reciprocidad, y se adhiere a la tesis de Luc Ferry, quien sostiene que atribuir derechos a la naturaleza se fundamenta en el error de considerar a esta y a los animales como seres morales o sujetos de derecho, debido a que no son capaces de actuar de forma recíproca; y, por lo tanto, resulta imposible atribuirles deberes. Esta postura, debe decirse, ha sido descartada por Simon.

LA CUESTIÓN CURRICULAR

Una vez puesto el énfasis en algunas de las aristas concretas –de las múltiples que propone la cuestión–, corresponde ocuparnos de las condicionantes para la integración del Derecho de la Naturaleza en el currículo universitario.

El diseño de mallas curriculares es parte del “Ejercicio de la Autonomía Responsable”, situado en el Título II, Capítulo 1, de la Ley Orgánica de Educación Superior (LOES). En el artículo 17 de esta norma, el Estado despliega, para universidades y escuelas politécnicas, la autonomía académica, “acorde con los principios establecidos en la Constitución de la República” (Ecuador 2010). El artículo 18 de esta ley materializa principios de jerarquía superior, tales como la libertad de enseñanza y la libertad de cátedra, formulados en el artículo 29 de la Constitución de la República (Ecuador 2008). La “autonomía responsable” ejercida

por universidades y escuelas politécnicas consiste, entonces, de acuerdo a la Ley Orgánica de Educación Superior, entre otros lineamientos, en: “La libertad en la elaboración de sus planes y programas de estudio en el marco de las disposiciones de la presente Ley” (Ecuador 2010).

En la construcción curricular que está a cargo de las universidades, confluyen así, de acuerdo a la LOES, como criterios de validación por parte de los órganos gubernamentales responsables, los principios de pertinencia y calidad. Este último, formulado en el artículo 93, está orientado por “la pertinencia, la inclusión, la democratización del acceso y la equidad, la diversidad, la autonomía responsable, la integralidad, la democracia, la producción de conocimiento, el diálogo de saberes, y valores ciudadanos”, para la “búsqueda continua, auto-reflexiva del mejoramiento,

aseguramiento y construcción colectiva de la cultura de la calidad educativa superior” (Ecuador 2010); y este segundo principio es el aspecto motivador de dicho principio. El de pertinencia, por su lado, consiste en que la educación superior “[...] responda a las expectativas y necesidades de la sociedad, a la planificación nacional, y al régimen de desarrollo, a la prospectiva de desarrollo científico, humanístico y tecnológico mundial, y a la diversidad cultural” (Ecuador 2010).

Aspiramos a que elementos teóricos como los presentados a lo largo del presente artículo sirvan para alimentar una discusión en términos de pertinencia y calidad curricular, como condicionantes de las casas de estudios superiores para el ejercicio de sus prerrogativas en la incorporación de una materia específica dedicada al Derecho de la naturaleza en sus mallas curriculares; no solo por ser en sí misma una temática trascendental, sino porque la inédita institución de ella como un sujeto de derechos, tiene la significación complementaria de resultar una contribución original a la ciencia del Derecho Constitucional¹⁰, que solo puede ser apuntalada doctrinalmente puestas adentro de nuestro propio sistema jurídico; y a la cual va aparejada, además y como reflexión aparte, la circunstancia de que la interculturalidad y el medio ambiente son de los pocos canales principales de los que dispone nuestra ciencia para su apertura a la integración transdisciplinaria.

Diferentes tipos de autonomía disciplinar

El abordaje de la cuestión curricular de las disciplinas jurídicas encuentra su trasfondo en la propia teoría general del Derecho, referida a la clasificación y organización por sectores o ramas de esta ciencia, de cuya profundización me ocuparé ahora brevemente.

Torré afirma que la división del Derecho en ramas es, sobre todo, el resultado de una exigencia científica en la comprensión de que conocer es ordenar, en base al carácter diverso de sus vastos y diversos contenidos. Estos diversos contenidos de los que habla

Torré (2003) tienen que ver con una separación de las Ciencias Jurídicas al interior de la Dogmática Jurídica, según la cual debe admitirse la división existente entre normas jurídicas propiamente dichas y la disciplina científica que las tenga por objeto. Así aborda él la discusión inherente a la autonomía de las ramas de la Dogmática Jurídica, que puede ser de tres tipos: científica, cuando una disciplina halla su fundamento en la existencia de un sector de la realidad jurídica que tiene caracteres propios; didáctica, que consiste en la existencia de cátedras destinadas a la enseñanza de una disciplina; y legislativa, que se produce cuando hay abundante legislación acerca de un sector del derecho positivo. Para hablar con propiedad de una ciencia jurídica, esta debería tener –remarca– autonomía científica.

Otros autores, como López Sela y Ferro Negrete, precisamente en búsqueda de la autonomía del Derecho Ambiental –una disciplina similar y emergente–, han formulado sus propias aproximaciones en algunas variantes que son de nuestro interés. Ellos fundamentan su autonomía disciplinar como: *i.* una ciencia informativa: una amalgama de normas acerca de un mismo tema –el jurídico ambiental–; *ii.* una disciplina académica, es decir: la expresión de la necesidad de impartir lo ambiental en la enseñanza universitaria; y *iii.* entre otras razones más específicas que escapan a nuestro interés, una rama autónoma del Derecho (López y Negrete 2006). En este último cometido resuenan los criterios de Jesús Jordano Fraga, quien basa su argumentación a favor del reconocimiento del carácter del Derecho Ambiental como una disciplina autónoma, en tres aspectos: la presencia de principios propios, técnicas jurídicas propias y la referencia a determinada categoría de personas, objetos o relaciones (Jordano 1993).

En palabras de este último, existen suficientes elementos para asegurar que el Derecho Ambiental es una disciplina autónoma. Los criterios en que sostiene su afirmación son consistentes con los expresados por Torr  (2003), en cuanto al carácter científico, didáctico o legislativo de las ramas de la Dogmática Jurídica

10 O como bien destaca Raúl Eugenio Zaffaroni: “No se trata de una incorporación antojadiza y simbólica, de una ocurrencia vernácula, sino de una definición que emerge de la cultura tradicional del pueblo esencial a la idea moderna de constitución” (Zaffaroni 2011, 117).

y, así, pueden considerarse extensivos también para lograr un idéntico propósito con relación al Derecho de la Naturaleza.

La Constitución de la República del Ecuador, a contracorriente de la teoría jurídica convencional, ha instituido un nuevo sujeto de derechos llamado Naturaleza, cuyo carácter *sui generis* aún no puede ser asimilado por la dogmática jurídica aisladamente, sin una apertura interdisciplinaria. También se puede convenir que, si bien aquella en su condición de sujeto no consigue individualizarse como una realidad concreta ni logra ser descrita a plenitud todavía, de acuerdo a los cánones tradicionales de la personalidad de las personas jurídicas, sí es una entidad real de carácter sistémico, equiparable a las representaciones de biósfera y ecosistema; y que, para ahondar en su desarrollo, la interacción entre la Ecología, la Biología y el Derecho, resulta imprescindible. En este último sentido, es posible coincidir también con las aproximaciones de Prieto con respecto a la necesidad de interactuar interdisciplinariamente, para forjar criterios que permitan objetivar

y judicializar la vulneración de sus derechos, establecidos en la Constitución de la República, instrumento normativo que ha establecido un régimen funcional, integrado por un titular determinable con facultades jurídicas y un mecanismo de juzgamiento, basado en las acciones jurisdiccionales de protección.

No podemos convertirnos en partícipes de que la atribución de derechos a la naturaleza y su reconocimiento como sujeto de derechos hayan sido nada más que un lapsus del legislador constituyente, ya que se evidencian profundas razones filosóficas y auténticamente jurídicas que ameritan la necesidad de consolidar una rama del Derecho dedicada a este propósito, justificando su existencia en la malla curricular de nuestras universidades, por la eminente función que estas deben cumplir como principales centros de desarrollo académico. Esta tarea ha de resultar parte de un necesario ejercicio previo de autonomía responsable, que permita afianzar la ruptura epistemológica –probablemente sin retorno– de nuestra ciencia, hacia el dominio de la interdisciplinarietà.

CONCLUSIONES

1. El Derecho de la Naturaleza es, actualmente, un área del Derecho que dispone de entidad legislativa, aunque su carácter como disciplina científica puede considerarse limitado. Sin embargo, es deseable que, con el avance de la estructuración normativa y el desarrollo de las fuentes, sea capaz de adquirir, paulatinamente, autonomía científica, al igual que las demás subdisciplinas que integran el Derecho.
2. Las universidades del país tienen potestad académica y normativa, a través del ejercicio de la autonomía, para incorporar el Derecho de la Naturaleza como un elemento dentro de sus mallas curriculares.
3. La incorporación del Derecho de la Naturaleza en mallas curriculares obedece a profundas motivaciones científicas y filosóficas. Algunas de estas entradas se enuncian en el artículo, pero existen otras tantas motivaciones de corte metodológico y epistemológico, debido a que, de manera más evidente incluso que en el caso del propio Derecho Ambiental, este nuevo campo jurídico tiene el potencial de constituirse en un espacio privilegiado para la inexorable transición de la Ciencia del Derecho hacia la multi e inter-disciplinarietà, motivadas ambas por el implacable avance del progreso científico y de la modernidad.
4. El desarrollo científico del Derecho de la Naturaleza puede ser apreciado como una responsabilidad pendiente, revolucionaria, transformadora, adquirida para con la Ciencia del Derecho; una nueva condición que debe expresarse disciplinariamente. El Ecuador se ha autoimpuesto el compromiso de ser un ejemplo a seguir en el avance de nuestra ciencia y, por tal motivo, se debe trascender del ámbito propositivo a la materialización de los cambios, correspondiéndole a la academia ecuatoriana un lugar privilegiado en esta vanguardia científica.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguirre, Alfonso. 2012. La teoría de la acción comunicativa y el medio ambiente. *Revista Universidad EAFIT*, Vol. 33: 123-45.
- Bacigalupo, Silvina. 1997. La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, Un estudio sobre el sujeto del Derecho Penal. Tesis presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/4345/29501_bacigalupo_saggese_silvina.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Bekoff, Marc y John Byers, eds. 1998. *Animal Play: Evolutionary, Comparative and Ecological Perspectives*. New York: Cambridge University Press. <http://dx.doi.org/10.1017/CBO9780511608575>
- Bugallo, Alicia. 2011. *La filosofía ambiental en Arne Naess, Influencias de Spinoza y James*. Río Cuarto: ediciones del ICALA.
- Cafferatata, Néstor. 2004. *Introducción al Derecho Ambiental*. México D.F.: Instituto Nacional de Ecología.
- Crespo, Ricardo. 2011. La naturaleza como sujeto de derechos: ¿Símbolo o realidad jurídica? *Iuris Dictio* 8 (12): 1-16. <https://doi.org/10.18272/iu.v8i12.685>
- Deflem, Mathieu. 1995. Law in Habermas's theory of communicative action. *The Review of Higher Education* 18 (4): 467-82. <https://doi.org/10.1353/rhe.1995.0010>
- Espinosa, et.al. 2011. Derechos de la naturaleza: una mirada desde la filosofía indígena y la Constitución. En *Los derechos de la Naturaleza y la naturaleza de sus derechos*, eds. Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Camilo Pérez Fernández, 75-92. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.
- Estermann, Josef. 2006. *Filosofía andina, sabiduría indígena para un mundo nuevo*. La Paz: ISEAT.
- Fraga, Jesús 1993. La protección del derecho a un medio ambiente adecuado. Tesis presentada en el Departamento de Derecho Administrativo e Internacional Público, de la Universidad de Sevilla.
- Gordillo, Agustín. 2012. *Primeras obras*. Tomo 5 del *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*. Buenos Aires: Fundación del Derecho Administrativo. https://www.gordillo.com/pdf_tomo5/tomo5.pdf
- Kelsen, Hans. 2009. *Teoría pura del Derecho*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Leyton, Fabiola. 2015. Bioética frente a los derechos animales: tensión en las fronteras de la filosofía moral. Tesis doctoral presentada en la Facultad de Filosofía de la Universidad de Barcelona. <http://www.tdx.cat/handle/10803/292240>
- Llasag Fernández, Raúl. 2009. El sumak kawsay y sus restricciones constitucionales. *Foro: revista de Derecho* 12: 113-25. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2310/3/F-C-12.pdf>
- Luhmann, Niklas. 1998. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. Barcelona: Anthropos editorial.
- OMEBA. (n.d.). Enciclopedia Jurídica OMEBA en línea.
- Orgaz, Alfredo. 1948. El problema de la naturaleza de las personas jurídicas. México: Universidad Nacional Autónoma de México. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/escuela-nal-jurisprudencia/article/view/20991/18814>
- Prieto, Julio. 2013. *Derechos de la naturaleza: fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Corte Constitucional del Ecuador.

- Reale, Giovanni. 2016. *Raíces espirituales y culturales de Europa*. Barcelona: Herder editorial.
- Riba, Carles. 1990. *La comunicación animal: un enfoque zoosemiótico*. Barcelona: Anthropos editorial.
- Salmorán, Guadalupe. 2016. Bolivia , Ecuador y Venezuela: ¿Un nuevo constitucionalismo latinoamericano o nuevas autocracias plebiscitarias? *Diritto e Questioni Pubbliche* 16 (2): 132–55.
- Sela, Pedro y Alejandro Negrete, comps. 2006. *Derecho ambiental*. México: IURE editores.
- Simard, Suzanne. 2016. How trees talk to each other. Conferencia presentada en TED y transcrita en: https://www.ted.com/talks/suzanne_simard_how_trees_talk_to_each_other/transcript
- Simon, Farith. 2013. Derechos de la naturaleza: ¿innovación trascendental, retórica jurídica o proyecto político? *Iuris Dictio* 15: 9–38. https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_15/iurisdiction_015_001.pdf
- Torré, Abelardo. 2003 (1957). *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: editorial Perrot.
- Zaffaroni, Eugenio. 2011. La Pachamama y el humano. En *La naturaleza con derechos*, eds. Alberto Acosta y Esperanza Martínez, 25-139. Quito: Abya Yala.

Legislación

- Constitucion de la República del Ecuador. 2008. Quito: Asamblea Nacional del Ecuador.
- Ley Orgánica de Educación Superior Ecuador. 2010. Quito: Asamblea Nacional del Ecuador.

ENSAYOS

Wald

DERECHOS DE LA NATURALEZA EN ECUADOR. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

RIGHTS OF NATURE IN ECUADOR. LEGAL CONSIDERATIONS

DIREITOS DA NATUREZA NO EQUATOR. CONSIDERAÇÕES JURÍDICAS

*Rodrigo Albuja Baquero**

Recibido: 06/04/2019

Aprobado: 06/06/2019

Resumen

El artículo trata de los antecedentes y evolución de los derechos de la naturaleza en el Ecuador, que constan en la Constitución Política de 2008. Se analizan las dos principales teorías sobre el tema: el antropocentrismo, que reconoce la titularidad única de derechos para los seres humanos y otorga a la naturaleza únicamente valores instrumentales, y el biocentrismo y su revaloración como titular de derechos propios. Se proponen fundamentos conceptuales y jurídicos sobre la legitimidad y el ejercicio de los derechos de la naturaleza. Se concluye que la acción del sector público sobre este tema no ha cumplido con las expectativas de la sociedad.

Palabras clave: Antropocentrismo; Biocentrismo; Derecho; Buen vivir; Ecosistema; Sujeto

Summary

The article addresses the history and evolution of the rights of nature in Ecuador, that are recognized in the 2008 Constitution. It discusses two main theories: on one hand, anthropocentrism, which recognizes the unique ownership of rights for humans and nature gives only instrumental values; and, on the other, Biocentrism and the revaluation of

the definition of right – holders. It addresses the conceptual and legal basis of the legitimacy and the exercise of the rights of nature. It concludes that the course of action taken by the State has not fulfilled the expectations of civil society in this matter.

Key words: Anthropocentrism; Biocentrism; Right; Good living; Ecosystem; Subject

Resumo

O artigo trata dos antecedentes e evolução dos direitos da natureza no Equador, que constam na Constituição Política de 2008. Analisa-se as principais teorias sobre o tema: o antropocentrismo, que reconhece a titularidade única de direitos para os seres humanos e outorga a natureza somente valores instrumentais; e, o biocentrismo e sua revalorização como titular de direitos próprios. Se propõem fundamentos conceituais e jurídicos sobre a legitimidade e o exercício dos direitos da natureza. Conclui que a ação do setor público sobre este tema não cumpre com as expectativas da sociedade.

Palavras chave: Antropocentrismo; Biocentrismo; Direito; Bom viver; Ecosistema; Sujeito

* Abogado por la Universidad de las Américas, Master en Derecho en la Universidad Toulouse 2 Le Mirail, actualmente candidato a Phd en la UEX. Dirección de correo electrónico: rodrigo_albuja@hotmail.com

INTRODUCCIÓN

Sobre los derechos de la naturaleza se ha desarrollado un amplio y complejo campo de análisis y controversias, con cada vez mayores ramificaciones e implicaciones. Tales derechos constituyen una nueva concepción que renueva la clásica visión del antropocentrismo, una postura que relaciona al hombre con la naturaleza a partir de la titularidad única de derechos para los seres humanos, como un campo normativo, producto de un acuerdo social, que otorga a la naturaleza solamente valores instrumentales. “En este contexto, los derechos han sido entendidos como un proceso de progreso ascendente, lineal, de garantías específicamente humanas que protegen la libertad individual, la libertad de expresión, la libertad de conciencia y la posibilidad de disponer de propiedad” (Thezá 2011, 481).

Los derechos humanos aparecen, así, como la expresión de un concepto eminentemente antropocéntrico, al que se opone el biocentrismo como un nuevo referente para la construcción de una relación no convencional entre el hombre y la naturaleza.

El antropocentrismo es la doctrina que sitúa al ser humano como medida de todas las cosas y fin absoluto de la naturaleza, cuyos intereses defiende con una atención moral que se ubica por encima de cualquier otro ente de la realidad. Así, una preocupación moral por cualquier otro ser debe ser subordinada a la que se debe manifestar por los seres humanos. Esta teoría no solo es rebatible sino altamente dañina para el ambiente y, en consecuencia, para toda forma de vida silvestre y domesticada, para la naturaleza y, por tanto, para el ser humano mismo. La postura antropocéntrica afirma que la naturaleza no tiene derechos propios: nada más las personas están dotadas de ellos. Únicamente los seres humanos, por ser seres conscientes y sensibles, son agentes morales que pueden dar valores. Dentro de la perspectiva antropocéntrica, la valoración de lo justo y lo injusto en el ámbito ambiental está subordinado a los derechos humanos o a las implicaciones para los seres humanos. Es también una ética tradicional y moderna, hecha por los humanos y para el beneficio de los humanos. El antropocentrismo reclama que

el valor moral está centrado únicamente en el Homo Sapiens. También ha sido el paradigma dominante en el discurso occidental sobre los animales y la naturaleza. Está impregnado en la mayoría de las leyes, políticas y reglamentos relativos a los animales, la sociedad y la naturaleza.

El biocentrismo, en cambio, propone que todos los seres vivos tienen el mismo derecho a existir, a desarrollarse y a expresarse con autonomía, y merecen el mismo respeto por tener el mismo valor. Aboga a favor de que la actividad humana cause el menor impacto posible sobre otras especies y sobre el planeta. Dadas sus características, es una filosofía contraria al antropocentrismo. Es una extensión del dominio moral a los elementos no vivientes de la naturaleza, es decir un igualitarismo al nivel de la biosfera, según el cual las especies, las comunidades y los ecosistemas tienen un valor intrínseco, pues son una matriz de organismos. De ahí que las comunidades de seres vivos y los ecosistemas deben estar protegidos en su integridad. Es una ética consecuente donde el criterio de apreciación de un acto es la consecuencia de este acto sobre el ecosistema, la comunidad y la especie. El biocentrismo no niega que las evaluaciones parten del ser humano, pero insiste en que no hay sino una pluralidad de valores que incluye los valores intrínsecos. Si se reconoce que los seres vivos y su hábitat tienen valor en sí más allá de la posibilidad de utilidad para los seres humanos, la naturaleza se convierte en sujeto.

La contraposición entre antropocentrismo y biocentrismo trajo enormes consecuencias en diferentes planos, especialmente en el campo jurídico y en el de la política, con el telón de fondo de la nueva ética social. La principal consecuencia es la revaloración de la naturaleza -una nueva ética- como un ecosistema integrado a la especie humana y a su comportamiento frente al medio ambiente.

El debate no es reciente y las controversias más importantes giran en torno a la capacidad del ser humano para ser objeto de derechos y para su actuación basada

en su libertad. La gran interrogante es si el ser humano es el único titular de derechos o si participa de un sistema que requiere, para su funcionamiento y permanencia, de una relación hombre/naturaleza con una simbiosis permanente. En consecuencia, los derechos

de la naturaleza se inscribirían en el proceso mismo de evolución del concepto de derechos, y debería implicar la existencia de una ecología constitucional bien definida en el plano jurídico (Acosta y Martínez 2011, 482).

ANTECEDENTES

El debate sobre la titularidad de los derechos ha tenido consecuencias prácticas en los procesos de construcción de las Constituciones de Ecuador y de Bolivia, especialmente en contraposición al individualismo y racionalismo occidental. Se avanza hacia un cambio de paradigma que propone la igualdad de los derechos propios del hombre y aquellos de la naturaleza, sustentados en normas que los garanticen.

En ese contexto es importante indagar en la legitimidad del desarrollo de los derechos de la naturaleza como necesarios para la puesta en práctica de la gestión ambiental, tal como anuncia la Constitución del Ecuador de 2008.

También se debe profundizar en el problema de la incorporación de la dimensión ambiental biocéntrica al Buen vivir como una vía hacia una nueva relación del hombre con la naturaleza, pues consideramos que su componente ambiental tiene relación estrecha tanto con los derechos humanos como con los de la naturaleza.

Y el Buen vivir requiere del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de valor, del cese del dominio sobre ella como instrumento útil, y del reposicionamiento del ser humano como el elemento fundamental de la vida. Así lo proponen los indígenas de Bolivia, Ecuador y Perú, como expresión de una manera ancestral de vida respetuosa con la naturaleza.

Las bases para este nuevo modelo se constatan en la relación triangular que la Constitución ecuatoriana construye en torno a los derechos de la Naturaleza, el Buen vivir y el régimen de desarrollo (Walsh 2010, 17). La Constitución indica que el desarrollo debe servir al Buen vivir.

La propuesta ecuatoriana apoya la proclamación de una Declaración universal de los derechos de la Naturaleza. La Constitución dispone que el Buen Vivir no es posible sin un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y que garantice la sostenibilidad. Los elementos de este sistema de derechos y del principio del Buen Vivir se influyen mutuamente (Gudynas 2011, 11). Reconocer a la naturaleza como sujeto de derechos encuadrados por este principio rebasaría la versión clásica, donde la conservación del medioambiente es entendida solamente como un derecho del ser humano a disfrutar de un ambiente sano y no contaminado (Acosta 2008, 35).

Existen elementos en común entre las diferentes concepciones del Buen Vivir y otras que se muestran concordantes, como el Vivir Bien en Bolivia. Uno de estos elementos es la defensa de una relación con la naturaleza en la que ella es reconocida como un sujeto de derechos (Gudynas 2011, 12). El desarrollo ambiental del Buen Vivir se construirá, entonces, con los derechos de la naturaleza y será también una fuente para el desarrollo del derecho ambiental local.

La eficacia de la Constitución ecuatoriana depende de dos aspectos importantes: el impulso de acciones constitucionales y judiciales orientadas a la exigencia de la aplicación de los derechos de la naturaleza frente a situaciones concretas, que permitirá la configuración de un criterio judicial y la tutela del Estado; y el desarrollo de una legislación propia de los derechos de la naturaleza que asegure su autonomía, integridad y eficiencia.

La Constitución ecuatoriana es garantista y contiene imbricaciones y complementariedades que relaciona los derechos de la naturaleza con otros aspectos, en

condiciones de igualdad jerárquica, para evitar dicotomías y contradicciones. Los derechos de la naturaleza se rigen con la aplicación del principio de inmediatez. También contienen elementos de procesos, elementos hermenéuticos analógicos y de control de constitucionalidad difusa, entendidos como mecanismos despejados para la aplicación de la tutela jurídica efectiva (Narváez y Narváez 2012, 179).

Para el reconocimiento de los derechos de la naturaleza hay incentivos de carácter tributario. Por ejemplo, la instauración de un principio preventivo como política pública y la protección del patrimonio genético; pues, incluso si este es reconocido como un objeto de valor jurídico, se lo considera componente de la naturaleza protegida. Ha sido un reconocimiento obligatorio por la conciencia adquirida en la época que se vive (crisis ambiental).

La Constitución ecuatoriana protege el derecho a la existencia integral de la *Pacha Mama*, como el espacio donde se reproduce y realiza la vida. El reconocimiento recae sobre la naturaleza y no sobre el medioambiente. Los derechos de la naturaleza son transversales, y alimentan e impregnan el entero ordenamiento jurídico, de modo que se convierten en políticas en gestión ambiental.

También se resalta que hay transversalidad entre derechos de la naturaleza y derechos humanos en la Constitución. En el artículo 83, a título de las responsabilidades de la ciudadanía, se encuentra aquel relacionado con el respeto a los derechos de la naturaleza. Para un vigor efectivo de estos derechos, se los debe aplicar transversalmente (Prieto 2013, 260).

Los artículos 71 y 72 son los únicos que hablan de derechos cuyo titular es la naturaleza. Este derecho constitucional no protege a organismos vivos considerados aislados, sino al conjunto de estos y sus interrelaciones. Los principios de los derechos de la naturaleza están implícitos en la misma norma constitucional.

Entre los principios fundamentales, la Constitución declara también de «interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, de la biodiversidad y de la integridad del patrimonio genético

del país, la prevención de los daños al medioambiente y la recuperación de los espacios naturales degradados» (Acosta 2008, 36). Por su parte, la Declaración de las Naciones Unidas garantiza, entre otras cosas, el derecho a las tierras, territorios y recursos que los indígenas han poseído tradicionalmente, ocupado o que han utilizado o adquirido de otra manera (Art. 25). Ellos pueden poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen bajo la forma de propiedad tradicional o de otra manera tradicional de ocupación o de utilización, así como aquellos que han adquirido, de otra manera, por el derecho a la autonomía o al autogobierno (Art. 26).

En la Constitución, se establece la importancia del agua, como componente de la naturaleza, que es esencial para la vida de todas las especies. Es hacia ahí que apuntan los derechos de la naturaleza. El acceso al agua se asume como un derecho humano fundamental, que cierra la puerta a la privatización. Se reconoce que el agua es un patrimonio nacional estratégico, de uso público, dominio inalienable e imprescriptible del Estado, y constituye un elemento vital para la naturaleza y para la existencia humana. Esta Constitución propone prioridades en el uso del agua: consumo humano, riego para la producción de alimentos, flujo ecológico y actividades productivas. La soberanía alimentaria, que incorpora la protección del suelo y el uso adecuado del agua, se transforma en eje conductor de las políticas agrarias e incluso de recuperación del verdadero patrimonio nacional que, ante todo, es su biodiversidad (Acosta 2008, 38).

El artículo 407 de la Constitución expresa que la actividad extractiva de recursos no renovables en los sectores protegidos y en las zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal, está prohibida. Y a partir de la década de 1990, los pueblos en aislamiento voluntario se convierten en un problema para el Estado y para las instituciones públicas y privadas (especialmente la industria petrolera) que operan en la Amazonía ecuatoriana (Colleoni y Proaño 2010, 18).

Excepcionalmente, estos recursos podrán ser explotados por pedido fundamentado de la Presidencia de la República y por declaratoria previa de interés nacional

de la Asamblea Nacional, la cual, si lo estima necesario, podrá convocar a una consulta popular. Este es el marco en el que fue aprobada, el 3 de octubre de 2013, la explotación del Parque Nacional Yasuní, donde viven pueblos autóctonos y en aislamiento voluntario.

El texto de las directrices del Alto Mandatario para los derechos humanos sugiere que, cuando hay una colisión de derechos entre sujetos diferentes, se debe “garantizar el ejercicio del derecho a aquellos actores que sufren las peores consecuencias, por la falta de ejercicio del derecho”. Esta confrontación de derechos se refiere, en el caso de los pueblos indígenas, al ejercicio de derechos territoriales y derechos de explotación de recursos naturales por actores no indígenas. Otro marco legal relativo a estos pueblos es el Acuerdo

Interministerial 120, que establece un Código de Conducta que es aplicado a las compañías petroleras que operen en sectores limítrofes de la zona intangible Tagaeri-Taromenane¹ y su zona de amortiguamiento (Colleoni & Proaño 2010, 22).

En ese orden de ideas, es necesario discutir sobre la legitimidad de los derechos de la naturaleza como un fin en sí, o reconocer que están al servicio del principio del Buen vivir, donde encontrarían su articulación. Se debe entonces investigar la necesidad de esa articulación y de los principios que rigen la lógica de los enunciados constitucionales y sus consecuencias en las políticas públicas ambientales, para asegurar la conservación de la naturaleza, en especial a la hora de utilizar los recursos naturales.

DISCUSIÓN

El preámbulo de la Constitución ecuatoriana propone una aproximación original sobre la categoría de naturaleza, presentada al mismo nivel que la *Pacha Mama* de la tradición andina: «Celebramos la Naturaleza, la Pacha Mama², de la que somos parte integrante» (Gudynas 2009, 40).

El artículo 10 enuncia los sujetos del derecho ecuatoriano: las personas, las comunidades y también la naturaleza, que tiene derecho a una restauración integral (Gudynas 2009, 41). Esta innovación fortalece la postura de los derechos de la Naturaleza.

Es sobre todo en el derecho internacional donde se plantea la reflexión sobre el sujeto de derecho (Hermitte 2011, 267). La reivindicación de derechos de la naturaleza emerge en el espacio internacional, dentro del contexto de Río+20. A finales de 2011, Bolivia hizo una propuesta sobre este título, con las declaraciones y contenidos de la Carta Mundial para la Naturaleza (1982), la Declaración de Río (1992), la Carta de la Tierra (2000) y la Cumbre de los pueblos

sobre el cambio climático y los derechos de la Madre-Tierra, en Cochabamba (2010).

El artículo 71 de la Constitución ecuatoriana propone la nueva posición que toma el ser humano frente a la naturaleza. Se convierte en su tutor o representante legal debido a su falta de voz. Su voluntad no puede tampoco ser expresada con la lógica humana y sus leyes. Así, esta capacidad reconocida a la naturaleza por los legisladores ecuatorianos, se justifica más bien por sus necesidades, por los resultados de su diversidad, pero también a fin de restaurarla, dada la degradación ya sufrida, y evitar que esta continúe bajo todas sus formas.

Existen, en todo caso, diversas posiciones sobre la noción jurídica del perjuicio. Así, en Francia, Francis Caballero publicó en 1981 su tesis, que concluyó con una reflexión sobre “la indiferencia al daño ecológico”: el daño causado a los elementos sin dueño -aire, agua, fauna y flor- no entraba en la definición de los perjuicios reparables, que el derecho exige que sean

¹ <http://observatorio.cdes.org.ec/politicas-publicas/indigenas-aislados>. Ecuador reconoce la existencia de las familias Tagaeri y Taromenane en situación de aislamiento, situadas en la zona del Yasuní en la Amazonia central y norte. La zona intangible se extiende a 700.000 hás.

² Palabra quichua que significa “Tierra Madre”.

personales y directos. Bestias y plantas morían afuera del principio de responsabilidad. Caballero, apoyándose en C. Stone, afirmaba que sólo el reconocimiento de la capacidad de intervenir en justicia reconocida a los elementos de la naturaleza podría un día conmover al juez. En la ley francesa de 1976 se reconoce finalmente al animal como ser sensible y, así, se da un paso significativo sobre este tema.

René Demogue, civilista de principios del siglo XX, invocaba en 1909 que sus colegas reconocieran finalmente que el sujeto de derecho es un concepto técnico, circunscrito a derechos y obligaciones, que pueden ser defendidos en justicia. En el marco de esta concepción técnica, todos los seres vivos y, por lo tanto, portadores de necesidades propias que hay que asegurar para lograr su supervivencia a nivel del individuo, de la población o de la especie, pueden verse conferidos de la calidad de sujeto de derecho. Esto no implica satisfacerlos todos. Pero, en casos tan diversos como el del animal, el de la diversidad biológica o el del embrión humano, el reconocimiento de una calidad de sujeto de derecho permitiría hacer reconocer por la justicia derechos que no serían todos los que posee una persona humana (Hermitte 2011, 180).

La subjetivación jurídica de la naturaleza tiene vínculos con presupuestos externos, ya que el derecho en su conjunto no está aislado de otras producciones intelectuales de las sociedades. En consecuencia, no merecen rechazo los presupuestos científicos ni los presupuestos técnicos. El diálogo de las ciencias y del derecho es una manifestación de la elección que asumen las sociedades contemporáneas de vivir en una sociedad de ciencias y de técnicas. Integrar los seres de la naturaleza a la categoría de las personas no cambia la estructura de las categorías. Sería más perturbador para la coherencia del derecho introducir una categoría *sui generis*, tercera, entre las personas y las cosas, que agregar en la categoría de las personas nuevas entidades. Se trata de forjar una nueva Antropología de la cohabitación, donde el derecho tiene un rol que desempeñar en los ámbitos de la política, las ciencias y las filosofías.

El nuevo reparto del mundo entre sujetos de naturalezas diversas no implica la igualdad en derecho. La

formulación del artículo 10 de la Constitución ecuatoriana, ya citado, muestra que la naturaleza no tiene los derechos de la persona humana, pero tiene derechos que le son propios (Hermitte 2011, 184).

Ningún partidario de los derechos de la naturaleza ha sostenido que deben ser rigurosamente idénticos a los derechos humanos. Todos han explicado que aquellos deberían ser adaptados a la entidad apuntada, como lo son los derechos humanos en sí mismos.

El ejercicio de tales derechos no se puede hacer sino a través de una representación. Que se acuerden derechos no implica que se sea capaz de portarlos en sí mismo, como lo muestra el caso de los niños o de los enfermos que no pueden ejercer por sí mismos todos sus derechos (Flipo 2012, 130).

Como postula el filósofo australiano Peter Singer, los animales tendrían derechos comparables a los de los seres humanos; pero los dos conjuntos de derechos no serían idénticos, porque ambos grupos de seres no son totalmente iguales. Este cambio de paradigma implica volver a poner en cuestión el problema de la jerarquía de los derechos, puesto que no existiría una diferencia entre aquellos que son propios del hombre y aquellos que son propios de la naturaleza (Théza 2011, 482).

Focalizar la perspectiva sobre las especies o los ecosistemas, y no sobre los individuos, nos permite apreciar la naturaleza con respeto a sus propios derechos. Su preocupación es la supervivencia de las poblaciones y la integridad de los ecosistemas, y por consiguiente se permite la utilización de los recursos naturales, mientras persistan poblaciones que son ecológica y evolutivamente viables. Si nos adaptamos a los ritmos de la naturaleza, a las tasas de reproducción de las poblaciones o a las capacidades de los ecosistemas para, como consecuencia, hacer frente y amortizar los impactos humanos, es posible utilizar de manera sostenible los recursos naturales y disfrutar de los ecosistemas.

Ciertos derechos atribuidos a los recursos y a los elementos de la naturaleza confieren una sacralidad al territorio, a aspectos que no deben ser tocados. Esta nueva actitud demanda que la sociedad asuma una responsabilidad frente a las generaciones futuras. Este

tipo de derechos produce una modificación de la relación con la naturaleza y los ecosistemas en general (Avendaño 2009, 5). Si se busca erradicar la pobreza y promover la justicia social es inevitable referirse a una justicia ambiental.

La naturaleza tiene valores ecológicos como los anclados en las antiguas tradiciones defendidas por muchos pueblos indígenas.

Existen razones de pragmatismo que puedan orientar a operadores jurídicos, autoridades y actores sociales a una adecuada observancia y aplicación de los derechos de la naturaleza, con innovaciones en los procesos que aseguren un tratamiento adecuado de tales derechos frente a jueces y tribunales. Por lo tanto, se debe cambiar precisamente el mecanismo de exigencia y no el concepto de derechos (Prieto 2013, 268).

Dos justicias deberían regir: justicia ambiental para las personas y justicia ecológica para la naturaleza (Acosta 2013, 102). La normativa ambiental, así como la contenida en la normativa penal sobre el medioambiente, buscan encontrar soluciones que combatan la injusticia. Esta justicia debe ser renovada para tener en cuenta las necesidades humanas y de la naturaleza.

A fin de aplicar la justicia ecológica, se considera solamente las necesidades de la naturaleza. En todo caso, se necesitan también nuevas leyes de gestión ambiental, de biodiversidad, de agua y bosques, así como crear una Superintendencia medioambiental para la defensa del medio ambiente, y fortalecer los gobiernos locales y las asociaciones de comunidades (Narváez y Narváez 2012, 187).

El Código Penal debe tener reglas de comportamiento medioambiental y social, y educar para la vida pacífica en común a los individuos, dentro de un marco de relación de equilibrio entre los humanos y la naturaleza (Narváez y Narváez 2012, 205).

En la década de 1960, los significados de la naturaleza acordaban mucha importancia al mundo simbólico, a partir del enfoque del saber ambiental o diálogo de saberes. El antropocentrismo defiende que el medioambiente es inherentemente estable y se restablecerá si

se le da la oportunidad. En cambio, el ecocentrismo defiende que el medioambiente es un sistema caótico y, por lo tanto, inherentemente inestable. En caso contrario, la evolución no hubiera tenido lugar (Narváez y Narváez 2012, 180).

En definitiva, se debe avanzar hacia una “comunidad natural”, puesto que los derechos de la naturaleza amplían la comunidad humana hacia otra que incorpore a todos los seres vivos (Acosta 2013, 103).

Los derechos de la naturaleza se construyeron sobre principios. El principio de funcionalidad sistémica significa que los derechos de la naturaleza protegen el conjunto que forman la naturaleza y sus interrelaciones. El principio de diversidad de ecosistemas se refiere a la variedad de ecosistemas, donde las reglas tienen una aplicación distinta. Los principios directamente relacionados con las respuestas de los ecosistemas ante los diferentes disturbios o impactos externos son: la resiliencia (la habilidad para recuperar su estructura y función), la resistencia (la habilidad de la comunidad para evitar el desplazamiento de su estado inicial), la elasticidad (el rango de amplitud a que puede someterse un ecosistema en relación a la intensidad y duración de los disturbios) y la fragilidad (la susceptibilidad de los ecosistemas ante el impacto ocasionado por procesos naturales o por las acciones antropogénicas). En fin, se considera la aplicación de las leyes de la vida y se prevé la no inclusión de muchos ecosistemas menores dentro de uno mayor.

A los derechos de la naturaleza se los considera ecológicos, a fin de diferenciarlos de los derechos ambientales. Aparecen en forma explícita como derechos de la naturaleza para la protección de los ciclos vitales y de los diversos procesos evolutivos (Acosta 2013, 102).

Enumeremos los principios constitucionales previstos para aplicar e interpretar los derechos de la naturaleza: integralidad, prevención, restauración, participación, precaución, *in dubio pro natura*, responsabilidad objetiva, autonomía, progresividad y complementariedad, acceso a la información, derechos de tutela de la naturaleza (respeto integral de su existencia; mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos; restauración de

sus ecosistemas y elementos constitutivos; otros derechos fundamentales que establezca la Constitución en los casos aplicables), relación con otros derechos (Narváez y Narváez 2012, 180).

Los derechos de la naturaleza no imponen valores culturales, pero dejan que se expresen, de modo que se abran espacios de encuentro intercultural de estos valores en las políticas públicas.

El estricto vigor de los derechos de la naturaleza exige la existencia de marcos jurídicos e instancias internacionales adecuadas, como podría ser el tribunal internacional para sancionar los delitos ambientales (Acosta 2013, 110).

Es importante conocer los derechos ambientales y de la naturaleza, los derechos de participación, acceso a la información y a la justicia, y también las garantías para que puedan ser exigidas, como elementos transversales al momento de analizar las causas, los actores y las estrategias de intervención en los conflictos ambientales.

Se requiere respuestas políticas que hagan posible un proceso de construcción apoyado en el vigor de los derechos fundamentales (derechos humanos y derechos de la naturaleza). Hay que crear instituciones biocéntricas que aseguren la vida.

No se debe mantener el supuesto de que la naturaleza no es sino un simple objeto de las políticas de desarrollo. La naturaleza, en tanto término conceptualizado por los humanos, se tiene que reinterpretar y revisar integralmente. Los objetivos económicos deben subordinarse a las leyes de funcionamiento de los sistemas naturales.

La Constitución no sólo adopta los valores propios de la naturaleza, sino que aporta con otros artículos sobre restitución de ecosistemas. Aquellos artículos sobre restitución tienen claras connotaciones y generan precisas obligaciones para futuras leyes y reglamentos de calidad ambiental, evaluación ambiental, etcétera. Esta categoría de protección máxima permitirá abrir un camino de reparaciones necesarias cuando se ha afectado un ecosistema, sin perjuicio de las

indemnizaciones o compensaciones a las comunidades que dependen de esos ecosistemas.

Reconocer que la naturaleza tiene derechos significa también el reconocimiento de su paso de objeto a sujeto, dentro de un largo proceso recorrido en la ampliación de los sujetos de derecho. En los derechos de la naturaleza, el centro es esta. Tales derechos no defienden una naturaleza intocable. Su atención se fija en los ecosistemas y en las colectividades, y no en los individuos.

A los derechos de la naturaleza se los llama derechos ecológicos, para diferenciarlos de los derechos ambientales de la opción anterior. Se trata de derechos para proteger las especies amenazadas y las áreas naturales o restaurar las áreas degradadas. La incorporación del término *Pacha Mama* como sinónimo de naturaleza es trascendente. La justicia ecológica pretende asegurar la persistencia y la supervivencia de las especies y sus ecosistemas como redes de vida. Es independiente de la justicia ambiental. Se expresa en la restauración de los ecosistemas afectados. Las dos justicias deben ser aplicadas simultáneamente: la ambiental para las personas y la ecológica para la naturaleza.

La Constitución ecuatoriana reconoce a la naturaleza el derecho a que se respete integralmente su existencia, y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos (Art. 73). Para su ejercicio no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución, ni podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

Es importante que la Constitución proclama que ninguna norma jurídica podrá restringir su contenido, pues son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía. Su reconocimiento no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento, y su contenido se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. También, será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que

disminuya, menoscabe o anule injustificadamente su ejercicio

La naturaleza tiene el derecho a la restauración (Art. 72), la misma que será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados. La restauración se realizará mediante los mecanismos más eficaces y medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas, en los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables (Art. 72, inciso 2).

Así mismo, se aplicarán 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 (Art. 73).

Un principio fundamental alude a los derechos relacionados con el agua, pues la Constitución la reconoce como “un elemento vital para la naturaleza” (Art. 318), particularmente el que establece su manejo con un enfoque ecosistémico (Art. 412) y el que enfatiza que “la sustentabilidad de los ecosistemas y el consumo humano serán prioritarios en el uso y aprovechamiento del agua” (Art. 411).

CONCLUSIONES

La Constitución del Ecuador, pionera en la ruptura de la concepción tradicional de derechos humanos, reconoce por primera vez el derecho de la naturaleza como un derecho autónomo del ser humano.

Los derechos de la naturaleza se desenvuelven alrededor del valor de la vida. Esta se convierte en un derecho en sí misma, y desde allí se justifican y construyen las políticas ambientales y la gestión ambiental. Este reconocimiento, en lugar de generar problemas o conflictos entre diferentes posturas, constituye un punto de encuentro entre las perspectivas occidentales y las expresiones de las naciones originales y pueblos indígenas en las Américas.

Las tradiciones culturales muy diversas, en lugar de enfrentarse, nos ofrecen antecedentes y argumentos para generar un marco que otorgue derechos a la naturaleza. Como consecuencia de ese reconocimiento, se generan responsabilidades en la política y en la gestión ambiental para asegurar la conservación de la naturaleza.

La postulación de los derechos de la naturaleza es parte de los nuevos temas del siglo XXI, y se inscribe en las actuales concepciones de justicia y de participación ciudadana. Entonces, la justicia social requiere incorporar la justicia ambiental, y las formas sustantivas de

ciudadanía también se expresan como ciudadanía ambiental. El derecho de la naturaleza a existir y a que los ciclos vitales que le permiten sostener la vida no sean alterados por agresiones provenientes de la especie humana confluyen con los derechos colectivos de los pueblos indígenas y su autodeterminación, para fortalecer la lucha por la defensa de los territorios frente a las agresiones que le infringen actividades extractivistas y desarrollistas.

En cuanto al reconocimiento a la naturaleza como sujeto de derechos, la Constitución ecuatoriana contempla los principios de aplicación de los derechos para las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, como titulares con goce de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de los derechos que la Constitución reconocerá.

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 estos ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos (Art. 71). La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependen de los sistemas naturales afectados (Art. 72)

El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales. Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional (Art. 73).

Otra ruptura es que la protección de la naturaleza no se la hace porque conviene al ser humano sino por la naturaleza en sí misma. En consecuencia, la concepción jurídica de los derechos deja de ser antropocéntrica. Sin embargo, la incorporación de los derechos de la naturaleza en la legislación secundaria no ha llenado las expectativas sobre la acción del sector público, especialmente al tratarse normas que regulan el acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales, como es el caso de la Ley de Minería.

La Ley de Minería y sus reglamentos contradicen a la Constitución en muchos aspectos, y conservan muchos aspectos del esquema neoliberal anterior. Está

solamente previsto consultar a los pueblos afectados en lugar de una verdadera obtención del consentimiento previo, libre e informado. Esta ley usa la figura de la servidumbre, la cual permite, virtualmente, el acceso libre al subsuelo por los empresarios mineros, cualquiera sea la afectación del territorio.

En cuanto a las políticas públicas, estas deben evolucionar, porque existe una necesidad de reparar los daños actuales, porque hay que preservar la naturaleza para las generaciones actuales y futuras, y porque el Estado ecuatoriano ha modificado la manera en que el sujeto principal, otrora objeto, existe legalmente en el ámbito de las políticas públicas ambientales. Esta nueva concepción permite plantear, desde el punto de vista jurídico, que se hace necesario construir una nueva rama del Derecho, pues “la constitucionalización del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derecho, no sólo genera un nuevo principio constitucional sino que contribuye a la construcción de un nuevo orden jurídico que debe desarrollar ese principio” (Macías Gómez 2010, 22).

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta, Alberto. 2013. *El Buen Vivir. Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos*. Barcelona: Icaria.
- Acosta, Alberto y Esperanza Martínez. Coord. 2011. *La Naturaleza con Derechos. De la filosofía a la política*. Quito: Abya Yala.
- Acosta, Alberto. 2008. *El buen vivir, una oportunidad por construir*. Revista Ecuador Debate No 75, N° 75: 33-47.
- Avendaño, Octavio. 2009. *El buen vivir, una vía para el desarrollo*. Santiago: Universidad Bolivariana.
- Colleoni, Paola y Proaño, José. 2010. *Caminante de la selva, Los pueblos en aislamiento de la Amazonía ecuatoriana*. Quito: IWGIA.
- Flipo, Fabrice. 2012. *Pour des droits de la nature*. París: La Découverte.
- Gudynas, Eduardo. 2011. Buen Vivir: Germinando alternativas al desarrollo. *América Latina en movimiento ALAI* N° 462: 1-20.
- _____. 2009. La Dime. 2009. La Dimensión ecológica del buen vivir: entre el fantasma de la modernidad y el desafío biocéntrico. *Revista Obets*: 49-53.
- Hermitte, Marie-Angèle. 2011. La nature, sujet de droit? En *Annales. Histoire, Sciences Sociales* 211/1: 173-212.
- Macías Gómez, Luis Fernando. 2010. *El derecho del cambio climático: ¿un nuevo paradigma del derecho?* Revista de Direito Ambiental, v. 15, N° 58, abril/junio 2010: 258-73.
- Narváez, Iván y Narváez, María José. 2012. *Derecho ambiental en clave neoconstitucional (enfoque político)*. Quito: FLACSO.
- Prieto, Julio. 2013. *Derechos de la naturaleza. Fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional*. Quito: CEDEC.
- Thezá, Marcel. 2011. Reseña de Acosta, Alberto y Esperanza Martínez. 2011. *La naturaleza con derechos: de la filosofía a la política*. En: *Polis*, Revista de la Universidad Bolivariana, Volumen 10, N° 29, 2011: 479-85.
- Walsh, Catherine. 2010. Development as Buen Vivir: Institutional arrangements and (de)colonial entanglements. En *Development* 53 (1): 15-21.

**LA FUNCIÓN AMBIENTAL DE LA PROPIEDAD Y EL BIENESTAR ANIMAL.
OBLIGACIONES CONSTITUCIONALES PARA PROTEGER LOS DERECHOS
DE LOS ANIMALES DESTINADOS AL CONSUMO HUMANO**

**THE ENVIRONMENTAL FUNCTION OF PROPERTY AND ANIMAL WELFARE.
CONSTITUTIONAL OBLIGATIONS TO PROTECT THE RIGHTS OF ANIMALS
THAT ARE DESTINED TO HUMAN CONSUMPTION**

**A FUNÇÃO AMBIENTAL DA PROPRIEDADE E O BEM-ESTAR ANIMAL.
OBRIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS PARA PROTEGER OS DIREITOS
DOS ANIMAIS DESTINADOS AO CONSUMO HUMANO**

*Viviana Morales**

Recibido: 26/04/2019

Aprobado: 30/05/2019

Resumen

La Constitución ecuatoriana reconoce que la naturaleza –el todo– es sujeto de derechos. Consecuentemente, los animales –que son parte de naturaleza– también ostentan la calidad de sujetos de derechos. Sin embargo, los animales, al igual que la naturaleza, no tienen los mismos derechos que el ser humano, sino únicamente aquellos inherentes a cada especie. En el caso de los animales destinados al consumo humano, estos tienen derechos específicos que serán desarrollados a lo largo de este documento. Adicionalmente, la Carta Magna establece dos obligaciones para garantizar los derechos de los animales: por un lado, el deber de que los propietarios de los animales cumplan con la función ambiental; por otro lado, la obligación estatal de garantizar el bienestar animal. La relación entre sujetos obligados (ser humano) y beneficiarios de tales derechos (animales) es el eje principal de esta investigación.

Palabras clave: Función ecológica; Propiedad; Bienestar animal; Derechos del animal

Summary

The Ecuadorian Constitution recognizes nature –as a whole thing– is a subject of rights. Consequently, animals –as a part of nature– also hold the status of subjects of rights. However, neither animals nor nature, have the same rights as humans, but only those inherent to every species. Regarding the animals intended for human consumption, they have specific rights that will be discussed in this paper.

Furthermore, the Magna Carta establishes two obligations to guarantee the animal's rights. On one hand, the animal's owners should fulfill the environmental function; on the other hand, the state obligation to guarantee the animal welfare. The relationship between obligated subjects (humans) and rights' beneficiaries (animals) is the main focus of this research.

Key words: Ecological function; Property; Animal welfare; Rights of animals

Resumo

A Constituição reconhece que a natureza –o todo– é sujeito de direitos; conseqüentemente, os animais –que são parte da natureza– também ostentam a qualidade de sujeitos de direitos. Sem embargo, os animais, igual que a natureza, não têm os mesmos direitos que o ser humano, mas unicamente aqueles inerentes a cada espécie. No caso dos animais destinados ao consumo humano, estes têm direitos específicos que seriam desenvolvidos ao longo desta pesquisa. Adicionalmente, a Carta Magna estabelece duas obrigações para garantir os direitos dos animais: por um lado, a obrigação estatal de garantir o bem-estar animal. A relação entre sujeitos obrigados - ser humano - e beneficiados de tais direitos -animais- é o eixo principal desta pesquisa.

Palavras chave: Função ecológica; Propriedade; Bem-estar animal; Direitos dos animais

* Master en Derecho Ambiental y desarrollo sostenible por la Universidad Paris 1 Panthéon-Sorbonne, y Phd (c) en Derecho por la Universidad Andina Simón Bolívar. Actualmente es docente en la Universidad de las Américas. Correo electrónico: viviana.morales.naranjo@udla.edu.ec

En la comuna francesa de Falaise, en 1386, una cerda tras cometer infanticidio fue torturada y colgada frente a una gran multitud de aldeanos y otros cerdos. El vizconde invitó a los campesinos a presenciar el acto, se recomendó asistir acompañados por sus animales para que aprendan la lección sobre lo que les podría ocurrir.
(Kempf 2016, 1)

INTRODUCCIÓN

Durante los siglos XIII a XVI, en ciertos países como Francia, se habituaba demandar a los animales para que estos respondiesen por supuestos delitos y daños civiles cometidos, tales como lesiones, invasiones a cultivos y homicidios. Al mismo tiempo, los animales tenían derecho a que se acepten pruebas durante el juicio y a contar con un abogado. Los castigos iban desde la tortura hasta la pena de muerte.

Esta costumbre cambió a partir de la segunda mitad del siglo XVI, cuando se sustituyeron las sanciones al animal por multas y pago de daños y perjuicios a cargo del propietario de dicho animal.

Posteriormente, se determinó que la persona que usaba animales para cometer crímenes contra otro ser humano, no podía eximirse de responsabilidad culpando al animal (Agnel 1858, 6-21).

Lo ocurrido durante la Edad Media, pone en evidencia que la relación ser humano-animal ha evolucionado para aceptar que no se puede atribuir obligaciones a los animales, puesto que carecen de racionalidad.

Si bien en principio queda claro que los animales no pueden tener obligaciones, son varios los autores que, a partir de 1822, sostienen la idea de reconocer derechos inherentes al animal por su calidad de ser sensible. Así, tenemos a Richard Martin, político irlandés, promotor de la Ley sobre el tratamiento cruel de animales de 1822 y fundador de la primera organización por el bienestar animal: *Society for the Prevention of Cruelty to Animals*. Más tarde, el padre de la teoría de los derechos de los animales, Henry Salt, en su

obra *Animals' Rights: Considered in Relation to Social Progress* de 1892, afirmó que:

los animales, al igual que los seres humanos, tienen determinados derechos limitados, que no pueden negárseles, como se les niegan ahora, sin incurrir en injusticia y tiranía. Poseen individualidad, carácter, razón, y poseer esas cualidades es tener el derecho a ejercitarlas en la medida en que se lo permitan las circunstancias que lo rodean. (Salt 1892, 38)

Finalmente, el filósofo australiano Peter Singer, en su obra *Animal liberation*, de 1975, contribuyó con fundamentos éticos sobre el rechazo al especismo y la defensa de la eliminación del consumo de animales; esto se convirtió en el credo de los movimientos animalistas del siglo XX. Esta evolución ética llevó a que, en 1977, se emita la Declaración Universal de los Derechos del Animal, con una serie de principios encaminados a garantizar el bienestar animal¹.

En Ecuador, el surgimiento de una conciencia sobre el bienestar animal fue mucho más tardía. La primera normativa que reguló la prevención y lucha contra enfermedades, plagas y flagelos provenientes de los animales destinados al consumo fue la Ley de Sanidad Animal de 19 de junio de 1959. Sin embargo, dicha ley se limitó a establecer reglas para la crianza, transporte y faenamiento de los animales de consumo, con el único objetivo de prevenir enfermedades para la salud humana, mas no de regular las condiciones de vida pecuaria. Así, la primera ley que mostró cierto grado de preocupación por el bienestar animal fue la ley de

¹ Adoptado por la Liga Internacional de los Derechos del Animal y por las Ligas Nacionales afiliadas tras la 3.ª Reunión sobre los derechos del Animal, Londres, 21 al 23 de septiembre de 1977.

Mataderos, de 7 de abril de 1964, en la que por primera vez se estableció que el médico veterinario responsable de la inspección sanitaria debía disponer que se proceda a la matanza de emergencia del animal en casos de traumatismos accidentales graves que causen marcado sufrimiento o pongan en peligro su supervivencia (Ley de mataderos No 502 – C, artículo 21, Decreto Supremo 502, Registro Oficial 221). Fue necesario esperar la entrada en vigor de la Constitución de la República de Ecuador de 2008, para que empiece a desarrollarse la normativa que materialice los derechos de los animales.

La protección de los animales se basa en dos posturas. Por un lado, la *bienestarista* –también llamada *reformista*–, que acepta el sacrificio de animales con fines alimenticios en la medida en que se garanticen adecuadas condiciones de vida para el animal, de modo que no se le puedan infringir sufrimientos que vayan más allá de lo necesario (Coulon y Nouet, 2009, 35). Por otra parte, la postura vegana o radical, que, bajo el principio de igualdad (Singer 2009, 62)², exige el reconocimiento de derechos a los animales, similares a los de los seres humanos; y, como consecuencia, exige la eliminación absoluta de las prácticas de sacrificio y utilización de los animales para consumo (Moyano, Castro y Gómez 2015, 69).

Lo expuesto pone en evidencia que el desarrollo científico y la ética animal han permitido que la conciencia humana evolucione al punto de incluir a los animales dentro de la comunidad jurídica, los cuales, en su calidad de seres sintientes, son merecedores del derecho a no tener sed, hambre, ni dolor, y a crecer en un entorno adecuado. Así lo afirma Sabine Brels:

El animal es un ser que detenta la calidad de sensible porque los avances científicos y la ética animal han puesto en evidencia que se trata de seres vivos con capacidad de sufrir, por lo que las consecuencias prácticas sobre el plan ético (o moral) deben ser transcritas al plano jurídico (el derecho). (Brels 2012, 24)

Como veremos más adelante, a partir del 2008, el derecho ecuatoriano ha creado una doble protección a favor de los animales. Primero, la limitación al derecho del que gozan los propietarios de los animales, con la creación, para el efecto, de la figura jurídica de la función ambiental. Segundo, el deber estatal de garantizar el bienestar animal fundado en una postura *bienestarista*. Esta, lejos de fomentar el antropomorfismo, permite que los animales puedan ser destinados al consumo humano, en la medida en que ellos sean criados, transportados y sacrificados en condiciones que garanticen su bienestar. Para conseguirlo, el Estado, a través de sus prerrogativas públicas, debe poner en marcha las diferentes garantías normativas, con el fin de proteger los derechos de los animales.

Con un método analítico, a través de las siguientes líneas, se pretende evidenciar que las obligaciones constitucionales sobre 1) la función ambiental de la propiedad y 2) el deber estatal de garantizar el bienestar animal, implican el reconocimiento tácito de los derechos de los animales; un logro que, en última instancia, refuerza los derechos de la naturaleza y el ecologismo jurídico en Ecuador. 3) Finalmente, se propondrán ciertas alternativas para garantizar los derechos que detentan los animales destinados al consumo humano.

LA FUNCIÓN ECOLÓGICA DE LA PROPIEDAD

Hablar de los orígenes del Derecho de Propiedad implica remitirse al estudio de las primeras civilizaciones, específicamente al momento en que apareció la propiedad privada. Este tema excede el ámbito de esta investigación, de modo que nos limitaremos

al derecho a la propiedad privada reconocido en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, producto de la Revolución Francesa, de corte liberal, que otorgó a la propiedad el carácter de inviolable y sagrada, y símbolo de la libertad económica

² Sin importar la naturaleza del ser, el principio de la igualdad requiere que su sufrimiento sea valorado de igual forma que el sufrimiento de otro ser.

de los ciudadanos (Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, Artículo 17)³. La herencia civil francesa plasmada en el Código Napoleónico de 1804, que sirvió de inspiración a Andrés Bello para la elaboración del Código Civil Chileno, fue retomada en Ecuador a través del Código Civil ecuatoriano de 1857. En su artículo 599, el Código Civil establece que el dominio, que se llama también propiedad, es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, conforme a las disposiciones de las leyes y con respeto por el derecho ajeno, sea individual o social. En lo referente a los bienes sujetos a propiedad, estos se dividen en corporales e incorporeales. Los primeros son aquellos que tienen un ser real y pueden ser percibidos por los sentidos, como una casa, un libro o, por supuesto, un animal (Código Civil Ecuatoriano, artículo 583). En la misma línea, el artículo 595 clarifica qué son los derechos reales, incluyendo el de dominio.

Concomitantemente a la tradición civilista del derecho de propiedad, la CRE consagra el derecho a la propiedad. El reconocimiento de este derecho no es una creación de la Constitución de 2008, ni menos aún una innovación del Estado Constitucional de Derechos y Justicia. En efecto, la Primera Constitución Política del Ecuador de 1830 ya incluía el reconocimiento expreso de este derecho (Constitución Política del Ecuador, artículo 62).⁴ Sin embargo, sus implicaciones jurídicas han evolucionado a lo largo de la vida republicana hasta llegar a la Constitución de Montecristi, en la que se da un giro diferente a los fundamentos de este derecho. Efectivamente, al igual que sus codificaciones anteriores, la Carta Magna vigente, de acuerdo a los diferentes enfoques sobre el derecho de propiedad, reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en todas sus formas –pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta– (Constitución de la República del Ecuador-CRE, artículo 66, numeral 26). Sin embargo, la novedad jurídica radica en que, a partir de 2008, la propiedad debe cumplir una función social, como ya lo establecía la Constitución

de 1998 (Constitución Política de la República del Ecuador, Decreto Legislativo 000, RO 1, artículo 30); pero, adicionalmente, está sujeta a una función ambiental, como mecanismo para frenar ciertas conductas contrarias al medio ambiente y a la naturaleza. Así, se crea una segunda limitación al derecho de propiedad a fin de tutelar un bien jurídico superior –la protección, preservación, mantenimiento y reparación de la naturaleza–, y corresponde al Estado garantizar la plena vigencia de la función social y ambiental de la naturaleza.

La función ambiental implica que las actuaciones u omisiones del propietario de un bien deben estar encaminadas a alcanzar la protección del ambiente. Desde una visión antropocéntrica, el ambiente implica todos los asuntos que rodean al ser humano y que comprenden: elementos naturales (tanto físicos como biológicos), elementos artificiales (las tecnoestructuras), elementos sociales y las interacciones de todos estos elementos entre sí (UNESCO 1989, 63). Sin embargo, con el pasar del tiempo, el enfoque ecocentrista insta al reemplazo del término ambiente por el término naturaleza, la cual es definida por la Constitución, en el artículo 71, como:

el lugar donde se reproduce y realiza la vida, la cual tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

Dicha definición incluye como parte de la naturaleza a todos los elementos de los ecosistemas –seres humanos y no humanos– que permiten el normal desarrollo de los ciclos vitales, de forma que existe relacionalidad, correspondencia, complementariedad y reciprocidad entre cada elemento⁵. Bajo esta premisa, las actividades humanas no pueden menoscabar la existencia de otras especies, razón por la cual, el derecho subjetivo de propiedad, cuya finalidad es el beneficio personal,

3 “La propiedad, en tanto que derecho inviolable y sagrado, no se la puede arrebatar a nadie, salvo en caso de necesidad pública legalmente constatada y bajo la condición de una indemnización justa y anticipada.”

4 “Nadie puede ser privado de su propiedad, ni ésta aplicada a ningún uso público sin su consentimiento y sin recibir justas compensaciones a juicio de buen varón. Nadie está obligado a prestar servicios personales que no estén prescritos por ley. Todos pueden ejercer libremente cualquier comercio o industria que no se oponga a las buenas costumbres.”

5 Para profundizar, ver: Ramiro Ávila Santamaría. 2016. *El neoconstitucionalismo andino*. Quito: UASB.

debe someterse al respeto y cumplimiento de la función ambiental, que no es otra cosa que una arista para el pleno ejercicio del interés general.

La función ambiental no representa una innovación jurídica ecuatoriana. A nivel internacional, la Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) de 12 de febrero de 2017, incluyó como principio la función ecológica de la propiedad, al afirmar que:

Toda persona natural o jurídica o grupo de personas que posea o controle tierras, aguas u otros recursos, tiene el deber de mantener las funciones ecológicas esenciales asociadas a dichos recursos y de abstenerse de realizar actividades que puedan perjudicar tales funciones. Las obligaciones legales de restaurar las condiciones ecológicas de la tierra, el agua u otros recursos son obligatorias para todos los propietarios, ocupantes y usuarios de un sitio y su responsabilidad no concluye con la transferencia a otros del uso o del título de propiedad.⁶

De igual modo, Estados vecinos, como Colombia, han incluido en su Constitución que la propiedad es una función social que implica obligaciones y, como tal, le es inherente una función ecológica (Constitución Política de Colombia, artículo 58).

Este principio ha sido utilizado como parámetro de la Corte Constitucional en diversos casos, como en la célebre sentencia en que se declaró al río Atrato como sujeto de derechos. Así, el máximo tribunal colombiano señaló que con la nueva Carta Política se impulsó el concepto de “Constitución Ecológica”, la protección de las riquezas culturales y naturales de la nación, la primacía del interés general, la función social y ecológica de la propiedad y el derecho al medio ambiente sano (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de la Sala Sexta de Revisión N° T-622 de 2016, de 10 de noviembre de 2016, 81).

El desarrollo de la función ambiental de la propiedad se evidencia en el cuerpo legal que regula el derecho de propiedad en Ecuador: el Código Civil. Dicho código –que hasta antes del 12 de abril de 2018 consideraba al animal como un bien mueble– ha evolucionado, a fin de descosificar a los animales y, así, se adaptó a las disposiciones constitucionales. A través de la disposición general quinta del Código Orgánico Ambiental (Ley 0, RO, Suplemento 983), se modifica el artículo 585 del Código Civil, disponiendo que “las especies animales y vegetales serán consideradas conforme a lo determinado en este artículo, sin perjuicio de las limitaciones y del resguardo, protección y bienestar animal que reconocen las leyes especiales”. Por lo tanto, se trata del establecimiento tácito de tres categorías jurídicas: personas, animales y bienes. Una vez más, el Código Civil ecuatoriano sigue los pasos del Código Civil francés, el cual desde el 16 de febrero de 2015 reconoce que los animales son seres vivos dotados de sensibilidad. Bajo reserva de las leyes que los protegen, los animales son sujetos al régimen de bienes (Código Civil de Francia, artículos 514 y 515).

Por la tesis expuesta, nace una limitación al derecho absoluto de propiedad sobre los animales, que tiende a modificar la relación clásica ser humano-animal en su relación de sujeto-objeto, para pasar a una relación de propiedad solidaria, bajo la cual, los animales no pueden ser considerados seres inanimados y carentes de sensibilidad. En la misma línea, el artículo 146 del Código Orgánico Ambiental ratifica que los tenedores o dueños de los animales responderán por los daños y perjuicios que les ocasionen.

No es la primera vez que se restringe el derecho de propiedad para garantizar el ejercicio de nuevos derechos. Por ejemplo, la lucha por el abolicionismo trajo consigo la limitación del derecho de propiedad que se tenía sobre los esclavos, a fin de garantizar el derecho a la libertad, a la igualdad, etc. Otro de los derechos que se pretende proteger a través del establecimiento de la función ambiental de la propiedad es el derecho a vivir

⁶ El Principio 6 de la Declaración fue adoptado durante el 1er. Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN, coorganizado por la Comisión Mundial de Derecho Ambiental de la UICN (WCEL, por sus siglas en inglés), el Programa de la ONU para el Medio Ambiente, la OEA, la Asociación Internacional de Jueces y otros socios; en abril de 2016, en la ciudad de Río de Janeiro, Brasil. Fue concluida por el Comité Directivo de la Comisión Mundial de Derecho Ambiental el 12 de febrero de 2017.

en un ambiente sano. Alimentar al ganado que se cría a gran escala en condiciones de hacinamiento provoca una serie de problemas ambientales, puesto que se requieren enormes cantidades de agua y de suelo fértil para cultivar el alimento de los animales. Así, en lugar de destinar directamente los productos agrícolas al consumo humano, se lo destina como alimento para el ganado. Existen investigaciones que evidencian los efectos de la producción ganadera a gran escala en el medio ambiente, tales como la erosión de los suelos en áreas ocupadas por el ganado, las emisiones de óxidos nitrosos ocasionadas por el cultivo de granos para la alimentación animal, la producción de metano inherente al proceso digestivo del ganado, así como el uso intensivo de recursos limitados como el agua (ESPOL, 2016, 19; Andersen y Kuhn, 2014).

Existe un consenso sobre los efectos en el medio ambiente a nivel mundial que la producción ganadera intensiva ocasiona, algunos de los cuales están asociados con la producción de alimento concentrado y la disposición de los residuos animales. Otros elementos relacionados son la transformación de bosques a pasturas y cultivos como uno de los mayores factores en la emisión de dióxido de carbono, la erosión de los suelos en áreas ocupadas por el ganado, las emisiones de óxidos nitrosos ocasionadas por el cultivo de granos para la alimentación animal, la producción de metano inherente al proceso digestivo del ganado, así como el uso de recursos limitados como el agua (ESPOL 2016, 19). Se debe tener presente que, de acuerdo a la Organización de las Naciones Unidas

para la Agricultura y la Alimentación (FAO), la producción animal es una fuente importante de emisión de gases de efecto invernadero en todo el mundo. Precisamente, la contribución del ganado a las emisiones mundiales de los gases de efecto invernadero antropogénico representan entre el 7% y el 18% de las emisiones totales (ESPOL 2016, 9). Por lo expuesto, la propiedad sobre el animal se halla limitada por la obligación de que las actividades ganaderas no pongan en riesgo los derechos a la salud, a un ambiente sano, ni los derechos de la naturaleza.

Desde el ámbito jurisdiccional, las altas cortes de Ecuador han emitido varias sentencias que restringen el derecho de propiedad, a fin de proteger la vida de seres humanos y no humanos. Por ejemplo, la Corte Constitucional ha limitado el derecho de propiedad de una camaronera con el objeto de proteger una reserva ecológica que estaba siendo destruida por las actividades acuícolas (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N° 166-15-SEP-CC), y ha declarado la responsabilidad del Estado por la falta de control respecto al funcionamiento de una granja porcina, en la que se vertían las deyecciones de los animales al río provocando su contaminación (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N° 023-18-SIS-CC). Por otra parte, la Corte Nacional de Justicia ordenó que se retire una antena telefónica ubicada cerca de un parque nacional, con el argumento de que dicha antena podría amenazar la vida y la naturaleza presente en la zona (Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, Juicio N° 117-2010).

EL ANIMAL COMO TITULAR DEL DERECHO AL BIENESTAR

La Constitución en su artículo 281 establece que “la soberanía alimentaria constituye un objetivo estratégico y una obligación del Estado para garantizar que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades alcancen la autosuficiencia de alimentos sanos y culturalmente apropiados de forma permanente”. Para lograrlo, es responsabilidad del Estado “precautelar que los animales destinados a la alimentación humana estén sanos y sean criados en un entorno saludable”. Bajo la lógica bienestarista, la normativa ecuatoriana

no prohíbe el consumo de carne, pero crea una limitación ética fundada en el respeto hacia el animal. Por lo tanto, es necesario explicar las normas jurídicas creadas por el legislador para garantizar el bienestar del animal que será destinado al consumo humano.

Primero, el Derecho Civil ha evolucionado para limitar el derecho de propiedad sobre el animal, al imponer la obligación de resguardo, protección y bienestar animal, tal como vimos en la primera parte de esta

investigación. Segundo, en cuanto a la materia penal, el Código Orgánico Integral Penal no tipifica como delito el maltrato a los animales destinados al consumo, sino solo aquellos calificados como mascotas y fauna silvestre. Por lo tanto, la única posibilidad de recurrir a la vía penal es en caso de que las actividades ganaderas contaminen el aire, el agua o el suelo, o en caso de que se oculte información a la autoridad ambiental.

Así, tanto la vía civil como la vía penal resultan insuficientes para garantizar el bienestar animal. Bajo el Derecho Civil se puede indemnizar al propietario, pero no se puede alcanzar una reparación integral para el animal lesionado o muerto, y mucho menos algún tipo de medida preventiva. En cambio, desde el Derecho Penal no se contempla una sanción para quien maltrata animales destinados al consumo.

Por lo expuesto, ha sido el Derecho Administrativo el que se ha encargado de desarrollar el contenido y alcance de la obligación constitucional de garantizar el bienestar animal. Así, la Ley Orgánica del Régimen de la Soberanía Alimentaria, de 5 de mayo del 2009, recurrió, por primera vez en el país, al término “bienestar animal”, para señalar que los animales que se destinan a la alimentación humana serán reproducidos, alimentados, criados, transportados y faenados en condiciones que preserven su bienestar y la sanidad del alimento (Ley orgánica del régimen de la soberanía alimentaria, artículo 25).

El desarrollo de las implicaciones jurídicas provenientes del concepto “bienestar animal” fueron pasmadas en la Ley Orgánica de Sanidad Agropecuaria de 3 de julio de 2017 (Ley Orgánica de Sanidad Agropecuaria, 2° Suplemento, RO 27, 3-VII-2017), cuerpo normativo que define el bienestar como:

el estado del animal, su cuidado, la crianza y trato compasivo que recibe. Para ello, debe entenderse que un animal, está en buenas condiciones de bienestar, si está sano, cómodo, seguro, bien alimentado, puede expresar formas innatas de comportamiento y si no padece sensaciones desagradables de dolor, miedo o desasosiego. (Ley Orgánica de Sanidad Agropecuaria, disposición general quinta, literal e)

Entre sus disposiciones, la Ley Orgánica de Sanidad Agropecuaria crea la Agencia Ecuatoriana de Aseguramiento de la Calidad del Agro –AGROCALIDAD–, con competencia para controlar el cumplimiento de regulaciones técnicas en materia de bienestar animal en toda la cadena de producción (Ley Orgánica de Sanidad Agropecuaria, artículos 12 y 13). Adicionalmente, se hace recaer sobre los hombres del propietario del animal la obligación de garantizar el cumplimiento de las condiciones de salud y de bienestar del animal (Ley Orgánica de Sanidad Agropecuaria, artículo 38). Se dispone que en caso de que en el centro de faenamiento no se garanticen buenas prácticas de bienestar animal, se procederá a su clausura temporal o definitiva. Se tiene previsto que las sanciones por incumplimiento a la ley sean establecidas en el reglamento de esta ley, que todavía no ha sido aprobado.

Como parte del *soft law*, Agrocalidad ha emitido una serie de manuales sobre el trato que debe darse al animal en los centros de concentración (Reglamento zoonosanitario de centros de concentración de animales, artículo 32), durante la movilización, faenamiento y comercialización de animales de producción. Sin embargo, dichos manuales carecen de poder coercitivo y solo se trata de lineamientos que el Estado y los propietarios del animal deben seguir.

Por otra parte, Agrocalidad estableció un Comité Consultivo de Bienestar Animal, conformado por miembros de Agrocalidad, universidades y representantes de las empresas ganaderas, encargado de promover iniciativas sobre protección ambiental y emitir observaciones a la normativa jurídica sobre ese bienestar (Agrocalidad, resolución 247). Dicho comité, al no tener poder de decisión, carece de efectividad. Finalmente, a nivel internacional existe la Estrategia Regional de Bienestar Animal para las Américas, aprobada durante la 23ª Conferencia Regional de la OIE para las Américas, realizada en noviembre de 2012, cuyas metas regionales son proporcionar un marco para lograr resultados sostenibles en base a un trabajo científico sobre el bienestar animal. Sin embargo, hasta la fecha no cuenta con un plan de implementación y aún no ha sido ratificado por todos los Estados que tuvieron la iniciativa.

Por otra parte, la obligación de garantizar el bienestar animal fue desarrollada en la norma principal del derecho ambiental, es decir, en el CODA. En su título VII, referente al manejo responsable de la fauna urbana, el Código Ambiental establece que:

es obligación del tenedor o dueño de un animal, satisfacer necesidades básicas tales como alimentación, agua y refugio, un trato libre de agresiones y maltrato, atención veterinaria; y respeto de las pautas propias del comportamiento natural del animal, según su especie. (CODA, artículo 145)

En lo referente a animales destinados al consumo humano o animal, se dispone que, en toda la cadena de producción, se deberán implementar prácticas y procedimientos que respeten los parámetros y protocolos nacionales e internacionales de bienestar animal. Adicionalmente, se establece que el sacrificio de los animales se realizará con procesos, prácticas, protocolos y estándares que promuevan minimizar el sufrimiento y dolor (CODA, artículos 146 y 151). Finalmente, se establecen sanciones: por el incumplimiento de las obligaciones y responsabilidades en relación con los animales, por la ejecución de actos prohibidos contra los animales y por obstaculización de la labor de vigilancia y control de las autoridades competentes.

En cuanto a la parte procesal, el CODA, en base al marco constitucional, establece la imprescriptibilidad de las acciones por daños ambientales y la acción popular, a fin de que toda persona natural o jurídica, solicite a Agrocalidad el cumplimiento y tutela de los derechos de la naturaleza. Asimismo, como incentivo al empoderamiento ciudadano en la denuncia de violaciones a las disposiciones establecidas en la Constitución, en este Código y en la normativa ambiental, se prevé que el juez condenará al responsable al pago de 10 a 50 salarios básicos unificados a favor del accionante, de conformidad con la gravedad del daño que se logró reparar (CODA, artículo 304).

Puede ocurrir que las actuaciones u omisiones de la administración pública o del juez administrativo impidan garantizar el bienestar animal debido a: 1) la falta de funcionarios públicos que controlen las granjas,

y 2) los intereses personales de los servidores públicos que omiten sancionar las faltas que cometen ciertos criaderos de animales y centros de faenamiento. Por tales causas, si se prueba que la vía administrativa no es adecuada ni eficaz, siempre existe la posibilidad de activar la vía constitucional para reclamar la vulneración a cualquier derecho establecido en la Carta Magna o en instrumentos internacionales ratificados por Ecuador (Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional, artículo 42, numeral 4).

Efectivamente, el bienestar animal constituye un tema de preocupación mundial. Basta ver las decisiones que se han emitido respecto al trato que reciben los animales destinados al espectáculo humano. Así, la Corte Suprema de Justicia de Colombia, frente al pedido de habeas corpus presentado a favor de un oso que vivía en condiciones inadecuadas, estableció que:

el ordenamiento jurídico garantiza la protección de los animales frente al sufrimiento y el dolor, causados directa e indirectamente por el hombre, a través de la: i) promoción de la salud y el bienestar de esos seres, asegurándoles higiene, sanidad y condiciones apropiadas de existencia, ii) erradicación y sanción de maltrato y los actos de crueldad, iii) desarrollo de programas educativos a través de medios de comunicación del estado y de los establecimientos de educación oficiales y privados, promoviendo el respeto y el cuidado de los animales (...). (Corte Suprema de Justicia de Ecuador, Sala de Casación Civil, AHC4806-2017)

Estas afirmaciones ponen en evidencia que las obligaciones que pesan sobre el ser humano implican, al mismo tiempo, el desarrollo del derecho del animal a no tener ni sed, ni hambre, ni sufrimiento innecesario, y a crecer en condiciones adecuadas. Consecuentemente, estamos frente a la sustitución del principio kantiano –bajo el cual solo se puede dar derechos a quien tiene obligaciones– por una postura jurídica bienestariata fundada en la idea de que es el ser humano quien detenta las obligaciones a fin de que el animal pueda ejercer plenamente sus derechos.

Lo propio hizo el Poder Judicial de Buenos Aires respecto a una acción de amparo encaminada a obtener

la libertad de una orangutana que vivía en un zoológico. Así, en base a informes técnicos⁷, el juez resolvió aceptar el habeas corpus a favor del animal y le otorgó la calidad de sujeto de derecho, al reconocer a su favor el derecho a vivir en condiciones adecuadas y a preservar sus habilidades cognitivas (Juzgado de la Ciudad de Buenos Aires, Acción de Amparo, expediente A2174- 2015/0).

En un contexto sociocultural totalmente distinto, en la India, la Corte Suprema, a fin de frenar los actos de crueldad que sufren los animales de carga, declaró que todo el reino animal, incluidas las aves y especies acuáticas, son personas jurídicas con los derechos, deberes y responsabilidades correspondientes a una persona viva. Como parte de sus argumentos, el máximo tribunal indio afirmó que el bienestar animal implica

que el Estado garantice, a favor de los animales: salud, comida, buena alimentación, seguridad y capacidad de expresar un comportamiento innato sin dolor, miedo ni angustia (Corte Suprema de Justicia, sentencia Narayan Dutt Bhatt VS. Union of India & others).

En Ecuador, la función jurisdiccional aún no se ha pronunciado respecto a los fundamentos y alcances del bienestar animal. No obstante, en la sentencia sobre la violación a los derechos de los niños que asisten a los espectáculos taurinos, la Corte Constitucional afirmó que estos deben ser prohibidos para menores de doce años, debido a la violencia que acarrear (Corte Constitucional, sentencia N° 119-18-SEP-CC); así, reconoce indirectamente que se trata de un espectáculo en el que el toro de lidia es sometido a actos crueles que provocan dolor y sufrimiento.

ALTERNATIVAS PARA GARANTIZAR EL BIENESTAR ANIMAL

Una vez estudiado el alcance de la función ambiental de la propiedad y de los parámetros para garantizar el bienestar animal, es necesario explicar posibles políticas públicas que puede implementar el Estado a fin de detener el maltrato del animal destinado al consumo humano. Para conseguirlo, se analizan tres alternativas: la semaforización y etiquetamiento de productos respetuosos del bienestar animal, la creación de un impuesto a la carne, e incentivos estatales a criaderos sostenibles.

Semaforización y etiquetamiento de carnes

Existe una creciente demanda entre los consumidores por conocer la procedencia de los productos que compran, a fin de evitar el consumo de productos no saludables o que provengan de criaderos en los que se maltrata y explota al animal. Etiquetar la carne implica que podamos conocer la forma en que trabaja cada ganadero. Por tal motivo, resulta interesante que las

empresas vean el bienestar animal como una oportunidad para aumentar sus ventas y legitimar socialmente su actividad. Sin duda, la responsabilidad ambiental es una carta de presentación para las empresas. Por ejemplo, en el Reino Unido, la crianza de aves al aire libre es el nuevo eslogan que utilizan las avícolas para aumentar la demanda de huevos. En un informe de la red de inversionistas *Fair Animal Investment Risk & return*, dedicada a la asesoría en técnicas de crianza responsable, se señala que:

las políticas corporativas encaminadas a permitir que los animales expresen sus comportamientos naturales se han convertido en una cuestión de “licencia para operar” y deben tener un precio en cualquier sistema de producción. Las empresas rezagadas que priorizan la eficiencia de la producción sin tener en cuenta el bienestar, están expuestas a riesgos reputacionales y operacionales. (FAIRR 2018, 27)

⁷ En la sentencia se cita el informe del Dr. Héctor Ricardo Ferrari, profesor de la cátedra de Bienestar Animal de la Facultad de Ciencias Veterinarias de la Universidad de Buenos Aires, quien establece que toda especie tiene necesidades comportamentales, es decir, conductas intrínsecamente motivadas; este estatus se relaciona con la idea de instinto. Entonces, para todo animal –silvestre, en cautiverio, de investigación, de compañía, de trabajo y de producción–, se debe generar un ambiente que permita que esas necesidades comportamentales se expresen, sin dañar ni dañarse. Y, por ambiente, no solo me refiero al espacio físico, sino al conjunto de relaciones e intervenciones que contienen y modulan la vida de los seres bajo nuestro control.

Así, una certificación de carne natural implica que el animal ha sido alimentado en base a pasturas (100% vegetal, sin productos o subproductos animales) y a cielo abierto durante todo el año, libre del uso de hormonas, anabólicos o promotores del crecimiento. En una línea similar, la producción de carne ecológica (biológica u orgánica) implica la adopción de sistemas de producción sustentables, no contaminantes, respetuosos del bienestar animal y de la diversidad biológica (Flores 2012).

En Ecuador se puede recurrir a la semaforización de los productos cárnicos, a fin de garantizar el derecho constitucional de las personas a recibir información oportuna, clara, precisa y no engañosa sobre el contenido y características de los alimentos (CRE, artículo 52).

El reglamento de etiquetado de alimentos procesados para consumo humano (Reglamento de etiquetado de alimentos procesados para consumo humano, en su artículo 1, establece una semaforización sobre el contenido alto, mediano o bajo de azúcar, grasas totales, grasas saturadas y sal de un producto. Con la misma lógica, se podría semaforizar el origen de la carne, de acuerdo a los siguientes parámetros: 1) animal criado en espacio adecuado, 2) animal alimentado apropiadamente, 3) animal transportado y faenado de forma respetuosa. Con este objetivo, se requiere dinamizar el subsistema de Información Pública de Sanidad Agropecuaria implementado por el artículo 18 de la Ley Orgánica de Sanidad Agropecuaria, a fin de generar, administrar y proveer información oportuna a los productores y agentes económicos. Así, sería necesario que Agrocalidad ejerza plenamente la competencia de otorgamiento de certificaciones a favor de las fincas que aplican buenas prácticas sanitarias pecuarias y estándares de bienestar animal, entre otros.

Así, promocionar un producto que incluya la etiqueta de “certificación de bienestar animal”, puede colocar al pequeño, mediano y gran empresario en una situación de ventaja frente a sus competidores no respetuosos de la legislación de protección ambiental.

Implementación de un tributo a la carne para evitar la contaminación

Si se toman en cuenta los impactos de la ganadería en el medio ambiente y la salud, países como Dinamarca o Suecia⁸ analizan ahora la posibilidad de crear un impuesto a los productos cárnicos, a fin de mitigar el gas metano emitido por las vacas durante su proceso de digestión y las epidemias de salud como la obesidad y el cáncer. Según, *Fair Animal Investment Risk & return*, existe evidencia que conecta el consumo de carne con las emisiones de gases de efecto invernadero que exceden las emisiones del sector del transporte; una tasa de incidencia creciente de obesidad global y mayores riesgos asociados de diabetes tipo 2 y cáncer; aumento de los niveles de resistencia a los antibióticos; amenazas a la seguridad alimentaria mundial y la disponibilidad de agua; y degradación del suelo y deforestación (FAIRR). Por tales razones, se cree que crear este impuesto podría disminuir el consumo de carne y sus efectos sobre la salud y la naturaleza.

Sin embargo, gravar un producto de primera necesidad como la carne no significa una solución real, sino por el contrario, la aparición de nuevos problemas sociales, puesto que este impuesto afectaría únicamente el poder de adquisición de las clases sociales menos favorecidas, las cuales no podrían asumir los nuevos precios de la carne. Por lo tanto, nos enfrentaríamos a un tipo de “ecología punitiva”; que, si bien en principio contribuiría al cumplimiento de las obligaciones sobre cambio climático y la obesidad, al final impediría el ejercicio del derecho a la soberanía alimentaria, derecho que implica la obligación estatal de garantizar –a las personas, comunidades y pueblos– la autosuficiencia de alimentos sanos, nutritivos y culturalmente apropiados de forma permanente.

Incentivos a los ganaderos que realizan una crianza responsable

Las ayudas fiscales a las granjas de crianza responsable representan una alternativa viable a la producción industrial de carne. Bajo esta modalidad de crianza, se

8 *Plant-based profits: investment risks & opportunities in sustainable food systems fair*, Fair Animal Investment Risk & return: En 2016, el Partido Verde de Suecia presentó una moción en el parlamento sueco pidiendo la introducción de un impuesto climático sobre los alimentos.

garantiza que el animal lleve una vida plena y entera. Según Jocelyne Porcher:

Para los criadores responsables, lo que caracteriza al animal, es el hecho de que tenga vida subjetiva, afectiva y cognitiva. Para que un animal se convierta en carne, es necesario que éste muera. Los criadores dan vida al animal, ellos comparten su existencia, ellos le dan muerte y lo saben, hay que tener presente que lo que no vive, no muere y que por el contrario, es necesario estar vivo para morir. (Porcher et al. 2014, 34)

Bajo la lógica bienestarista, el animal no es visto únicamente como un kilo de carne, sino como un ser vivo con derecho a una vida y muerte adecuadas y respetuosas de los parámetros ético-jurídicos que se han construido alrededor del bienestar animal. Entre las prácticas ganaderas que garantizan una crianza responsable, tenemos:

- Crianza al aire libre para reforzar el sistema inmunitario: a fin de evitar el hacinamiento y permitir que desarrolle sus comportamientos naturales.
- Evitar el monocultivo con un uso importante de agroquímicos para obtener el alimento del animal: se debe alimentar al animal con hierba y residuos de cultivos que no pueden consumir los humanos, y evitar, también, el uso de fertilizantes lixiviados, amoníaco, antibióticos y partículas finas.
- Utilización de estiércol animal como fertilizante para el cultivo: es rico en nutrientes y energía para

los microorganismos de la tierra. En lugar de ser un contaminante, el estiércol se convierte en un recurso clave.

- Circuito corto: una vez que el animal ha cumplido su ciclo de vida en condiciones aptas de crianza, éste será llevado directamente por su criador a los centros de faenamiento, y se procurará que el circuito corto por el que pasa el animal (de la granja al faenamiento) permita que el consumidor sepa con certeza las condiciones en que el animal fue criado y sacrificado. (CIWF)

La obligación estatal de garantizar el bienestar animal puede ser materializada en la medida en que el Estado otorgue incentivos –exenciones tributarias y ayudas públicas– a los ganaderos que optan por una crianza responsable, a fin de que estos puedan competir con las empresas ganaderas que carecen de prácticas adecuadas de crianza. Adicionalmente, se requiere frenar las prácticas abusivas del mercado realizadas por empresas que hacen caso omiso de la normativa de bienestar animal. Para conseguirlo, resulta indispensable un control permanente y riguroso por parte de la autoridad ambiental. Se debe tener presente que se trata de una responsabilidad compartida; si bien, en principio, el dueño tiene la obligación de procurar el bienestar de cada uno de sus animales –desde el minuto en que nace hasta el minuto en que muere–, el Estado, a través de Agrocalidad, tiene la obligación jurídica de controlar que las normas de bienestar animal se cumplan a cabalidad y de sancionar administrativamente a quienes las infringen.

CONCLUSIONES

En el transcurso de la evolución del Derecho, se ha tenido que pasar por varias etapas antes de llegar al reconocimiento jurídico de la naturaleza como sujeto con derechos a la protección, preservación, mantenimiento y reparación. La primera escalera hacia el reconocimiento de un ser no humano como persona jurídica se dio respecto a los animales. Ya en 1892, Henry Salt puso sobre la mesa la necesidad de otorgar derechos a los seres no humanos que son capaces de sufrir y sentir dolor, felicidad y gratitud. En la

actualidad, a nivel internacional se tiene un consenso sobre la importancia de crear normas que garanticen el bienestar animal; sin embargo, estas constituyen declaraciones sin efecto vinculante y, por el momento, son simples pautas que pueden o no ser acogidas por los Estados.

En Ecuador, si bien en principio la Constitución no reconoce expresamente que el animal detenta la calidad de sujeto de derechos, se acepta que la naturaleza es el

lugar donde se reproduce y realiza la vida, la cual tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos (artículo 71). Consecuentemente, si en los animales nace, se reproduce, se siente y muere la vida, no debería ponerse en duda que estos tienen derecho a la protección, que incluye el derecho a no tener sed, hambre, ni dolor, y a crecer en un entorno adecuado.

Cabe señalar que la protección animal no se encuentra únicamente en el artículo 71 de la Constitución, que declara el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos. Efectivamente, el artículo 66 numeral 26 de la Carta Magna reconoce el derecho a la propiedad con función ambiental. Tal estipulación conlleva la obligación de que el propietario de un animal pueda gozar, usar y disponer de su animal, bajo la condición de que no menoscabe dos aspectos: 1) otros derechos humanos, como el que prescribe un ambiente sano, los derechos de la naturaleza o el derecho a la salud; y 2) el derecho al bienestar animal.

En la misma línea, el artículo 281 numeral 7 de la Constitución crea la obligación estatal de precautelar que los animales destinados a la alimentación humana estén sanos y sean criados en un entorno saludable. Por lo tanto, el Estado se convierte en el veedor de que toda actividad que involucre la crianza, transporte, exhibición y faenamiento de animales destinados al consumo se realice dentro de los parámetros de bienestar animal que han sido desarrollados en las diferentes normas, manuales e instructivos creados para el efecto.

Finalmente, la función ambiental de la propiedad y la obligación estatal de garantizar el bienestar animal no son más que el medio jurídico para alcanzar un fin constitucional mayor, es decir, la materialización de los derechos del animal como parte de la naturaleza. Si países como la India, Colombia o Argentina, a pesar de no aceptar expresamente que la naturaleza tiene derechos, se han atrevido a desafiar el derecho kantiano y han reconocido que los animales tienen ciertos derechos, con más razón debería hacerlo el Ecuador, país pionero en el reconocimiento constitucional de la naturaleza como sujeto de derechos. Si hacemos una analogía con el derecho civil, si lo principal sigue la suerte de lo accesorio, si la naturaleza –el todo– tiene derecho a la protección, el animal –una parte del todo– también tiene ese derecho.

Estas afirmaciones no pretenden privar al ser humano de su derecho a la alimentación, sino que su sentido consiste en evidenciar que los deberes que recaen sobre el ser humano tienen como fin garantizar determinados derechos a favor del animal; aunque, para conseguirlo, no se haga un reconocimiento jurídico expreso. En otras palabras, se trata de visibilizar que no es posible que exista un código de puros deberes que no lleve inevitablemente al reconocimiento tácito o expreso de los derechos del animal, puesto que necesariamente hay un beneficiario de la obligación que, en este caso, es el animal –salvo criterio de quien se aferre a la teoría kantiana del humanismo, ampliamente superada.⁹ Así, el cumplimiento de las obligaciones por parte de alguien, el ser humano, permite el pleno ejercicio de los derechos de otro, el animal.

⁹ Ver: Mauricio Maldonado. 2018. *Los derechos fundamentales, un estudio conceptual*. Ecuador: ARA. El autor explica que: "... para Kant, los seres humanos no tienen deberes directos hacia los animales, sino solamente hacia otros humanos; sin embargo, dice él, maltratar a un animal es un acto inhumano, de modo que si debemos evitar realizar este tipo de actos es porque debemos a otros seres humanos conservar nuestra humanidad. Pero también esta concepción ha ido cediendo terreno, y hoy prácticamente no hay moralista que no sostenga que tenemos algunos deberes directos hacia los animales".

BIBLIOGRAFÍA

- Agnel, Emile. 1858. *Curiosités judiciaires et historiques du Moyen Age : procès contre les animaux*. Paris : J.B. Dumoulin.
- Ávila, Ramiro. 2016. *El neoconstitucionalismo andino*. Ecuador: UASB.
- Brels, Sabine. 2012. L'animalite humaine : du constat scientifique aux conséquences éthico-juridiques. *lex electronica* 17, Numéro 2.
- CIWF, Ver Organización Compassion in World Farming. *Agroecología. Granjas ecológicamente inteligentes*. <https://www.ciwf.org.uk/media/7428906/agroecologia-granjas-ecologicamente-inteligentes.pdf>
- Coulon, Jean-Marie y Jean-Claude Nouet. 2009. *Les droits de l'animal*. Paris: Ed. Dalloz.
- ESPOL. Ver_ Escuela Superior Politécnica del Litoral.
- Escuela Superior Politécnica del Litoral. 2016. Estudios Industriales, Orientación estratégica para la toma de decisiones, Industria de Ganadería de Carne. <http://www.espae.espol.edu.ec/wp-content/uploads/2016/12/industriaganaderia.pdf>
- Flores, Manuel. 2013. Mercado mundial y cadena de valor de la carne bovina. Documento de Trabajo N° 90. Universidad de la República, octubre 2013, Montevideo.
- Normativa**
- Constitución de la República del Ecuador (Ecuador, RO 449, 20-X-2008).
- Constitución Política de la República del Ecuador (Ecuador, Decreto Legislativo 000, RO 1 de 11-VIII-1998).
- Kempf, Raphaël. Des bêtes à la barre, les animaux ont-ils droit à un avocat ? Jefklak, revista en línea, septiembre 2016. www.jefklak.org
- Mauricio, Maldonado. 2018. *Los derechos fundamentales, un estudio conceptual*. Ecuador: ARA.
- Moyano, Eduardo; Castro, Francisca y Juan Prieto Gómez. 2015. Bases sociales y políticas del bienestar animal en la Unión Europea. *Revista ambiental*, septiembre.
- Porcher, Jocelyne; Elisabeth, Lécrivain; Nathalie, Savalois y Sébastien Mouret. 2014. *Livre blanc. Pour une mort digne des animaux*. Paris: Les éditions du Palais.
- Salt, Henry S. 1892. *Animals' Rights: Considered in Relation to Social Progress*. NY, Londres: MacMillan & Co.
- Singer, Peter. 2009. *Animal Liberation*. NY: Harper&Collins Publishers.
- UNESCO. 1989. *Glosario de términos sobre medio ambiente*. París: UNESCO.
- Constitución Política de Colombia (Colombia, Consejo Superior de la Judicatura Centro de Documentación Judicial-CENDOJ Biblioteca Enrique Low Murtra-BELM, 991).
- Constitución Política del Ecuador (Ecuador, 23-IX-1830).

Código Civil (Ecuador, RO Suplemento 46, 24-VI-2005, modificado 8-VII-2019).

Código Civil (Francia, Ley N.º 2015-177, 16-II-2015).

Código Orgánico del Ambiente -CODA- (Ecuador, Ley 0, RO Suplemento 983, 12-IV-2017).

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789).

Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) de 12-II-2017, Comisión Mundial de Derecho Ambiental de la UICN.

Escuela Superior Politécnica del Litoral, *Estudios Industriales, Orientación estratégica para la toma de decisiones, Industria de Ganadería de Carne* (Ecuador, feb. 2016).

Fair Animal Investment Risk & return, *Plant-based profits: investment risks & opportunities in sustainable food systems fair* (EE.UU., feb. 2018).

Sentencias

Corte Constitucional de Colombia, sentencia de la Sala Sexta de Revisión N.º T-622, de 10-XI-2016

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 166-15-SEP-CC (Ecuador, 20-V-2015).

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 023-18-SIS-CC (Ecuador, 6-V-2018).

Corte Constitucional, sentencia N.º 119-18-SEP-CC (Ecuador, 28-III-2018).

Videos

Andersen, Kip y Keegan Kuhn. 2014. *Cowspiracy*. <https://www.youtube.com/watch?v=NShpc-jQEZY>

Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional, RO Suplemento 52, 22-X-2009

Ley orgánica del régimen de la soberanía alimentaria (Ecuador, Ley s/n, RO Suplemento 583, 5-V-2009).

Ley Orgánica de Sanidad Agropecuaria (Ecuador, Segundo Suplemento, RO 27, 3-VII-2017).

Ley de mataderos No 502 – C, Decreto Supremo 502 RO 221, 7-IV-1964 (derogada).

Reglamento zoosanitario de centros de concentración de animales (Ecuador, Resolución de Agrocalidad 125, RO 818, 15-VIII-2016).

Reglamento de etiquetado de alimentos procesados para consumo humano (Ecuador, Acuerdo Ministerial 5103 RO Suplemento 318, 25-VIII-2014).

Resolución de 247 (Agrocalidad, 12-VIII-2015).

(MDEZA), ver_Manuales de la Dirección de Certificación Zoosanitaria de Agrocalidad. <http://www.agrocalidad.gob.ec/direccion-de-certificacion-zoosanitaria/>

Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, Juicio N.º 117-2010 (Ecuador, 9-XI-2012).

Corte Suprema de Justicia de Ecuador, Sala de Casación Civil, AHC4806-2017 (Ecuador, 26-VII-2017).

Corte Suprema de Justicia, sentencia Narayan Dutt Bhatt VS. Union of India & others (La India, 4-VII-2018).

Juzgado de la Ciudad de Buenos Aires, Acción de Amparo, expediente A2174- 2015/0 (Argentina, 21-X-2015).

EL BIEN JURÍDICO PENAL EN EL DELITO DE MALTRATO ANIMAL

THE LEGAL INTEREST IN THE CRIME OF ANIMAL ABUSE

O BEM JURÍDICO PENAL NO DELITO DE MALTRATO ANIMAL

*David Villarroel**

Recibido: 15/05/2019

Aprobado: 20/06/2019

Resumen

El Derecho, al igual que otras ciencias, ha mutado con el transcurso del tiempo, debido a que los problemas que trata, como las interpretaciones respecto de valores y antivalores y las formas de adquirir la información, se han modificado. Así, si otrora negar derechos a la mujer tenía un respaldo jurídico y político, en la actualidad casi todos los ordenamientos jurídicos lo condenan. También podemos citar la esclavitud o el proxenetismo, que en un pasado reciente constituían un ilícito y que hoy son parte de los delitos catalogados en nuestro Código Penal. En este contexto enmarcamos el reciente interés que ha despertado en el Derecho y, en el Derecho Penal en especial, el maltrato animal; el cual, como veremos, ofrece una discusión extensa que abarca múltiples áreas del Derecho y del saber. Estas consideraciones superan el objetivo de este trabajo, pero serán consideradas subsidiariamente para enfrentar el tema central, que es: analizar la naturaleza del bien jurídico protegido en el maltrato animal.

Palabras clave: Maltrato animal; Dignidad animal; Igualdad; Justicia material

Summary

Law as well as other sciences have mutated over time in different aspects. This is due to the fact that the problems it addresses, such as the interpretation of values and antivalues, and ways of acquiring information, have changed. For example, if in the past the denial of rights to women had legal and political backing, at present almost all legal systems condemn it without any remorse. This is similar for slavery or pandering, which in the recent past not only did not constitute a wrongful act, but were part

of habitual conduct, and that today they are rightly part of the catalogue of crimes in our Criminal Code. In this context, we must consider the recent interest of the legal discourse in the phenomenon of animal abuse, which, as we shall see, offers an extensive discussion covering multiple areas such as civil, administrative and international law, and even addresses other branches of human knowledge such as philosophy, since it constitutes a true moral revolution, which is still under discussion. Obviously, all these considerations go far beyond the objective of this work, but they will be considered subsidiarily to address the central issue that is to analyze the nature of the protected legal good in animal abuse.

Key words: Animal abuse; Animal dignity; Equality; Material justice

Resumo

O direito, igual que outras ciências, tem mudado com o passar do tempo em distintos aspectos, e isso se deve a que os problemas que trata, as interpretações no que diz respeito a valores e anti-valores e as formas de adquirir a informação são outras. A guisa de exemplo, se, em outrora, negar direitos a mulher tinha uma aceitação jurídica e política, na atualidade quase todos os ordenamentos jurídicos negam essa possibilidade sem nenhum tipo de culpa, e assim, poderíamos continuar citando mais casos como a escravidão ou o proxenetismo, que em um passado recente não só constituíam um ilícito, mas que eram parte de uma conduta habitual, y que hoje em acertadamente formam parte do catálogo de delitos de nosso Código Penal. Nesse contexto devemos moldar o recente interesse que iniciou

* Abogado por la Universidad de las Américas, Ecuador. Máster en Justicia Criminal por la Universidad Carlos III de Madrid, España. Dedicado al libre ejercicio de la profesión en materia de Derecho Público. Correo electrónico: oficinajuridicavs@gmail.com

no Direito em geral e no Direito penal em particular, o fenômeno do maltrato animal, que, como veremos oferece uma discussão extensa que abarca múltiplas áreas do direito como a civil, administrativa, internacional, inclusive se dirige a outros ramos do saber humano como a filosofia pois constitui uma verdadeira revolução moral, sobre a que ainda se discute. Obviamente, todas estas considerações

superam amplamente o objetivo deste trabalho, mas serao consideradas subsidiariamente para enfrentar o tema central que é analizar a natureza do bem jurídico protegido no maltrato animal.

Palavras chave: Maltrato animal; Dignidade animal; Igualdade; Justiça material

INTRODUCCIÓN

Los bienes jurídicos tutelados en una determinada sociedad nos dicen cuáles son sus intereses, y de qué manera su protección contribuirá a la construcción de un ordenamiento más justo.

En materia de maltrato animal, ante la pregunta de si debe o no reconocerse como un bien jurídico penal protegido, la respuesta es afirmativa. Sin embargo, aún no se tiene claro el panorama acerca de qué intensidad debe darse a dicho reconocimiento y, para definirla, es necesario previamente analizar los distintos estados jurídicos que han pasado los animales, desde ser simples objetos, a ser considerados seres con cierta capacidad de autonomía. Sobre tal asunto existen múltiples argumentos que explican esta evolución, los mismos que van desde razones antropocéntricas que parten de la consideración de que el animal sirve al hombre solo para el comercio; pasan por motivos morales que recomiendan cuidar al animal; y llegan incluso a sentimientos de mera compasión.

Ahora bien, todo ese esfuerzo va encaminado a que se propicie un consenso generalizado en favor de la tutela de los animales, incluso a nivel penal; ya que la realidad evidencia que, cada año, cientos de animales son maltratados por sus dueños, en ocasiones con una inimaginable crueldad. Con todo, la sensibilidad hacia la protección de los animales ha ido creciendo –aunque tarde– en los últimos años, en consideración de que existen agresiones que ya no pueden ser toleradas.

Por este motivo se pretende, en el contexto ecuatoriano, incluir al maltrato animal como un delito a propósito de que la Comisión de Justicia de la Asamblea Nacional, remitirá el informe para segundo debate de las reformas al Código Orgánico Integral Penal.

Bajo este escenario, propongo iniciar el análisis de las distintas teorías del bien jurídico del maltrato animal, no sin antes referirme al concepto del bien jurídico como categoría integrante del delito.

EL BIEN JURÍDICO

Aunque exista un consenso en ubicar el inicio de la teoría del bien jurídico en el pensamiento de Birnbaum, resulta interesante conocer la postura manifestada por Feuerbach, quien ya sostenía una tesis de la lesión del bien jurídico relacionada con el derecho subjetivo. Para Feuerbach, el delito se comprende como “lesión de alguno de los derechos anteriores al Estado que se encuentra protegido por una ley penal” (Feuerbach 1989, 64). Dicho en otras palabras, solo las leyes que protejan un derecho inherente a una persona por tener dicha condición o estatus pueden ser, si son

desatendidas, consideradas un delito; caso contrario, no. De esta forma, “el delito rompe la igualdad entre autor y víctima, produciéndose una lesión de la libertad garantizada estatalmente” (Alcácer 2003, 77).

Posteriormente, y con el surgimiento del Estado Liberal, para aportar una explicación sobre la legitimación del contenido del Derecho penal se distinguió entre el derecho subjetivo y un bien jurídico. Birnbaum, quien defendía esta postura, consideraba que el bien jurídico abarca algo más que las personas

y las cosas, pues se centra en resguardar las ventajas del constructo político, así que el delito es toda acción u omisión que vaya en detrimento de estas ventajas alcanzadas.

De allí que el mismo autor afirma que es “delito o punible en el Estado, según la naturaleza de la cosa o conforme a la razón, toda lesión o puesta en peligro, imputable a la voluntad humana, de un bien que el poder público ha de garantizar parejamente a cada cual, siempre que no quepa conseguir una garantía general sino a través de la conminación de una pena determinada y la ejecución de la amenaza legal contra cualquier infractor” (Birnbaum 2010, 82).

Toda esta línea de pensamiento es concordante con un modelo de estado instrumentalista; pues los bienes jurídicos van más allá que los derechos, y no viceversa, de manera que causan un efecto de disminución sobre la dimensión de lo punible.

En el extremo opuesto a la tesis de Birnbaum se halla la teoría de Binding; quien, a su vez, considera que debe existir un derecho subjetivo; pero que, a diferencia de la postura de Feuerbach, este debe nacer del Estado. Tal derecho estatal tiene al “delito como una infracción culpable de una norma amenazada con pena” (Eser 1998, 59). Aquí estamos ante un concepto compuesto; ya que, por una parte, se hace alusión al derecho positivo para definir los bienes jurídicos y, por otra, se incorpora un elemento coercitivo en caso de que se produzca la desobediencia a las normas correspondientes.

A partir de esta tesis, en Binding se reafirma que la configuración primigenia del bien jurídico dependerá de la voluntad del legislador, o más bien, de los asuntos que él considera valiosos (Fernández 2004, 19), o son de su interés (Eser 1998, 59).

Luego, la evolución del modelo de Estado hacia exigencias de intervención en la vida económica social (Berdugo 1992, 42) da el paso hacia una variación en la teoría del bien jurídico que permitirá profundizar su contenido como una realidad social anterior a la *ratio legis* (Schünemann 2007, 101-2). En ese sentido, se abre el abanico de posibilidades para incrementar el

espectro de las distintas figuras delictivas, matizadas ahora, y como ejemplifica Fran Von Litz, en imperativos generales: “no debes matar, ni hurtar, ni cometer adulterio, ni llenar de insidia la vida de tu príncipe” (Von Liszt 1994, 84-9).

Estas limitaciones a la labor legislativa, sin lugar a duda tendrán una gran repercusión en la concepción del Derecho penal. Pues este, como afirma Von Litz, deberá ser ahora conceptualizado como una ciencia íntegra que no solo realiza un estudio formal de las normas, sino que se ocupa de la vida para atender a las necesidades de los hombres y mujeres que han aceptado. En efecto, ante cualquier comportamiento antijurídico que realicen se les impondrá una pena; aunque, a diferencia de los anteriores modelos y para economizar su uso, esta deberá ser proporcional al bien jurídico que se está protegiendo.

Pasada la II Guerra Mundial, el deseo de revisar y corregir las principales insatisfacciones que brotaban de los modelos de estado liberal y social se materializó en la promoción de una nueva codificación de textos constitucionales, tratados de Derechos Humanos y principalmente Códigos Penales. Estos últimos traían una novedad: los criterios que posibilitaban devolver al bien jurídico su función primera de poner límites a la decisión legislativa (Berdugo 1992, 43). Para Welzel, esta idea se explica, en el sentido que la finalidad positiva y ético-social del Derecho penal se encuentra en el amparo de los valores elementales de la “vida en comunidad” (Morillas 2002,1); pero sólo de forma indirecta y, como consecuencia, en tanto misión negativa, policial y preventiva, se alcanza la protección de los bienes jurídicos (Morillas 2002, 13).

Así, ya nunca más los bienes jurídicos que protege el Derecho penal dependerán del anclaje del legislador, sino que podrán coexistir, y de manera duradera, al amparo de los valores absolutos. Y es que, en este esquema, el bien jurídico es el núcleo duro de una colectividad; además, se le reconoce vida jurídica por tener dicho contenido social, y no porque efectivamente se encuentre positivizado. Con este concepto, cambiará la noción de lesión; ya que, al ser el bien jurídico la suma de cada uno de los componentes de una

sociedad, se podría infringir daño, si y solo si “el autor del hecho imprime su sello en el hecho mediante un contenido de voluntad” (Müssig 2001, 19).

En este punto, podemos distinguir dos corrientes en las que se podrán apiñar a los autores que hemos mencionado. Así, junto a Birnbaum por un lado, están Von Liszt y Welzel, quienes admiten que el bien jurídico es un ente autónomo de cualquier estructura legal; y, por otro, Binding y Feuerbach, a quienes les parece ilógico referirse a que el Derecho penal tenga que resguardar bienes jurídicos, pues bien podrían ser catalogadas como bien jurídico las realidades que el Derecho penal resguarda. En el resto de este trabajo consideraré que los estudios que se han hecho respecto al bien jurídico han girado en torno a dos direcciones. La primera,

en vistas a ampliar la diferencia existente entre objeto jurídico y bien jurídico, con el afán de fomentar soluciones respecto a los problemas de los criterios de valoración y selección.

Esta orientación también ha supuesto, indudablemente, ciertos posicionamientos particulares respecto a la idea de una constitucionalización de los bienes jurídicos (Silva 1992, 274) o al establecimiento de mandatos de optimización basados en la Constitución (Carbonell 1998, 37). La segunda dirección es relativa a los bienes jurídicos colectivos o *interessi difusi* (Sgubbi 1975, 439), cuya titularidad aún se discute si pertenece a los miembros de una sociedad en común o podrían ser reclamados por quienes no pertenecen a ella, dado su carácter universal.

POSICIONES DOCTRINALES SOBRE EL BIEN JURÍDICO DEL MALTRATO ANIMAL

La moral y las buenas costumbres

Esta es una posición doctrinaria ciertamente remota, pues ya existen antecedentes en el pensamiento del cristianismo antiguo y medieval, respectivamente con San Agustín de Hipona¹ y Santo Tomás de Aquino². Sin embargo, no sería sino en el siglo XIX cuando se abordaría con profundidad el tema por obra de Immanuel Kant, autor que plasmó un concepto de importante valía que es la autonomía. Para Kant, la autonomía es “el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional” (Kant 1996, 49).

Con este planteamiento marcadamente antropocéntrico se reconoce la supremacía que tiene el ser humano por tener capacidades gnoseológicas y sensitivas para ver el mundo, hecho que hace que no

tenga ningún deber inmediato frente a otros seres vivos como los animales, pues estos no “representan sino deberes indirectos para con la humanidad” (Kant 1998, 287). Por consiguiente, la acción de maltratar a un animal o hacerlo sufrir no constituye una conducta reprochable por sí sola, ya que al ser la sociedad “el universo moral de los seres humanos” (Mosterin y Riechmann 1995, 121), ésta ha de preocuparse por quienes pertenecen a ella y guardan sus mismas características; dicho de otro modo, se protegería a los animales frente al maltrato “no en función de lo que son o de lo que representan, sino en función de los intereses sociales” (Muñoz 2007, 15).

Aquí estaríamos ante la presencia de un bien jurídico difuso o de interés colectivo; ya que la moral, las buenas costumbres, o la civilidad³ son elementos comunes

1 Agustín de Hipona De las costumbres de la iglesia católica y de las costumbres de los maniqueos, en Obras de San Agustín (Tomo IV): “Decimos con razón que los animales irracionales están entregados a la utilidad de las naturalezas superiores, aunque estas sean viciosas, como vemos manifestamente en el Evangelio que el Señor concedió a los demonios utilizar según su deseo los puercos”.

2 Tomás de Aquino. Dios, fin último y gobernador supremo, Libro II: “[...]. Mas, si en las Sagradas Escrituras se encuentran ciertas prohibiciones de cometer crueldades con los animales, como la de no matar al ave con crías, ello obedece a apartar el ánimo del hombre de practicar la crueldad con sus semejantes, no sucediera que alguien, siendo cruel con los animales, lo fueran también con los hombres, o porque el mal ocasionado a los animales redundaba en daño temporal para el hombre que lo hace o para otro”.

3 Término mencionado textualmente en España en la Real Orden de 1-VII-1927, que establecía el procedimiento para el recogimiento de perros vagabundos: “el empleo de venenos que determinan una muerte de grandes sufrimientos y dan ocasión a abominables escenas en la vía pública, impropias de pueblos civilizados”.

de una sociedad o de algunos de sus miembros, cosa distinta de lo que ocurre en el bien jurídico individual, donde el derecho vulnerado es asunto particular que atañe a una persona determinada.

Por lo demás, esta teoría con un contenido propiamente social trae consigo un mensaje educativo a los ciudadanos para evitar episodios de maltratos de animales que pueden ser reproducidos por otros individuos en el futuro y ampliar, así, el círculo de violencia. Y es que, sin que parezca ningún absurdo, “quien mata a un animal muy posiblemente puede que mate a un ser humano” (Von 2011, 483), así que el estado debe tomar los correctivos necesarios.

Adicionalmente, los delitos cometidos en contra de los animales solo alcanzarían el grado de consumación cuando afecten a la moral y las buenas costumbres, y este efecto solo se producirá cuando el hecho fuere cometido en público; caso contrario, de realizarse en forma privada, no debería ser punible.

Evidentemente, la postura que acabamos de ver presenta problemas e insuficiencias, las cuales coinciden, transversalmente, en la crítica de asociar las normas penales con la moral. Por ejemplo, moralizar los bienes jurídicos haría que no tengamos una normativa perenne en el tiempo, pues los asuntos que hoy consideramos buenos y aceptados en una sociedad, mañana puede que no lo sean; y, dentro de esta óptica, la pretensión es que exista un Derecho penal laico, con una neutralidad ideológica, propio de una sociedad de corte liberal.

El medio ambiente

El texto constitucional ecuatoriano establecido en el artículo 57, al indicar expresamente los derechos que se les reconoce a las comunidades, pueblos y nacionalidades dice que: “...con inclusión del derecho recuperar, promover y proteger los lugares rituales y sagrados, así como plantas, animales, minerales y ecosistemas dentro de sus territorios; y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora” (Constitución de la República, artículo 57). Este sería el antecedente legal para reconocer la tutela jurídica que se debe tener respecto de las propiedades del

medio ambiente, entre las que se encuentra el suelo, el aire y el agua, así como la fauna y la flora, ámbito en que se incluirían los animales.

Ahora bien, la génesis de la protección de estos elementos no radica en la base constitucional; fue una decisión que se adoptó en la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano, en Estocolmo en el año de 1972. En esta se estableció una serie de principios que han de seguir los países para mejorar y preservar el medio ambiente frente a los riesgos potenciales de contaminación del agua, el aire, la tierra y demás seres vivos.

Pero esta expresión reiterativa del medio ambiente, ¿qué significado tiene? Para Canosa Usera, el término medio ambiente en sí ya es tautológico, de modo que sería mejor hablar de *ambiente* a secas (Canosa 2000, 58). Pero tampoco se aporta mucho con esta simplificación, habida cuenta que nos enfrentaríamos a otro inconveniente que es su indeterminación y amplitud.

Con todo, nuestra legislación, habla del medio ambiente en el Código Orgánico del Ambiente, específicamente en el glosario de términos respecto de las especies invasoras. Ahí se dice que: “Una especie invasora es una planta, animal o patógeno microscópico que, una vez sacado de su hábitat natural, se establece, propaga y daña el medio ambiente, la economía o la salud humana en su nuevo hábitat” (Código Orgánico del Ambiente, glosario de términos).

De lo anteriormente mencionado podemos destacar que se prefiere ver las cosas desde un enfoque ecocentrista, en el cual, la horizontalidad de elementos naturales, como el aire, la atmósfera, el agua, la flora y la fauna, tienen un papel vital, y por lo tanto es necesaria su protección por parte de los seres humanos, so pena de su extinción o deterioro.

Cabe indicar que, pese a que la conceptualización que se tiene del medio ambiente es reducida, la siguiente cuestión que surge es verificar si la tutela penal del medio ambiente se relaciona con la protección que se otorga a los animales frente al maltrato, y ante esta cuestión vamos a tener dos respuestas, una positiva y otra negativa.

La positiva, tiene a su vez un doble sentido. Por una parte, el peligro inmanente que sufre el medio ambiente, cada vez que se lo explota desproporcionadamente, compromete todos los elementos que la componen, entre ellos el desarrollo animal. Por otra parte, “el daño a la incolumidad de los animales en su aspecto físico y psíquico como consecuencia de poner en riesgo el medio ambiente” (Requejo 2010, 31).

La respuesta negativa, a la cual adhiero, en cambio considera que, si el “equilibrio ecológico abarca un mosaico de interacciones retroalimentadas y autocontroladas de los seres vivos” (Mena 1980, 127), el maltrato animal no perjudicaría en nada las condiciones para que se produzca este hecho. Y es que el inferir malos tratos e incluso la muerte a cierto grupo de animales, por más que genere un sentimiento altruista en la ciudadanía, no resquebraja un ecosistema, porque no altera la conservación de vida de los hombres.

No es mi intención reabrir la discusión que enfrenta el dualismo tradicional metafísico entre humanos y el resto de la naturaleza, sino, en base al finalismo ecológico, determinar que los intereses medioambientales van usualmente en sentido inverso al mantenimiento y supervivencia de cierta porción de animales. En efecto, tal como afirma Doménech Pascual, “el restablecimiento del equilibrio en un ecosistema, por ejemplo, puede aconsejar el sacrificio masivo de algunos de ellos” (Doménech 2005, 74).

No habrá que perder de vista, tampoco que, si se insiste en considerar al medio ambiente como bien jurídico del maltrato animal, nos enfrentaremos a dos problemas. El primero si consideramos que el bien jurídico en el delito de maltrato animal es el medio ambiente, estaríamos ante un delito de peligro abstracto, en donde la lesividad de la acción no emanaría del propio resultado provocado, sino de la presunción *iure et de iure* que tiene el legislador respecto de la naturaleza de determinado comportamiento que genera riesgo.

El segundo problema consiste en que, en el marco de esta postura veríamos como se devalúa científica y sociológicamente el concepto mismo de bien jurídico.

Pues, aceptar que el medio ambiente es en sí un bien jurídico, –y no solo referente al delito del maltrato animal–, haría que, con el tiempo, se permita una mayor penalización de ciertos comportamientos, amparados en la promoción de sentimentalismos o ideologías que pretenden presentarse, como ocurre en este caso, como bienes jurídicos dignos de protección penal.

Bien material

Según otra corriente de opinión⁴, la protección que se da a los animales radicaría en que estos constituyen un bien patrimonial. Para entender esta afirmación debemos primero saber qué es el patrimonio y, para explicar en qué consiste, me referiré a tres de las más importantes teorías que lo definen, a saber: la jurídica, la económica y la mixta.

De acuerdo a la jurídica, el patrimonio es un conjunto de prerrogativas de orden económico que tiene una persona; dicho en sentido más amplio: siempre que sea reconocido como un derecho subjetivo en el ordenamiento jurídico, una persona podrá reclamar que algo es de su propiedad (Rodríguez 2002, 30). A esta concepción se le reconoce valía, porque instituye la noción de posesión atada a la de ordenamiento jurídico. Así, cualquier problema que surja sobre la titularidad que se tenga sobre algo se resolverá en torno al derecho positivo, bien sea este público o bien sea privado. La concepción jurídica de patrimonio, entonces, va a priorizar los derechos y obligaciones. Eso sí, cada vez que se reconozcan taxativamente en un cuerpo normativo; y, de no ser el caso, el efecto será su desprotección jurídica y, por consiguiente, su falta de titularidad.

La teoría económica tiene que ver con la acumulación de bienes que son económicamente tasables por una persona. Como se ve, aquí no importa si son o no reconocidos jurídicamente; es más, si provinieran de un origen ilícito, igual formarían parte del patrimonio (Gonzales 1996, 223).

La última teoría es la mixta. Según ella, el patrimonio es un conjunto de bienes o derechos con valor

⁴ Si bien no son partidarios de esta corriente, la enlistan como otra postura que se tiene al respecto (Hava García 2011, 285) y (Muñoz Lorente 2007, 15).

económico pero que, además, goza de protección jurídica (Schlack 2008, 279).

Como se ve, este supuesto ha conjugado los factores anteriormente relatados; y, como resultado, ha conseguido un concepto más extenso de patrimonio que valora los bienes económicamente de una persona, si y solo si se desprende una relación jurídica que demuestre su titularidad.

Ahora bien, indistintamente de la teoría que escogamos para explicar el maltrato animal, en todas, en mayor o menor medida, los animales serán un objeto digno de valoración. Esta afirmación, en buena parte la conocíamos; porque, en el Derecho Civil⁵, tradicionalmente se nos enseña que ellos son bienes semovientes que pueden ser ocupados, posesionados, enajenados, etc. Así pues, bien se puede establecer la siguiente relación hipotética, si el animal es un bien y su deterioro afecta a su dueño, entonces, por cualquier alteración que aquél sufra éste disminuirá económicamente su peculio. En efecto, si el animal es lastimado, lesionado o se produce su muerte, no podrá ser utilizado en un negocio jurídico, porque perderá valor por no conservar las características que tenía originariamente.

En el Derecho comparado, existen ya algunas legislaciones que han reconocido expresamente que el bien jurídico afectado en el maltrato animal es el patrimonio.

Por una parte, tenemos, por ejemplo, el caso del Perú, donde el artículo 206-A⁶ del Código Penal, que fue agregado por la Ley 30407, Ley de Protección y

bienestar animal, ubicó a este tipo en el Título V de los delitos contra el patrimonio, específicamente en el capítulo IX relativo a los daños. Por otro lado, tenemos a Italia, que ha situado en el Título XIII, del Libro II dedicado a los “delitos contra el patrimonio”, al artículo 638⁷, que se refiere al maltrato o abandono de animales domésticos.

En estos dos casos, habrá que decirlo, las reacciones no se han hecho esperar, unas a favor y otras en contra. Quienes apoyan esta postura aplauden que en Italia se haya reconocido que el bien jurídico protegido del maltrato animal sea el patrimonio, pues resulta fácil entender que el tipo penal se refiere al hecho de que alguien maltrata al animal del otro, e incluso a que lo mata o lo hace inservible. Luego si se lo maltrata, pero no se lo deja inservible, no hay delito; una concepción que indudablemente es materialista. Respecto al caso peruano se han formulado ácidas críticas, que no solo representan una preocupación de ese país⁸, sino que son compartidas por la comunidad universal de académicos⁹ y activistas¹⁰.

La primera crítica que se hace es la referente al sujeto activo de la infracción. Solo terceras personas podrán ser acusadas por este delito, pues maltratar un bien que no te pertenece es claramente una afectación al patrimonio. Un caso hartamente diferente ocurre cuando el dueño de un animal es quien provoca el daño; su procesamiento sería un error, puesto que nadie puede ser penado por destruir algo que es suyo.

Este tema de auto flagelación de un derecho propio ya ha sido ampliamente abordado en derechos mucho

5 “Como tradicionalmente lo ha hecho el Derecho civil: como meras cosas muebles o semovientes que pueden ser objeto de propiedad o posesión” (Muñoz Lorente 2007, 11).

6 Perú. “Art. 206-A.- Abandono y actos de crueldad contra animales domésticos y silvestres. El que comete actos de crueldad contra un animal doméstico o un animal silvestre, o los abandona, es reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años, con cien a ciento ochenta días-multa y con inhabilitación de conformidad con el numeral 13 del art. 36. Y si, como consecuencia de estos actos de crueldad o del abandono el animal doméstico o silvestre muere, la pena es privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años, con 150 a 360 días-multa y con inhabilitación de conformidad con el numeral 13 del artículo 36”. Código Penal del Perú promulgado el 3-IV-1991.

7 Italia. Art. 638: “Uccisione o danneggiamento di animali c)trui. (prima comma) Chiunque senza necessità uccide o rende inservibili o comunque deteriora animali che appartengono ad altri é punito, salvo che il fatto costituisca più grave reato, a querela della persona offesa, con la reclusione fino a un anno o con la multa fino a €309”. Código Penal Italiano promulgado 19-X-1930.

8 Véase Foy Valencia, P. 2016. *Lo bueno, lo malo y lo feo de la Ley de Protección y Bienestar Animal*, Ley n.º 30407 Recuperado: <http://www.parthenon.pe/sin-categoria/lo-bueno-lo-malo-y-lo-feo-de-la-ley-de-proteccion-y-bienestar-animal-ley-no-30407/>

9 Gray Francione, en su texto *Introduction to Animal Rights: Your Child or The Dog*, afirma que: “es necesario extender a los animales uno de los derechos actualmente aplicables a los seres humanos, a saber: el derecho a no ser tratados como propiedad”.

10 Véase Díaz Gomez, G.2016. *¿Animales como sujetos de derechos?*, Blog El Notario del Siglo XXI. s.p Recuperado: <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/7536-animales-y-cosas>

más graves que el de la propiedad, por ejemplo, el de la vida; respecto al cual, algunas legislaciones empiezan a aceptar una interpretación en pro de la disponibilidad de ciertos bienes jurídicos y el libre desarrollo de la personalidad de quien tiene el dominio de las acciones correspondientes (Gómez y Urbano 2003, 946).

Otro asunto es la indefensión que poseen los animales sin dueño. Nunca en la historia tuvo un costo tan caro el hecho de que un animal no tenga una residencia habitual, ni el de quien esté a cargo de su cuidado; dado que, sin estas circunstancias, la justicia ordinaria¹¹ no tendrá una respuesta efectiva para otorgarles una protección penal.

Dignidad animal

La Declaración Universal de los Derechos de los Animales del 23 de septiembre de 1977, en su artículo 10, literal b), indica: “Las exhibiciones de animales y los espectáculos que se sirvan de animales son incompatibles con la dignidad del animal”. El mentado documento es el que, por vez primera, introduce el concepto de *dignidad animal*, siempre atada a la idea, como se puede ver, de la exposición pública, como la manera en la que, a ciertos animales se les puede infringir su derecho a la intimidad.

Si bien no había obligatoriedad de adoptar este concepto *ex novo* y las interpretaciones que giraban en torno de él, algunas legislaciones sí lo agregaron y, en el ámbito ecuatoriano, cabe resaltar el caso de la Ordenanza Municipal, del 05 de abril de 2011, sobre la Regulación de la Tenencia, Protección y Control de la Fauna Urbana en el Distrito Metropolitano de Quito, en la que se establece, en el artículo 17, la siguiente prohibición:

Art. (17).-De la experimentación con animales.-Se prohíbe la vivisección de animales en los planteles de educación básica y bachillerato del Distrito Metropolitano de Quito.

La experimentación didáctica con animales vivos en las universidades se dará cumpliendo con los

protocolos internacionales de bienestar animal, únicamente en los casos en los que no puedan ser utilizadas otras alternativas didácticas como videos o modelos anatómicos.

El legislador municipal, conforme al texto citado, no está protegiendo el patrimonio, el entorno urbanístico y, menos aún, la salud del animal y su condición física. Está protegiendo el escarnio público, que, a criterio de Doménech Pascual, es el “valor intrínseco del bienestar animal, que ciertamente supone un cambio de enorme calado en el pensamiento occidental, tradicionalmente antropocéntrico” (Doménech 2012, 46). Por este motivo, no es baladí preguntarse, antes de realizar cualquier otro señalamiento legal, si los animales son seres sensibles; y, de ser así, ¿a qué situaciones indignas no se les puede someter?

El progreso científico de los últimos años nos ha permitido avanzar en la discusión sobre algunos temas que antes los considerábamos incuestionables; por ejemplo, el de la supuesta irracionalidad de los animales. Recientes estudios han demostrado que los animales, no todos en el mismo grado, tienen nociones primarias de autoconcepto y autovaloración. Es decir, un animal puede reconocer cómo es física y psicológicamente, conocer que pertenece a este mundo y quiénes comparten su mismo espacio territorial o familiar; y, a partir de tales contenidos de conciencia, querer reaccionar constructivamente en base a lo que quisiera tener o seguir alcanzando.

La tesis anterior nos haría pensar que los animales tienen la capacidad de discernir cómo quieren ser tratados y considerados. Sin embargo, aún no podemos llegar a esa conclusión, mientras previamente no revisemos otras consideraciones que complementan el concepto de dignidad.

El precursor del debate de los derechos de los animales en la época moderna fue Jeremías Bentham, quien sostenía que el principio de igualdad debe extenderse a otros miembros distintos de la especie humana. Así, planteó que “llegará el día cuando el resto de los

11 Véase España. Audiencia Provincial. [Internet] Sentencia n.º 117/2006, 09 de marzo. Recuperado: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=793670&links=maltrato%20animal&optimize=20060615&publicinterface=true>.

animales de la creación adquieran esos derechos que nunca les hubieran sido negados de no haber sido por la tiranía humana” (Singer 1999, 23). Su pensamiento, basado en la sensibilidad, bien podría resumirse en la siguiente fórmula: si los seres humanos pueden sufrir y ser felices, ¿por qué los animales no podrían sentir lo mismo?

En la época contemporánea, es Peter Singer, con su libro *Liberación animal*, quien defendería la postura de la consideración de intereses, en la que todos (los humanos) deben preocuparse por los otros (no humanos) y velar por sus objetivos y metas. Singer también afirma, al igual que Bentham, que la condición para que un ser goce de la prerrogativa de igualdad es que pueda experimentar “placer, miedo, estrés, ansiedad, dolor o felicidad” (Singer 1999, 43). Si un ser vivo siente tales afectos es digno de consideración jurídica. Singer, a través de estas líneas, lanza una crítica a los seres humanos, quienes históricamente creyeron estar sobre los animales.

En el contexto actual, es Martha Nussbaum quien ha trabajado el tema de los animales, pero poniendo cierto acento en las capacidades que poseen. Nussbaum, considera que la capacidad es la facultad de hacer cosas que uno libremente elige; así que su respeto, además de ser masivo debe ser irrestricto. Por esa razón, plantea que se cree una lista de capacidades, la cual no es vinculante, pero sí sujeta a un consenso, donde constarían capacidades como: “la vida, la salud corporal, la integridad física, los sentidos, la imaginación y el pensamiento, las emociones, la razón práctica, la afiliación (vivir con otros, auto respeto y trato de otros y para otros con dignidad), convivir con otras especies (animales, plantas), juego, control sobre el entorno (que implica control político y derechos de propiedad)” (Mejía 2011, 20).

Si vemos con cuidado, notaremos que, además de reconocer expresamente a la dignidad y a la razón, transversalmente hay un elemento común entre todas las capacidades, a la que denomina Nussbaum *sociabilidad*; pero no en el sentido de la satisfacción de preferencias, como una forma de productividad, sino como la manera de relacionarnos entre todos para buscar un bien común.

Así las cosas, el ser social debe tener una actitud ante la vida proactiva, diligente y resuelta, y cuando no pueda alcanzar estos fines porque posee cierta incapacidad, otro ser lo hará por él; y es que, en una sociedad, a todos los seres nos toca ocupar dos lugares: el de ser cooperantes y el de ser cooperados. Cooperantes, cuando brindamos la ayuda a alguien para suplir sus necesidades (niños, viejos, animales); y cooperados, cuando somos quienes, al reconocer nuestra invalidez, solicitamos ayuda.

Como consecuencia de la tesis anterior, el enfoque de las capacidades está dirigido a reconocer la divergencia necesaria de los seres humanos, pues no todos pretendemos las mismas cosas, ya sea en la misma etapa vital ya en el mismo lugar.

Para Nussbaum, y de esta manera concluye su idea de justicia, es preciso, entonces, señalar un umbral, por debajo del cual no pueda reconocerse una vida digna; de ahí la importancia de que se respeten, al menos mínimamente, las capacidades señaladas.

Ahora bien, en cuanto al propósito de incluir en el concepto de justicia a los animales, Nussbaum, parte de la tesis de que los animales también buscan su “bien” de acuerdo con su naturaleza, así que es su derecho conseguirlo; como en el caso de los seres humanos. Jesús Mosterín, explica así esta situación: “No tendría sentido reclamar la libertad de prensa para los peces (que no escriben), ni la libertad de estirar las alas para los mamíferos (que no tenemos alas) [...] Lo que sí tiene sentido es universalizar las diversas máximas morales y las diversas reclamaciones de derechos hasta su lógica conclusión [...]” (Mosterín 1999, 79).

El argumento central aquí, radica en que los seres humanos poseen obligaciones positivas y negativas para con los animales. Positivas en el sentido que se debe respetar toda forma de vida. Negativas, en el afán de tratar de vigilar que las funciones de estos seres no se entorpezcan y, con mucho mayor fuerza, que no se permita el quebrantamiento de su dignidad; pues, si vamos a hablar de cooperación, no se debe permitir ninguna desventaja, en el marco de la búsqueda de una justicia para todos los seres.

Esta es la manera en que Nussbaum concibe la posición de los animales frente a la justicia como titulares de derechos básicos. Una vez sentada esta tesis, podemos ocuparnos sobre otro asunto relativo a si estos derechos atañen al individuo o a la especie.

En líneas anteriores afirmamos que los animales experimentan dolor o placer. Esta capacidad es propia de la personalidad, porque demuestra, en realidad, qué quieres o prefieres (Francione 1999, 45). Por tanto, todo ser dotado de sensaciones tiene intereses en su vida, dado que no le son indiferentes los sucesos del entorno; de modo que, cuando se maltrata a un animal, quien sufre es el individuo y no la especie.

A guisa de ejemplo, cabría preguntarse ¿matar a un mosquito supone la misma aflicción que matar a un mono? La respuesta dependerá de la sensibilidad del individuo, pues no todos los animales gozan de la misma aptitud sensorial para el dolor. Nussbaum dice al respecto:

lo que es relevante para el daño producido por el dolor es la sensibilidad; lo que es relevante para el dolor de un determinado tipo es ese tipo específico de sensibilidad (por ejemplo, la capacidad de imaginarse su propia muerte). Lo relevante para que exista un daño por disminución de la libertad es la existencia de capacidad de libertad o autonomía. (Nussbaum 2007, 355)

Obviamente, se sobreentiende que, cuanto mayor dificultad morfológica presente un organismo, mayor serán las capacidades que este posee; por ende, cada vez que se produzca una lesión, el daño puede tener ribetes igualmente mayores. Francisco Capacete González dice:

“Cada especie tiene un valor en sí misma y cada individuo de cada especie tiene un valor en sí mismo. Los individuos son tan valiosos que pueden producir una especie nueva, dado que la especiación se produce, en parte, por las decisiones arriesgadas y valientes”. (Capacete 2017, 4)

Ya en el final, insistimos en que esta ampliación a la categorización de los sujetos de derecho responde a

que ya no se hace un paralelismo entre el concepto de persona y el de ser humano, sino se da importancia a la encarnación de un valor individual. Así, los animales serían *personas* también, a cuenta de que personifican un valor.

Hasta aquí, hemos visto cómo se ha desenvuelto la teoría de la dignidad y las voces que la apoyan. Pero, como a toda teoría, se le han opuesto algunas críticas.

En primer lugar, se indica que el reconocimiento al animal como sujeto pasivo debería dar lugar a que se le concediera también la condición de sujeto activo de otros delitos (Guzmán 2002, 1332). Tal propuesta resulta inadmisibles desde la perspectiva del principio de culpabilidad, que obliga a imponer una pena solo a quien comprende su sentido. Los animales son seres que actúan instintivamente, de manera que no tendrían capacidad de asumir responsabilidades. Aunque, como bien afirma Muñoz Lorente, los animales “podrían ser equiparados con un niño recién nacido” (Muñoz 2007, 14); pues, si bien son poseedores de derechos subjetivos, jamás podrían ser imputados, por no tener la adecuada reacción frente a las exigencias normativas.

De igual manera, se arguye en contra de la teoría de la dignidad animal, “el impedimento del propio animal de reclamar cuando sea víctima de maltrato” (Baucells 2004, 1468). No obstante, para algunos autores como Muñoz Lorente, nada impediría la defensa de los derechos de los animales si existe una representación por sustitución, la cual puede ser ejercida por quien tenga como proclama la defensa de los animales, o por cualquier otra persona interesada, e incluso por el mismo Ministerio Fiscal.

Otras teorías

Por último, considero relevante agrupar otras tres teorías sobre el maltrato animal, ya que su distinción es poco clara y la repercusión que han causado doctrinariamente aún está en evaluación.

La primera de estas teorías otorga expresamente derechos subjetivos a los animales. Esta postura es sostenida en la actualidad por los movimientos de

liberación animal, aunque ya se reconoce algunos antecedentes en el pensamiento de Bobbio¹². El autor defiende que, al ser los animales titulares de bienes jurídicos, también serían merecedores de ser catalogados como sujetos pasivos del delito de maltrato. De este modo, bien podría hablarse de que el animal tiene derecho a la vida, a la integridad, a que no se lo explote sexualmente, etc., porque estos son los bienes jurídicos que protege frente al maltrato animal. La segunda teoría se decanta por el sentimiento de compasión que se produce en la mayoría de seres humanos hacia los animales. Así, esta tesis tiene un perfil propiamente sensocentrista; pues, como afirma Marqués I Banque, son los “sentimientos de los animales el objeto de la tutela de los tipos penales” (Marqués 2008, 176).

En esta línea, es el Estado quien tiene la obligación de tutelar a los animales, pues “muchas son las personas que sufren en su salud al saber que se maltrata a estas criaturas” (Guzmán 2002,14), principalmente las que tienen un “especial amor, compasión, piedad o simplemente simpatía hacia ellos” (Hava 2009, 23).

La última teoría es una mezcla de las ideas que inspirarán la corriente de dignidad animal con la que se basa la protección de los sentimientos e inquietudes humanas, y se la ha llamado la Teoría del bienestar animal. Los animales, desde esta forma de ver las cosas, si bien son considerados seres vivos por cuanto tienen sensibilidad, no pasarán de ser meros objetos materiales del ilícito, porque es la sociedad la que verdaderamente se siente afectada y la que está facultada para exhortar a sus habitantes a respetar la esfera de tutela que ha resuelto entregar a los animales.

Estas tres teorías, ciertamente recogen una importante preocupación de la sociedad: son los actos violentos realizados en contra de los animales. Sin embargo, su punto menos fuerte es el quererlo hacer, en el caso de la primera teoría, en base a la capacidad sensitiva del animal, casi comparándolo con el ser humano y, en los dos casos restantes, desde la óptica de los meros sentimientos colectivos (Hornle 2007, 383). Sobre este asunto ya hemos hablado, y hemos concluido que la definición de sociedad no puede estar amparada en términos morales.

CONCLUSIONES

A lo largo de estas líneas hemos revisado las teorías respecto del bien jurídico en el maltrato animal y, como se ha visto, cada vez existe una inclinación hacia posturas que se muestran a favor de criterios materiales de justicia basados en las capacidades sensitivas, emocionales y concienciales de los animales, frente a otros criterios particularmente relacionados, o bien a la moral media de una sociedad, o bien a la posición que tienen en el medio ambiente.

Y la razón de tal tesis se encuentra en que solo a través de estos conceptos podría permitirse la ineludible opción de abstenerse, por cualquier motivo, de provocar un daño deliberado a los animales, sin que se diga que se pretende equiparar al animal con el ser humano; pues, bajo la premisa de que hay que tratar a los diferentes como diferentes y a los semejantes como

semejantes, no tendría sentido darles los mismos derechos a todos. La actitud correcta sería, entonces, reconocer derechos a un ser vivo de acuerdo a sus características.

Por lo demás, el sentido de la determinación del bien jurídico protegido no se encuentra en la “elaboración de una compleja teoría que conlleva a un nuevo estatus jurídico para los animales” (Hava 2011, 267); más bien surge como una idea necesaria para dotar de una protección eficaz y adecuada al animal contra el maltrato, ante el incuestionable fracaso que han tenido otros sectores del ordenamiento jurídico, principalmente el derecho contravencional.

Por estas razones, a mi parecer, la oportunidad que se le presenta al legislador es invaluable, porque tiene en

¹² En un futuro se podría llevar a efecto la posible extensión de los derechos subjetivos de los no humanos (Bobbio 1991, 109-10).

sus manos llevar a cabo mejoras para combatir un problema que cada vez levanta mayor sensibilidad social. Por lo pronto, en el Ecuador, y según el proyecto de reformas del Código Orgánico Integral Penal, se pretende, en primer lugar, cambiar la ubicación sistemática, mediante la sustitución del texto “Contravención de maltrato y muerte de mascotas y animales de compañía”, contenido en la Sección 1ª del Capítulo 4º, sobre Delitos contra el Ambiente y la Naturaleza o Pacha Mama, por el siguiente acápite: “Sección Segunda: *Delitos contra mascotas o animales de compañía*”. Así se reconoce con cierta claridad cuál es el objeto de tutela penal de estos delitos en específico. Sin embargo, no estamos de acuerdo en que estos delitos todavía formen parte del capítulo contra el Ambiente y la Naturaleza o Pacha Mama; ya que, como se explicó anteriormente, el maltrato animal tiene cierta autonomía.

En segundo lugar, las conductas delictuales que se incorporan con la reforma son la lesión grave de un animal¹³, el abuso sexual¹⁴, la muerte¹⁵ y el abandono¹⁶.

La tarea de analizar cada uno de estos tipos penales, si se los logra aprobar, ya será motivo de otro estudio pormenorizado. Al respecto, sí podemos adelantar que, en el Ecuador, aún no se toma en cuenta, como si lo hacen otras legislaciones por ejemplo la española,¹⁷ la identificación adecuada del sujeto pasivo de la infracción, pues no se sabe si esta protección solo ampara a los animales domésticos o también a los animales amansados, los que habitualmente están domesticados, o a los que viven temporal o permanentemente bajo el control humano.

En definitiva, se deja constancia de que este desafío de la promoción del bienestar animal ha pasado de ser patrimonio exclusivo de determinados grupos activistas y ha llegado a calar en la sociedad que hoy reclama una mayor intervención de los poderes públicos en aras de procurar una mejor tutela de los animales. De ahí que, hayan aumentado estas iniciativas legislativas que buscan regular el maltrato animal, con el afán de construir una sociedad más justa y participativa.

13 Art. 249. Lesiones a mascotas o animales de compañía.–La persona lesión a una mascota o animal de compañía que cause incapacidad de más de tres días será sancionada con pena privativa de libertad de 2 a 6 meses. Si la conducta se realiza como consecuencia de la crueldad o tortura animal será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año.

14 Art. 250. Abuso sexual a mascotas o animales de compañía.–La persona que introduzca total o parcialmente el miembro viril, dedos u objetos por vía anal, vaginal o cloacal a mascotas o animales de compañía será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año (...).

15 Art. 250.A. Muerte a mascota o animal de compañía.–La persona que mate a una mascota o animal de compañía será sancionado con pena privativa de libertad de seis meses a un año (...).

16 Art. 250.C. Abandono de mascotas o animales de compañía.–La persona que abandone a su mascota o animal de compañía será sancionada con trabajo comunitario de 20 a 50 horas.

17 Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, BOE n.º 77.

BIBLIOGRAFÍA

- Alcácer, Rafael. 2003. *Sobre el concepto de delito, Sobre el concepto de delito: ¿lesión de bien jurídico o lesión de deber?* Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc.
- Baucells, Joan. 2004. De los delitos sobre el patrimonio histórico. En *Comentarios al Código penal. Parte Especial, t. I*, dirs. Juan Córdoba Roda y Mercedes García Arán, 1347-1477. Madrid: Marcial Pons.
- Birnbaum, Franz. 2010. *Sobre la necesidad de una lesión de derecho para el concepto de delito*. Montevideo-Buenos Aires: Ed. B de F.
- Bobbio, Noberto. 1991. *El tiempo de los derechos*. Madrid: Sistemas.
- Canosa, Raúl. 2000. *Constitución y medio ambiente*. Madrid: Ed. Dykinson.
- Capacete, Francisco. 2017. La Dignidad de los Animales. https://ddd.uab.cat/pub/da/da_a2017v8n1/da_a2017v8n1a2.pdf
- Carbonell, Matheu. 1998. *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales* (3.ª ed.). Madrid: Ed. Tirant lo Blanch.
- Díaz, Guillermo. 2016. ¿Animales como sujetos de derechos? Blog El Notario del Siglo XXI. <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/7536-animales-y-cosas>
- Doménech, Gabriel. 2012. Experimentar con animales Problemas éticos y jurídicos. <https://metode.es/revistas-metode/dossiers/experimentar-con-animales.html>
- _____. 2005. La posibilidad de limitar los derechos fundamentales en aras del bienestar animal. *Revista Interdisciplinaria de Gestión Ambiental*.
- Eser, Albin. 1998. Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima. *Cuadernos de conferencias y artículos, N° 18*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Francione, Gary. 2007. *Introduction to Animal Rights: Your Child or The Dog*. Philadelphia: Temple University Press.
- _____. 1999. El error de Bentham (y el de Singer). *Revista Teorema*. Volumen 18. Número 3: 39-60.
- Fernández, Gonzalo. 2004. *Bien jurídico y sistema del delito*. Montevideo y Buenos Aires: Ed. B de F.
- Feuerbach, Anselm. 1989. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi S.R.L.
- Foy, Pierre. 2016. Lo bueno, lo malo y lo feo de la Ley de Protección y Bienestar Animal, Ley N.º 30407. <http://www.parthenon.pe/sin-categoria/lo-bueno-lo-malo-y-lo-feo-de-la-ley-de-proteccion-y-bienestar-animal-ley-no-30407/>
- Gómez De La Torre, Ignacio. 1992. El medio ambiente como bien jurídico tutelado. En *El Delito Ecológico, I*, dir. Juan Terradillos Basoco, 41-50. Madrid: Ed. Trotta.
- Gómez, Carlos Y Urbano, José. 2003. Delitos contra la vida y la integridad personal. En *Lecciones de derecho penal: 931-1077*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gonzales, Juan José. 1996. *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*. Madrid: Marcial Pons.
- Guzmán, José. 2002. *El delito de maltrato de animales. La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*. Madrid: Tecnos.

- Hava, Esther. 2011. *La Protección del Bienestar Animal A Través Del Derecho Penal*. Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXI.
- _____. 2009. *La Tutela Penal de los Animales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Hornle, Tatjana. 2007. La protección de sentimientos en el StGB. En *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derechos Penal o juego de balorios dogmáticos?*, coord. Roland Heferndehl, 383-402. Madrid: Marcial Pons.
- Kant, Immanuel. 1996 (1785). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. México: Porrúa.
- _____. 1998 (1930). *Lecciones de ética*. Barcelona: Ed. Crítica.
- Marquès, María. 2008. Comentario al artículo 337. En *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, t. III*, dirs. Gonzalo Quintero y Fermín Morales. Navarra: Thomson-Aranzadi.
- Mejía, Luz. 2011. Dignidad Humana Y Dignidad Animal Sobre los derechos fundamentales de los animales. <https://repository.unilivre.edu.co/bitstream/handle/10901/7498/MejiaPerezLuzAngelica2011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Mena, José. 1980. La Ecología como bien jurídico protegido. *Revista Jurídica de Cataluña*, Vol. 79, n.º Extraordinario 1: 125-42.
- Morillas, Lorenzo. 2002. Reflexiones sobre el Derecho Penal del Futuro. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* REPCPC 04-06. http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-06.pdf
- Mosterín, Jesús. 2003. *¡Vivan Los Animales!* Madrid: Nuevas ediciones de Bolsillo.
- Mosterín, Jesús y Jorge Riechmann. 1995. *Animales y ciudadanos, Indagación sobre el lugar de los animales en la moral y el derecho de las sociedades industrializadas*. Madrid: Talasa Ediciones.
- Muñoz, José. 2007. La protección penal de los animales domésticos frente al maltrato. *La ley Penal*, n.º 42: 5-37.
- Müssig, Bernd. 2001. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico. Crítica hacia el sistema*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Nussbaum, Martha. 2007. *Las Fronteras de la Justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A.
- Requejo, Carmen. 2010. *La protección de la fauna. Especial consideración del delito de maltrato de animales*. Granada: Comares.
- Rodríguez, José. 2002. *Derecho penal. Parte general*. Madrid: Dykinson.
- San Agustín. 2018. *De las costumbres de la iglesia católica y de las costumbres de los maniqueos de los maniqueos*. E-BOOKARAMA.
- Sánchez, Silva. 1992. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. 2ª edición. Barcelona: Ed. Bosch.
- Schlack, Andrés. 2008. El concepto de patrimonio y su contenido en el delito de estafa. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, N° 2: 261-92.
- Schünemann, Bernd. 2007. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y su interpretación. En *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derechos Penal o juego de balorios dogmáticos?*, coord. Roland Heferndehl, 197-226. Madrid: Marcial Pons
- Sgubbi, Filippo. 1975. Tutela penale di interessi diffusi. *La Questione Criminale*. N° III: 439-84.
- Singer, Peter. 1999. *Liberación animal*. Madrid: Trotta.

Tomás de Aquino. 1967 (1263). *Dios, fin último y gobernador supremo, Libro II*. Madrid: La Ed. Católica.

Von Liszt, Franz. 1994. *La idea de fin en el derecho penal*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Von Ihering, Caspar. 2000. *El fin en el derecho*. Granada: Comares.

Legislación

Código Orgánico del Ambiente, Registro Oficial Suplemento 983 de 12-IV-2017

Declaración Universal de los derechos de los Animales del 23-IX-1977

Código Penal del Perú promulgado 3-IV-1991

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, BOE núm. 77.

Código Penal Italiano promulgado 19-X-1930

Proyecto de Reformas del Código Orgánico Integral Penal, II debate- 29-VII-2019.

Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano, en Estocolmo en el año de 1972

Ordenanza Municipal, de 5-IV-2011, sobre la Regulación de la Tenencia, Protección y Control de la Fauna Urbana en el Distrito Metropolitano de Quito

Constitución de la República. Registro Oficial 449 de 20-X-2008

Sentencias

España. Audiencia Provincial. [Internet] Sentencia número 117/2006, 09 de marzo. Recuperado: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=793670&links=maltrato%20animal&optimize=20060615&publicinterface=true>.

ENTREVISTA

no/da.

**EL CRIMEN DE ECOCIDIO
ENTREVISTA CON FIDEL JARAMILLO***

**ECOCIDE AS A CRIME
INTERVIEW WITH FIDEL JARAMILLO**

**O CRIME DE ECOCÍDIO
ENTREVISTA COM FIDEL JARAMILLO**

*Lydia Andrés**
Universidad de las Américas*

**Entrevista realizada en junio de 2019
Quito, Ecuador**

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Realizó sus estudios de Maestría en Derecho (LL.M.) en Columbia University de Nueva York. Actualmente realiza su investigación doctoral en la Universidad Complutense de Madrid.
Entre 2001 y 2017 participó activamente en diferentes etapas de los procesos por verdad, justicia y reparación por crímenes de lesa humanidad perpetrados en el Ecuador durante la década de los 80. Desde 2017 es consultor sobre temas relacionados a la tipificación internacional del crimen de ecocidio, para Ecological Defence Integrity y para la Fundación Internacional Baltasar Garzón.

** Docente a tiempo completo de la Universidad de las Américas, con estudios superiores en Antropología, Psicología e Historia.

LYDIA ANDRÉS (LA): ¿En qué consiste su investigación sobre el ecocidio? ¿Cuál es el objetivo y los principales conceptos que está trabajando?

FIDEL JARAMILLO (FJ): Esta investigación determinará con precisión la definición y los elementos del crimen de Ecocidio, y evidenciará que su perpetración lesiona la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad, de tal manera que debería ser considerado un crimen internacional. Asimismo, determinará si el Ecocidio debería ser parte de uno de los cuatro crímenes tipificados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, o si es necesaria la tipificación de un nuevo (quinto) crimen internacional.

El desarrollo de la investigación “El Ecocidio como crimen internacional” conllevará a desarrollar los siguientes aspectos: i) la identificación de estándares para crímenes internacionales; ii) la constatación de existencia o no de un crimen internacional; iii) la identificación de bienes jurídicos protegidos en los crímenes internacionales; iv) la búsqueda de verdad, justicia y reparación por crímenes cometidos por el Estado; v) la ejecución de proyectos de reparación integral para víctimas de violencia estatal; vi) la preparación de estrategias jurídicas sustantivas y adjetivas para juzgar crímenes internacionales; vii) las pruebas necesarias para llevar adelante procesos en aplicación del Derecho penal internacional; o viii) la interdicción de la impunidad como obligación de los Estados.

LA: ¿Qué lo hace pertinente y relevante en este momento?

FJ: El Preámbulo del Estatuto de la Corte Penal Internacional tiene presente que “niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad”, reconoce que “esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, seguridad y el bienestar de la humanidad”, afirma que “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo”. Consecuentemente, establece que la Corte Penal Internacional tendrá jurisdicción sobre cuatro crímenes que cumplen con estos presupuestos:

genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión.

Diariamente, en múltiples lugares del mundo, se llevan a cabo actos sistemáticos que conducen de manera directa a la extensiva destrucción, daño y/o pérdida de ecosistemas, afectando severamente a los habitantes de los mismos, así como a la naturaleza. Al destruir ecosistemas de los cuales los seres humanos dependemos, estos actos perpetrados por empresas multinacionales -frecuentemente con participación directa del Estado, o con su aquiescencia- constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad. Son actos y omisiones que violan grave y masivamente derechos humanos. Sin embargo, son actos que no están recogidos por los instrumentos internacionales del Derecho Penal Internacional. Los *ecocidios* quedan sin castigo alguno.

Los estudios de carácter académico y científico sobre el ecocidio como crimen internacional están vastamente desactualizados, al haberse escrito -la mayoría de ellos- incluso antes de la versión final del Estatuto de la Corte Penal Internacional (1998).

LA: Conociendo el contexto actual, ¿qué tan probable es que se incluya el ecocidio entre los crímenes juzgados por la Corte Penal Internacional?

FJ: El ecocidio será catalogado como crimen internacional tarde o temprano. Que se enmiende el Estatuto de Roma para que la CPI tenga competencia sobre el crimen de ecocidio es solo una opción. La creación de una corte penal internacional para crímenes medioambientales podría ser otra. El tema es, como siempre, político. Para que el genocidio sea reconocido como crimen internacional y se eliminen los obstáculos políticos y legales que permitían que esos crímenes queden impunes, tuvimos que vivir -como género humano- el Holocausto en la Segunda Guerra Mundial.

LA: ¿Cómo ve la situación de los derechos de la naturaleza en Ecuador en la actualidad?

FJ: Como sabemos ya, el Ecuador ha sido una suerte de punta de lanza de los derechos de la naturaleza,

al ser el primer país en reconocerlos y garantizarlos constitucionalmente. Se han predispuesto mecanismos concretos, que han dado como resultado varias sentencias que sientan importantes precedentes jurídicos en la materia. Sin embargo, esto no significa que, desde la vigencia de la Constitución de 2008, no se vulneren derechos de la naturaleza. El accionar del Estado -como frecuentemente sucede cuando se vulneran derechos humanos también- es contradictorio al respeto de los mismos, y está dispuesto a arduos litigios para no reconocer (ni reparar) sus violaciones y seguir *business as usual*.

LA: ¿Cuáles es el mayor impedimento para que se garanticen los derechos de la naturaleza?

FJ: La lucha por garantizar derechos es siempre la lucha por ponerle límites efectivos al poder. El poder siempre reacciona. Por eso se llega incluso a hablar de “hipergarantismo” de derechos humanos, como si alguna vez un derecho humano pudiera estar “demasiado” protegido. Con los derechos de la naturaleza, a la final se reduce a lo mismo, con la dificultad de ser aún una ‘innovación’ jurídica para el pensamiento y el orden establecidos.

**SOBRE LA GESTIÓN DE RESIDUOS SÓLIDOS EN QUITO.
UNA MIRADA DESDE Y HACIA LAS ORGANIZACIONES DE BASE
ENTREVISTA CON CLAUDIA ANDRADE***

**ABOUT SOLID WASTE MANAGEMENT IN QUITO.
AN APPROACH FROM AND TOWARDS THE COMMUNITY-BASED ORGANIZATIONS
INTERVIEW WITH CLAUDIA ANDRADE**

**SOBRE A GESTÃO DE RESÍDUOS SÓLIDOS EM QUITO.
UMA VISÃO DESDE AS ORGANIZAÇÕES DE BASE
ENTREVISTA COM CLAUDIA ANDRADE**

*Pamela Jijón**
Universidad de las Américas*

**Entrevista realizada en junio de 2019
Quito, Ecuador**

* Ingeniera geógrafa y del medio ambiente, y master en gestión ambiental y social. Es miembro fundador de ReciVeci, iniciativa ciudadana que desde hace 4 años trabaja en la visibilización y dignificación del trabajo de las recicladoras de base y en la educación a la ciudadanía en la correcta separación de residuos en su hogar.

** Docente a tiempo completo de la Universidad de las Américas, PhD en Filosofía.

PAMELA JIJÓN (PJ): ¿Cómo describiría la gestión de residuos en Quito?

CLAUDIA ANDRADE (CA): Quito es una ciudad que produce 2200 toneladas de residuos por día, entonces la gestión de la basura es un reto. Quito tiene dos empresas municipales que se dedican a la recolección y disposición final de residuos, EMASEO y EMGIRS, respectivamente. Además, debemos recordar que el servicio de recolección y gestión de residuos es el servicio básico más olvidado por la ciudadanía y autoridades, por lo que los recursos son muy limitados.

Con estos antecedentes, creo que la gestión de residuos en Quito no es mala, pero sí desordenada. En las últimas administraciones municipales, no se ha mantenido una visión a largo plazo de cómo brindar este servicio a los quiteños y quiteñas. Se empezó a contenerizar la ciudad, se invirtió en camiones de carga lateral, pero no se realizó una campaña de información y educación masiva sobre este tema, porque no toda la ciudad cuenta con este servicio. Como consecuencia de esto, la gente cualquier material en los contenedores, los camiones tenían que hacer más esfuerzos y se dañaron rápidamente, colapsando el servicio de recolección de basura. Lo mismo pasó con el proyecto “Quito a Reciclar”, que sólo se implementó en algunos barrios y acerca del cual no se educó ni comunicó bien. Esta falta de compromiso a largo plazo para continuar con esfuerzos valiosos de la administración anterior [administración de Augusto Barrera], ha hecho que la ciudad retroceda en lo referente a la gestión de residuos.

Quito tiene potencial para ser una ciudad que maneja correctamente sus residuos, tiene la institucionalidad, pero le falta revisar las tarifas; tiene la infraestructura, pero le falta una coordinación entre actores (incluyendo a recicladores de base); y tiene una ciudadanía dispuesta en su mayoría a actuar por el ambiente o por los recicladores de base, pero falta educación constante para generar el cambio de hábito.

PJ: ¿Existe en el país alguna experiencia que sea realmente exitosa, una gestión adecuada? ¿En qué se diferencian estas gestiones de las que se han dado en Quito?

CA: En cuanto a ejemplos de gestión adecuada pero no perfecta, están Cuenca y Lago Agrio, ciudades que tienen sistemas que incluyen a recicladores/as, que capacitan a la ciudadanía. En dichos municipios, hace falta normativa que sancione o incentive a la ciudadanía a utilizar correctamente el servicio de recolección diferenciada. Además, como es un cambio de hábito, es importante que se mantenga una comunicación constante a la ciudadanía.

PJ: Pensando en la legislación como marco normativo al que tienen que sujetarse las administraciones municipales en la gestión de residuos, ¿la legislación existente en Quito es suficiente y adecuada?

CA: Más que nueva normativa, hace falta que la que ya existe se cumpla. Quito tiene ordenanzas interesantes relacionadas a la gestión de residuos, que en teoría obligan a todos los actores a hacerse cargo de sus residuos. El problema es el seguimiento, control y sanción. Me imagino que para hacer cumplir la normativa hay un costo político que seguramente nadie quiere asumir, entonces todo queda en papel. Ahora se habla mucho de una ordenanza para la eliminación de los plásticos de un sólo uso (sorbetes, fundas, cubiertos, tarrinas de comida, envases de espuma flex, vasos) que, si no se controla en la implementación, lamentablemente quedará archivada, y Quito perderá una oportunidad de cambiar los hábitos de las personas y de los comercios en general.

PJ: ¿Cómo funciona el reciclaje en Quito? ¿Cuánto se recicla, cómo se da este proceso, qué participación tiene la municipalidad?

CA: El reciclaje en Quito es sobre todo fruto de la buena voluntad. A pesar de que las ordenanzas hablan de la responsabilidad ciudadana en la separación de residuos domiciliarios, ésta no se controla, no se sanciona y por ende no se cumple. Tampoco hay una acción concreta ni de autoridades locales, ni de autoridades nacionales, para capacitar a la ciudadanía en general sobre la importancia de la separación de residuos y el consumo responsable. Entonces, lo que sucede en Quito es que muy pocas personas hacen el esfuerzo de separar. Algunas se desaniman porque ven cómo se mezclan los residuos reciclables con la basura en el

camión recolector. Otras, además de separar los residuos, buscan a su reciclador/a de base y le entregan directamente el material, asegurándose que va a ser reciclado. Según el municipio de Quito, se recicla un 8% de los residuos de la ciudad. Las empresas municipales han desarrollado algunos proyectos pilotos que no se han implementado de forma masiva, el último fue “Quito a Reciclar”.

PJ: Según la experiencia en ReciVeci, ¿cómo aportan las recicladoras a la gestión de los residuos sólidos? ¿Qué articulación tienen con la administración municipal?

CA: Las recicladoras de base son el componente humano de la gestión de residuos en el Ecuador y en la región. Ellas son las responsables de proveer de la mitad de la materia prima que requiere la industria (IRR, 2014). Entonces su trabajo no es sólo importante para el ambiente sino también para la economía del país. Además, el trabajo del reciclaje evita que varias toneladas de residuos sean enterradas en el relleno sanitario, aumentando su vida útil. El inconveniente más grande que tiene este sector es que las recicladoras trabajan en la informalidad, lo que las hace muy vulnerables. Se estima que en Quito trabajan 3400 recicladores/as de base (según datos de la Secretaría de Ambiente correspondientes al 2012), pero tan sólo el 6% pertenece a una asociación de recicladores. A esto se suma que el servicio que brindan de recolección diferenciada no ha sido reconocido ni por autoridades, ni por la ciudadanía, lo que les obliga a trabajar gratis. Una recicladora de base debe recorrer las calles en las noches, enfrentando condiciones climáticas adversas, recuperar el material, cargarlo y transportarlo a pie. Luego, acopiarlo en una esquina hasta que una camioneta o camión pagada por ellas, recoja el material y lo lleve al centro de acopio, donde se deberá reclasificar

el material en papel, cartón, plástico, *tetrapak*, chatarra, etc., y comercializarlo con intermediarios. Las recicladoras ganan sólo de la venta del material y nadie reconoce económicamente su trabajo en las calles. En administraciones anteriores, el municipio ha reconocido el trabajo de las recicladoras, pero no en dinero; se han creado proyectos piloto incluyéndolas, pero no con el suficiente presupuesto, por lo que no se han obtenido resultados significativos.

PJ: Por último, ¿cuáles serían los puntos más importantes a cambiar desde la administración pública para mejorar la gestión de residuos sólidos en Quito?

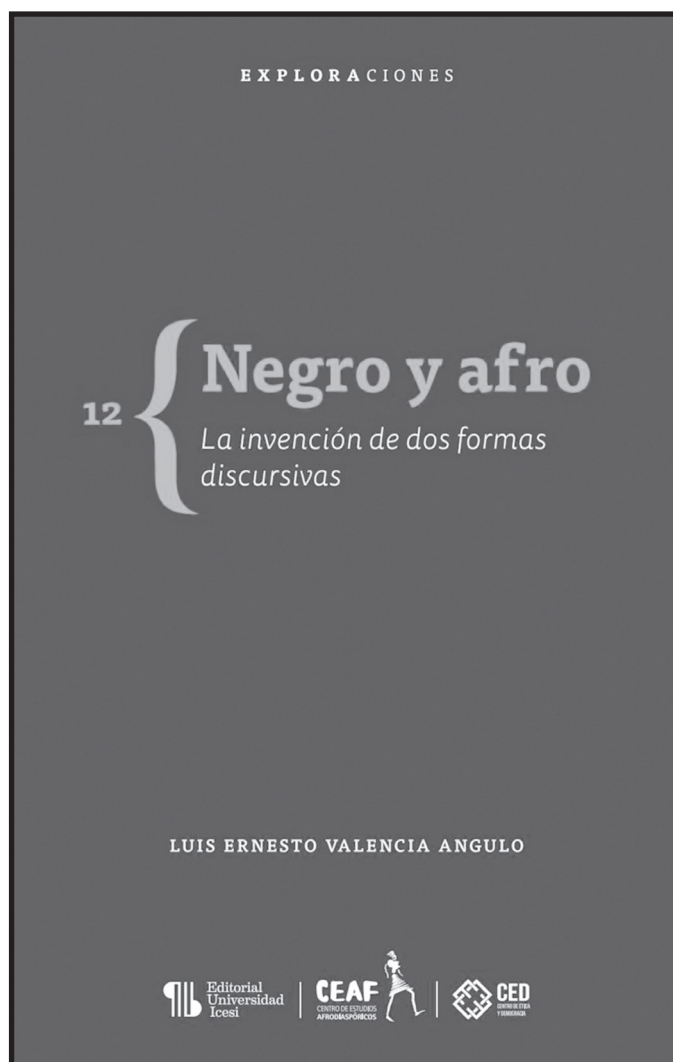
CA: Las autoridades locales tienen que empezar a invertir en campañas de edu-comunicación masivas. Es difícil, porque no es lo que da votos al final del día, pero es lo que va a permitir que se hagan cambios contundentes. También es importante que se haga un censo de recicladores/as de base en la ciudad, que se les otorgue las certificaciones de gestores ambientales con una capacitación básica, y que se depure la base de datos actual donde están intermediarios registrados como gestores ambientales de menor escala. Se debe también fortalecer a las asociaciones de recicladores/as existentes, impulsar la asociatividad de quienes trabajan aislados/as y mapear las zonas donde trabaja cada uno/a. Además, se debería fortalecer a las asociaciones de recicladores de base para que brinden un servicio formal de recolección diferenciada, que deberá ser reconocido económicamente en la tasa de recolección que paga la ciudadanía y capta el municipio a través del servicio de electricidad. Finalmente, creo que es importante implementar las ordenanzas que están vigentes, relacionadas con gestión de residuos, sobre todo en el control, sanción e incentivo del reciclaje.

RESEÑA

Handwritten signature or stylized text.

NEGRO Y AFRO. LA INVENCIÓN DE DOS FORMAS DISCURSIVAS

Luis Ernesto Valencia Angulo



*Jeanneth Yépez**

* Dra. en Antropología por la Universidad Federal de Río de Janeiro. Magister en Ciencias Sociales por FLACSO sede Quito. Licenciada en Antropología por la PUCE sede Quito. Actualmente Investigadora en INEVAL. Correo electrónico: jalexmontufar@gmail.com.

Negro y Afro. La invención de dos formas discursivas, es un libro editado y publicado por el Departamento Editorial de la Universidad ICESI, de Cali, Colombia. El año de publicación es 2019, realizándose su lanzamiento en el contexto del XVII Congreso de Antropología en Colombia. Su autor es Luis Ernesto Valencia Angulo: Doctor en Filosofía, Magíster en Filosofía y Licenciado en Historia de la Universidad del Valle y actualmente miembro del Centro de Estudios Afrodiaspóricos de la Universidad ICESI. La extensión del texto es de 170 páginas, a lo largo de las cuales el autor organiza la exposición de sus ideas en dos partes. En la primera, compuesta por los capítulos del uno al tres, recorre las condiciones históricas de la forma discursiva “negro”, dejando para la parte dos—del capítulo cuatro al doce—, una reflexión más extensa y el desarrollo propiamente de la propuesta que reseñamos a continuación.

¿Cómo se sustentan los discursos racistas de larga duración? ¿Existe alguna posibilidad de hablar sobre clasificaciones étnico-raciales sin edulcorar los hechos históricos y al mismo tiempo sin caer en el abismo del dolor que paraliza? Ernesto Valencia mueve las aguas de la piel. De las pieles. Y lo hace desde una postura crítica y creativa construida a partir de la historia—no solamente de los términos, sino de los contextos en que han sido producidos—y de las perspectivas filosóficas del giro genealógico inspirado en Nietzsche y trabajado también por Foucault.

La propuesta de Valencia es tratar las narrativas de la discriminación como gramáticas del *color*, en un intento por mostrar los mecanismos históricos, políticos y sociales a través de los cuales los *sujetos del color* son transformados en *objetos de la discriminación racial*, en un ejercicio que, perpetrado desde las arenas del poder, intenta paralizar el devenir, simplificando las existencias afrodescendientes en esencias clasificables, mensurables y domesticables, acciones todas estas justificadas por la creación de una escala de valores vinculadas con la invención de unas espistemes occidentales cuyos privilegios también resultarían productos de las *factorías del blanqueamiento universalista*.

En este sentido, el autor trabaja sobre diversas interrogantes. En lo que se refiere a la invención del *negro*,

Valencia aborda dos: “1) hablar de *negro*, en cuanto forma discursiva bajo la que se ha definido a un ser humano, ¿nace con la modernidad, con la dispersión forzada de las personas africanas que acompañó el *descubrimiento* de América? 2) ¿Qué significó el posicionamiento de la razón occidental para los seres humanos de la diáspora africana?”. En cuanto a la invención del *afro*, las interrogantes que el texto propone son “1) ¿Es la invención del *afro* una forma discursiva motivada por la voluntad del poder, de dominación sobre el *otro*? 2) ¿Es producto de una sed de venganza y envidia hacia la cultura dominante? 3) ¿Es la voz rencorosa, atávica y dogmática de la queja, del lloriqueo étnico? 4) ¿Es la apelación trillada e innecesaria hacia un pasado remoto que al ser puesto en escena obstaculiza cualquier intento por sanar las heridas del pasado colonial discriminatorio, deshumanizante?”.

Para responderlas, el autor trabaja con la categoría de la *re-existencia*, un aporte de Adolfo Albán Achinte con el que Valencia contribuye a la resignificación de la genealogía nietzschiana, apegándose a sus virtudes metódicas que encuentran confluencia entre la historia y la filosofía, como campos de invención y al mismo tiempo tomando distancia de las nociones de *conciencia resentida*, y de la opacidad del sujeto.

La *re-existencia* ofrece voz a los y las afrodescendientes, así como posibilidades para una ubicación que reinventa y posiciona arquetípica, social, política e históricamente su propia invención como sujetos de una hermenéutica de la dignidad, que más allá de un catálogo de valores, se presenta como una forma de *voluntad de vida*.

Siguiendo las pautas metódicas genealogistas, Valencia trata la invención del *negro* como un evento histórico complejo y propone el *simbolismo cromático* como una perspectiva conceptual a través de la cual se pueden vislumbrar los hechos históricos como invenciones epistémicas que sirvieron de base para prácticas que desbordaron los territorios y temporalidades en los que se produjo como tal la esclavización de las personas africanas. El *simbolismo cromático* ayuda al autor a volver inteligible la conjunción entre una gramática de las moralidades de corte occidental en la que las percepciones sobre la oscuridad, el peligro y

la negatividad terminaron encarnándose, haciéndose piel; y la diseminación del racismo a lo largo de las diversas etapas de la historia de la filosofía, apuntando con agudeza al hecho de que solamente a través de la auretización del discurso occidental de la razón como sinónimo de raciocinio, poder, humanidad e inteligencia fue posible la invención de unos sujetos *blancos* opuestos por acción de una cromática a unos no-sujetos *negros*. Según Valencia, la simplicidad del artilugio cromático ha sido parte de su evidente efectividad, hasta el punto de volverse transhistórica y transcultural.

De aquí la necesidad de auscultar los insumos que van de la visibilidad –cromática– a la interpretación –simbolismo– para colocar en clave de interrogantes las quejas y críticas que sobre la invención del *afro*-descendiente se han construido desde aquel discurso que pretende edulcorar su racismo, sin conseguirlo. La *re-existencia* aparece entonces como clave que amplifica y desesencializa a los hombres y mujeres de la diáspora africana, llamando a otorgar a la invención discursiva del sujeto *afro*, la potencialidad de su devenir y a acrecentar el poder de su accionar político, epistémico y profundamente humano.

POLÍTICA EDITORIAL

Cálamo, Revista de Estudios Jurídicos es la revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de las Américas. *Cálamo* es una revista especializada en Estudios Jurídicos pensada para la comunidad científica y en general interesada por los estudios del Derecho y su relación con las demás ciencias. La revista recibe durante todo el año ensayos y artículos de investigación que aporten para el conocimiento y análisis del Derecho, así como estudios interdisciplinarios que muestren las conexiones de esta disciplina con el todo social, desde la Filosofía, la Sociología y la Teoría Política y Constitucional, fundamentalmente.

Política por secciones

Todas las contribuciones recibidas, una vez validadas por el Comité editorial de *Cálamo*, serán evaluadas bajo la modalidad de revisión por pares.

Dossier: Es la sección principal de la revista. Los artículos que se publican bajo este rubro giran en torno a la temática principal que es el hilo conductor del número en cuestión. Es una sección que recibe trabajos de académicos internos y externos a la institución. Los artículos deben ser originales, inéditos y no estar simultáneamente postulados para publicación en otras revistas u órganos editoriales.

Ensayos: En esta sección se publican ensayos de diversas temáticas, independientes al tema central del Dossier. Es una sección que recibe trabajos de académicos internos y externos a la institución. Los ensayos deben ser originales, inéditos y no estar simultáneamente postulados para publicación en otras revistas u órganos editoriales.

Entrevista: Esta sección recoge entrevistas a académicos, profesionales del Derecho o figuras públicas vinculadas al escenario jurídico y político del país. Se reciben entrevistas realizadas por académicos internos y externos a la institución. Las mismas deben ser originales, inéditas y no estar postuladas para publicación simultáneamente en otras revistas u órganos editoriales. Se privilegian aquellas entrevistas relacionadas con el tema central del Dossier.

Reseña: Es una breve evaluación crítica o análisis reflexivo de un libro que haya sido publicado en los últimos dos años. En esta sección, se reciben trabajos de académicos internos y externos a la institución. Las reseñas deben ser originales, inéditas y no estar postuladas para publicación simultáneamente en otras revistas u órganos editoriales.

Normas de publicación

Requisitos para las secciones de Dossier y Ensayos

- El artículo debe estar precedido de un resumen no mayor a 800 caracteres con espacios, en español y en inglés.
- Los autores deben proporcionar de cinco (5) a ocho (8) palabras clave que reflejen el contenido del artículo y que no se repitan en el título del mismo; en español y en inglés.

- El título del artículo no podrá contener más de diez (10) palabras. El autor podrá ampliar la extensión del mismo utilizando un subtítulo. Sin embargo, si el editor sugiere cambios, serán aplicados en mutuo acuerdo.
- El artículo deberá contar con conclusiones y recomendaciones.
- La extensión de los artículos será de 30.000 a 45.000 cce (caracteres con espacios, incluyendo notas al pie y recuadros).
- El artículo en su totalidad deberá ajustarse a las normas de citación CHICAGO.
- El Centro de Publicaciones, en la etapa de edición, podrá realizar la corrección de estilo que considere necesaria.
- Los artículos que se ajusten a las normas señaladas se considerarán como recibidos y se procederá a notificar al autor. Los que no, serán devueltos a sus escritores.

Requisitos para la sección de reseñas

Además de cumplir con las mismas normas que los artículos del Dossier, en el caso de las Reseñas:

- No deben contar con resumen.
- Deben presentar los siguientes datos técnicos: apellidos y nombres del autor, año, título de la obra, edición, editorial, lugar, páginas de que consta. Luego puede señalarse la formación del autor, su competencia, experiencia, su fin al escribir la obra. También debe presentar la portada escaneada de la publicación.
- Tendrán que indicar cómo está organizado el texto (capítulos, partes, relatos, etc.), su ordenación o composición precisa, es decir, la manera en que sus diversas partes se relacionan y articulan entre sí construyendo una estructura.
- Por último, deben contar con conclusiones o juicios críticos, donde se hablará sobre las aportaciones y repercusiones teóricas, sociales, políticas, educativas, futuras, etc., y se hará un balance de las observaciones personales, reducidas a líneas generales.
- Tendrán una extensión de entre 3.000 y 5.000 cce (caracteres con espacios, incluyendo notas al pie y recuadros).

Orientaciones para los autores

Los artículos deben ser originales e inéditos, lo cual implica que, al momento de la recepción del artículo por el Centro de Publicaciones de la Facultad de Derecho, no habrán sido entregados a otra revista para su evaluación y publicación.

El autor deberá remitir junto al artículo un FORMULARIO DE AUTOR que será facilitado por la coordinación editorial de la revista, donde especifique su grado académico/ institución a la que se encuentra vinculado, el título del artículo, la fecha de envío y dirección (postal o electrónica). Además, debe indicar si desea que se publique su correo electrónico en el artículo.