

EL DERECHO DEL AMBIENTE: UN DERECHO EMERGENTE QUE SE DEBE ADOPTAR EN EL ORDENAMIENTO COLOMBIANO

THE RIGHT OF THE ENVIRONMENT: AN EMERGENT
RIGHT THAT IT MUST BE ADOPTED IN THE COLOMBIAN
ORDENANCE

LE DROIT DE L'ENVIRONNEMENT : UN DROIT ÉMERGENT
QU'IL FAUT ADOPTER DANS L'ORDONNANCE COLOMBIENNE

Pedro Javier Barrera-Varela¹

Fecha de Recepción: 01 de mayo de 2014

Fecha de Aprobación: 20 de junio de 2014

Págs.: 123-140

*Nosotros no vivimos sobre la Tierra.
Nosotros somos Tierra*

*("adamah-adam, humus-homo-
homem")*

BOFF

RESUMEN

El presente artículo postula una idea según la cual se presenta una apertura de los derechos no solo para el género humano sino para los otros componentes de ese universo, donde se relaciona el hombre y la naturaleza; recordando que la especie humana no es propietaria de la naturaleza sino que es un componente de esta.

Abstract

This article postulates an idea that openness of the rights not only for mankind but for the other components of the universe , where man and nature is presented relates ; remembering that the human species does not own nature but is a part of this.

1 Magíster en derecho administrativo, Universidad Libre de Colombia. Docente Metodología y Práctica de la Investigación, Universidad de Boyacá.

RÉSUMÉ

Cet article postule une idée que l'ouverture des droits, non seulement pour l'humanité, mais pour les autres

composantes de l'univers, où l'homme et la nature est présentée concerne; rappelant que l'espèce humaine ne propre nature, mais est une partie de cette.

1. INTRODUCCIÓN

Los derechos emergentes se han asimilado como una respuesta que exige la sociedad al derecho, por lo tanto el principal objetivo de estos derechos es actualizar el ordenamiento jurídico a las nuevas dinámicas y/o relaciones sociales.

En el presente trabajo se tomará un derecho emergente: “Los derechos de la naturaleza o del ambiente”, y sobre el mismo se hará una postulación, donde se propone reconocer su personalidad jurídica directa, es decir que puede verse a la Naturaleza como titular de derechos subjetivos y no como se establece actualmente en las constituciones de la especie humana al medio ambiente sano. Para reafirmar la tesis del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, servirán de apoyo las constituciones de Ecuador y Bolivia.

Se debe advertir que el derecho seleccionado no se encuentra incluido en el texto de la Declaración Universal

de los Derechos Humanos Emergentes, sino que obedece a una realidad latinoamericana o si se quiere andinista.

Como método de validez del derecho planteado, se utilizarán los tres filtros por los cuales debe pasar una propuesta de un derecho emergente, y que han sido planteados por la doctrina estos son: El test de *Alston*, controles sustanciales y formales; la tesis de *Dinah Shelton* para determinar si se está ante un caso de hiperinflación de derechos; y finalmente para convalidar si de acuerdo con la cláusula interpretativa de derechos innominados y el *soft law* podría o no el derecho de la naturaleza derivar de uno preexistente.

Superado este análisis se emitirá una conclusión y una posición respecto a la necesidad o no, de incluir como derecho dentro del ordenamiento colombiano “Los derechos de la naturaleza”; así mismo como el análisis de algunas implicaciones prácticas sobre la titularidad de estos derechos en cabeza de la naturaleza.

2. UNA NUEVA GENERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS, QUE NO LE PERTENECEN AL HOMBRE: LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA

La Declaración Universal de los derechos humanos emergentes en su artículo 3° consigna lo siguiente:

Artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes: “El derecho de todo ser humano y de los pueblos en que se integran a vivir en un medio ambiente sano, equilibrado y seguro, a disfrutar de la biodiversidad presente en el mundo y a defender el sustento y continuidad de su entorno para las futuras generaciones”.

No obstante lo anterior, la consigna del artículo 3°, hace relación al derecho que tiene la especie humana de vivir en un medio ambiente sano, equilibrado y seguro, de tal suerte que el titular del derecho continúa siendo el género humano, sin embargo, en estas líneas se planteará la posibilidad de que sea adoptado este derecho pero en cabeza de la naturaleza, reconociendo la titularidad al ambiente y no al hombre.

Esta presentación del derecho, exige la necesidad de plantear algunas problemáticas como el de: La titularidad del derecho y la indeterminación del mismo, que será abordado en desarrollo de los test.

Aunque no existe una consagración expresa donde se reconozca una titularidad de derechos a la naturaleza, si se pueden encontrar algunos antecedentes interesantes en las Constituciones Políticas de Ecuador de 2008 y de Bolivia de 2009, como se ilustrará en líneas posteriores.

Corolario con lo anterior, se postula una idea según la cual se presenta una apertura de los derechos no solo para el género humano sino para los otros componentes de ese universo, donde se relaciona el hombre y la naturaleza; recordando que la especie humana no es propietaria de la naturaleza sino que es un componente de esta.

3. APLICACIÓN DE LOS TEST DE DERECHOS EMERGENTES AL DERECHO DE LA NATURALEZA

a. Test de Philip Alston

La propuesta de Philip Alston consiste en que ante un nuevo derecho es necesario someterlo a unos controles previo a su inclusión dentro del ordenamiento positivo, por ello estos controles son de dos clases: Sustanciales y formales. A continuación se tomará el derecho propuesto y se evaluará de acuerdo a los controles elaborados por el profesor Alston.

I. Controles sustanciales:

A. Reflejo de valor social importante

La naturaleza no se reduce a una expresión humana, es decir a una manifestación de la sociedad; sino que su origen se remonta más allá del mismo hombre, por lo tanto la existencia de los seres humanos está sujeta a la existencia misma de la naturaleza.

En tal sentido, aunque no se trata de un valor social relevante, se está en presencia de una condición de la misma existencia, en el binomio hombre-ecosistema, donde cada uno cumple una función esencial y debe propender por la conservación del otro. Es así como la supervivencia del hombre solo es posible si están dadas unas condiciones de ecosistema: Agua, oxígeno, vegetación, especies animales, etc.

El profesor Gustavo Wilches Chaux plantea que la especie humana es esencialmente urbana y que eso conlleva a una relación con el entorno, donde se va cristalizando en costras urbanas que a diferencia de las costras naturales, no produce su propio alimento, ni oxígeno, ni descompone residuos, lo que implica que las ciudades no sean sostenibles.²

Se concluye que de acuerdo a las circunstancias actuales de cambio

climático por las cuales está pasando no solo una comunidad determinada, sino el planeta entero, se requiere con urgencia tomar medidas en favor del ambiente, a través de las cuales se ofrezcan verdaderas garantías de protección y conservación, respetando sus derechos, lo que conlleva a una garantía de los derechos humanos, puesto que estos últimos dependen de las condiciones de existencia y conservación del género humano, por ello se hace relevante este derecho para la sociedad mundial.

B. Importancia en sociedad plural

Efectivamente el derecho de la naturaleza impacta a todo el contexto global, es un asunto universal que no se remonta con exclusividad a una comunidad, un país o a una tendencia, por cuanto se está hablando del hábitat de toda la especie humana.

El ambiente que encuentra sinónimos en el término territorio, no se refiere con exclusividad al espacio físico sino a la dinámica de los ecosistemas y de las comunidades, por lo tanto se vislumbran todas las relaciones posibles entre el hombre y la naturaleza. Es así como la naturaleza piensa de una manera y también ejerce sus controles sobre el medio, así por ejemplo las inundaciones son una manifestación de ese control natural.

² Wilches Chaux, Gustavo "Políticas Públicas en Medio Ambiente", en III Cátedra Internacional de Políticas Públicas y Control fiscal. Contraloría General de la República y Fundación Ortega y Gasset. Melgar-Tolima, 2011.

De otra parte, los derechos de la naturaleza tienen gran relevancia en el entorno social, habida cuenta que guardan una relación directa con otros derechos como: La salud y seguridad alimentaria, el agua y la vida. Es decir que la conservación de un ambiente sano y la protección del mismo, se convierte en una condición necesaria para la efectiva garantía de los derechos ya indicados.

Sobre este aspecto, y atendiendo los efectos perjudiciales que causan el cambio climático, en los seminarios participativos sobre la carta de derechos emergentes 2007³, se abordó esta problemática y se concluyó la inescindible relación que existe entre los derechos de la naturaleza y el derecho a la vida, que se encuentra garantizado por el sistema internacional de derechos humanos, toda vez que la supervivencia de la especie humana solo se puede concebir en unas condiciones ambientales aptas; su relación con los derechos a la salud y seguridad alimentaria, por cuanto la naturaleza es la que provee el alimento a la especie humana, por ende atentar contra sus derechos y existencia, sería privar al hombre de su alimento, lo que en últimas implica una afectación directa de la vida humana. Y finalmente, se aprecia una relación inescindible entre los derechos de la naturaleza y el derecho al agua potable, que aunque no se encuentra reconocido como derecho

humano, existen pronunciamientos de los organismos internacionales que propugnan por su reconocimiento y garantía por parte de los Estados.

Es así como se puede determinar que los derechos de la naturaleza tienen una importancia global, por lo tanto se hace necesario su reconocimiento.

C. Fundamento en carta de Naciones Unidas, derecho consuetudinario o en principios generales del derecho

En la declaración internacional de los derechos humanos de 1948, no se hace referencia al derecho del medio ambiente, no obstante existen otros instrumentos internacionales que se refieren exclusivamente a este derecho.

- Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Estocolmo, 1972)⁴,

Esta Declaración tiene 7 fundamentos y 26 principios donde se hace un llamado a los estados para la protección efectiva del Medio Ambiente; asignándole obligaciones a la especie humana de preservar y mejorar el medio para las generaciones futuras (Principio 1), así mismo se relacionan los recursos naturales de la Tierra, como el aire, la tierra, la flora y la fauna y muestras representativas de los ecosistemas

3 HUICI, Laura. Cambio climático y derechos humanos: el reconocimiento jurídico internacional a un medio ambiente sano, equilibrado y seguro. En Derechos humanos y cambio climático. Serie carta de derechos humanos emergentes 5. En http://www.idhc.org/esp/documents/Biblio/CDHE_05.pdf

4 Tomado de <http://www.pnuma.org/docamb/mh1972.php>

naturales y el deber de preservación de los mismos, como también el mantenimiento de la capacidad de la Tierra para producir recursos vitales renovables. (Principios 2 y 3).

En general se hacen postulaciones a favor de la conservación del medio ambiente, en diferentes aspectos como flora, fauna, mares, especies; en aras de buscar la conservación del medio y la armonía con la vida humana.

Esta Declaración que obedece a una concepción occidental donde resulta impensable el reconocimiento de la titularidad de derechos en cabeza de la Naturaleza, se ha reiterado en otros instrumentos internacionales, donde se reconoce el derecho que tiene la especie humana a un medio ambiente sano, y se imparten recomendaciones u órdenes a los Estados para que adopten medidas que redunden en la protección de este.

Algunos de estos instrumentos internacionales se citan a continuación:

- Tratado de cooperación Amazónica (1978)
- Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono (Viena, 1985)
- Protocolo de Montreal relativo a sustancias que agotan la capa de ozono (Londres, 1990)

- Convención Marco de las Naciones Unidas sobre cambio climático (Nueva York, 9 de mayo de 1992)
- Convenio sobre la diversidad biológica, junio 5 de 1992 (Río de Janeiro)
- Declaración de Río sobre Medio ambiente y Desarrollo, (Junio 14 de 1992)
- Convenio Internacional de las maderas Tropicales (Ginebra, 1994)
- Protocolo de Kioto (1997)

Como se ha visto, el derecho planteado en este trabajo que es “El derecho del Ambiente”, no se encuentra reconocido por los tratados internacionales anteriormente señalados, toda vez que la titularidad no ha sido reconocida en cabeza de la naturaleza sino solamente se ha visto como un objeto de la prestación, del derecho y no como el sujeto en quien radica la titularidad; sin embargo otra es la suerte, revisando algunos textos del constitucionalismo latinoamericano, donde predomina una concepción andinista y no occidentalizada del derecho.

Para ello se analizarán básicamente los textos constitucionales del Ecuador y de Bolivia; el primero porque fija cláusulas expresas de reconocimiento de la

Naturaleza como sujeto de derechos; y el segundo, porque de manera tácita establece una titularidad a favor de aquella.

Constitución Política de Ecuador de 2008

Preámbulo:

(...) CELEBRANDO a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia, (...) APELANDO a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad, (...) Y con profundo compromiso con el presente y el futuro, (...) decidimos construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*

Es evidente que se reconoce un derecho especial el *sumak kawsay* “vivir bien”, en donde es esencial que exista una armonía entre el hombre y la naturaleza, por lo tanto en esta inscripción no se muestra una relación de dominio por parte de la especie humana hacia la naturaleza, sino que se presenta una dinámica de convivencia entre ambos agentes.

Otro aspecto de vital importancia, se observa en la parte inicial donde se reconoce el valor de la Pacha Mama dejando claro que el género humano es parte de aquella, lo que muestra un reconocimiento especial por el medio ambiente, no solo como un objeto de derechos, sino que tiene un mayor significado.

Sin embargo, además del preámbulo existen otras normas de importante contenido como el Art. 10 que se ubica en el Título II de los derechos; donde se indica una cláusula expresa de titularidad de derechos de la naturaleza, siendo el único caso donde se plantea de manera expresa en un texto constitucional en el mundo, el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, se cita el precepto a continuación:

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

En el artículo 12⁵ del mismo texto constitucional se postulan los

5 Constitución Política del Ecuador Art. 12 Art. 12.- El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida. Art. 13.- Las personas y colectividades tienen derecho al acceso seguro y permanente a alimentos sanos, suficientes y nutritivos; preferentemente producidos a nivel local y en correspondencia con sus diversas identidades y tradiciones culturales. El Estado ecuatoriano promoverá la soberanía alimentaria.

derechos fundamentales al agua y a la alimentación, en el artículo 14⁶ el derecho a un ambiente sano.

De otra parte, esta Constitución señala todo un capítulo (Capítulo séptimo) donde se dedican cuatro artículos al establecimiento de los derechos de la naturaleza, en el art. 71 se establece el derecho de la Pacha Mama a que se respete integralmente su existencia, y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura funciones y procesos evolutivos. Otro componente esencial de este artículo es que fija la legitimación por activa en cabeza de toda persona, nacionalidad o pueblo la legitimación en la causa para exigir ante la autoridad el cumplimiento de los derechos de la naturaleza; aunado que el Estado otorga un incentivo para la protección de la naturaleza y el ecosistema.

El artículo 72 fija el derecho que tiene la naturaleza a la restauración, el precepto desarrollado en el artículo

73, señala medidas de precaución y restricción para actividades que puedan conducir a la extinción de especies, destrucción de ecosistemas o alteración permanente de los ciclos naturales. Finalmente, en el artículo 74 se da otorga el derecho a las personas, comunidades y pueblos de beneficiarse del ambiente en términos del buen vivir.⁷

Dentro del título VII Régimen del buen vivir, vale la pena hacer mención al Art. 398⁸ que establece el deber de consulta a la comunidad sobre toda decisión o autorización estatal que pueda afectar el medio ambiente, con lo cual se establece un amplio concepto de la consulta previa, derecho fundamental que tienen los grupos étnicos en el ordenamiento colombiano. Sin embargo, lo particular de la consulta en el caso ecuatoriano es que se establece una especie de consulta ambiental, en la cual pueda ser sujeto consultado cualquier población o comunidad y no solo grupos étnicos como en el caso colombiano.

6 *Ibíd.* Art. 14.- Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*. Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados.

7 Sobre este aspecto es preciso indicar que el buen vivir o *sumak kawsay*, es un componente que orienta toda la Constitución ecuatoriana, a tal punto que se le dedica un Título entero con dos capítulos donde se hacen postulaciones a través de las cuales se pretende garantizar a toda la población el buen vivir. (Título VII Régimen del buen vivir. Artículos 340-415).

8 Art. 398.- Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta. El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley.

Aunque desde ya se reconoce lo problemático que resulta reconocer derechos a la naturaleza, visto como titular de la prestación y no como objeto de la misma, se debe comprender que un reconocimiento de este tipo, indirectamente implica un refuerzo de los derechos de la especie humana, toda vez que el hombre también es un componente de la naturaleza, por lo tanto no puede escindirse a ese sujeto de derechos, es allí donde resulta posible proponer una titularidad de derechos en cabeza del medio ambiente.

De otra parte, la Constitución Política de Bolivia de 2009, también contiene unos preceptos de los cuales se puede interpretar que a la naturaleza le asisten unos derechos.

Constitución Política de Bolivia de 2009

Preámbulo

En tiempos inmemorables se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra Amazonía, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdores y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas (...)

En este texto constitucional en primer lugar se hace un homenaje a la naturaleza, se reconoce las distintas y variadas formas en que se presenta y se le otorga un valor de “sagrado” a la Madre Tierra. Sin duda alguna se presenta una aproximación con una noción de derechos de la Naturaleza y no a la Naturaleza.

El artículo 33 de la citada Constitución, establece al siguiente tenor: *“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”*, aunque no se da una inscripción a favor de la personalidad jurídica de la naturaleza se otorga una posibilidad cuando se hace mención a otros seres vivos, donde se posibilita el goce del derecho no solo a los individuos y colectividades, sino que también a otros seres vivos para que puedan desarrollarse de manera normal y permanente.

Teniendo en cuenta que el precepto permite el desarrollo de diversas reglas interpretativas, sería viable considerar que dentro de la categoría de “otros seres vivos”, necesariamente deba incluirse a la naturaleza, permitiéndole su desarrollo normal y permanente. Sería válido pensar que en aplicación de este precepto, ¿no es posible alterar el

cauce natural de un río, por cuanto es propio de su desarrollo normal?, estas son algunas de las complejidades que se presentan en aplicación de los derechos de la naturaleza.

Así mismo el artículo 34 indica que: *“Cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad, está facultada para ejercer las acciones legales en defensa del medio ambiente, sin perjuicio de la obligación de las instituciones públicas de actuar de oficio frente a los atentados contra el medio ambiente”*. Es así como al igual que en la Constitución Política del Ecuador, en Bolivia cualquier persona está legitimada para adelantar la acción y exigir el cumplimiento del derecho.

Esta concepción que parece un poco ajena y porque no, descontextualizada; responde a un pensamiento no solo ecuatoriano ni boliviano, sino también a una visión “andinista” sobre el Planeta, las relaciones entre la madre tierra y el hombre, visión de la cual Colombia hace parte⁹; ya que consiste en el reconocimiento de una tradición indigenista de unos primeros pobladores que habitaron estas tierras y que crearon una cultura, una visión particular sobre el universo.

Es así como existe un legado indígena que forma parte de esa cultura no occidentalizada y que lucha

constantemente por su conservación, esa concepción antropocéntrica fue implantada por un modelo europeo, el mismo que introdujo la concepción de los derechos, según la cual solo puede ser titular de estos, aquel que tenga la condición de persona humana.

D. Consistente (sin ser repetitivo) con el cuerpo de derechos humanos

Los derechos de la naturaleza no son una denominación repetitiva de alguno de los señalados en el catálogo de derechos humanos, por lo tanto se trata de un nuevo derecho que requiere ser reconocido por los diferentes ordenamientos jurídicos.

Para decir que los derechos de la naturaleza son consistentes, es necesario auscultar si es posible otorgarse titularidad en cabeza del medio ambiente, a continuación se plantearán algunas reflexiones sobre este aspecto:

El problema de la Titularidad:

Tradicionalmente se planteó la posibilidad de que únicamente la persona humana singularmente considerada era titular de derechos fundamentales, no obstante esta tesis no debe tomarse como un absoluto, toda vez que en la jurisprudencia colombiana

9 Solo a manera de ejemplo se puede citar las constantes luchas de los indígenas U'wa del territorio colombiano, con las empresas que pretendían hacer una explotación del petróleo que se encontraba en territorio indígena. Desde la concepción U'wa el petróleo es la sangre de la Pacha Mama.

existen casos donde se les ha reconocido titularidad a las personas jurídicas¹⁰, *verbigracia*, en los casos del derecho de petición y debido proceso.

De otra parte, la noción de derechos subjetivos se ha visto morigerada toda vez que han sido reconocidos derechos a colectivos, tal es el caso del derecho a la consulta previa¹¹, que se reconoce en cabeza de una titularidad colectiva: Grupos étnicos, y de la familia, donde se les ha reconocido derechos fundamentales como el de la unidad familiar¹², donde el titular no es un miembro determinado de la familia, sino toda ella en conjunto.

Como se observa, en principio resultaría impensable reconocer titularidad de derechos a la naturaleza o Ambiente; puesto que desnaturalizaría la concepción de derechos humanos, ya que una primera definición de aquellos indica que guardan relación con la dignidad humana, es decir aquellos que son inherentes a la persona humana.

Bajo tal definición no sería posible otorgar la calidad de titularidad de derechos a la naturaleza, pero tampoco a las personas jurídicas o a grupos humanos o colectivos, sin embargo en estos últimos casos la jurisprudencia colombiana ya lo ha hecho.

Ahora bien, el tema de la titularidad es de vital importancia, cuando se analiza desde la legitimación por activa para reclamar el derecho, en este sentido generalmente sería el mismo afectado dado que la condición de titular y afectado es una sola, en el caso de las personas jurídicas sería el representante legal, y de los grupos étnicos su líder o representante.

No resulta tan claro el ejercicio de la legitimación para reclamar el derecho en el caso de la familia, toda vez que podría ser cualquier miembro de la familia, por lo tanto en dicho evento se configura una titularidad plural, ya que más de un sujeto puede ejercitar el derecho.

Este sería el mayor inconveniente que se presentaría en el evento de reconocer titularidad de derechos al Ambiente; por cuanto no resulta claro quién es el legitimado para exigir el cumplimiento del derecho, en principio podría decirse que es la misma sociedad o comunidad que reside donde se ubica el ecosistema afectado, o también un representante del Estado como el personero municipal, el defensor del pueblo o los diferentes agentes del Ministerio Público.

No obstante lo anterior, reconocer titularidad de derechos al ambiente

10 Sobre los derechos de las personas jurídicas, Véanse entre otras: Corte Constitucional de Colombia: T-111/95 (derechos de las personas jurídicas), T-142/96 (Titularidad de las personas jurídicas) y T-462/97 (Habeas data de las personas jurídicas).

11 Ver sentencias de la Corte Constitucional: SU- 039 de 2007 y C-030 de 2008

12 Corte Constitucional T-068 de 2011. Reconocimiento de la familia como titular de derechos fundamentales.

puede ser viable y pertinente siempre y cuando se asimile desde una concepción no antropocéntrica, en la cual el hombre es centro del universo; sino desde una visión que comprenda que el género humano no es dueño absoluto del medio, sino que convive con su entorno, con la naturaleza y por ello el goce efectivo de sus derechos no puede afectar los derechos que le asisten a la naturaleza.

E. Capaz de lograr un alto grado de consenso internacional

Los derechos no pueden ser el producto de las mayorías, por lo tanto si se aplica el criterio duro del consenso internacional, no podría otorgarse la posibilidad del reconocimiento de los derechos de la Naturaleza, por cuanto y como ya quedó expuesto en líneas precedentes, desde una visión occidentalizada el hombre¹³ es el único titular de derechos humanos, la condición de persona no se puede extender a otros seres vivos.

No obstante aunque no pueda lograrse un consenso internacional en este sentido, toda vez que se trata de una concepción indigenista del derecho, si podría hablarse de un consenso regional, toda vez que en la comunidad

andina ya existen dos países que en sus textos constitucionales reconocen los derechos de la naturaleza.

F. Compatible (o al menos no incompatible) con la práctica general de los Estados

Los derechos de la naturaleza pueden generar resistencia o no aceptación por parte de los Estados, bajo dos condiciones básicas:

El primer aspecto deriva de su titularidad, toda vez que desde la visión europea occidentalizada que por demás es la mayoritaria y aceptada en el derecho internacional de los derechos humanos¹⁴ no concibe personalidad jurídica por fuera de la especie humana.

El segundo aspecto se relaciona con el componente económico que puede derivar del reconocimiento de los derechos a la naturaleza; puesto que tomarse en serio los derechos ambientales implica limitaciones al monopolio económico, por cuanto desde la concepción ambientalista se permite hacer uso de la naturaleza como medio de subsistencia pero no como fuente de riqueza.¹⁵ Es así como estos derechos serían una talanquera para el

13 Esa visión del hombre como único ser vivo capaz de tener derechos, obedece a una interpretación del pensamiento kantiano, donde la ética y el derecho se aplica exclusivamente a las relaciones humanas.

14 Como corolario de esa posición mayoritaria, se observa que la Corte Interamericana de Derechos Humanos acoge esta concepción, toda vez que en los procesos que se surten ante dicho organismo, únicamente se reconoce legitimación por activa a las personas naturales, excepcionalmente se admiten las demandas de grupos étnicos a través de sus autoridades representativas.

15 El profesor Eugenio Raúl Zaffaroni en su artículo "La naturaleza como Persona: Pachamama y Gaia" propone que bajo el reconocimiento de derechos a la naturaleza la explotación artesanal no tendría problemas, en cambio la industrial siempre sería un semillero de pleitos (Artículo publicado en la obra: Bolivia Nueva Constitución Política del Estado, 2010)

modelo económico capitalista, donde la explotación de los medios de producción no tiene límites, puesto que el fin es el enriquecimiento.

G. Suficiente precisión sobre los derechos y las obligaciones que conlleva

Lo primero que se debe aclarar es que al hacer mención al derecho de la naturaleza no se está en presencia de un solo derecho, sino de una pluralidad de derechos, así si se permitiera la analogía cuando se aborda el derecho del debido proceso se entiende que no se habla de un derecho en particular sino de un conjunto de principios, derechos y garantías que se deben observar en todo proceso judicial o administrativo.

Así mismo el derecho de la naturaleza, se debe asimilar como un conjunto de diferentes garantías, derechos y principios a favor del Ambiente. Precizando sobre los contenidos que se deben proteger, se tomará el modelo ecuatoriano por ser la regulación más completa de este derecho:

- Derecho de la existencia de la Naturaleza: Hace relación al derecho que tiene el ambiente de protegerse su ciclo vital, es el análogo del derecho a la vida de la especie humana.

- Derecho del mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura funciones y procesos evolutivos: Es la garantía de conservación que tiene el medio ambiente, del cual se benefician las generaciones presentes y las futuras.
- Derecho de la restauración de la naturaleza: Obedece a un principio de reparación no patrimonial, es el esfuerzo de volver las cosas a su estado anterior, compromiso ineludible con la naturaleza.
- Medidas de precaución y restricción para actividades que puedan conducir a la extinción de especies, destrucción de ecosistemas o alteración permanente de los ciclos naturales: Consiste en una limitación para el ejercicio de la industria, el comercio y en general actividades económicas que se desplieguen en perjuicio de la naturaleza.
- Derecho de beneficiarse del ambiente en términos del buen vivir: Se permite la explotación de la naturaleza como medio de subsistencia pero no como ejercicio económico ilimitado.

II. Controles formales:

A. Órgano democrático internacional (ONU):

En relación con este control formal, no sería superado por el derecho del ambiente, toda vez que no fue producto de un consenso del sistema internacional de los derechos humanos, sino el producto de una manifestación cultural, ancestral propia de países andinos que reconocen su concepción indigenista y respetan los derechos de la Pacha Mama.

Vale la pena mencionar que sobre el criterio material de Constitución como una construcción cultural el filósofo Häberle, ha elaborado la tesis según la cual los conceptos tradicionales de pueblo, poder y territorio no son suficientes para construir una definición de Estado, sino que se debe incluir la cultura incorporada a la Constitución¹⁶.

B. Proceso de creación rodeado de garantías como la participación de los Estados, la sociedad civil, académicos; publicidad y deliberación de las propuestas; sometimiento de las propuestas a debate en la Asamblea General

La incorporación de este derecho en el ordenamiento jurídico colombiano debe hacerse no como una imposición del legislador, sino como una construcción desde las bases, donde se reclame por parte de la sociedad colombiana

un reconocimiento del derecho a la naturaleza, dado la gran riqueza de biodiversidad y de ecosistemas que tiene este país, por consiguiente, no se trata de traer unos postulados de la Constitución ecuatoriana o boliviana e insertarlos en la Constitución Política de 1991, sino de abrir un debate serio, garantista con participación de los diferentes actores donde se planteen los alcances y los pormenores de la postivización de un bloque de derechos de la naturaleza.

Evidentemente antes que una transformación normativa se requiere esencialmente un cambio de pensamiento, por ello se requiere de una ardua labor pedagógica para que se propicien los escenarios y se pueda proponer este debate, que además requiere de un proceso de asimilación y de reivindicación de este derecho.

Se debe entender que los recursos del territorio colombiano se deben preservar a las futuras generaciones que no se pueden enajenar a los privados ni permitir que los empresarios sean quienes los usufructúen, como en el caso de los parques naturales; por ello es necesario un redescubrimiento y una aceptación del legado indigenista en la sociedad colombiana; se debe propender por una aproximación al entorno andino y no tanto una visión a los modelos europeos y norteamericano. La primera tarea es aprender de la propia historia, y descubrir el gran legado de esos primeros pobladores.

16 ZAFFARONI, Eugenio Raúl "La naturaleza como persona: Pachamama y Gaia" en Bolivia Nueva Constitución Política del Estado, conceptos elementales para su desarrollo normativo. La Paz-Bolivia. 2010.

a. Tesis de Dinah Shelton

A. No todo problema social debe desembocar en la creación de un nuevo derecho humano

En el presente caso, aunque fenómenos como el cambio climático son considerados como un problema social, no se está ante un problema menor, sino que exige que los diferentes estados aúnen esfuerzos en la preservación y conservación del medio ambiente.

Por ello es un problema de gran magnitud sobre el cual debe legislarse, máxime cuando las legislaciones actuales han sido insuficientes para contrarrestar los efectos negativos del calentamiento climático y el agotamiento de la capa de ozono, entre otros problemas de índole ambiental.

En este orden de ideas, se hace necesario un reforzamiento de las legislaciones de los Estados donde haya un compromiso real y efectivo en la protección de los derechos de la naturaleza.

B. Aumentar la lista trivializa la idea de los derechos porque se enfoca en su concepto en lugar de su implementación

En el presente caso no se trata únicamente de ampliar la lista de derechos, sino que se evidencian elementos y garantías que deben protegerse y no son suficientes las que se encuentran en el ordenamiento jurídico.

En este evento la inclusión del derecho de la naturaleza es necesaria para su

posterior implementación, por cuanto con el ordenamiento vigente no sería posible implementar derechos donde su titular sea la naturaleza.

Sin embargo, resultaría pertinente preguntar ¿Cuál es la diferencia práctica de que la naturaleza sea tratada como sujeto de derechos?, es decir, que por lo menos en el caso colombiano la Constitución Política reconoce unos derechos colectivos o al medio ambiente, sin necesidad de otorgarle titularidad.

La personalidad jurídica de la naturaleza no es un asunto simbólico únicamente, sino que tiene importantes efectos en los procesos económicos de la sociedad contemporánea, toda vez que habría límites a la explotación de los recursos naturales, al uso y aprovechamiento de la naturaleza, por cuanto al ser titular de derechos, el hombre se puede beneficiar de la naturaleza pero no puede abusar de ella.

Solo por citar un ejemplo cercano, en el caso de la concesión de aguas del Lago de Tota para la empresa Acerías Paz del Río, otrora patrimonio de los boyacenses, hoy, patrimonio de empresarios brasileños¹⁷, tendría serias complicaciones por cuanto esta concesión tiene un uso exclusivamente industrial no doméstico, además utiliza gran cantidad del preciado líquido, donde no se da un beneficio de la naturaleza sino una explotación del recurso natural, con un interés de lucro. Los derechos de la naturaleza permiten un uso de la misma, porque el hombre hace parte de esta, pero ese uso

17 El Grupo Votorantim del Brasil es el accionista mayoritario de la sociedad con participación del 82,42%. Tomado de <http://www.pazdelrio.com.co/informaciongeneral.htm>

debe hacerse en la medida necesaria y suficiente¹⁸.

Otro aspecto que deriva del reconocimiento de ese nuevo sujeto de derechos, se relaciona con la calidad de tercero agredido que puede tener la Naturaleza, y que cualquier persona natural o jurídica, o comunidad puede hacer exigible el derecho, y como lo propone el profesor Zaffaroni sería un obstáculo para el avance de maquinarias¹⁹ o de proyectos de intervención, las cuales serían conductas ilícitas porque atentaría contra ese titular de derechos fundamentales.

También se ven implicaciones en el campo del derecho civil, toda vez que muta el concepto de propiedad, ya que al reconocer derechos a la naturaleza de manera indirecta se aceptan los derechos de los animales, así las cosas los bienes muebles semovientes ya no serían solo una cosa, tampoco podría darse una propiedad sobre las mascotas, porque serían titulares de derechos subjetivos. No obstante el problema de la titularidad de derechos de los animales merece otro estudio.

Igualmente se podrían ver afectadas diferentes industrias que debido a su producto atentaría directamente contra la naturaleza, como los pesticidas, elementos químicos que son tóxicos, combustibles que afectan gravemente la capa de ozono, entre otros.

El citado autor, plantea que sería necesario modificar la regulación de patentes ya que los animales y plantas no le pertenecen a nadie sino a la misma naturaleza.

Por lo tanto serían diversos los problemas a los que se verían avocados los jueces, quienes en últimas fungen como intérpretes jurídicos y deben definir el alcance y los contenidos de los derechos de la naturaleza.

C. Evaluar si con los derechos existentes se pueden conjurar las nuevas afrentas o riesgos a los derechos humanos

Con los derechos existentes no se podrían conjurar las problemáticas ambientales que se están presentando, por ello es necesario una adecuación de las legislaciones, donde los derechos no sean un asunto de generaciones, sino donde todos los derechos constitucionales gocen de una efectiva protección.

Bajo este contexto, se deben eliminar barreras para el reconocimiento y protección de derechos como las de la titularidad, comprender que en un planeta diverso y cultural existen otros seres vivos con la capacidad de ser sujetos de derechos. Los derechos humanos no deben ser un homenaje a la inteligencia sino un reconocimiento de las necesidades actuales, no solo de la sociedad, sino también del entorno, del medio y de todos los seres vivientes.

D. Podría ser mejor refinar los derechos humanos actuales (interpretarlos) o invocarlos frente a nuevos actores (no estatales)

Evidentemente, a la par se deben consolidar los dos procesos, es menester

18 Pacha les permitió vivir, sembrar, cazar (aunque no en tiempos de veda), construir sus terrazas para aprovechar las lluvias, y les enseñó a usar de la naturaleza, es decir de ella misma -que también somos nosotros-, pero en la medida necesaria y suficiente. (Ibid. ZAFFARONI, Eugenio Raúl "La naturaleza como persona...")

19 Ibid.

seguir trabajando sobre los derechos ya descubiertos y que han sido reconocidos por el derecho positivo, pero ello no debe cercenar la posibilidad de descubrir nuevos derechos, los cuales de igual forma merecen reconocimiento y exigen su realización.

b. Cláusula interpretativa de derechos innominados y el *soft law*

En Colombia la Corte Constitucional a través de la cláusula innominada de derechos ha descubierto y reconocido nuevos derechos que se han integrado al ordenamiento jurídico y se han desarrollado gracias al avance jurisprudencial. Es decir, que no solo la Constitución y la Ley son fuente de derechos, sino que también en algunos eventos la jurisprudencia puede ampliar este catálogo o realizar nuevas interpretaciones, otorgándole mayor contenido a los derechos existentes.

De otra parte, a través del *soft law* que son el conjunto de instrumentos internacionales, recomendaciones, informes, observaciones de los organismos multilaterales de derechos humanos o jurisprudencia de los tribunales de los cuales Colombia no hace parte, o simplemente que no son vinculantes; que a su vez pueden ser incorporados al ordenamiento jurídico como doctrina jurídica y en determinados eventos pueden emplearse para suplir vacíos o lagunas que se presentan al momento de entrar a decidir un caso en particular.

No obstante, la única referencia sería las constituciones de Ecuador y de Bolivia,

donde se reconoce una titularidad expresa en el primer caso y tácita en el segundo de la Naturaleza como sujeto activo de derechos.

De este modo, atendiendo a la cláusula interpretativa de derechos innominados y al *soft law*, no se podría suplir el vacío que existe ante la ausencia de titularidad jurídica de la Naturaleza, por ello se haría necesaria su inclusión dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

5. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Producto del anterior análisis se pueden extraer las siguientes conclusiones en relación con el reconocimiento de los derechos de la Naturaleza:

1. Existen dos opciones, la primera aceptar que la especie humana hace parte de un entorno en el cual existen otros seres vivos, donde no se da una preeminencia sino una armonía y convivencia entre todos los agentes que interactúan en el medio; y la segunda fundar una tesis tradicional según la cual el hombre ejerce una especie de señorío frente a la naturaleza y esta se encuentra a su servicio.
2. Es pertinente no cosificar, ni instrumentalizar la naturaleza; ya que así como desde el pensamiento Kantiano el hombre es un fin en sí mismo, la naturaleza también debe verse como una finalidad, y no como un instrumento del hombre.

3. Se han presentado recientes avances en ordenamientos jurídicos como el Ecuatoriano y el Boliviano donde la naturaleza se reconoce como un titular de derechos, convirtiéndose así en un aporte valioso del constitucionalismo latinoamericano, con ello se insiste en la necesidad de no importar todo el pensamiento de Europa sino mirar contextos más próximos, donde exista mayor relación con la configuración poblacional del Estado colombiano.
4. La cultura es un aspecto vital del Estado, y precisamente las inclusiones de los derechos de la naturaleza en los casos de Ecuador y Bolivia obedecen a una interpretación de la cultura y de la importancia que tiene para estos países el respeto y la conservación del ambiente.
5. Países como Colombia poseen una importante riqueza natural, una variedad de ecosistemas que se debe conservar, es una posición privilegiada la cual el estado debe hacer respetar, y por ello debe evitar que se realicen ventas o enajenaciones sobre el patrimonio que no solo es de los colombianos sino de la Naturaleza.
6. El mayor obstáculo del reconocimiento de derechos a favor de la Naturaleza, es el modelo capitalista, según el

cual sería un impedimento a sus intereses y al crecimiento de la industria y del supuesto “desarrollo” restricciones a favor de la naturaleza. No se debe olvidar que los ambientalistas son el principal obstáculo de los empresarios.

7. Es plausible y no absurda la defensa de la tesis de reconocer el carácter de titular de derechos a la Naturaleza, las objeciones jurídicas son vagas, ya que la legitimación para exigir el derecho queda resuelta como se hizo en las constituciones de Ecuador y Bolivia, donde cualquier persona o pueblo puede invocar la acción para lograr la efectiva protección del Medio ambiente.

Por todo lo anterior, se concluye de manera vehemente que se debe presentar el debate e ir más allá de las postulaciones fijadas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes, incluso se debe deshumanizar el discurso de los derechos para proteger a todos los seres vivos que habitan esta casa que se llama planeta Tierra.

Esta lucha la dieron los esclavos, las mujeres, quienes reivindicaron sus derechos, no se debe negar la posibilidad a la Naturaleza por el solo hecho de no hacerse oír, seguramente se ha manifestado, pero el hombre no la ha querido escuchar; sin embargo, existe un grupo de interlocutores que está dispuesto a servir como voceros de este ser vivo, el Ambiente.