

---

SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

---

NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD

# Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos

Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Camilo Pérez Fernández  
*Editores*



Johana Pesántez Benítez  
Ministra de Justicia, Derechos Humanos y Cultos

**Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos**

Av. Amazonas y Atahualpa  
Edif. Anexo al ex Banco Popular  
Telf: (593-2) 2464 929, Fax: 2469914  
www.minjusticia-ddhh.gov.ec

**Equipo de Apoyo**

**Subsecretaría de Desarrollo Normativo del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos**

Mercedes Amanda Córdor Salazar  
Carolina Silva Portero  
Jorge Vicente Paladines  
Danilo Caicedo Tapia  
Viviana Jeaneth Pila Avendaño  
Tatiana Hidalgo  
Yolanda Pozo

**Corrección de estilo**

Miguel Romero Flores (09 010 3518)

ISBN: 978-9942-07-044-9  
Derechos de autor: 036463  
Imprenta: V&M Gráficas (02 3201 171)

Quito, Ecuador  
1ra. edición: julio 2011

---

Las opiniones contenidas en este libro son de exclusiva responsabilidad de sus autores, por lo tanto no representa necesariamente la posición del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.

---

# Contenido

<b>Presentación</b> .....	vii
<i>Johana Pesántez Benítez, Ministra de Justicia, Derechos Humanos y Cultos</i>	
<b>Prólogo</b> .....	ix
<i>Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Camilo Pérez Fernández</i>	

## Parte I. Fundamentos

<b>La naturaleza como persona: de la <i>Pachamama</i> a la <i>Gaia</i></b> .....	3
<i>Eugenio Raúl Zaffaroni</i>	
<b>El derecho de la naturaleza: fundamentos</b> .....	35
<i>Ramiro Ávila Santamaría</i>	
<b>Derechos de la naturaleza: una mirada desde la filosofía indígena y la Constitución</b> .....	75
<i>Raúl Llasag Fernández</i>	

## Parte II. Del derecho humano al medio ambiente a los derechos de la naturaleza

<b>Los derechos de la naturaleza y la construcción de una justicia ambiental y ecológica en Ecuador</b> .....	95
<i>Eduardo Gudynas</i>	
<b>De Montecristi a Cochabamba. Los derechos de la madre tierra en debate</b> .....	123
<i>Mario Melo</i>	
<b>Derechos Humanos y recursos naturales</b> .....	139
<i>Silvia Jaquenod de Zsögön</i>	
<b>Recuperando lo que hay de Ambiental acerca del Derecho Ambiental</b> .....	169
<i>Richard J. Lazarus</i>	

<b>La iniciativa Yasuní - ITT como materialización de los derechos de la naturaleza .....</b>	<b>209</b>
<i>Mercedes Cóndor Salazar y Mario Aguilera Bravo</i>	

### **Parte III. Contenido del derecho y aspectos procesales**

<b>La naturaleza: objeto o sujeto de derechos.....</b>	<b>245</b>
<i>Belkis Josefina Cartay Angulo</i>	
<b>¿Tienen los humanos legitimación para negarle derechos a la naturaleza?.....</b>	<b>261</b>
<i>Cormac Cullinan</i>	
<b>Del crecimiento ilimitado y otras manías .....</b>	<b>281</b>
<i>Camilo Pérez Fernández</i>	
<b>Responsabilidad hacia las generaciones futuras (en el contexto de la crisis ecológica) .....</b>	<b>329</b>
<i>Jorge Reichmann</i>	
<b>Bioprospección, propiedad intelectual y dominio público.....</b>	<b>371</b>
<i>Joseph Henry Vogel</i>	
<b>Nota biográfica de autoras y autores .....</b>	<b>393</b>

# El derecho de la naturaleza: fundamentos

Ramiro Ávila Santamaría

*A Alberto Acosta y Esperanza Martínez.*

---

## Sumario

I. Todos los caminos conducen a Roma. 1.1. La dignidad. 1.2. El derecho subjetivo. 1.3. La capacidad. 1.4. La igualdad. II. Estirar los pies hasta donde alcanza la sábana. 2.1. La dignidad. 2.2. El derecho subjetivo. 2.3. La capacidad. 2.4. La igualdad. III. Caminar alegremente hacia la fuente. 3.1. La relacionalidad. 3.2. La correspondencia. 3.3. La complementariedad. 3.4. El principio de reciprocidad. IV. Del agujero negro al Big Bang. V. Reflexiones finales. VI. Bibliografía.

---

La Constitución del 2008 tiene algunas novedades con relación al constitucionalismo ecuatoriano, regional y mundial. Una de ellas es el reconocimiento de la naturaleza como titular de derechos. Este reconocimiento ha sido motivo de más de una crítica por parte de los abogados y abogadas. Hay muchas inquietudes que van desde el escepticismo hasta la sorna. ¿Es realmente un derecho o más bien una declaración de buenos propósitos? ¿Puede un ser no humano ser sujeto de derechos? Si es que lo fuere, ¿cuál es el contenido del derecho? ¿Los derechos de la naturaleza debilitan la teoría de los derechos humanos? ¿Es exigible el derecho de la naturaleza?

Intentaremos afrontar esas preguntas desde una perspectiva jurídica para sostener, al final, que existen fundamentos para afirmar que tiene sentido el reconocimiento de la naturaleza como titular de derechos.

Este ensayo está dividido en seis partes. La primera, “Todos los caminos conducen a roma”, intenta describir los argumentos jurídicos que se podrían esgrimir para negar los derechos de la naturaleza. La segunda, “Estirar los pies hasta donde alcanza la sábana”, afirma que, usando los argumentos tradicionales, cabe reconocer los derechos de la naturaleza. La tercera, “Caminar alegremente hacia la fuente”, busca nuevos fundamentos que enriquecen no sólo el debate sobre los derechos de la naturaleza sino también a toda la teoría del derecho. La cuarta parte, “Del agujero negro al Big Bang”, que es una entrada histórica, hace referencia al desarrollo evolutivo de los derechos y considera que el reconocimiento de la titularidad de los derechos de la naturaleza es una etapa inevitable. Finalmente, se cierra el ensayo con unas reflexiones finales y conclusivas sobre el derecho y la naturaleza.

En un inicio nos propusimos abordar doctrinariamente los contenidos del derecho de la naturaleza. El espacio y el tiempo conspiraron contra este deseo, pero queda pendiente esta discusión importante, que ya Eduardo Gudynas lo comenzó con bastante solvencia y profundidad<sup>1</sup>.

## I. Todos los caminos conducen a Roma

Se suponía, alguna vez en la historia, que Roma era el centro de la tierra y que, tarde o temprano, se llegaba a Roma por cualquier camino que se tome. Lo mismo podría pensarse con relación a la teoría del derecho y a su relación con el derecho de la naturaleza. Todos los fundamentos de los derechos nos llevan a la conclusión de que la naturaleza no puede ser sujeto de derechos.

1 Véase Gudynas, Eduardo, *El mandato ecológico. Derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución*, Abya Yala, Quito, 2009. Comparto todas las apreciaciones del autor, salvo aquella relacionada con la distinción entre restauración y reparación. Creo que la visión restrictiva sobre la reparación que asume el autor, limitada a las indemnizaciones económicas y a los seres humanos, no es adecuada ni con la Constitución ni con la doctrina desarrollada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Conviene una interpretación finalista y creo que el concepto de restauración que desarrolló Gudynas cabe exactamente en el concepto de reparación.

Pasemos revista a algunos argumentos jurídicos que se han esgrimido en la teoría del derecho para sostener que los seres humanos merecen una protección especial de parte del estado: (1) la dignidad, (2) el derecho subjetivo, (3) la capacidad, y (4) la igualdad.

### 1.1. La dignidad

Immanuel Kant hizo un esfuerzo enorme por encontrar normas morales que tengan validez universal y atemporal, que puedan ser aplicadas en cualquier tiempo y lugar. A esas normas las llamó imperativos categóricos. Por mencionar algunas de aquellas, la norma que imponía la obligación de cumplir con el deber sin otra motivación que su cumplimiento (el deber por el deber) es considerada como la causante de haber provocado la irracionalidad de cumplir órdenes en la primera guerra mundial; la norma que impone que hay que obrar de tal manera que lo que se haga sea una máxima de comportamiento para cualquier persona es tan impositiva de valores de una cultura o de una personalidad que desconoce la diversidad<sup>2</sup>. Todas ellas han fracasado en su intento salvo una que perdura y es constantemente invocada. La norma que perdura se desprende de lo que Kant llamaba la doctrina de la virtud y que es la fórmula de la dignidad<sup>3</sup>.

Kant distingue entre dos tipos de leyes. Las leyes de la naturaleza, de las que los seres humanos no tienen control alguno, y las leyes que regulan las relaciones entre los seres humanos. Estas leyes son estrictamente deberes y se dividen en tres. El deber de beneficencia, el de respeto y el del amor. El deber de beneficencia consiste en promover la felicidad de los otros que están en necesidad sin obtener ganancia inmediata, bajo el supuesto de que en algún momento podremos encontrarnos en estado de necesidad. El deber de respeto consiste en limitarnos por la dignidad de otras personas, esto es que no debemos hacer a otros medios para cumplir nuestros fines. El deber de amor con-

2 Siempre pongo el ejemplo de mi gusto por la ópera; si aplicara este principio kantiano significaría que mi placer por la ópera debe ser compartido por cualquiera, pero lo cierto es que podría ser el peor castigo para una persona cambiara; lo mismo se puede predicar entre culturas, lo que para una es un valor para otra puede ser un gesto desagradable, como por ejemplo eructar en las comidas.

3 Kant, Immanuel, "The doctrine of virtue", en *Metaphysics of morals*, citado por Steiner Henry y Philip Alston, *International Human Rights in context, Law Politics and Morals*, Oxford University Press, Second Edition, 2000, pp. 261-263.

siste en convertirnos en un medio para la realización de los fines de otros. La clave para entender la dignidad está en la fórmula de medio y fin. En el primer caso, que es típico de los sistemas de seguridad social, somos un medio ahora para cumplir los fines de otros porque algún rato las otras personas serán un medio para cumplir nuestros fines. En el segundo caso, que es propiamente el concepto de dignidad, sólo podremos ser un medio para los fines de otros cuando siendo medio cumplimos nuestros fines. El tercer caso es propio de las personas santas, del tipo madre Teresa de Calcuta, que su fin era exclusivamente ser medio para otros, entregarse al puro y desinteresado servicio, como la madre lo hizo con las personas enfermas de lepra en la India.

La fórmula es realmente útil. Se la puede utilizar en cualquier tipo de relación humana. Por ejemplo, para analizar la esclavitud, la explotación laboral, el fenómeno delincinencial, y en general cualquier violación a los derechos humanos. En la tortura, por ejemplo, se utiliza el dolor del cuerpo de una persona para conseguir información que interesa a otra; en la violación, se irrespeta la integridad sexual de una persona para satisfacer los impulsos de otra. En esos casos, se afirma que se atenta contra la dignidad, por usar a unas personas como medios para cumplir los fines de otras, luego, se violan los derechos humanos. Este principio ha sido citado por casi todos los autores que tratan sobre el tema de derechos humanos<sup>4</sup>.

Si aplicamos esta fórmula a la naturaleza, podríamos concluir fácilmente que siempre la naturaleza tiene que ser un medio para cumplir los fines de los seres humanos. Piénsese, por ejemplo, en las ciudades que se montan sobre pedazos de tierra que quedan cubiertos por pavimento y cemento, en la dieta alimenticia que se basa en productos de la naturaleza, en los depósitos de basura y en general en la contaminación. La naturaleza siempre, por esencia e inevitablemente, es un medio. Como la naturaleza no puede ser un fin en sí mismo, porque los fines son siempre dados por los seres humanos, luego la naturaleza no puede ser digna y, en consecuencia, no puede gozar del *status* de titular de derechos.

4 Una de las referencias y aplicaciones mejor logradas del principio de dignidad de Kant puede encontrarse en Roig, Arturo Andrés, "La dignidad humana y la moral de la emergencia en América Latina", en *Ética del poder y moralidad de la protesta, la moral latinoamericana de la emergencia*, Corporación Editora Nacional-Universidad Andina Simón Bolívar, Colección Temas, vol. 10, 2002, pp. 53-70.

## 1.2. El derecho subjetivo

La teoría sobre el derecho subjetivo, como toda área del derecho a decir verdad, no es pacífica. Utilizaremos el parámetro de un profesor que es conocido como progresista y que además es actual, Ferrajoli, para no remontarnos a exquisitos maestros, como Kelsen, del milenio pasado. El maestro italiano sostiene que un derecho subjetivo es una condición prevista por una norma jurídica positiva que sirve de presupuesto para ser titular de situaciones o autor de actos<sup>5</sup>. En la lógica de Ferrajoli, el *status* de la persona para ser titular de derechos se desprende de una norma jurídica. En ese sentido, por ejemplo, una persona es titular del derecho político a elegir y a ser elegido si tiene el número de años determinado por el sistema jurídico; si una persona tiene dieciocho años, puede ser candidato a un cargo público que se designa por elección popular. El titular del derecho subjetivo, en este caso, sería una persona mayor de dieciocho años.

El efecto del derecho subjetivo es que podemos exigir las obligaciones que se desprenden de la norma jurídica. Si tenemos, por ejemplo, el derecho subjetivo al sustento alimenticio por tener la calidad de hijo y además tenemos una partida de nacimiento que lo demuestra, podemos exigir de nuestro padre o madre, siendo menor de edad, que cumpla con su obligación de pagar una pensión alimenticia.

La teoría del derecho subjetivo se aplica tanto para las relaciones horizontales entre particulares y para las relaciones verticales, entre particulares y el estado, llamándose a estas últimas derecho subjetivo público. La diferencia entre estas dos es que en las relaciones horizontales debemos demostrar nuestra calidad de titulares del derecho mediante un título (contrato, partida de nacimiento, sentencia, escritura pública, certificado de propiedad) y que en los derechos públicos subjetivos la titularidad la tiene todo ser humano y, en consecuencia, no hay que demostrar la existencia del ser humano que demanda el cumplimiento de una obligación. Otra diferencia entre el derecho subjetivo privado del público, según Antonio M. Peña, la encontramos en que el primero otorga facultades a la persona y el segundo potestades. En

5 Ferrajoli, Luigi, "Derechos Fundamentales", en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, España, 2001, p. 19.

el primero la tutela estatal depende de la voluntad del titular del derecho y, en el segundo, la tutela es una obligación del Estado<sup>6</sup>.

Todo el diseño normativo se basa en el reconocimiento de la capacidad del ser humano de exigir un derecho, patrimonial o fundamental, ante los tribunales, que en última instancia es el garante de las obligaciones que emanan de los derechos. En esta lógica, toda la teoría se centra en una organización social creada y utilizada de conformidad con los parámetros de los seres humanos. Siempre el *status* jurídico se refiere a las personas y, con suerte, a las colectividades o a los grupos de personas. Ningún teórico del derecho, clásico o contemporáneo, cuando define el derecho subjetivo, amplía el *status* a otros seres que no sean los humanos. Por consiguiente, la naturaleza no puede tener ser titular de derechos subjetivos.

### 1.3. La capacidad

El concepto de capacidad está íntimamente vinculado con el derecho a la libertad y es uno de los conceptos centrales en la teoría del derecho. Mediante la capacidad, el sistema normativo reconoce la posibilidad de contraer obligaciones y de disponer derechos. La capacidad está, además, vinculada al concepto de titularidad de derechos. Si tenemos capacidad para obrar, entonces podemos contratar, vender, comprar, disponer de nuestra propiedad, decidir ser candidatos, ejercer funciones públicas, expresarnos, estudiar en la universidad, contraer matrimonio, decidir el lugar de nuestro domicilio y hasta cometer infracciones penales.

La capacidad se adquiere cuando se cumplen las condiciones establecidas en la ley. Una de las condiciones más comunes es la edad. A cierta edad se puede trabajar, casar, viajar sin autorización o disponer de la propiedad. El sistema jurídico, particularmente en los derechos que tienen que ver con los derechos que son disponibles, puede exigir además otras condiciones, como la nacionalidad en caso de algunos derechos políticos.

Para el Código Civil, “la capacidad legal consiste en poderse obligar por sí misma y sin el ministerio ni la autorización de otra”<sup>7</sup>. Si una persona es

6 Peña Freire, Antonio Manuel, “Derechos subjetivos y garantía”, en *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Editorial Trotta, España, 1997, pp. 132-135.

7 Código Civil, Art. 1461.

capaz, entonces puede obligarse con otra por un acto o declaración de voluntad.

¿Puede la naturaleza ser capaz? ¿Cumple acaso con las condiciones requeridas por el sistema jurídico? La primera y a veces única respuesta será de que no. Y mucho más contundente será la respuesta si nos remitimos a las categorías propias del derecho privado. Desde una entrada poco reflexiva, podría pensarse que es imposible que la naturaleza pueda manifestar su voluntad y peor que pueda obligarse con otro ser. Sin duda, las personas legisladoras y los doctrinarios clásicos de los derechos humanos no se plantearon siquiera la hipótesis de que un animal o la naturaleza puedan tener capacidad para tener titularidad y peor ejercer derechos.

#### 1.4. La igualdad

El concepto de igualdad ha sido un principio que ha sufrido un largo camino para ampliarse a la protección y a la promoción de lo diverso. Una primera acepción tiene que ver con la concepción aristotélica de igualdad, por la que se debe tratar igual a lo que tiene características iguales y diferentes a lo que es diferente. Esta caracterización hizo que se distinga entre ciudadanos y esclavos en la antigua Grecia y, en nuestro mundo moderno, ha dado lugar a regímenes basados en el *apartheid* (piénsese por ejemplo en el fenómeno urbano de las ciudades que tienen barrios de ricos que son amurallados y barrios de pobres, en las escuelas de ricos y de pobres, en los clubs privados y exclusivos y en los parques públicos). Luego, se ubicó a un ser ideal (*optimo iure*) y la igualdad se entendió como el acercamiento de lo diferente a ese ser ideal o a su eliminación; esta concepción dio lugar a la homologación o al exterminio; el método para lograr la igualdad en el primer caso fue la asimilación y, en el segundo, el genocidio<sup>8</sup>. Ahora se habla de igualdad sin discriminación<sup>9</sup>, que consiste en respetar la diferencia cuando la igualdad descaracteriza, y combatir la diferencia cuando la distinción subordina<sup>10</sup>. Por ejemplo, en

8 Ferrajoli, Luigi, "Igualdad y diferencia", en *Derechos y garantías, La ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, 3ª. edición, 2003, pp. 73-96.

9 Willian, Joan, "Igualdad sin discriminación", en *Derecho y Género*, LOM ediciones, 1999, pp. 75-97. El mismo artículo está publicado en Ávila Santamaría, Ramiro *et al.*, *El género en el derecho, ensayos críticos*, Serie Justicia y Derechos Humanos No. 11, V&M Gráficas, Quito, 2010.

10 Sousa Santos, Boaventura de, *La caída del angelus novus: ensayos para una nueva teoría social*,

el primer caso, al declarar que existe un idioma único oficial, quienes hablan otras lenguas tienen el legítimo derecho de exigir un trato diferenciado; en el segundo caso, quien se encuentre en situación de marginalidad social y económica puede exigir un trato igual a quienes gozan de todos los derechos.

Más allá de las diferencias teóricas entre las diferentes concepciones, la lucha por la igualdad ha sido siempre entre seres que tenían características comparables. Al final, por ejemplo, cuando Bartolomé de las Casas discutía sobre la humanidad o no de los indígenas hace algunos siglos atrás, partía de la premisa de que tanto indígenas como europeos eran humanos y por tanto tenían alma. Luego, si no se tenía alma, como la naturaleza, las cosas o los animales, no se era humano.

La lucha por el reconocimiento de la igualdad ha sido, en última instancia, la lucha por el reconocimiento de la calidad de ser humano. Jurídicamente, cuando los elementos a analizar no tienen características comparables, no se puede aplicar el principio de igualdad. ¿Se puede comparar un ser humano con la naturaleza? La respuesta aparentemente es que no.

Pero, por un instante, detengámonos a pensar en qué es lo que caracteriza a un ser humano para que goce de una protección especial y privilegiada frente a otros seres del planeta. Por el sentido común, nuestra racionalidad puede discernir entre un ser humano y un ser no humano. Cuando intentamos racionalizar, como lo trató el pensador Francis Fukuyama<sup>11</sup>, la respuesta no es tan sencilla. El ser humano debe tener una esencia que le distingue de otros seres. Ser hijo de Dios y creado a su imagen y semejanza no es un argumento racional y es una pésima entrada para quienes no creen o no les importa Dios. Fukuyama explora en la capacidad de ejercer poder, experimentar dolor y sufrimiento, en la condición humana, en la racionalidad, en la conciencia, en la capacidad de organizarse, en todas ellas encuentra similitudes y acercamientos con los animales. Al final, en lugar de concluir que somos más animales de lo que nos creemos no serlo, concluye en que el ser humano es un todo complejo que nos distingue de otros seres vivos, que ha sido construido racional e intersubjetivamente.

---

ILSA, Bogotá, 2003, p. 164.

11 Fukuyama, Francis, "La dignidad", en *El fin del hombre/el último hombre*, Punto de Lectura, 2003, pp. 241-285.

Lo cierto es que todas las teorías sobre la igualdad están concebidas para ser aplicadas desde y para los seres humanos. El primer requisito del test de razonabilidad para determinar la igualdad<sup>12</sup> sería suficiente para descartar a la naturaleza como un ser comparable con el ser humano.

La derivación del principio de igualdad en términos de organización política, que es la ficción más invocada por el estado moderno, es la teoría del contrato social. Se supone que, para una convivencia pacífica y mutuamente benéfica, las personas que deciden vivir en sociedad ceden parte de sus libertades para que el Estado las administre y, en contrapartida, pueda obligar a éstos para su propio beneficio. Si la naturaleza no puede ser considerada igual y tampoco puede ejercer su libertad, en consecuencia, el Estado tampoco puede ser funcional a su protección. Por tanto, el Estado se organiza para proteger a los seres humanos en sus múltiples relaciones.

Sin ánimo de agotar todos los fundamentos teóricos, y como una muestra de algunas reflexiones sobre el fundamento del derecho, podemos apreciar que todas las teorías son construidas antropocéntricamente y excluyen a todo ser que no sea considerado humano. La construcción del derecho es personalista y, desde esta perspectiva, la naturaleza debe ser calificada como un objeto<sup>13</sup>. De ahí que se pueda entender que el haber reconocido derechos a la naturaleza es una verdadera locura<sup>14</sup>. Afortunadamente, Roma no era el centro de la tierra ni todos los caminos llegaban a tan imponente ciudad. Así, por ejemplo, el camino del inca lleva a Macchu Pichu.

12 El test de razonabilidad puede tener varios parámetros: (1) comparabilidad, (2) fin constitucional legítimo para establecer la diferencia, (3) idoneidad del medio empleado, (4) necesidad, y (5) proporcionalidad. Sobre este aspecto se puede encontrar mayores detalles en Pulido, Carlos Bernal, *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 59-92.

13 Serrano Pérez, Vladimir, “El buen vivir y la Constitución ecuatoriana”, en Pérez Ordoñez, Diego, *La Constitución Ciudadana. Doce visiones sobre un documento revolucionario*, Taurus, Quito, 2009, p. 197.

14 Sobre una réplica a la locura de reconocer derechos a la naturaleza véase Galeano, Eduardo, *La naturaleza no es muda*, en Acosta, Alberto, “Los grandes cambios requieren de esfuerzos audaces”, en Acosta, Alberto y Esperanza Martínez (compiladores), *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, Abya Yala, Quito, 2009, pp. 25-29.

## II. Estirar los pies hasta donde alcanza la sábana

Antes de explorar otros caminos, intentaremos forzar las teorías hasta donde más podamos para intentar sostener que, con un poco de humildad y también de creatividad, podría considerarse a la naturaleza como sujeto de derechos. La clave de lectura para encontrar los fundamentos, en las mismas teorías, la encontramos en la excepción o salvedad de la regla, que es parte consustancial de la norma, o, como suele decirse, la excepción confirma la regla.

### 2.1. La dignidad

Nadie puede ser un medio para el cumplimiento de los fines de otros —regla general—, salvo que siendo medio sea un fin al mismo tiempo. El ejemplo por excelencia es el trabajo digno; por un lado, somos medios porque contribuimos a cumplir los fines económicos o sociales de la persona o empresa donde trabajamos, pero, por otro lado, al recibir un salario que se necesita para la subsistencia y al hacer algo que nos gusta, siendo medios cumplimos nuestros fines. Pongamos otro ejemplo relacionado con la paternidad o maternidad responsable: un niño o niña, para cumplir sus fines, que son el desarrollo al máximo de sus potencialidades, requiere de un padre o madre que cumpla sus responsabilidades; pero las personas (padre o madre) siendo un medio para promover y proteger los derechos de sus hijos o hijas, cumplen al mismo tiempo sus fines, si es que éstas siempre han soñado con ser padres o madres. Trabajadores y empleadores, hijos e hijas y padres y madres, son todos dignos, son medios y a la vez cumplen sus fines.

En las relaciones sociales respetuosas de los derechos humanos resulta prácticamente imposible cumplir sólo los fines y nunca ser medios o, por el contrario, ser sólo medios y nunca cumplir fines propios. La interacción entre medio y fin es dinámica, permanente y siempre condicionada.

¿Puede aplicarse la excepción en la relación entre ser humano con otros seres? Ya afirmamos que la naturaleza siempre será un medio, ahora enfáticamente consideramos que el ser humano también siempre será un medio. La pregunta es ¿si la naturaleza tiene también fines propios, así como los seres humanos, como entes morales, puede determinarse a sí misma?

La primera constatación que tenemos que hacer es que la Tierra es un ser vivo<sup>15</sup>, tiene incluso planes de vida<sup>16</sup>, y como todo ser vivo tiende a la supervivencia y a la reproducción para garantizar su existencia, que serían sus fines, desde nuestra limitada racionalidad para comprender a otros seres vivos con los que no tenemos iguales códigos de comunicación.

Según la cosmovisión indígena, todos los seres de la naturaleza están investidos de energía que es el SAMAI y, en consecuencia, son seres que tienen vida: una piedra, un río (agua), la montaña, el sol, las plantas, en fin, todos los seres tienen vida y ellos también disfrutaban de una familia, de alegrías y tristezas al igual que el ser humano<sup>17</sup> [...] en el mundo de los pueblos indígenas —La Tierra— no es sino *allpa-mama* que, según la traducción literal, significa madre-tierra. ¿Por qué esto de *allpa-mama*? Primero, hay una identidad de género: es mujer. Segundo, es lo más grande y sagrado, es la generadora de vida y producción; sin ella, caemos en la nada, simplemente somos la nada o no somos nadie, como dicen nuestros abuelos<sup>18</sup>.

Desde el lado científico, James Lovelock afirmó que incluso existe una “inteligencia planetaria: la Tierra no es un conjunto de rocas u otros elementos inertes, sino un sistema coherente, ligado a una intensidad”<sup>19</sup>. De este modo se cambió de un paradigma mecanicista, en el que la Tierra era una gran masa de piedra, por otro en el que se puede afirmar que la Tierra es un ser vivo. A esta tesis se la llamó Gaia, que era el nombre de la antigua diosa Griega que generó a todos los seres que habitan en el planeta.

15 Martínez, Esperanza, “Los Derechos de la Naturaleza en los países amazónicos”, en Acosta, Alberto y Esperanza Martínez (compiladores), *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, Abya Yala, Quito, 2009, p. 96.

16 Gudynas, Eduardo, “Derechos de la naturaleza y políticas ambientales”, en Acosta, Alberto y Esperanza Martínez (compiladores), *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, Abya Yala, Quito, 2009, p. 43.

17 Pacari, Nina, “Naturaleza y territorio desde la mirada de los pueblos indígenas”, en Acosta, Alberto y Esperanza Martínez (compiladores), *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, Abya Yala, Quito, 2009, p. 33.

18 Pacari, Nina, *op. cit.*, p. 34.

19 Serrano Pérez, Vladimir, “El buen vivir y la Constitución ecuatoriana”, en Pérez Ordoñez, Diego, *La Constitución Ciudadana. Doce visiones sobre un documento revolucionario*, Taurus, Quito, 2009, p. 199.

¿Necesita la naturaleza del ser humano? ¿Es decir, el ser humano puede ser un medio para que la naturaleza cumpla sus fines?

Recordemos la metáfora que utiliza Juan Ramón Capella para explicar la necesidad de armonía entre los distintos elementos de un conjunto: el jardín japonés<sup>20</sup>. A nuestra mente suele venir las típicas estampas estáticas y armónicas, pero lo cierto es que los peces multicolores, las flores de loto, el nivel del agua tienen, entre todos, cierto equilibrio. ¿Qué pasaría si la flor de loto duplica su tamaño por día y acaba cubriendo la laguna? Los peces morirían por falta de luz y lo mismo podríamos decir de los peces si se multiplican, acabarían destrozando la flor de loto. Con relación a la tierra, considerando que tanto naturaleza como ser humano somos elementos de un mismo conjunto, si uno altera el equilibrio, como lo estamos haciendo los seres humanos, la Tierra puede acabar no cumpliendo sus fines.

En ese sentido los seres humanos somos medios por omisión y por acción. La tierra nos necesita para que no la agotemos ni la destrocemos, es decir demanda un “no hacer”, un respeto de nuestra parte. De igual modo, nos necesita para lo que hagamos sea respetuoso con sus ciclos de regeneración, o sea, demanda un hacer racional, una actitud conservacionista y hasta ecologista. Al ritmo que vamos en lo que entendemos por desarrollo o progreso, acabaremos necesitando un lugar distinto a la Tierra para vivir. En palabras de Nina Pacari:

[...] la madre tierra o *allpa-mama*, al envolver en su vientre las semillas, que luego de sus respectivos procesos se constituyen en el alimento de los seres vivos, debe ser cuidada, respetada e igualmente alimentada. En esa relación con la *allpa-mama*, cuando se producen las cosechas, los pueblos indígenas entonan sus cánticos conocidos como el *Jahuai-jahuai*, se preparan rituales de agradecimiento, se brinda con ella regando en la tierra chicha (bebida de maíz fermentado) que no es otra cosa que el compartir el compromiso de seguir generando vida. Entonces, en la cosmovisión indígena, se entabla una relación de respeto mutuo, la tierra es parte del ser humano y viceversa, por eso, cuando nace un *wawa* (bebé) el cordón umbilical y la placenta se siembran bajo tierra junto a un árbol que luego florecerá, dará frutos y nos brin-

20 Capella, Juan Ramón, *Entrada en la barbarie*, Editorial Trotta, Madrid, 2007, pp.179-214.

dará cobijo o sombra. Asimismo, cuando se produce la muerte, que es otra forma de vivir, nuevamente volvemos a la tierra, a nuestra *allpa-mama* y volvemos a ser parte de ella<sup>21</sup>.

Por tanto, los seres humanos necesitamos de la naturaleza para vivir y ésta necesita también de los seres humanos. En consecuencia, se puede aplicar con absoluta pertinencia el principio kantiano de la dignidad.

## 2.2. El derecho subjetivo

El derecho subjetivo es una categoría jurídica que ha ido evolucionando hacia la ampliación de su contenido. Si trazamos su camino histórico, podríamos encontrar su origen en la concepción del derecho natural o derecho moral<sup>22</sup>. De hecho, lo que hacen las primeras declaraciones de derechos en el siglo XVIII es reconocer jurídicamente una reivindicación teórica, aunque, al momento, hartamente restringida (libertad y propiedad). Una vez formalizada la demanda de reconocimiento de ciertos derechos que eran importantes para un grupo social, convenía evitar la influencia del derecho natural (que tiene una tendencia expansiva). Se crea la teoría del derecho subjetivo, que se restringe a la titularidad basada en las condiciones normativas (edad, propiedad, educación, autonomía laboral y hasta pertenencia a una religión)<sup>23</sup>. Con el apareamiento del derecho social y con la posibilidad de demandar también al Estado (y no sólo a los particulares), se crea la noción del derecho subjetivo

21 Pacari, Nina, *op. cit.*, p. 35.

22 Beuchot, Mauricio, "Abordaje filosófico del problema de la fundamentación de los derechos humanos", en *Filosofía y derechos humanos*, Siglo veintiuno editores, 4ª. edición, México, 2001, pp. 123-153.

23 Amparo Albán utiliza esta categoría, propia del siglo XVIII, para manifestar la dificultad de la naturaleza como titular de derechos que puede ejercerlos, al sostener que tanto en el derecho anglosajón como en el románico germánico "a cada derecho le corresponde en contraprestación una obligación y, en consecuencia, solo los entes deliberantes sean personas naturales o jurídicas, lo pueden ejercer", véase Albán, Amparo, "El tema ambiental en el nuevo derecho constitucional ecuatoriano", en Pérez Ordoñez, Diego, *La Constitución Ciudadana. Doce visiones sobre un documento revolucionario*, Taurus, Quito, 2009, p. 160. Albán desconoce que, desde la teoría del derecho de los derechos humanos, ciertos titulares pueden no tener obligaciones correlativas, como cuando se les reconoce derechos a los niños y niñas o a los pueblos indígenas, criterio que es propio de las relaciones jurídicas horizontales que son características del derecho civil.

público, que abre la posibilidad de los amparos, tutelas o acciones de protección. A escala internacional, la noción de derecho subjetivo público que escapa de las esferas de protección del estado nacional, se torna en derecho humano. El profesor Hernán Salgado sostiene que los derechos humanos ya no pueden ser considerados como derechos subjetivos, porque “no favorece a éstos ni les da la jerarquía que tienen, pues no se trata de cualquier pretensión o facultad, son derechos esenciales, fundamentales como los ha calificado el derecho constitucional”<sup>24</sup>.

Como se puede apreciar, el concepto ha evolucionado hacia una mayor comprensión de los titulares, de los derechos, de los obligados y hasta de los órganos de protección. La tendencia teórica que domina la teoría contemporánea es el considerar al derecho como un derecho fundamental, en el que cabe la protección de los seres humanos y también de la naturaleza. La Constitución de Ecuador omite la calificación de subjetivo, humano o fundamental. La primera no cabía por las razones expuestas por el profesor Salgado, la segunda porque la naturaleza también tiene derechos y la tercera porque no era necesario al estar establecido en el texto jurídico de mayor jerarquía<sup>25</sup>.

Volviendo a Ferrajoli, y desde la doctrina del derecho positivo, el *status*, las condiciones y las expectativas que se derivan del reconocimiento del derecho dependen de la norma jurídica positiva. En esta lógica, el mismo Ferrajoli sostiene, al enunciar su teoría formal o estructural con pretensión universal, que nada impide para que sea constitucional el esclavismo en algún período de la historia o que se introduzcan derechos que, para algunos doctrinarios, se puedan considerar como no fundamentales (como suele suceder con la visión europea de las constituciones andinas de Bolivia, Venezuela y Ecuador, a las que atribuyen un nivel de detalle y de enumeración de derechos exagerada, en particular en cuanto al énfasis de los derechos sociales o del buen vivir, o también se dice que los amplios catálogos de derechos “expresan preocupaciones locales, las cuales son resultado de proyectos políticos

24 Salgado Pesantes, Hernán, “La nueva dogmática constitucional en el Ecuador”, en Carbonell, Miguel, Jorge Carpizo y Daniel Zovatto (coordinadores), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, No. 514, México, 2009, p. 983.

25 El profesor Salgado sostiene que fue un error la omisión de la palabra “humano”, véase Salgado, Hernán, *op. cit.*, p 984, pero fue intencional no ponerla, si se reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos, no cabía establecer una palabra que iba a ocasionar confusión.

concretos”<sup>26</sup>. El *status* del titular de derecho ha cambiado con el tiempo. En un inicio, en el constitucionalismo moderno, sólo tenían *status* jurídico el burgués propietario; este se fue expandiendo, con el constitucionalismo social, al obrero y campesino; se integró la mujer, el indígena y los mayores de edad; últimamente, se ha ampliado el *status* a todas las personas. Finalmente, el *status* se ha extendido a la naturaleza.

En otras palabras, el concepto de derecho subjetivo y las condiciones evolucionan hacia la expansión y mayor integración de sujetos protegidos y, en últimas, dependen del debate democrático en un Estado constitucional. Desde la historia del concepto, e incluso desde la teoría positivista, se cumplen los presupuestos para que se considere a la naturaleza como sujeto de derechos.

### 2.3. La capacidad

La capacidad también es un concepto que ha evolucionado y que tiene excepciones. En algún momento de la historia debe haber sido tan obvio que sólo los propietarios, que trabajaban sin relación de dependencia, educados, con acceso a la lectoescritura y que eran hombres, eran los únicos considerados jurídicamente capaces. Y debe haber costado, como a veces se escucha que cuesta, aceptar que la mujer también puede ser considerada capaz y que puede ejercer sus libertades prescindiendo de los hombres o incluso de sus esposos. También debe haber costado, y debe seguir costando, comprender que los niños y las niñas no son, como me dijo alguna vez un alumno en una clase, como animalitos (denotando una subcategoría dentro de una lógica antropocéntrica), que no opinan, que no tienen racionalidad “madura” o que no entienden nada. Debe haber costado, y debe seguir costando, para seguir ampliando los ejemplos, considerar que los indígenas no son unos ignorantes, irracionales, incivilizados, salvajes y que pueden ejercer funciones públicas, ser diputados y que pueden aspirar legítimamente a ser presidentes. De igual modo, en la lucha de las personas que antes eran calificadas como minusválidas, ahora se las considera que tienen capacidades diferentes. Pero,

26 Carbonell, Miguel, “Derechos fundamentales en América Latina”, en Carbonell, Miguel, Jorge Carpizo y Daniel Zovatto (coordinadores), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, No. 514, México, 2009, p. 37.

jurídicamente, todos estos seres que fueron considerados incapaces ahora se les reconoce capacidad. Es decir, una vez más, el concepto de capacidad, como cualquier categoría jurídica positiva, es convencional (depende de decisiones) y evoluciona en el tiempo. Así como la ampliación del concepto de capacidad no ha sido fácil ni imposible, ha costado racionalmente aceptarla y, casi siempre cuando se exponía, se ha considerado una barbaridad jurídica y hasta una insensatez, lo mismo ha sucedido con el reconocimiento de la naturaleza como titular de derechos.

Pero para evitar el argumento de que la naturaleza nunca podrá ejercer por sí misma sus derechos, pasemos revista a la excepción del concepto de capacidad. Todas las personas son capaces para ejercer derechos y para contraer obligaciones, salvo que sean calificadas como incapaces. La incapacidad, según el derecho civil, puede ser relativa si es que existe alguna razón supe-  
rable para ejercer la capacidad, o absoluta cuando se considera que las razones que impiden tener conciencia y voluntad son definitivas.

Los seres humanos podemos estar en circunstancias de incapacidad relativa y absoluta, de acuerdo al derecho civil. La regla es que todos somos capaces salvo que la ley diga lo contrario<sup>27</sup>. La ley civil enumera los absolutamente incapaces, que son los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito; y son relativamente incapaces las personas menores de edad y las personas jurídicas<sup>28</sup>. Nótese que la naturaleza no se encuentra entre las excepciones y podría entenderse, desde una interpretación fácil y malintencionada, que ese aplica la regla general y que, por tanto, al no haber una excepción legal la naturaleza tiene capacidad. Pero, obviamente, quienes escribieron el Código no pudieron imaginar el alcance de la evolución de los derechos fundamentales y si lo hubieran concebido, le hubieran enumerado como incapaz.

Estos conceptos, no podía ser de otra manera, son también relativos. Ciertas tendencias del pensamiento en la psiquiatría consideran que quizá los locos no sean tan locos como pensamos. Siempre recuerdo la discusión de un loco con un psiquiatra en una película maravillosa que se llama “Hombre mirando al sudeste”<sup>29</sup>, en la que Rantés, el loco, que tenía sensibilidad

27 Código Civil, Art. 1462.

28 *Ibidem*, Art. 1463.

29 Subiela, Eliseo, *Hombre mirando al Sudeste*, Argentina, 1986.

para apreciar el dolor y la necesidad ajena, le interpelaba al profesional diciendo quién es el loco, ustedes, los que están afuera del hospital psiquiátrico, y no sienten emoción alguna ante tanto dolor o miseria, o los que están adentro felices en su mundo. A veces simplemente, quien opina y vive de forma distinta a la mayoría podría ser considerada incapaz.

Pero lo importante de la figura de la incapacidad es el respeto al *status* de sujeto de derechos por intermedio de la institución que se denomina “representante legal” o la “tutela”<sup>30</sup>. La persona, por incapaz que se considere, no deja de ser titular de derechos; el problema es que ciertos derechos se dejan de ejercer por sí mismos y los hace un tercero al que se le denomina representante. Un bebé de cinco meses, al que se le mueren sus padres, tiene derecho a la herencia, pero su administración requerirá de un representante. Una persona considerada demente, tampoco deja ser propietaria o deja de ser padre o madre o ciudadana, sino que se le designará un representante. Aun en el supuesto de la incapacidad absoluta, se deja de ejercer derechos. La mayoría de derechos siguen ejerciendo los sujetos incapaces, tales como vivir, expresarse, alimentarse, recrearse, descansar y relacionarse. Los derechos que requieren representación tienen que ver con la facultad de obligarse y de exigir su cumplimiento. No se puede suscribir contratos ni plantear juicios, dependiendo de las condiciones determinadas por la ley.

La incapacidad de las personas se suple con la representación. El efecto de la representación es que *lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por ley para representarla, surte respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo*<sup>31</sup>. ¿Puede aplicarse el mismo argumento para la naturaleza? Sin duda que sí. La naturaleza no necesita de los seres humanos para ejercer su derecho a existir y a regenerarse. Pero si los seres humanos la destrozan, la contaminan, la depredan, necesitará de los seres humanos, como representantes, para exigir la prohibición de suscribir un contrato o convenio mediante el cual se quiera talar un bosque primario protegido o para demandar judicialmente su reparación o restauración.

30 La tutela es una institución del derecho civil, obviamente no pensada para la naturaleza, que consiste en el “cargo impuesto por ciertas personas a favor de aquellos que no pueden gobernarse por sí mismos o administrar competentemente sus negocios [...]”, Código Civil, Art. 367.

31 Código Civil, Art. 1464.

El derecho ampliamente ha reconocido el derecho a la representación y la capacidad a las personas jurídicas, que son entes abstractos, ficciones, intangibles, y nada obstaculiza que se pueda reconocer los derechos a la naturaleza que, en cambio, es material, real y tangible. Desde otro ángulo, las personas jurídicas, históricamente, tienen una existencia temporal muy limitada; en cambio, la naturaleza tiene una duración ilimitada y su temporalidad es casi absoluta, en el sentido de que es anterior a la humanidad y posiblemente la trascenderá<sup>32</sup>. No hay razón —como sostiene Melo— para no innovar en materia de derechos<sup>33</sup>.

Esta discusión está saldada a nivel constitucional, que establece la representación en todas las personas para poder comparecer en juicio a nombre de la naturaleza: *Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza*<sup>34</sup>.

#### 2.4. La igualdad

La igualdad, como toda categoría jurídica, seguimos insistiendo, es convencional y puede evolucionar. Alguna vez se consideró que jurídicamente no eran comparables los indígenas del nuevo mundo con los europeos, y de igual modo, en los Estados Unidos, los afrodescendientes con los considerados blancos, que justificó un tratamiento jurídico de segregación. El avance hacia convertir dos sujetos en comparables, dependió de un consenso argumentativo y de una categoría jurídica poderosa que se llamó discriminación (en todas sus variantes: racismo, machismo, adultocentrismo). En el primer caso se llegó a reconocer que los indígenas tenían alma y, en el segundo, que tenían dignidad. La comparabilidad, en todo caso, fue entre seres humanos.

Ahora nos encontramos ante un fenómeno un poco más complejo, pero no por ello insolucionable. Con relación a los animales, Peter Singer<sup>35</sup> nos

32 Elizalde Hevia, Antonio, “Derechos de la Naturaleza. ¿Problema jurídico o problema de supervivencia colectiva?”, en Acosta, Alberto y Esperanza Martínez (compiladores), *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, Abya Yala, Quito, 2009, p. 7.

33 Melo, Mario, “Los derechos de la naturaleza en la nueva Constitución ecuatoriana”, en Acosta, Alberto y Esperanza Martínez (compiladores), *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, Abya Yala, Quito, 2009, p. 53.

34 Constitución de la República de Ecuador, 2008, Art. 71, inciso 2.

35 Singer, Peter, *Liberación Animal*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, pp. 19-59.

ayuda con el análisis al crear una categoría discriminatoria y que la denominó especificismo. El especificismo es una actitud favorable de una especie en desmedro de otra, que lleva a desconocer el principio de igualdad. Casi todos los seres humanos somos especificistas, unos con conocimiento y consentimiento, otros por omisión y hasta por ignorancia. El especificismo se refleja en nuestras dietas alimenticias (carnívoros), en nuestro trabajo (industria alimenticia basada en la crianza y muerte de animales), en nuestra forma de hacer deporte (caza de animales) y hasta en nuestra afectividad (mascotas). El principio de igualdad es una categoría que admite interpretación y que no necesariamente se infiere que deba ser aplicada entre seres humanos. Como se puede apreciar, la comparabilidad no es exclusivamente restringida a seres humanos sino que permite su apertura entre especies o seres vivos. En esta lógica, la inteligencia, la racionalidad, la esencia humana es irrelevante. Peter Singer acude a la capacidad de sufrir, que es común entre los animales y los seres humanos. Los animales expresan el dolor físicamente, se retuercen, gritan, huyen, atacan y esto se deduce de una simple observación. No hay que apelar a si los seres pueden pensar, hablar o comunicarse, sino si pueden sufrir. Pero además, como lo han demostrado los últimos descubrimientos científicos, las semejanzas genéticas entre seres humanos y otros animales son mayores que las diferencias<sup>36</sup>. Pero hay un argumento más fuerte aún: todo ser humano es un animal. Luego la comparabilidad, para aplicar el principio de igualdad, es posible.

Pero la naturaleza es una categoría mucho más extensa y todo depende si consideramos a la Tierra como un ser vivo. Si un ser vivo es un ente que nace, vive, reproduce su vida y muere, todo nos haría pensar que nuestro planeta, al igual que las estrellas y hasta el universo, es un ser vivo. *La Tierra, nuestro hogar, está viva con una comunidad singular de vida [...] la protección de la vitalidad, diversidad y la belleza de la Tierra es un deber sagrado*<sup>37</sup>.

Siendo un ser vivo, entonces la categoría no es ser humano, ser una especie, sino ser “ser vivo”. Esta ampliación del principio de igualdad, que

36 Véase Sagan, Carl y Ann Druyan, *Shadows of forgotten ancestors*, Ballantine Books, New York, 1992. En particular los capítulos que se denominan “What is Human?” y “The animal within”, pp. 361-408.

37 Naciones Unidas, La Carta de la Tierra, 2000, Internet, [www.earthcharterinaction.org](http://www.earthcharterinaction.org). Acceso: 7 mayo 2010.

puede tener sus resistencias, haría viable un trato más respetuoso entre todos los seres. Al final, la preocupación por otros seres no dependería de condición alguna que no sea convencionalmente decidida por quienes tienen el poder de decidir.

La calidad de ser vivo la reconoce la Constitución del Ecuador al establecer que *La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos*.<sup>38</sup>

Por otro lado, las convenciones de derechos y las constituciones contemporáneas siempre albergan una categoría abierta para prevenir la discriminación, que se enuncia, después de enumerar las categorías sospechosas que son problemáticas en ciertos contextos sociales, como *cualquier otra distinción [...]*<sup>39</sup>. Esa distinción permitiría la introducción de la especie o simplemente del ser vivo. El lenguaje de derechos, y en este caso, el de la igualdad es útil políticamente para lograr una convivencia menos desastrosa y dolorosa entre los seres que compartimos este planeta.

Hay un cuento de Dr. Seuss, que se llama “Horton”<sup>40</sup>, que trata de la vida de un elefante que, un buen día, escucha un “auxilio” que viene de una partícula de polvo. Este grano de polvo era un planeta entero que tenía vida adentro y que estaba en peligro de extinción si es que no vivía en armonía con los seres externos. Esa partícula no podía expresarse por sí misma ante los seres vivos que vivían en la Tierra y necesitaron de Horton para poder ser escuchados, protegidos y respetados. Al final del cuento, uno de los seres que vivían en la partícula escucha, a su vez, en una partícula de su polvo un grito de auxilio. Se puede deducir que la Tierra es también una partícula de polvo y que también necesitamos de cierta armonía interna como externa y, sobre todo, que la Tierra, partícula de polvo en el universo, es un ser que merece ser respetado y protegido. El mensaje del libro es que una persona es una persona no importa cuán pequeña es y, con relación a la Tierra como ser vivo, podríamos decir incluso cuán grande es.

El contrato social, derivación de las normas de convivencia entre los seres que deciden respetarse, debe ser ampliado suponiendo que esta teoría liberal

38 Constitución de la República de Ecuador, 2008, Art. 71.

39 *Ibidem*, Art. 11 (2).

40 Seuss Geisel, Theodor, *Horton hears a Who!*

nos podría ser útil, hacia un contrato que incluya la participación aun con representación de otros seres no humanos. En este sentido estaríamos hablando de una ampliación de la democracia y, por tanto, de un contrato existencial que supera al contrato social.

Podríamos concluir que las teorías existentes son útiles en cuanto, con una interpretación evolutiva, convencionalmente justifican a la naturaleza como titular de derechos. Sin embargo, ello sería estirar los pies hasta donde llega la sábana, cuando lo que se puede hacer también es proponer tener una sábana lo suficientemente amplia para no restringirnos teóricamente. Existen otros caminos y otras teorías que nos pueden ayudar, no sólo a justificar la titularidad de derechos de la naturaleza, sino también para encontrar otros fundamentos para los derechos y para su teoría jurídica.

### III. Caminar alegremente hacia la fuente

El principito tenía sed y debía caminar un trecho largo para llegar a una fuente de agua y satisfacerse. Aparece uno de esos seres grises<sup>41</sup> que comercian con el tiempo libre de la gente (el tiempo es oro), y le propone al principito tomar una cápsula para calmar la sed. ¿Para qué sirve?, le pregunta el principito, y le contesta que para no perder el tiempo en ir a la fuente. El principito entonces contesta que prefiere caminar alegremente a la fuente<sup>42</sup>.

Las píldoras son las respuestas rápidas e inútiles que dan las teorías tradicionales y que, desde una aproximación superficial, rechazarían las nuevas concepciones como la ampliación de la titularidad a la naturaleza. Un jurista que pretende estar comprometido con un cambio de paradigma, por otro lado, no puede ni debe tragarse la píldora. El caminar alegremente hacia la fuente significa explorar y estar abierto a lo que en el camino de fundamentar se puede encontrar.

En el camino se puede encontrar un argumento que podría ser considerado “utilitarista”. Este consiste en otorgar una protección reforzada constitucionalmente, que se la da por medio del reconocimiento de la titularidad

41 Ende, Michael, *Momo*.

42 Saint-Exupery, Antoine de, *El Principito-Le Petit Prince*, Traducción Joelle Eyhéramonno, Enrique Sainz Editores S.A., impreso en T.G. Ripoll, España, 1994, pp.100-101.

de derechos, por conveniencia. En la fundamentación utilitarista, se recurre a la evidencia científica<sup>43</sup> que existe en relación al entorno insostenible del ser humano y al colapso de nuestro estilo de vida, que pone en riesgo la supervivencia de nuestra especie<sup>44</sup>. Entonces podemos constatar el fenómeno del calentamiento global, la contaminación ambiental, la desertificación, las inundaciones, la sobrepoblación y la presión sobre los recursos naturales, y más datos para acabar concluyendo que se necesita proteger urgentemente a la naturaleza.

El camino que nos permitimos escoger para llegar a la fuente que sustente el derecho de la naturaleza, Josef Estermann lo llama *Filosofía Andina*<sup>45</sup>, libro del que sacaremos algunos principios que podrían sustentar la necesidad de esta protección poderosa del derecho occidental que se llama derechos. De *Filosofía Andina* utilizaremos cuatro principios de la “lógica” andina: (1) la relacionalidad, (2) la correspondencia, (3) la complementariedad y (4) la reciprocidad.

### 3.1. La relacionalidad<sup>46</sup>

En la lógica racional occidental, se pueden separar las categorías y distinguirse. Dentro de la lógica simbólica, por ejemplo, la base de la estructura es *p* y *no p*, que ha hecho que nuestra forma de concebir el mundo siempre sea una contraposición entre opuestos y dual: hombre y mujer, bueno y malo, positivo y negativo, blanco e indígena, animal y ser humano, espacio privado y público, urbano y rural, selva y desierto, individuo y sociedad, yo y el otro. Cada elemento tiene una sustancia particular y diferente. Para la filosofía andina, en cambio, lo importante es la relación.

43 Sobre los datos relacionados al desarrollo sustentable en Ecuador, véase Larrea, Carlos, “Naturaleza, sustentabilidad y desarrollo en el Ecuador”, en Acosta, Alberto y Esperanza Martínez (compiladores), *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, Abya Yala, Quito, 2009, pp. 75-84.

44 Borja Ortiz, Andrés, “Derechos de la Naturaleza”, en Cordero, David y otros, *Nuevas instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano*, Serie 14 de investigación, INREDH, Imprenta Cotopaxi, Quito, 2009, p. 125.

45 Estermann, Josef, *Filosofía Andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Abya Yala, Quito, Ecuador, 1998.

46 Estermann, Josef, *op. cit.*, pp. 114-122.

Para la filosofía andina, el individuo como tal no es ‘nada’ (un ‘no ente’), es algo totalmente perdido, si no se halla dentro de una red de múltiples relaciones [...] Desconectarse de los nexos naturales y cósmicos (un postulado de la Ilustración), significaría para el runa de los Andes firmar su propia sentencia de muerte<sup>47</sup>.

Este principio tiene que ver con una concepción holística de la vida. Todo está relacionado, vinculado, conectado entre sí. Este principio puede ser enunciado de forma negativa y positiva. De la primera forma, no existe ningún ente carente de relaciones y, por tanto, todo ente es necesitado. En la forma positiva, lo que haga o deje de hacer un ente afecta a los otros. La relación no es causal sino ontológica. Esto quiere decir que lo importante no es que un ente tiene capacidad de alterar al otro, sino que todos los entes “son”. No existe una relación causalista sino escencialista. El conocimiento y la vida misma es integral y no compartimentalizado por las categorías, como lo hace la filosofía occidental.

La consecuencia de este principio es que la naturaleza requiere de los seres que la habitan, y los seres no podrían vivir sin la naturaleza. Además, el ser humano no está en la naturaleza —o la naturaleza alberga al ser humano—, sino que el ser humano es la naturaleza. No se puede desintegrar el concepto de ser humano con la naturaleza, ambos son uno, de ahí que hacer daño a la naturaleza es hacerse daño a sí mismo.

### 3.2. La correspondencia<sup>48</sup>

El pensamiento andino implica una correlación mutua y bidireccional entre dos elementos, que se manifiesta en todo nivel y en todos los aspectos de la vida. Pongamos un ejemplo de la medicina indígena y también de la medicina homeopática: la curación y la enfermedad están estrechamente relacionadas, se considera que la enfermedad está causada por sustancias similares a ella, por eso se dice que el enfermo puede recuperarse por la dinámica de su propio organismo.

47 *Ibidem*, pp. 97-98.

48 *Ibidem*, pp. 123-125.

El pensamiento occidental pone énfasis, en cambio, en el principio de causalidad: dado un fenómeno se sigue un efecto inevitable. Esta reducción de la realidad, que es base de la ciencia, utiliza múltiples categorías, tales como la semejanza, la adecuación, la identidad, la diferencia, la equivalencia, la implicación, la derivación o la exclusión. El ser humano occidental tiene que encontrar una respuesta lógica y verificable entre la realidad y su explicación racional. Siempre me acuerdo de mi maestro en lógica simbólica, el filósofo Emilio Cerezo, quien cuando aplicaba la lógica simbólica al análisis de textos, solía afirmar que la lógica no explica ni podrá explicar todo el fenómeno humano, que no es lógico y que escapa afortunadamente de las reglas. Las emociones, los sentimientos, la causalidad, lo inimaginable, lo imprevisible, el caos, todo sucede en la vida.

Para la filosofía andina, la explicación racional o causal es solamente una forma —y no exclusiva— de entender el mundo y de conocer. Si la interpretación occidental causal se la hace mediante métodos cuantitativos, cualitativos, comparativos o exegéticos, la interpretación andina es, además, simbólica, ritual, celebrativa y afectiva.

Al manifestarse la correspondencia en todos los ámbitos de la vida, existe una realidad cósmica, una realidad terrenal y una infraterrenal.

[...] hay correspondencia entre lo cósmico y humano, lo humano y extra-humano, lo orgánico e inorgánico, la vida y muerte, lo bueno y malo, lo divino y humano, etc. El principio de correspondencia es de validez universal, tanto en la gnoseología, la cosmología, la antropología, como en la política y ética<sup>49</sup>.

Las explicaciones que se puedan hacer sobre la forma de pensar andina, siempre desde una lógica occidental, son difíciles de comprender. Se separan los elementos para afirmar que no se pueden separar. De ahí, una vez más, que respetar la naturaleza tiene un impacto directo en el respeto del ser humano y, por contrapartida, irrespetar a cualquier ser humano significa indeciblemente el irrespeto a la naturaleza.

---

49 *Ibidem*, p. 125.

### 3.3. La complementariedad<sup>50</sup>

Todos los entes coexisten. Un elemento depende de todos los restantes para ser pleno o completo. Esto nos recuerda a ese clásico dibujo de la filosofía oriental que es el *yin* y el *yang*. Para ser un elemento se requiere del que se podría considerar opuesto, y dentro del opuesto, precisamente para no considerarlo de ese modo, se tiene en el centro el punto del diferente. Es decir, los elementos no son precisamente opuestos, sino complementarios y armónicos. Todos los elementos “sufren” de una deficiencia ontológica. Esto me recuerda aquel principio del maestro Boaventura de Sousa Santos<sup>51</sup> que afirma la inexistencia de sociedades subdesarrolladas y personas ignorantes. Por el principio de complementariedad, el subdesarrollo de unos implica el desarrollo de otros, y la ignorancia de unos el conocimiento de otros. Es decir, los países centrales son desarrollados en tecnología pero subdesarrollados en comunitarismo social; la ignorancia de conocimiento racional puede significar la sabiduría emocional. Mi conocimiento de la lengua española, por ejemplo, es diametralmente opuesto a mi ignorancia en el quichua.

En la racionalidad occidental, por el principio de identidad, un elemento siempre es coincidente consigo mismo y distinto a los demás. Si  $p$  es verdadero no puede ser al mismo tiempo *no p*, es decir, no puede ser falso; además  $p$  no es  $q$ . Esta lógica no se identifica con el principio de complementariedad por el que los opuestos se integran, se completan y, por tanto, se complementan. La relación sería  $p \leftrightarrow \text{no } p$  y  $p \leftrightarrow q$ . La contradicción occidental es para los indígenas contrariedad. Si  $p$  y  $q$  son distintos, pueden coexistir como partes complementarias de una tercera entidad que los concilia y que, en estricto sentido es un *todo* que los comprende. Los opuestos están dinámicamente unidos.

[...] los complementos en sentido andino no son ‘posiciones’ abstractas y logo-mórficas, sino experiencias parciales de la ‘realidad’. Y tampoco son ‘antagónicas’ en un sentido de irreconciliación racional; se requieren mutua-

50 *Ibidem*, pp. 126-131.

51 Sousa Santos, Boaventura de, *De la mano de Alicia: lo social y lo político en la postmodernidad*, Siglo del Hombre Editores, Ediciones Uniandes, Universidad de los Andes, Colombia, p. 122.

mente, no como ‘motor dinámico’ para elevarse a otro nivel, sino para complementarse en el mismo nivel<sup>52</sup>.

En este sentido, cielo y tierra, sol y luna, claro y oscuro, verdad y falsedad, macho y hembra, naturaleza y ser humano no pueden excluirse, sino más bien complementarse necesariamente para su afirmación como entidad superior e integral.

En la lógica de derechos, entonces, sería profundamente inadecuado proteger a uno de los elementos que conforman el complemento porque generaría un desequilibrio indeseable e inadecuado. De ahí, entonces, que tenga sentido que tanto seres humanos como naturaleza gocen de igual protección jurídica.

### 3.4. El principio de reciprocidad<sup>53</sup>

El principio de reciprocidad es la forma práctica como interactúan los demás principios brevemente enunciados. En todo tipo de interacción, humana y no humana, cada vez que se produce un acto o fenómeno se manifiesta un acto recíproco como una contribución complementaria. Toda actuación humana tiene trascendencia cósmica y forma parte de un orden universal. Esta forma de ver el mundo no tiene sentido para el pensamiento occidental que es profundamente individualista y que promueve, por el contrario, la autonomía de la voluntad y la libertad para tomar decisiones.

Los actos de los seres humanos, al igual que los de la naturaleza, se condicionan mutuamente, *de tal manera que el esfuerzo o la ‘inversión’ en una acción por un actor será ‘recompensado’ por un esfuerzo o una ‘inversión’ de la misma magnitud por el receptor*<sup>54</sup>. De ahí se desprende, por ejemplo, que el trueque tenga mucho sentido en las relaciones económicas entre personas.

La base de la reciprocidad es lo que Estermann denomina “justicia cósmica”, que aglutinaría todas nuestras formas compartimentalizadas de entender la justicia (económica, judicial, social...). Por ello, la base de toda relación es el orden cósmico. Un acto indebido puede alterar el orden global.

52 Estermann, Josef, *op. cit.*, pp. 130-131.

53 *Ibidem*, pp. 131-135.

54 *Ibidem*, p. 132.

El equilibrio cósmico (armonía) requiere de la reciprocidad de las acciones y la complementariedad de los actores. Esto no quiere decir que los *relata* de una relación recíproca siempre sean ‘equi-valentes’ y ‘con-naturales’, sino que a la iniciativa de un *relatum* corresponde una reacción complementaria de otro *relatum*. Una relación (unilateral) en la que una parte sólo da o sólo es activa, y la otra únicamente recibe o es pasiva, para el runa andino no es imaginable ni posible<sup>55</sup>.

El principio de reciprocidad se lo puede apreciar, vivir y aplicar en cualquier campo de la vida, desde lo cotidiano y aparentemente personal hasta lo trascendente y cósmico.

En cuanto a la relación con la naturaleza, el ser humano cuando se interrelaciona con la tierra, al sembrar o cosechar, no la hace como con un objeto, sino como un sujeto, con el que trabaja, se transforma, tiene rostro. El rito de la siembra es una interrelación de profundo respeto y reciprocidad.

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. La categoría de derecho fundamental es una especie de antídoto<sup>56</sup> que neutraliza lo patético que puede ser el uso indiscriminado de la naturaleza.

Como se puede desprender de este acápite y contrastando con los anteriores, la filosofía andina no parte desde la concepción de que el ser humano es el único y exclusivo receptor de los beneficios del discurso de derechos. Al contrario, la lógica andina no considera y, por tanto, en la fundamentación

55 *Ibidem*, p. 134.

56 Nino, Carlos Santiago, “Introducción”, en *Ética y derechos humanos*, Editorial Astrea, 2ª. edición, Argentina, 2005, p. 4.

se descarta el antropocentrismo. Gudynas ha denominado al nuevo paradigma como “biocéntrico” por oposición al dominante en el derecho<sup>57</sup>.

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.

#### IV. Del agujero negro al Big Bang

En el principio era la nada o todo contraído, o algo que era una singularidad espacio temporal de densidad infinita matemáticamente paradójica, lo cierto es que sucedió una gran explosión y el universo, desde entonces, se ha ido expandiendo; de ahí el porqué los planetas y las estrellas se van alejando. De igual modo, en el principio jurídico no había teoría hasta que a algún filósofo se le ocurre crear una institución y ésta va desarrollándose y sus postulados originales se multiplican y se alejan entre sí. Algo así sucede con el tratamiento jurídico de la naturaleza.

El agujero negro quizás era la completa integración entre el ser humano con la naturaleza hasta que se instituyó el mandato bíblico, al menos en la tradición judeo-cristiana que es la que influye determinantemente en la cultura occidental, de dominar la tierra y someterla<sup>58</sup>. El ser humano se convierte en una especie de mayordomo de la Tierra y de la naturaleza. En la historia bíblica del origen del universo, el ser humano es la creación a imagen y semejanza de Dios y ejerce ese poder en la Tierra, además de usarla, la debe fructificar, debe multiplicarse y llenar la Tierra<sup>59</sup>. Someter a la naturaleza significa dominar la tierra, los peces del agua, las aves del cielo, los animales y, en suma, ejercer autoridad sobre todo ser no humano. Esta norma, de ca-

57 Gudynas, Eduardo, *El mandato ecológico. Derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución*, Abya Yala, Quito, 2009, pp. 39, 58, 63, 65.

58 Génesis 1:28.

59 Goto, Rafael, “Reflexiones sobre Biblia y medio ambiente”, 11 de septiembre 2007, en Internet, <http://www.radioevangelizacion.org/spip.php?article1008>, Acceso: 16 abril 2010; además de hacer una interpretación clásica, este autor hace una referencia contemporánea basada en la responsabilidad.

rácter moral, es la que primará y se aplicará durante gran parte de la historia de la humanidad.

En términos de derecho positivo, podríamos afirmar que, dentro de la lógica liberal, estaba permitido hacer cualquier actividad con relación a la naturaleza. La naturaleza estaba bajo la categoría del derecho a la propiedad. En este sentido, la naturaleza se compartimentaliza en tantas partes cuantos propietarios existen. El destino de la naturaleza depende de la forma de disposición de los dueños. Los propietarios pueden usar, usufructuar y disponer (prestar, vender o abandonar) un bien, mueble o inmueble sin que exista restricción alguna. Si somos dueños de un pedazo de tierra, lo podemos sembrar, quemar, pavimentar, talar, vender, descuidar, proteger. Hay una máxima que dice que, en las relaciones privadas, como el ejercicio de los derechos de propiedad, se puede hacer todo lo que no esté prohibido. Como puede constatar en las legislaciones penales del siglo pasado, desde el derecho liberal, cualquier atentado contra los derechos de la naturaleza no estaba penalizado, luego se entiende que se puede hacer cualquier actividad u omisión que a uno se le ocurra.

En cuanto a aquellos bienes que no tienen propietarios privados, se considera que los estados ejercen los derechos de los propietarios. Esto sucede, por ejemplo, con los páramos, con los mares, con el subsuelo, con el aire y el espacio, con los ríos, con las aguas y en general con aquella naturaleza que, dentro del territorio nacional, no tiene propietario privado. El Estado puede, como cualquier dueño, disponer de la propiedad; en unos casos no puede vender, sin embargo puede autorizar su uso y usufructo.

Un problema aparte, y sumamente complejo, es el de los bienes que no tienen dueños privados ni estatales, y se trata de los bienes comunes (*common goods*), tales como el mar intercontinental, el espacio aéreo y en general todos aquellos bienes que no tienen control por el principio de soberanía estatal y que se comparten entre todos los seres humanos y entre todos los estados. Hay quienes, desde una perspectiva liberal, consideran que el no tener un dueño que cuide el bien, éstos están condenados a ser destruidos (*the tragedy of the commons*)<sup>60</sup>. Hay otros que dicen que al apropiarse inmediatamente se

60 Norman Wray cuenta que, en las discusiones en la Asamblea Constituyente de Ecuador se esgrimió, al respecto, el siguiente argumento: “Se han preguntado ustedes ¿por qué las ballenas desaparecen? Y a continuación, ¿por qué las vacas no? La respuesta fue inmediata: en el primer caso nadie es

convierten en bienes excluyentes. Lo cierto es que el derecho permite su uso y usufructo y que cada vez hay un llamado a respetar y cuidar estos bienes. De cualquier forma, en estas dos concepciones (la bíblica y la civil), la naturaleza es un objeto, un bien, mueble o inmueble, que puede ser utilizado o dispuesto sin restricción alguna.

La Declaración de Estocolmo sobre el medio ambiente humano, aprobada el 16 de junio de 1972, marca el inicio de una nueva era en la concepción del derecho y la naturaleza. Sin duda esta pieza jurídica es la culminación de un lento y decisivo movimiento ambientalista sensible ante los problemas ecológicos que se estaban comenzando a constatar. En la declaración se reconoce que el ser humano tiene una enorme capacidad para transformar el medio ambiente que le rodea y que no siempre lo hace de forma constructiva. Se admite que ese poder de transformar, basado en la ciencia y en la tecnología.

Aplicado errónea o imprudentemente, el mismo poder puede causar daños incalculables al ser humano y a su medio ambiente. A nuestro alrededor vemos multiplicarse las pruebas del daño causado por el hombre en muchas regiones de la Tierra: niveles peligrosos de contaminación del agua, el aire, la tierra y los seres vivos; grandes trastornos del equilibrio ecológico de la biosfera; destrucción y agotamiento de recursos insustituibles y graves deficiencias, nocivas para la salud física, mental y social del hombre, en el medio ambiente por él creado, especialmente en aquél en que vive y trabaja<sup>61</sup>.

El hito estuvo en llamar la atención sobre el problema ambiental ya generado y en el establecimiento de mínimos normativos para prevenir peores daños. Sin embargo, la entrada sigue siendo desde la centralidad del ser humano. *El hombre es a la vez obra y artífice del medio ambiente que lo rodea*<sup>62</sup> [...] *La protección y mejoramiento del medio ambiente humano es una cuestión fundamental que afecta al bienestar de los pueblos y al desarrollo económico del*

---

dueño de ellas, por lo tanto ¿quién las cuida?”, en Wray, Norman, “Los retos del régimen de desarrollo. El buen vivir en la Constitución”, en Acosta, Alberto y Esperanza Martínez (compiladores), *El buen vivir. Una vía para el desarrollo*, Abya Yala, Quito, 2009, p. 52.

61 Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, numeral 3.

62 *Ibidem*, numeral 1.

*mundo entero [...]* <sup>63</sup>. En otras palabras, el ser humano sigue el mandato bíblico de ser mayordomo de la Tierra, pero tiene que hacerlo con cuidado porque le puede afectar a su propio desarrollo.

Podríamos afirmar que la Declaración de Estocolmo es la piedra angular del derecho ambiental moderno y el impulsor definitivo del movimiento social denominado *Verde*. El derecho ambiental ha tenido un desarrollo conceptual notable tanto a nivel doctrinario (existen incluso especializaciones universitarias, en varias disciplinas, sobre el ambiente), como a nivel normativo. Además, podríamos afirmar, sin temor a equivocarnos, que casi todos los países de influencia occidental cuentan con códigos ambientales, que tienen como objeto establecer restricciones y salvaguardas al medio ambiente. Existen reglas, directrices, autoridades administrativas y prohibiciones en relación con la forma como se debe tratar al medio ambiente. El derecho a la propiedad ha sufrido serias restricciones y controles. No existe, pues, plenas facultades de disposición, ni de uso y usufructo.

A la par del derecho ambiental, se ha desarrollado también una protección (represión) extra, que es la rama penal-ambiental. Se ha considerado que el daño producido al medio ambiente debe tener una protección extraordinaria. Por un lado, podría pensarse que el medio ambiente se ha convertido en un bien jurídico digno de respuesta penal; por otro, podría discutirse sobre la efectividad de este severo mecanismo para producir cambios de conducta y la proporcionalidad en el uso de penas, particularmente la privación de la libertad, con relación al daño que produce la conducta considerada delictiva.

Un paso más adelante ha sido, otra vez desde el derecho internacional, la expedición de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, aprobada el 14 de junio de 1992, que determinó que:

Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza<sup>64</sup>.

<sup>63</sup> *Ibidem*, numeral 2.

<sup>64</sup> Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Principio 1.

Es decir, de ahí en adelante el lenguaje de derechos humanos se incorpora a la consideración jurídica de la naturaleza. El potente lenguaje de derechos tendrá como contrapartida la demanda de una obligación vinculante por parte de los Estados. El eco de esta declaración no se hizo esperar. En los mismos años noventa, particularmente algunas constituciones de Latinoamérica, como las más recientes andinas, reconocerán que todo ser humano tiene derecho a un medio ambiente sano. Esta perspectiva, que es un gran adelanto conceptual —se sigue expandiendo el panorama teórico-jurídico—, sin embargo sigue considerando a la naturaleza como un medio indispensable para la supervivencia del ser humano. La naturaleza goza de protección especial en tanto es el humano el que se beneficia de ella. Es decir, la visión antropocéntrica sigue siendo la que prima.

La Constitución de 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. Algunas rupturas conceptuales, comenzando por la denominación. No cabe ya el término genérico de “derechos humanos” para referirse a los derechos que tienen una protección especial en las Constituciones. Conviene denominarlos derechos fundamentales o derechos constitucionales. Otra ruptura es que la protección a 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. Tercera ruptura, la teoría jurídica tradicional para entender el derecho tiene que buscar nuevos fundamentos y renovadas lecturas, que tienen que ver con la ruptura del formalismo jurídico y con una superación de la cultura jurídica imperante.

Sin embargo, estamos convencidos, al menos con lo que hemos analizado de la filosofía andina, que este avance no será el último ni el definitivo. La concepción de derechos, al ser manifiestamente occidental, distinguirá entre derechos de los humanos y no humanos, y creará dos categorías que pueden ser analizadas de forma distinta y separada. Esta concepción sigue fortaleciendo la lógica dualista y categorial propia del pensamiento occidental.

Paralelamente al desarrollo conceptual del pensamiento occidental, han existido y existen formas de concebir a la naturaleza. Como hemos visto, de acuerdo con la filosofía andina, la naturaleza no es un ente separado del ser humano ni viceversa. Hemos afirmado que defender los derechos de la na-

turalaleza es defender al ser humano y que defender al ser humano es defender la naturaleza. No es suficiente la creación de la categoría *derechos de la naturaleza* sino que se tiene que, algún momento, superar estas distinciones que, al dividir, debilitan la concepción holística de la existencia, de la vida, del universo.

El maestro Zaffaroni nos recuerda la concepción griega de la Gaia, que era la diosa griega Tierra y que consideraba al planeta como un ser vivo, como un sistema que regula y recrea la vida, que se renueva y que está en constante cambio, que es tan importante que es una diosa, que tiene que ser venerada y cuidada<sup>65</sup>.

Así como los *runas* andinos, los griegos antiguos, estamos seguros de que otros pensamientos no dominantes deben haber desarrollado hace mucho tiempo ya, normas que disponen el trato armónico y respetuoso con la naturaleza. Ahí tenemos un camino por explorar, además sabiendo que en muchos casos esa sabiduría que existe posiblemente no esté escrita. El derecho, una vez más, tiene que aprender de otras ciencias, como la antropología, la historia y la sociología, para seguir mejorando el sistema jurídico y, en este caso, desarrollando el contenido del derecho de la naturaleza.

## V. Reflexiones finales

Conviene plasmar algunas palabras sobre la utopía de los derechos y también sobre la “lógica” indígena invocada en este ensayo. Toda declaración de derechos constitucional siempre —y no puede dejar de serlo— debe ser utópica y plantear una realidad que, siendo difícil o hasta imposible de alcanzar, es deseable luchar porque se la consiga. Todos y cada uno de los derechos sig-

65 Véase, en esta misma obra, Zaffaroni, Eugenio Raúl, “La naturaleza como persona: *Pachamama y Gaia*”. No podemos dejar de reconocer que este ensayo, que lo hemos difundido con entusiasmo en más de una clase que hemos podido compartirlos con nuestros alumnos en clases de Derechos Humanos y en un doctorado en Salud Pública, ha sido una motivación inmensa para seguir apreciando nuestra constitución ecuatoriana y para emprender el desafío teórico, al publicar este libro, de dar contenido al derecho a la naturaleza. Tampoco podemos dejar de reconocer que en todo este ensayo hemos tenido la tentación más de una vez de resumir los postulados del maestro y filósofo Zaffaroni, pero nos hemos abstenido de hacerlo al saber que este maravilloso documento consta en este libro.

nifican una aspiración y un problema por superar. Si se establece que hay derecho a la nutrición es porque hay niños y niñas desnutridos crónicos; si se reconoce la dimensión positiva del derecho a la vida es porque hay mortalidad infantil; si se establecen los derechos del buen vivir es porque hay un modelo de desarrollo que aplasta e impide el ejercicio de todas las potencialidades del ser humano; si se establece la igualdad material es porque vivimos en una sociedad que perenniza la exclusión. Si se establece los derechos de la naturaleza es que la capa de cemento que nos separa de la tierra no sólo nos separa dos centímetros, sino un millón de años luz de lo que realmente somos: tierra o polvo.

Por otro lado, los derechos son siempre una herramienta contra el poder que tenemos, en terminología de Ferrajoli, los más débiles. Desde la lógica del poder, los derechos subvierten el *statu quo* y se convierten en un arma para eliminar *privilegios fundados en inequitativas relaciones de poder*<sup>66</sup>.

Así que no sólo son falsas promesas, sino que son instrumentos de lucha y mundos en los que queremos vivir.

Se podrá afirmar, al apelar a la filosofía andina, que estamos idealizando el mundo indígena y que estamos resucitando al “buen salvaje”. Pero aun suponiendo que los indígenas andinos están tan aculturizados que lo que se afirma en relación con su concepción de la naturaleza no es cierto, nadie nos quita que la concepción de un indígena precolonial o de unas concepciones que nos pueden ayudar a alcanzar el buen vivir son importantes, por ello debemos rescatarlas o crearlas.

En cuanto a la naturaleza, nos permitimos resumir un extracto de una novela que para nosotros ha sido muy aleccionadora: *La rebelión de la granja*, y que consideramos nos puede ayudar para cerrar este ensayo.

Una noche el señor Jones, propietario de una granja, cierra el gallinero. Enseguida, alborotados, los animales de la granja se reúnen para escuchar el sueño un cerdo bonachón y majestuoso, que ha llegado a entender el sentido de la vida. El cerdo, Viejo Mayor, que tiene doce años ya —nos cuenta George Orwell<sup>67</sup>— siente la necesidad de contar un sueño extraño a todos los animales de la granja. Pero antes Mayor hace algunas preguntas que despier-

66 Melo, Mario, *op. cit.*, p. 53.

67 Orwell, George, *La rebelión de la granja*, capítulo I, Clásicos Universales, Edición Integra, Ediciones Escolares, Madrid, 2ª. edición, 2004, pp. 25-33.

tan la conciencia de los animales. ¿Cuál es la realidad de nuestras vidas? Las gallinas tienen huevos que no son destinados a ser gallinas, sino a ser vendidos en el mercado; las vacas tienen leche que no es para robustecer a sus terneros, sino para que se tomen los humanos; los cerdos son engordados para ser muertos y comidos, los caballos sirven para transportar, los perros para cuidar, nadie es dueño de su vida y de su libertad. ¿Esta realidad forma parte del orden natural? No, mil veces no, insiste el cerdo Mayor. ¿Por qué continuar en esta mísera condición? El ser humano arrebató todo, consume sin producir, da lo mínimo, acumula sin compartir. El cerdo enuncia su sueño que es una vida donde cada animal sea dueño de su piel, de su trabajo, de su libertad, de su vida y hasta de su muerte. Todos se consideran iguales y comparables. Y comienza la rebelión de la granja por la dignidad.

La lectura de este cuento, que puede ser metáfora de las relaciones entre seres humanos o patéticamente real cuando uno aplica a las formas de relacionamiento entre los seres humanos y otros seres vivos no humanos incluidos, por supuesto, la naturaleza, nos habla de una forma de interactuar que no es adecuada y que provoca justificadamente una rebelión.

La naturaleza, de alguna manera, se está rebelando. El calentamiento global y las consecuencias en la vida humana es una de sus manifestaciones. A diario leemos noticias que nos hablan de desequilibrios ecológicos. Por un lado, hay unas terribles sequías y seres que se mueren por no tener agua ni alimentos; por otro lado, hay unas terribles inundaciones y seres que también se mueren en cambio por tener demasiada agua y no tener vivienda ni medios de subsistencia por las inundaciones. ¿Será que el ser humano no ha sido capaz de comprender la rebelión de la granja y de la naturaleza? Cuando uno lee sobre los grandes foros económicos mundiales y sus resoluciones, la primera reacción es pensar que no somos aún sensibles ante estos problemas humanos. Pero también cuando miramos y aprendemos sobre la lucha que muchos movimientos sociales realizan para denunciar y promover una relación más armónica con la naturaleza, no podemos sino tener la esperanza firme de que las cosas pueden cambiar.

El derecho a la naturaleza establecido en la Constitución del Ecuador es al mismo tiempo un hito en una lucha de movimientos sociales y un comienzo. Los derechos al final siempre son armas ficticias, etéreas y abstractas que pretenden regular relaciones basadas en el poder. Es más fácil exigir

cuando un sistema jurídico ha reconocido un derecho que hacerlo sin él. Pero el derecho, como las garantías jurídicas, no es suficiente. Estas conquistas jurídicas se nutren de las luchas y de los movimientos sociales. También los grandes cambios se nutren y requieren *esfuerzos audaces y mentes abiertas*<sup>68</sup>. Se ha demostrado históricamente que los poderosos nunca han cedido sus privilegios de forma voluntaria, sino que lo han hecho gracias a la lucha y a la presión de la gente<sup>69</sup>. Esa lucha en Ecuador tiene múltiples caras y organizaciones, muchas de ellas que ni siquiera conocemos, sin embargo queremos dedicar este pequeño esfuerzo académico a Alberto Acosta y a Elizabeth Martínez, quienes de alguna manera tuvieron el merecido honor, después de haberlo pregonado en Ecuador muchos años antes, de impulsar su reconocimiento constitucional.

## VI. Bibliografía

- Acosta, Alberto, “Los grandes cambios requieren de esfuerzos audaces”, en Acosta, Alberto y Esperanza Martínez (compiladores), *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, Abya Yala, Quito, 2009.
- Acosta, Alberto y Esperanza Martínez (compiladores), *El buen vivir. Una vía para el desarrollo*, Abya Yala, Quito, 2009.
- , *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, Abya Yala, Quito, 2009.
- Albán, Amparo, “El tema ambiental en el nuevo derecho constitucional ecuatoriano”, en Pérez Ordoñez, Diego, *La Constitución Ciudadana. Doce visiones sobre un documento revolucionario*, Taurus, Quito, 2009.
- Beuchot, Mauricio, “Abordaje filosófico del problema de la fundamentación de los derechos humanos”, en *Filosofía y derechos humanos*, Siglo veintiuno editores, 4ª. Edición, México, 2001.

68 Acosta, Alberto, “Los grandes cambios requieren de esfuerzos audaces”, en Acosta, Alberto y Esperanza Martínez (compiladores), *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, Abya Yala, Quito, 2009, p. 15.

69 Véase Pissarello, Gerardo, “los derechos sociales y sus garantías: por una reconstrucción democrática participativa y multinivel”, en *Los derechos sociales y sus garantías*, Editorial Trotta, Madrid, p. 111.

- Borja Ortiz, Andrés, “Derechos de la Naturaleza”, en Cordero, David y otros, *Nuevas instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano*, Serie 14 de investigación, INREDH, Imprenta Cotopaxi, Quito, 2009.
- Capella, Juan Ramón, *Entrada en la barbarie*, Editorial Trotta, Madrid, 2007.
- Carbonell, Miguel, “Derechos fundamentales en América Latina”, en Carbonell, Miguel, Jorge Carpizo y Daniel Zovatto (coordinadores), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, No. 514, México, 2009.
- Elizalde Hevia, Antonio, “Derechos de la Naturaleza ¿Problema jurídico o problema de supervivencia colectiva?”, en Acosta, Alberto y Esperanza Martínez (compiladores), *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, Abya Yala, Quito, 2009.
- Ende, Michael, *Momo*.
- Estermann, Josef, *Filosofía Andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Abya Yala, Quito, Ecuador, 1998.
- Ferrajoli, Luigi, “Derechos Fundamentales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, España, 2001.
- , “Igualdad y diferencia”, en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, 3ª. edición, 2003.
- Fukuyama, Francis, “La dignidad”, en *El fin del hombre/el último hombre*, Punto de Lectura, 2003.
- Galeano, Eduardo, *La naturaleza no es muda*, en Acosta, Alberto, “Los grandes cambios requieren de esfuerzos audaces”, en Acosta, Alberto y Esperanza Martínez (compiladores), *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, Abya Yala, Quito, 2009.
- Goto, Rafael, “Reflexiones sobre Biblia y medio ambiente”, 11 de septiembre 2007, en Internet, <http://www.radioevangelizacion.org/spip.php?article1008>, Acceso: 16 abril 2010.
- Gudynas, Eduardo, “Derechos de la naturaleza y políticas ambientales”, en Acosta, Alberto y Esperanza Martínez (compiladores), *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, Abya Yala, Quito, 2009.
- , *El mandato ecológico. Derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución*, Abya Yala, Quito, 2009.
- Kant, Immanuel, “The doctrine of virtue”, en *Metaphysics of morals*, citado por Steiner Henry y Philip Alston, *International Human Rights in context*,

- Law Politics and Morals*, Oxford University Press, Second Edition, 2000.
- Larrea, Carlos, “Naturaleza, sustentabilidad y desarrollo en el Ecuador”, en Acosta, Alberto y Esperanza Martínez (compiladores), *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, Abya Yala, Quito, 2009.
- Martínez, Esperanza, “Los Derechos de la Naturaleza en los países amazónicos”, en Acosta, Alberto y Esperanza Martínez (compiladores), *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, Abya Yala, Quito, 2009.
- Melo, Mario, “Los derechos de la naturaleza en la nueva Constitución ecuatoriana”, en Acosta, Alberto y Esperanza Martínez (compiladores), *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, Abya Yala, Quito, 2009.
- Nino, Carlos Santiago, “Introducción”, en *Ética y derechos humanos*, Editorial Astrea, 2ª. edición, Argentina, 2005.
- Orwell, George, *La rebelión de la granja*, capítulo I, Clásicos Universales, Edición Intgra, Ediciones Escolares, Madrid, 2ª. edición, 2004.
- Pacari, Nina, “Naturaleza y territorio desde la mirada de los pueblos indígenas”, en Acosta, Alberto y Esperanza Martínez (compiladores), *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, Abya Yala, Quito, 2009.
- Peña Freire, Antonio Manuel, “Derechos subjetivos y garantía”, en *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Editorial Trotta, España, 1997.
- Pérez Ordoñez, Diego, *La Constitución Ciudadana. Doce visiones sobre un documento revolucionario*, Taurus, Quito, 2009.
- Pissarello, Gerardo, “los derechos sociales y sus garantías: por una reconstrucción democrática participativa y multinivel”, en *Los derechos sociales y sus garantías*, Editorial Trotta, Madrid.
- Pulido, Carlos Bernal, *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- Roig, Arturo Andrés, “La dignidad humana y la moral de la emergencia en América Latina”, en *Ética del poder y moralidad de la protesta, la moral latinoamericana de la emergencia*, Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar, Colección Temas, vol. 10, 2002.
- Sagan, Carl y Ann Druyan, *Shadows of forgotten ancestors*, Ballantine Books, New York, 1992.
- Saint-Exupery, Antoine de, *El Principito-Le Petit Prince*, Traducción Joelle Eyhéramonno, Enrique Sainz Editores S.A., impreso en T.G. Ripoll, España, 1994.

- Salgado Pesantes, Hernán, “La nueva dogmática constitucional en el Ecuador”, en Carbonell, Miguel, Jorge Carpizo y Daniel Zovatto (coordinadores), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, No. 514, México, 2009.
- Serrano Pérez, Vladimir, “El buen vivir y la Constitución ecuatoriana”, en Pérez Ordoñez, Diego, *La Constitución Ciudadana. Doce visiones sobre un documento revolucionario*, Taurus, Quito, 2009.
- Seuss Geisel, Theodor, *Horton hears a Who!*
- Sousa Santos, Boaventura de, *De la mano de Alicia: lo social y lo político en la postmodernidad*, Siglo del Hombre Editores, Ediciones Uniandes, Universidad de los Andes, Colombia.
- , *La caída del angelus novus: ensayos para una nueva teoría social*, ILSA, Bogotá, 2003.
- Singer, Peter, *Liberación Animal*, Editorial Trotta, Madrid, 1999.
- Subiela, Eliseo, *Hombre mirando al Sudeste*, Argentina, 1986.
- Willian, Joan, “Igualdad sin discriminación”, en *Derecho y Género*, LOM ediciones, 1999. El mismo artículo también está publicado en Ávila Santa María, Ramiro y otros, *El género en el derecho, ensayos críticos*, Serie Justicia y Derechos Humanos No. 11, V&M Gráficas, Quito, 2010.
- Wray, Norman, “Los retos del régimen de desarrollo. El buen vivir en la Constitución”, en Acosta, Alberto y Esperanza Martínez (compiladores), *El buen vivir. Una vía para el desarrollo*, Abya Yala, Quito, 2009.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, “La naturaleza como persona: *Pachamama y Gaia*”, en esta publicación.