LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA E INDIANA
REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 7. Nro. 9 Julio – Diciembre, 2018 • Pág. 33-53

LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA E INDIANA

The rights of Nature in Colombian and Indian case-law

*Silvia Bagni**

Presentado: 05 de septiembre de 2018. Aceptado: 31 de octubre de 2018

RESUMEN: La Naturaleza ha sido, por largo tiempo, una voz no escuchada por el derecho. Sin embargo, desde los (Setentas) Setenta del siglo pasado, la comunidad internacional ha empezado a cambiar de mentalidad y considerar el ambiente como un objeto de interés jurídico. La crisis ambiental que está amenazando el planeta, nuestra Casa común, y nuevos enfoques epistemológicos basados en la earth jurisprudence, han favorecido la emersión del concepto de "derechos de la Naturaleza". A nivel constitucional, han sido reconocidos en la Constitución de Ecuador en 2008(, pero). Además, muchos otros Países han aprobado(s) leyes que atribuyen personalidad jurídica a ríos, glaciares, animales, etc. El (articulo) artículo compara la reciente jurisprudencia colombiana e indiana que ha reconocido componentes naturales como sujetos de derechos.

ABSTRACT:

The rights of Nature in Colombian and Indian case-law. Nature has been for long time an unheard voice for the Law. Since the Seventies of the past century, however, the international community has begun to change its mind and to consider the environment as something worthy of consideration from a legal perspective. The environmental crisis that is menacing the existence of our common Home and new epistemological approaches based on earth jurisprudence have favored the emergence of the concept of "rights of Nature". At constitutional level, it has been introduced in the 2008 Ecuadorian Constitution. Besides, other countries have implemented laws about the rights of rivers, glaciers, animals, etc. The article focuses on the case-law formant and compares recent Colombian and Indian case-law, where "legal personality" has been recognized to natural elements.

KEYWORDS: rights of Nature; ecological constitutionalism; Harmony with Nature; biocultural rights; sustainable development

«[…] before these priceless bits of America (such as a valley, an alpine meadow, a river, or a lake) are forever lost or are so transformed as to be reduced to the eventual rubble of our urban environment, the voice of the existing beneficiaries of these environmental wonders should be heard»

(Mr. Justice Douglas, dissenting opinion en Sierra Club vs. Morton, Sec. Int., 405 U.S. 727 (1972)

*Doctora en Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia, Investigador en Derecho Público Comparado de la Universidad de Bolonia, Beca posdoctoral en Derecho Público Comparado en la Universidad de Bolonia, Investigadora de Derecho Público Comparado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia. - silvia.bagni@unibo.it

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

1. El camino hacia el reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos

En la tradición judeo-cristiana, el ser humano es puesto en el centro de la creación y domina la Naturaleza. Sin embargo, y a pesar de la reticencia con la cual se cambia punto de vista en la Iglesia católica, el Papa Francisco, con la Encíclica *Laudato sii*, ha escuchado el grito de dolor de la Naturaleza[1], invitando a la sociedad, creyentes y no, a un cambio ecológico en sus relaciones con la creación. La Encíclica insiste sobre la conexión estrecha entre el maltrato del entorno natural y la situación de pobreza extrema en la cual viven casi 800 millones de personas[2], que sufren de hambre en un mundo que podría garantizar a todos los medios de sustento, si no fuese sobre-explotado por un sistema económico voraz y sumamente desigual.

La indisoluble relación entre pobreza y crisis ecológica ha sido subrayada por la mayoría de los estudios sociales críticos que defienden la emersión de nuevos paradigmas epistemológicos fundados desde el Sur[3], a través de la recuperación de tradiciones culturales autóctonas, siempre vinculadas a una relación armónica, y no jerárquica o de explotación entre el ser humano y la Naturaleza.

En el ámbito jurídico, esta visión crítica implica un replanteamiento de las tradicionales categorías del derecho del medioambiente, a partir de una perspectiva no antropocéntrica, sino bio o ecocéntrica. El cambio de perspectiva permite avanzar en la idea de una nueva dogmática de los derechos, que incluye también, entre los sujetos jurídicos, seres no

1 V. también E. Galeano, *We Must Stop Playing Deaf to Nature*, en Aa.Vv., *Does Nature have Rights? Transforming Grassroots Organizing to Protect People and the Planet*, Pachamama Foundation, 2: «Nature has a lot to say, and it has long been time for us, her children, to stop playing deaf. Maybe even God will hear the cry rising from this Andean country and add an eleventh amendment, which he left out when he handed down instructions from Mount Sinai: "Love nature, which you are a part of». Defensa de la Naturaleza y lucha a la pobreza son las líneas de desarrollo del pensamiento de Galeano y de Paulo Freire, que han influenciado el movimiento ambientalista en América Latina. A lo mejor, no es por casualidad que hay sido un Papa argentino a firmar la *Laudato sii*. Cfr. J. Martinez-Alier, M. Baud and H. Sejenovich, *Origins and Perspectives of Latin American Environmentalism*, en F. de Castro, B. Hogenboom, M. Baud (eds), *Environmental Governance in Latin America*, Palgrave Macmillan, 2016, DOI 10.1057/9781137505729, 43.

2 Informe Oxfam 2018, https://www.oxfamitalia.org/wp-content/uploads/2018/01/Rapporto-Davos-2018.-Ricompensare-il-Lavoro-Non-la-Ricchezza.pdf

3 Nos referimos a B. de Sousa Santos, *Una Epistemología del Sur. La reinvención del conocimiento y la emancipación social*, Buenos Aires, 2009. V. sin embargo, fuera de America, U. Baxi, *Towards a climate change justice theory?*, en *Journal of Human Rights and the Environment*, Vol. 7, No. 1, 2016, 7-31.

LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA E INDIANA
REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 7. Nro. 9 Julio – Diciembre, 2018 • Pág. 33-53

humanos, como la Naturaleza en sí misma o sus propios componentes[4].

Este pensamiento crítico ha influenciado el nuevo constitucionalismo andino, en particular en Ecuador y Bolivia.

El capítulo VIII de la Constitución ecuatoriana de 2008 se intitula "De los derechos de la Naturaleza" y el art. 71 afirma 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». La norma reconoce a toda persona, comunidad, pueblo y nacionalidad la legitimación para exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la Naturaleza. Además, el Estado se compromete a incentivar a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la Naturaleza, y a promover el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema. El art. 72 const. atribuye a la Naturaleza un autónomo derecho a la restauración, que será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados.

Hay varias disposiciones más que integran la "Constitución ecológica" ecuatoriana[5]. Algunas ponen en relación la defensa de la Naturaleza con otro concepto clave del "giro biocéntrico" del ordenamiento: el *sumak kawsay* o *buen vivir*. Es un concepto propio de las cosmovisiones andinas que, según el preámbulo de la Constitución, representa el objetivo supremo del Estado: construir una nueva forma de convivencia ciudadana, un nuevo pacto social, en diversidad (interculturalidad y plurinacionalidad) y armonía con la naturaleza[6].

La Constitución boliviana de 2009, aun incorporando el equivalente aymara del *sumak kawsay*, el *suma kamaña*, no llega hasta el reconocimiento de derechos a la Naturaleza. Sin embargo, este resultado se ha logrado por medio de reformas legislativas, con la Ley 71 de 2010 (*Ley de derechos de la Madre Tierra*) y la Ley 300 de 2012 (*Ley marco de la Madre Tierra y desarrollo integral para vivir bien*).

4 Una exhaustiva reflexión se encuentra en M. Carducci, *Natura (diritti della)*, en *Dig. Disc. Pubbl.*, Milán, 2017, 486 ss.

5 Por ej., el art. 250, que reconoce el territorio de las provincias amazónicas como parte de un ecosistema necesario para el equilibrio ambiental del planeta; o el art. 395 ss. sobre Naturaleza y ambiente, biodiversidad, patrimonio natural y ecosistemas.

6 Se renvía a S. Bagni, *Dal* Welfare State *al* Caring State*?*, en S. Bagni (a cura di), *Dallo Stato del* bienestar *allo Stato del* buen vivir. *Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, Bolonia, 2013, 19-59.

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

El Gobierno boliviano ha sido el principal promotor de otra importante iniciativa en defensa de la Naturaleza frente a las Naciones Unidas. Después del discurso del Presidente Morales a la Asamblea General en 2009, las NN.UU. proclaman, el 22 de abril Día Internacional de la Madre Tierra. Enseguida, la Asamblea adopta la primera Resolución sobre Armonía con la Naturaleza. A partir de 2011, bajo informes redactados por el Secretario General, la Asamblea organiza cada año un debate interactivo sobre el tema y se crea oficialmente el programa *Harmony with Nature*. Desde 2016, la Asamblea decide incluir formalmente en este programa un grupo de expertos de *earth jurisprudence*, que son involucrados en un diálogo virtual permanente, con el objetivo de sensibilizar la opinión pública mundial sobre la necesidad de un giro ecocéntrico en todo tipo de relación humana.

Al mismo tiempo, varios Países han implementado acciones para el reconocimiento de derechos a la Naturaleza. Por ej., se han aprobado leyes que otorgan el estatus de sujeto de derechos a elementos naturales, como ríos, montañas, glaciares, etc., a menudo en conexión con la defensa de las tradiciones y costumbres de pueblos indígenas, como en Australia el río Yarra o en Nueva Zelanda el exparque nacional Te Urewera o el río Te Waiū-o-Te-Ika.

2. Finalidad de la comparación y criterio de comparabilidad

En algunos Países, el reconocimiento de derechos a la Naturaleza no ha pasado por la vía legislativa o constitucional, sino por el formante jurisprudencial[7].

El objetivo de la presente investigación es comparar las varias sentencias para conocer y clasificar los instrumentos jurídicos, los parámetros y las argumentaciones que las Cortes han utilizado con el fin de reconocer el estatus de persona jurídica a ríos, lagos, glaciares, hábitats naturales, etc.

En Ecuador, el 30 de marzo de 2011, la Corte provincial de Loja decide el caso *Loja v. Río Vilcabamba*, aplicando por primera vez el art. 71 const. sobre derechos de la Naturaleza, para que se respete el ciclo vital de un río, amenazado por trabajos de excavación finalizados a la construcción de una nueva carretera provincial. La acción de protección es promovida por dos extranjeros residentes

7 El programa *Harmony with Nature*, http://www.harmonywithnatureun.org, cura la actualización de un *database* de actos normativos y jurisprudenciales donde se reconocen los derechos de la Naturaleza en todo el mundo. Los ordenamientos donde existen sentencias sobre derechos de la Naturaleza son: Colombia, Ecuador, India y Estados Unidos. V. también L. Cano Pecharroman, *Rights of Nature: Rivers That Can Stand in Court*, en *Resources*, vol. 7, n. 1, 2018, 1-14.

LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA E INDIANA
REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 7. Nro. 9 Julio – Diciembre, 2018 • Pág. 33-53

en el área, bajo la legitimación universal reconocida por ley en caso de acciones para la defensa de derechos constitucionales. La sentencia puede parecer una gran victoria del frente popular que apoyaba, desde la constituyente, la idea del otorgamiento de derechos a la Naturaleza[8]. Sin embargo, el fallo se ha quedado prácticamente incumplido, tanto que los accionantes recurren por incumplimiento frente a la Corte constitucional, lamentando la falta de elaboración de un Plan de Remediación y Rehabilitación de Áreas Afectadas, según los requerimientos técnicos previstos en la sentencia de la Corte provincial. La Corte constitucional, con sentencia N° 012-18-SIS-CC, de 28 de marzo de 2018, niega el incumplimiento, declarando que las acciones promovidas por las autoridades públicas deben entenderse como suficientes.

Posteriormente, otras sentencias de cortes ecuatorianas, tanto constitucionales cuanto ordinarias, han utilizado el art. 71 como parámetro en varias ocasiones[9]. Sin embargo, esta jurisprudencia no es comparable con las de otros Países, donde los derechos de la Naturaleza no han sido expresamente previstos en la Constitución o en la ley. De hecho, existe una norma constitucional que puede ser invocada como parámetro; la previsión en Constitución de una norma que prevé la directa e inmediata aplicación de los derechos constitucionales por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte (art. 11, N° 3 const.); la ausencia de jerarquía

8 Cfr., durante la constituyente, A. Acosta, ¿Tienen derechos los animales?, en *La Insignia*, 10 enero 2008, y luego los ensayos incluidos en A. Acosta, E. Martínez (comp.), *El Buen Vivir. Una vía para el desarrollo*, Quito, 2009 y por ende A. Acosta, E. Martínez, *Los Derechos de la Naturaleza como puerta de entrada a otro mundo posible*, en S. Bagni (a cura di), *Come governare l'ecosistema? - How to govern the ecosystem? - ¿Cómo gobernar el ecosistema?*, Bolonia, 2018, DOI 10.6092/unibo/amsacta/5799, 13 ss. Además, varios escritos de R. Ávila Santamaría, por ej. en *El neoconstitucionalismo andino*, Quito, 2016.

9 V., por ej., Corte const., sent. ~~(n.)~~ N° 017-12-SIN-CC, 26 de abril de 2012, sobre los límites de establecimiento en las islas Galápagos; Juez Temporal Segundo de lo Civil y Mercantil de Galápagos, juicio cautelar ~~(n.)~~ N° 269-2012, sobre obras públicas sin autorización ambiental; noveno Tribunal de Garantías penales del Guayas, juicio pen. 09171-2015-0004, sobre pesca ilegal de tiburón; Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Transito, causa ~~(n.)~~ N° 2003-2014 - C.T., 8 septiembre 2015, sobre la matanza ilegal de un jaguar; Corte const., sent. ~~(n.)~~ N° 218-15-SEP-CC, sobre ponderación entre derechos de la Naturaleza y derecho al trabajo (es el primer caso en materia, planteado con acción extraordinaria de protección: cfr. F.J. Bustamante Romo Leroux, *Los derechos de la naturaleza en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana*, 1 marzo 2016, http://observatoriojusticiaconstitucional.uasb.edu.ec).

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

entre los derechos constitucionales (art. 11, N° 6 const.); el principio interpretativo *in dubio pro natura* (art. 395, N° 4 const.); todo esto vuelve obligatoria, por el juez tutelar, la Naturaleza en los juicios promovidos por la defensa de sus derechos.

Si consideramos sólo ordenamientos donde no se encuentran explícitamente reconocidos los derechos de la Naturaleza, por ley o en Constitución, el primer caso judicial de la historia puede ser considerado *Sierra Club v. Morton*, en 1972, decidido por la Corte Suprema estadounidense. El Sierra Club es un comité de ciudadanos constituido para la defensa de un área natural en la Sierra Nevada, condado de Tulare, California. Propone un recurso frente a un proyecto de explotación turística del área presentado por Walt Disney Enterprises a las autoridades forestales locales. El proyecto incluía la construcción de *resorts*, hoteles, piscinas y otras *facilities*, en un área de 80 hectáreas, muy próxima al *Sequoia National Park*, con una inversión de 35 millones de dólares. La corte de distrito de primera instancia acepta el recurso del Sierra Club y adopta un mandato de suspensión de la ejecución del proyecto. Disney presenta apelación y la Corte del noveno circuito reforma la sentencia de primer grado. El Sierra Club propone *writ of certiorari* a la Corte Suprema.

Tampoco podemos utilizar este caso con finalidad comparativa, porque la Corte Suprema, por mayoría, negó el *certiorari* por razones procesales, apoyando la motivación de la Corte de apelación sobre la falta de *standing* del Sierra Club. Sin embargo, la sentencia ha sido considerada como el punto de inicio de la reflexión científica sobre la *earth jurisprudence*, a motivo de las opiniones separadas de los jueces Douglas y Blackmun, favorables a la extensión del *standing* para quien defiende los derechos de la Naturaleza. No debe olvidarse que la sentencia fue pronunciada en un momento histórico muy diferente del presente, donde prácticamente no existía conciencia ecológica tanto por las autoridades cuanto por la gente común.

En consideración de todo lo que venimos diciendo hasta aquí, el criterio de comparabilidad para nuestra investigación deriva de la combinación de dos elementos: el reconocimiento jurisprudencial de la personalidad jurídica a la Naturaleza o a sus componentes, como ríos, lagos, forestas, animales, ecosistemas; la ausencia de normas explicitas en Constitución que apoyan la perspectiva ecocéntrica, por debajo de la antropocéntrica, propia del derecho a un ambiente sano.

Estos criterios se encuentran en una serie de recientes sentencias por Cortes colombianas e indianas.

LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA E INDIANA
REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 7. Nro. 9 Julio – Diciembre, 2018 • Pág. 33-53

Establecidos los elementos de comparabilidad, hay que subrayar también las diferencias entre los dos ordenamientos, partiendo del contexto político, económico y cultural.

La Constitución indiana remonta a 1950 y su "edad" se refleja en el lenguaje con el cual se garantiza el derecho a un medio ambiente sano. El art. 48 («The State shall endeavour to protect and improve the environment and to safeguard the forests and wild life of the country») está incluido en la parte IV titulada "Principios directivos de la política estatal", y no en la parte III, dedicada a los derechos fundamentales. La tutela ambiental está, sin embargo, reconocida también como deber fundamental de los ciudadanos indianos (art. 51, let. g «to protect and improve the natural environment including forests, lakes, rivers and wild life, and to have compassion for living creatures»).

La Constitución colombiana es más reciente. Por eso, su lenguaje ha sido de alguna manera influenciado por el largo debate internacional sobre la relación entre desarrollo, sostenibilidad y tutela ambiental, originado a partir de la Conferencia de Estocolmo de 1972 sobre el hábitat humano, y luego por el informe Brundtland de 1987 y los convenios que siguieron. En los art. 79 y 80 const. se afirma el derecho a gozar de un ambiente sano y el deber del Estado de proteger la diversidad e integridad del ambiente y de conservar las áreas de especial importancia ecológica. Además, el Estado se compromete a planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución[10]. La Constitución, por lo tanto, no sólo se refiere al concepto de ambiente sano, sino defiende en múltiples ocasiones la necesidad de garantizar la dimensión "ecológica" de otros derechos como la propiedad o el desarrollo económico.

El otro elemento de distinción, que hay que tomar en cuenta sobre todo cuando se va realizando una comparación entre los instrumentos judiciales que las Cortes utilizan para lograr un mismo resultado, es el tipo de familia jurídica a la cual los sistemas pertenecen. Se trata de un sistema de derecho mixto en India, con una fuerte huella anglosajona;

10 «Art. 79. Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

Art. 80. El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados».

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

de un sistema de *civil law*, en Colombia. Esta diferencia produce relevantes consecuencias en tema de instrumentos procesales para el reconocimiento y la implementación de los derechos. Sin embargo, los relevantes poderes que tienen las cortes en un sistema de *common law* permiten también dejar de lado otra diferencia formal entre los casos analizados, es decir, el distinto nivel jerárquico de los tribunales que han pronunciado las sentencias que se irán a analizar. En Colombia, de hecho, se consideran sentencias de Cortes nacionales del más alto nivel (Corte constitucional y Suprema Corte de Justicia); en India, una *High Court* de un Estado miembro de la Unión. La doctrina del precedente y la *judge-made law*, el sistema de la *Public Interest Litigation* (PIL) y los amplios poderes de mandato y ejecución que todas las cortes indianas tienen, confieren a la jurisprudencia que se va a analizar una relevancia particular por el ordenamiento indiano en su conjunto, cortando así la distancia de nivel entre las Cortes y asegurando la comparabilidad entre los casos.

3. Colombia

3.1. El caso Río Atrato

La primera sentencia en orden cronológico es la T-622 de 10 de noviembre de 2016, emitida por la Sala sexta de revisión de la Corte constitucional. Es un proceso por revisión de fallos proferidos por acción de tutela[11] instaurada por el Centro de Estudios para la Justicia Social "Tierra Digna", en representación de varios consejos comunitarios con el fin de «detener el uso intensivo y a gran escala de diversos métodos de extracción minera y de explotación forestal ilegales» en el departamento del Chocó, atravesado por el río Atrato. Los accionantes consideran que dichas actividades ponen en serio riesgo las formas de vidas tradicionales de las comunidades étnicas que viven en ese territorio, constituido el 96% de su superficie por territorios colectivos de 600 comunidades negras, agrupados en 70 consejos comunitarios mayores y 120 resguardos indígenas.

La minería intensiva destruye el lecho del río, produce vertimiento de

11 «Art. 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable».

LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA E INDIANA
REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 7. Nro. 9 Julio – Diciembre, 2018 • Pág. 33-53

substancias altamente contaminantes, como mercurio y cianuro, y dispersa vapores de mercurio como desecho del tratamiento de los residuos, así que «la contaminación del río Atrato está atentando contra la supervivencia de la población, los peces y el desarrollo de la agricultura que son elementos indispensables y esenciales de alimento en la región, que es el lugar en donde las comunidades han construido su territorio, su vida y recrean su cultura».

Además, los accionantes denuncian la explotación forestal ilegal; la falta de infraestructuras básicas para el saneamiento de las aguas, el tratamiento de los desechos, etc.; el aumento de enfermedades infantiles, aún mortales; la drástica reducción de navegabilidad de los ríos; la disminución de la expectativa de vida en la zona (58.3 años frente a 70.3 en promedio en el resto del País).

Los parámetros constitucionales invocados son los derechos fundamentales a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al ambiente sano, a la cultura y al territorio de las comunidades étnicas afectadas.

En el primer grado, el tribunal administrativo de Cundinamarca resuelve la demanda como improcedente, por razones procesales, en cuanto se pretendía la protección de derechos colectivos y no fundamentales. Eso implicaba otra acción procesal distinta, o sea la acción popular y no la acción de tutela[12]. En apelación, el Consejo de Estado confirma el fallo impugnado. En cambio, la Corte constitucional admite la acción, considerando que se trata de defender tanto derechos colectivos como fundamentales de las comunidades étnicas.

La motivación de la Corte empieza por el análisis de la fórmula "Estado social de derecho" prevista en Constitución, que según la interpretación de la Corte, se compone tanto del reconocimiento de la diversidad étnico-cultural cuanto de la tutela del medio ambiente y de los recursos naturales (punto 4.7). Ya desde sus primeros años de actividad, la Corte había afirmado que en la nueva Constitución colombiana se podían reconocer claramente una "constitución ecológica"[13], y una

12 «Art. 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos».

13 En la sentencia T-411 de 1992, la Corte interpreta la Constitución de manera sistemática, axiológica y finalista, deduciendo el concepto de constitución ecológica de 34 disposiciones

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

"constitución cultural" (punto 5.22 ss.).

El reconocimiento final de los derechos del río Atrato consigue la unión de esos dos estatutos de derechos en el concepto de *biocultural rights*, es decir, los derechos de comunidades étnicas (por lo tanto, no sólo indígenas, sino también afrocolombianas) a administrar y ejercer tutela sobre sus territorios y sobre los recursos naturales que conforman su hábitat, de acuerdo con sus propias leyes y costumbres[14]. Los *biocultural rights* representan así el *trait-d'union* entre ambiente y cultura desde una perspectiva holística (punto 5.11). La protección «de los ríos, los bosques, las fuentes de alimento, el medio ambiente y la biodiversidad» es parte del estándar derivado del principio de «diversidad étnica y cultural de la nación», según el cual el Estado no puede imponer una específica concepción del mundo.

La Corte interpreta entonces la Constitución con un enfoque multicultural y desarrollista. Concluye considerando las autoridades públicas responsables por omisión frente a la situación crítica de violación de los derechos fundamentales a la vida, salud, y ambiente sano de las comunidades étnicas de la cuenca del río Atrato y de sus derechos bioculturales, causada por la sobre-explotación de la industria extractiva y forestal. La Corte aplica el principio de precaución y prohíbe el uso de substancias tóxicas en la actividad minera. Además, «(ii) declarará que el río Atrato es sujeto de derechos que implican su protección, conservación, mantenimiento y en el caso concreto, restauración» (9.25). Para la ejecución de la sentencia, la Corte ordena al Estado colombiano ejercer su representación legal, junto con las comunidades étnicas que habitan cerca del río. Ordena la institución de una comisión de guardianes del río Atrato, integrada por un panel de expertos, entre los cuales el WWF Colombia y el Instituto Humboldt, con el objetivo de adoptar las acciones previstas por la sentencia (plan para descontaminar la cuenca del río Atrato y sus afluentes; plan de acción conjunto para neutralizar y erradicar definitivamente las actividades de minería ilegal; plan de acción integral que permita recuperar las formas tradicionales de subsistencia y alimentación; realización de estudios toxicológicos y epidemiológicos del río Atrato, sus afluentes y comunidades; plan de verificación sobre la ejecución de la sentencia; adopción de las medidas adecuadas y necesarias para asegurar los recursos suficientes y oportunos) y verificar periódicamente su cumplimiento.

constitucionales. V. También la jurisprudencia citada en la nota 44 de la sentencia anotada.

14 K.S. Bavikatte, T. Bennett, *Community stewardship: the foundation of biocultural rights*, en *Journal of Human Rights and the Environment*, Vol. 6 No. 1, 2015, 7-29.

LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA E INDIANA
REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 7. Nro. 9 Julio – Diciembre, 2018 • Pág. 33-53

Esta sentencia empuja el constitucionalismo colombiano más allá del modelo de desarrollo sustentable, hacia una nueva dogmática ecocéntrica del derecho y de la justicia ambiental: «9.31. En otras palabras, la justicia con la naturaleza debe ser aplicada más allá del escenario humano y debe permitir que la naturaleza pueda ser sujeto de derechos. Bajo esta comprensión es que la Sala considera necesario dar un paso adelante en la jurisprudencia hacia la protección constitucional de una de nuestras fuentes de biodiversidad más importantes: el río Atrato».

El Gobierno colombiano ha asegurado seguimiento a la sentencia con el decreto del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible N° 1148 de 2017, del 5 de julio, con el cual el Ministerio se auto-nomina representante de los derechos del río Atrato, y con la resolución ministerial N° 0907 de 22 de mayo de 2018, crea la Comisión de Guardianes del río Atrato, en su componente de los Guardianes comunitarios, nombrados por una serie de organizaciones locales, y de los Guardianes nacionales, constituidos por el Ministerio de Ambiente y por los miembros de varios Departamentos y entidades locales interesadas. La resolución, en actuación de la sentencia, prevé que la Comisión pueda contratar a expertos, en cuanto lo considere oportuno, seleccionados entre organizaciones y profesionales que trabajan en el ámbito de la tutela del ambiente. Además, enumera las funciones de la Comisión, correspondientes a las tareas impuestas por la Corte constitucional.

3.2. El caso de los derechos de la Amazonía

El 5 de abril de 2018, la Corte Suprema de Justicia colombiana, sala de casación civil, emite la pronuncia STC 4360/2018, firmada por el magistrado Luis Armando Tolosa Villabona.

Es una acción de tutela instaurada contra la sentencia de la sala civil especializada en restitución de tierra del Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá.

Los promotores son un grupo de 25 ciudadanos, entre 7 y 25 años de edad, residentes en ciudades que hacen parte de la lista de ciudades de mayor riesgo por cambio climático. Ellos quieren contrastar el «incremento de la deforestación en Amazonía».

Los parámetros constitucionales invocados por los accionantes son los mismos que en el caso del río Atrato (derecho a la vida, a la salud y a un ambiente sano). Aquí, sin embargo, hay una diferente fuente de legitimación procesal, en cuanto los promotores se reconocen titulares de esos derechos como representantes de la generación futura que va a ser principalmente afectada por el cambio climático.

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

Bajo el acuerdo de París y el Plan nacional de desarrollo 2014-2018, entre otros, el Estado se comprometió en reducir la deforestación. Sin embargo, los accionantes demuestran que cada año se van perdiendo siempre más hectáreas de foresta (un aumento de 44% entre el 2014 y el 2015), por acaparamiento de tierras, cultivos de uso ilícito, extracción ilícita, infraestructuras y cultivos agroindustriales, extracción ilegal de madera. Ellos consideran el Estado responsable de no actuar de manera conforme a sus obligaciones.

El tribunal de apelación desestima la acción con motivos de formas. En cambio, la Corte Suprema admite la acción de tutela, afirmando que los derechos amenazados tienen rango de derechos fundamentales.

Sobre el mérito de la causa, la Corte Suprema colombiana, como la Corte constitucional en el caso del río Atrato, considera que el ordenamiento está pasando de un modelo antropocéntrico de derecho ambiental ("homomensura autista antroprocentrismo") a un modelo "ecocéntrico antrópico". Sin embargo, el núcleo duro de la motivación es distinto y se sitúa en el principio de solidaridad, declinado tanto hacia la Naturaleza, cuanto, y sobre todo, hacia las generaciones futuras. En algunas de sus partes, la motivación parece casi mística. El juez se refiere a la necesidad de tutelar el "prójimo", quien es alteridad, y su esencia son las demás personas que habitan el planeta, abarcando también a las otras especies animales y vegetales, y los sujetos todavía no nacidos[15].

La solución del caso se fundamenta en la solidaridad intra-especie y en el valor de la Naturaleza en sí misma. Las conclusiones se basan en los principios de precaución, equidad intergeneracional y solidaridad: con el primero, se acepta el riesgo de daño; con el segundo, se admite que los derechos de las generaciones futuras puedan ser afectados; con el tercero, se fundamenta la responsabilidad del Estado por omisión.

La Corte Suprema hace expresa referencia a la sentencia de la Corte constitucional en el caso del Río Atrato. Utiliza la misma fórmula para reconocer la Amazonía como sujeto de derecho y ordena a las instituciones, junto con los accionantes y con el conjunto de las comunidades interesadas, aprobar un plan para reducir la deforestación y un pacto intergeneracional por la vida del Amazonas colombiano.

15 La sentencia en comento podría leerse también como expresión de una tendencia contemporánea a la recuperación de algunos principios éticos y morales, como la solidaridad, la fraternidad y la compasión. V. recientemente, *Conseil constitutionnel, Décision* N° 2018-717/718 QPC *du 6 juillet 2018*.

LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA E INDIANA
REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 7. Nro. 9 Julio – Diciembre, 2018 • Pág. 33-53

4. India

Los tres casos indianos que se van a analizar abajo surgen todos de acciones llamadas *Public Interest Litigation* (PIL) y han sido juzgados por la *High Court of Uttarakhand*. Se trata entonces de una Corte estatal, y no federal.

4.1. Writ Petition (PIL) No.126 of 2014, sent. 20 de marzo de 2017[16]

El accionante es una persona residente en el distrito de Haridwar, Mohammad Salim, quien se opone al desarrollo de actividades de excavación y construcción en las orillas del río Ganges. La Corte admite el recurso y prohíbe la realización de estas actividades en la cuenca del río y de sus afluentes en la zona alta. Ordena también al Gobierno de la Unión crear una institución nacional para la gestión integrada de la cuenca del Ganges, la *Ganga Management Board*, constituida por funcionarios federales y miembros nombrados por los dos Estados involucrados, Uttar Pradesh y Uttarakhand[17]. Sin embargo, los dos Estados no comunican los nombres requeridos y por eso el accionante propone una nueva acción para que se respete la primera sentencia.

La motivación se enfoca principalmente en justificar el reconocimiento de la personalidad jurídica a los ríos Ganges y Yamuna, según lo que establece el derecho indiano. La Corte cita copiosa jurisprudencia de la Corte Suprema indiana, que a su vez se refiere a algunos precedentes históricos del *Judicial Committee* y a fuentes autoritativas como Pollock, Maitland y Salmond. Estas fuentes comprueban la evolución del concepto de persona, desde la antigüedad, cuando hasta algunos seres humanos, como por ej. los esclavos, no venían considerados personas, hasta el reconocimiento moderno de la personalidad jurídica a sociedades, instituciones, sindicatos, fundos, como en India los ídolos y las divinidades. Por lo tanto, la Corte define «persona», en términos jurídicos, «una entidad cualquiera (no necesariamente un ser humano) a la cual la ley reconoce derechos y deberes».

La motivación de esta extensión de sentido está descrita de manera bastante apodíctica: «subserving the needs and faith of the society». Por eso, la Corte considera un deber el reconocimiento de personalidad jurídica a los ríos Ganges y Yamuna. El párrafo 17 de la sentencia enumera los motivos de "interés público" que se han puesto al fondo de este

16 Es necesario apuntar que el Gobierno de Uttarakhand ha apelado esta sentencia a la Corte Suprema indiana, la cual, en la espera del veredicto final, ha suspendido el fallo de la Alta Corte (*Order* de 7 de julio de 2018).

17 Cfr. V. Narain, *Indian Court Recognizes Rivers as Legal Entities*, en *Int'l J. Const. L. Blog*, June 13, 2017, http://www.iconnectblog.com.

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

reconocimiento. Para la población hindú los ríos son sagrados y aprovechan al pueblo la mitad del sustento físico y espiritual desde tiempo inmemorable. Además, garantizan el bienestar físico y psíquico de las comunidades que viven alrededor de sus orillas, de las montañas al mar.

Finalmente, la Corte individua las autoridades públicas que deberán actuar *in loco parentis* para amparar, conservar y garantizar la salud y el bienestar de los dos ríos y de sus afluentes.

4.2. Writ Petition (PIL) No.140 of 2015, sent. 30 de marzo de 2017

La misma Corte, unos días después de la sentencia arriba comentada, emite otra relacionada con la primera, reconociendo sujetos de derechos los glaciares donde nacen los dos ríos.

Esta vez, la sentencia persiste de manera más profunda en la relación ecosistémica entre el hombre y la naturaleza.

La Corte cita literalmente largos pasajes de tratados de ecología, que sirven para fundamentar científicamente el riesgo de pérdida irreversible de biodiversidad, por la extinción de especies animales y vegetales debido a la sobreexplotación de los recursos naturales y a la destrucción de hábitats únicos. De extrema importancia es la cita de un pasaje donde se denuncia el engaño en el cual todos creemos, es decir que la "economía verde" y el "desarrollo sostenible" representan las soluciones para asegurar, de un lado, el crecimiento y del otro, la tutela ambiental. Los autores de la investigación citada, Vikram Soni y Sanjay Parikh, subrayan con fuerza que la "narración" del verde" y del "sostenible" (junto con la idea totémica del principio de precaución) es hoy en día la moneda de cambio para justificar la destrucción de la biodiversidad, que nunca podrá ser compensada, ni tampoco por medio de la reforestación, así que «We have to remove the hypocrisy of these 'green' clichés from our dictionary before such language seals our fate» (p. 8).

La dimensión ecológica en esta sentencia pasa por arriba de la cultural, siempre presente en las referencias a la veneración de los árboles como símbolo divino, tanto por parte de la religión hinduista como en la filosofía budista.

La Corte se proclama abiertamente como partidaria de la nueva filosofía de la tierra: «The Courts are duty bound to protect the environmental ecology under the 'New Environment Justice Jurisprudence'». El activismo de la Corte no es escondido: «Besides our constitutional and legal duties, it is our moral duty to protect

LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA E INDIANA
REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 7. Nro. 9 Julio – Diciembre, 2018 • Pág. 33-53

the environment and ecology». Ella no sólo reconoce a los ríos y a los lagos un derecho intrínseco a no ser contaminados («Rivers and Lakes have intrinsic right not to be polluted»), sino llega a equiparar el daño a la persona, al daño a la Naturaleza («Polluting and damaging the rivers, forests, lakes, water bodies, air and glaciers will be legally equivalent to harming, hurting and causing injury to person»). Finalmente, el estatuto de derechos reconocido a las entidades naturales sigue fielmente la formulación del art. 71 const. ecuatoriana: «Rivers, Forests, Lakes, Water Bodies, Air, Glaciers and Springs have a right to exist, persist, maintain, sustain and regenerate their own vital ecology system. The rivers are not just water bodies. These are scientifically and biologically living» y más «We must recognize and bestow the Constitutional legal rights to the 'Mother Earth'».

En la sentencia se encuentra también una referencia muy rápida a los derechos de las generaciones futuras («The past generations have handed over the 'Mother Earth' to us in its pristine glory and we are morally bound to hand over the same Mother Earth to the next generation»), que hemos visto como argumento fundamental en la sentencia de la Corte Suprema colombiana.

En la segunda parte de la *ratio decidendi*, la Corte se vuelve nuevamente al aspecto técnico-formal de la representación *parens patriae*. Sobre este tema, la Corte saquea con muchas manos la jurisprudencia y la doctrina estadounidenses.

4.3. Writ Petition (PIL) No. 43 of 2014, sent. 4 de julio de 2018

Finalmente, la sentencia más reciente reconoce personalidad jurídica a todo el reino animal. El caso nace de una PIL para la tutela del bienestar de los animales, en particular de los caballos que remolcan carros (*tongas)* en la frontera entre India y Nepal, en el distrito de Champawat. El accionante lamenta que la utilización de animales de remolque no tiene ningún tipo de reglamentación y que los caballos están sujetos a esfuerzos crueles, tienen que remolcar carros sobrecargados por largos trayectos, muchos llegan a India enfermos y se quedan al margen de la calle, desatendidos por días. Todo eso, a pesar de que en la Unión se había aprobado, ya desde 1960, una ley para la prevención del maltrato de animales.

La sentencia se enfoca principalmente sobre el reconocimiento de los derechos de los animales. A diferencia de los casos analizados arriba, en Occidente este tema ya ha encontrado un cierto interés, tanto

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

que varias leyes y algunas constituciones, como por ej. la alemana, reconocen a los animales algunos derechos. De hecho, por algunas características que en cierta medida los animales comparten con el ser humano, como la inteligencia, el altruismo, la capacidad de comunicar, el hombre siempre ha sentido más compasión para con los animales. Por eso, ha sido más disponible a reconocerles un estatus jurídico casi-humano, extendiendo el sentido de algunos conceptos como "derecho a la vida" o "sujeto de derecho".

El parámetro utilizado por la Corte es precisamente el art. 21 const. indiana, que reconoce el derecho a la vida y a la libertad. La Corte, citando precedentes de la Corte Suprema de la Unión, recuerda cómo la palabra "vida" siempre ha sido interpretada de manera extensiva, tanto en su titularidad (incluyendo cada forma de vida, no sólo humana), cuanto en su sentido intrínseco (vida digna), en aplicación de principios ecocéntricos.

El instrumento jurídico para garantizar la situación jurídica reconocida es el mismo que en los otros casos, es decir, la atribución de personalidad jurídica a todo el reino animal, y el reconocimiento de todos los ciudadanos del estado de Uttarakhand como personas *in loco parentis*. Sobre este punto, la Corte cita el *dissent* (disentimiento) del juez Douglas en el caso *Sierra Club*, de 1972, en donde él y su hermano Blackmun apoyaron la extensión del *standing* a todos los que benefician de un hábitat natural. Douglas, en su *dissent* (disentimiento) citó el reconocido artículo de Stone "Should trees have standing"[18]. La Corte utiliza también la metáfora del juez Douglas sobre la necesidad de escuchar la "voz" de la Naturaleza[19]: «We have to show compassion towards all living creatures. Animals may be mute but we as a society have to speak on their behalf».

Entre las motivaciones utilizadas por la Corte, hay incluso el argumento cultural, que, sin embargo, es mencionado *ad abundantiam*, después del argumento ecológico.

En particular, la Corte recuerda que en India muchos animales son considerados sagrados, y que uno de los principales rasgos de la cultura indiana es *ahimsa*, la no violencia, entendida hasta propiciar una vida totalmente vegetariana.

18 C.D. Stone, *Should Trees Have Standing? Towards Legal Rights for Natural Objects*, en *Southern California L.R.* 45 (1972), 450-501.

19 «The river as plaintiff speaks for the ecological unit of life that is part of it. Those people who have a meaningful relation to that body of water – whether it be a fisherman, a canoeist, a zoologist, or a logger – must be able to speak for the values which the river represents and which are threatened with destruction. […] The voice of the inanimate object, therefore, should not be stilled».

ISSN 2413 – 2810, Volumen 7. Nro. 9 Julio – Diciembre, 2018 • Pág. 33-53

5. Reflexiones comparativas de síntesis sobre algunos ejes comunes

Más allá de los elementos de comparabilidad inicialmente presupuestos, y a pesar de las diferencias de contexto igualmente existentes y subrayadas al principio, la comparación entre las sentencias que reconocen derechos a la Naturaleza en Colombia e India ha puesto en evidencia algunos ejes comunes.

Vamos a dividir nuestras observaciones según tres ámbitos distintos: la dimensión procesal; la dimensión substancial; el estilo de las sentencias.

Las acciones procesales que en ambos Países han permitido a todo ciudadano pedir tutela por el ecosistema tienen una *ratio* similar, consistente en garantizar el acceso a la justicia para categorías débiles, normalmente desaventajadas. La Corte constitucional colombiana, motivando acerca del *standing* de los promotores de la acción de tutela, afirma: «Esa posibilidad, que, se insiste, busca facilitar el acceso a la justicia de poblaciones tradicionalmente alejadas del aparato judicial por razones de aislamiento geográfico, postración económica o por su diversidad cultural, tiene plena justificación en el marco de un Estado comprensivo de la diversidad étnica y de las especificidades que caracterizan a aquellos grupos que se identifican como culturalmente distintos de la sociedad dominante. Con este propósito, la Corte Constitucional ha flexibilizado las condiciones de procedibilidad de las tutelas promovidas para salvaguardar derechos fundamentales de las colectividades étnicamente diferenciadas».

Es un objetivo muy parecido al utilizado por la Corte Suprema indiana, al final de los Setenta, para crear el instituto de la PIL. En el caso de los glaciares, la Alta Corte de Uttarakhand cita un precedente de la Corte Suprema de la Unión, donde se explica el intento real de la PIL: «The proceedings in a public interest litigation are, therefore, intended to vindicate and effectuate the public interest by prevention of violation of the rights, constitutional or statutory, of sizeable segments of the society, which owing to poverty, ignorance, social and economic disadvantages cannot themselves assert — and quite often not even aware of — those rights. The technique of public interest litigation serves to provide an effective remedy to enforce these group rights and interests». ¡Si el contexto cultural, jurídico, y temporal entre los dos casos no fuese tan distinto, se podría avanzar la hipótesis de la imitación de la motivación indiana por parte de la Corte colombiana.

Otro elemento común entre los dos institutos, siempre en relación con

sus finalidades, es la eficacia general reconocida a las sentencias. Tanto la tutela como la PIL, aun naciendo de casos concretos, extienden sus efectos más allá que a los accionantes, hacia todos los que han sido afectados por la situación ilegitima.

Queda, sin embargo, una diferencia fundamental. Para presentar una tutela constitucional, hay que demostrar su propia legitimación procesal, es decir, ser titular del derecho constitucional amenazado. En contra, en la PIL cada persona puede recorrer por la tutela de un interés público, sin deber demostrar la titularidad directa y personal del derecho violado.

Esta diferencia procesal es la causa de otra distinción en el plano substancial.

En Colombia, la protección de la *pacha mama* es una consecuencia secundaria del reconocimiento de un distinto objetivo: garantizar los derechos culturales e identitatios de las comunidades étnicas[20]. Es el único modo para encontrar una conexión entre los accionantes y la situación jurídica, asegurando la procedibilidad de la acción de tutela[21]. En India, en cambio, como no existe un problema probatorio de *standing*, la Corte se ha centrado directamente en fundamentar el derecho subjetivo de la Naturaleza a su existencia y al respecto de su ciclo vital, con el fin de crear una *doctrine* valida *pro futuro*.

Un perfil argumentativo muy interesante y común a la jurisprudencia analizada es el enfoque crítico hacia el concepto de desarrollo sostenible (un poco más escondido en Colombia, abiertamente declarado en India), con la consiguiente adhesión a las nuevas doctrinas ecocéntricas sobre derechos de la Naturaleza.

La Corte constitucional colombiana, cuando explica los derechos bioculturales en el marco del constitucionalismo internacional, afirma que sus componentes básicos (desarrollo económico y sostenibilidad ambiental) difícilmente se pueden reconciliar: «Así las cosas, en nuestro constitucionalismo -que sigue las tendencias globales en la materia-, el

20 «Por lo tanto, la protección del medio ambiente sano de las comunidades negras adquiere especial relevancia desde el punto de vista constitucional, dado que es una condición necesaria para garantizar la vigencia de su estilo de vida y de sus tradiciones ancestrales».

21 Francisca Pou, comentando la sentencia de la Corte Suprema colombiana, subraya el hecho de que, en términos substanciales, no se introducen novedades en el panorama de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. La objeción es verdadera, pero no aguanta la relación entre la motivación del fallo y el tipo de acción procesal disponible. Cfr. F. Pou Giménez, *The Rights of Rivers and Forests and Apex Court Dynamics in Colombia: On Natural and Institutional Environments*, en *Int'l J. Const. L. Blog*, June 13, 2018, http://www.iconnectblog.com/.

LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA E INDIANA
REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 7. Nro. 9 Julio – Diciembre, 2018 • Pág. 33-53

medio ambiente y la biodiversidad han adquirido progresivamente valiosas connotaciones socio-jurídicas. Sin embargo, no ha sido un proceso fácil: la evolución conceptual del derecho a la par del reconocimiento de la importancia de la "madre tierra" y sus múltiples componentes frente a la estrategia del desarrollo sostenible han sido producto de un proceso complejo y difícil que aún genera controversia al intentar conciliar a un mismo tiempo tres elementos: el crecimiento económico, el bienestar social y la protección del medio ambiente en el entendido que esta conjugación permita la posibilidad de aprovechamiento sostenible de los recursos en el presente y en el futuro».

La Corte de Uttarakhand es mucho más directa sobre el tema. Cita expresamente la doctrina que invita al abandono de la "ficción" del desarrollo sostenible, porque solo así podremos concentrarnos en la elaboración de una nueva dogmática de los derechos, fundamentada sobre las adquisiciones científicas de los ecologistas para otorgar una posibilidad más de recuperación al ecosistema de nuestro planeta (v. *supra*, § 4.2).

Finalmente, varios pasajes de las sentencias analizadas parecen escritos al estilo asertivo de cierta jurisprudencia marco estadounidense.

La Corte constitucional colombiana, cuando llega a declarar su compromiso con el "giro ecocéntrico" del ordenamiento, afirma: «Ahora es el momento de comenzar a tomar las primeras medidas para proteger de forma eficaz al planeta y a sus recursos antes de que sea demasiado tarde o el daño sea irreversible, no solo para las futuras generaciones, sino para la especie humana». El pasaje parece una re-visitación en clave ecológica de la perentoria invitación al "aquí y ahora" en el caso *Griffin* de 1964 sobre la desegregación racial partida con *Brown v. Board of Education*[22].

La Alta Corte de Uttarakhand, de su lado, en el pasaje más ecologista de la sentencia sobre los glaciares del Ganges y del Yamuna, declara: «It is the fundamental duty of all the citizens to preserve and conserve the nature in its pristine glory» (p. 42), reproduciendo el *incipit* de la famosísima frase del juez Marshall sobre la institución del control de constitucionalidad en los EE.UU.

El uso de precedentes norteamericanos por parte de las cortes indianas se puede fácilmente entender, no sólo por el común origen de la familia jurídica de *common law*, sino también porque el sistema de justicia constitucional indiano ha sido inspirado por el modelo estadounidense. En cuanto al caso colombiano, es evidente que la Corte constitucional sigue entendiendo el modelo de justicia constitucional de los

22 «The time for mere "deliberate speed" has run out». *Justice* Black, *delivering the opinion of the Court*, *Griffin et al. v. County School Board of Prince Edward County et al.*, 377 U.S. 218 (1964).

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

EE.UU. como un punto de referencia imprescindible en el continente para la tutela de los derechos fundamentales, aún si el vigente sistema de justicia constitucional colombiano deriva de la contaminación entre modelo kelseniano y prototipos autóctonos.

En doctrina, ya se habían realizado comparaciones entre la jurisprudencia colombiana e indiana, sobre relevantes temas del constitucionalismo contemporáneo, como la implementación efectiva de los derechos sociales o la tutela de las minorías[23]. Sin embargo, el elemento de comparabilidad era el activismo de las Cortes en función de guardianes de la Constitución, con el objetivo de demostrar la existencia de un constitucionalismo del *Global South*.

El estudio que venimos de terminar apoya esta tesis, y aún la fortalece.

En primer lugar, porque, por lo menos en materia ambiental, el activismo judicial no caracteriza solo las cortes constitucionales, sino incluso las ordinarias, y aun en grado de apelación[24]. Este dato, junto con la jurisprudencia ecuatoriana en materia, permite de afirmar que la tutela de la Naturaleza y de la biodiversidad en perspectiva ecológica representa uno de los ejes fundamentales de la nueva narración sobre el *Global South Constitutionalism*.

Por otro lado, la jurisprudencia analizada puede considerarse pionera y prototípica para la construcción de un *Ecological Global Law*, producto desde abajo, que tiene que extenderse por encima de las fronteras estatales, según modalidades y técnica aún para definirse[25]. La esencia misma,

23 Sobre la comparabilidad entre sistema colombiano y sistema indiano v. D. Bonilla Maldonado (ed.), *Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, Cambridge et al., 2013, en part. 26-28.

24 Por ej., Amirante subraya el rol central que juega el poder judicial en la tutela del ambiente en India, con particular referencia a la institución de un Tribunal verte: D. Amirante, *Environmental Courts in Comparative Perspective: Preliminary Reflections on the National Green Tribunal of India*, en 29 *Pace Envtl. L. Rev*. 441 (2012), http://digitalcommons.pace.edu/pelr/vol29/iss2/3, en part. 455: «Having considered all these elements, it must be noted that the main factor of the entire process for the establishment of the National Green Tribunal of India should be indicated in the judiciary itself».

25 V. el intento de sistematización de los fundamentos de la materia en L.J. Kotzé, *Global Environmental Constitutionalism in the Anthropocene*, Oxford-Portland, Oregon, 2016. He compartido la idea que sólo el derecho ecológico puede ser considerado global en Comparative law and… love: *contro la globalizzazione del diritto, per la globalizzazione del giurista*, en *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, 2017, 64. Critican el concepto de "derecho global", si desvestido de una dimensión ecológica, M. Carducci, L.P. Castillo Amaya, *La Naturaleza como "Grundnorm" y "Tertium comparationis" del constitucionalismo global*, en T. Bustamante, B. Gonçalves Fernandes, J.A. Leite Sampaio, É. Nacur Rezende, A.L. Navarro Moreira, J.V. Nascimento Martins e I. de Carvalho Enríquez (orgs.),

ISSN 2413 – 2810, Volumen 7. Nro. 9 Julio – Diciembre, 2018 • Pág. 33-53

ecosistémica y holística, de este nuevo derecho *in fieri* impone esta dimensión, porque el sujeto de derecho principal de este ordenamiento (la Naturaleza) no tiene ni nacionalidad ni ciudadanía, ni puede ser geolocalizado, ni es físicamente distinguible de la fuente de su amenaza (la humanidad), que es parte de la Naturaleza. Como lo evidencia Magalhães, la Naturaleza nunca ha sido considerada por el derecho, en cuanto es un "no espacio" o, mejor dicho, es un objeto fuera del espacio que el derecho puede conocer, el espacio dentro de las fronteras de los ordenamientos estatales: «Everything that exists is defined around what is seized. On a global scale, is as if each State was an island where all that is beyond its limit belongs to everyone, but indeed, belongs to no one. […] The common is not what by its nature is truly common but the remainder of the appropriation»[26]. Aunque la ecología piense a la Naturaleza en perspectiva ecosistémica, «it remains invisible to the law. Therefore, "global" is a new reality that is outside the legal frameworks built to date»[27].

Por medio de la jurisprudencia analizada, las Cortes han visibilizado jurídicamente la Naturaleza. Lo han hecho reinterpretando normas e institutos normalmente usados por distintas finalidades. Haber logrado este resultado con los medios propios que cada ordenamiento nacional ponía a disposición es una invitación a interpretar de manera intercultural su propio derecho. El pluralismo jurídico que caracteriza estos contextos culturales produce una mayor flexibilidad interpretativa en la mentalidad de los jueces, en particular en ámbito ambiental. Además, invita no tanto a la imitación del derecho que viene de afuera, sino a la elaboración de modelos originales y a su continuo perfeccionamiento, para lograr juntos la meta común.

O funcionamento da Corte Constitucional: a interpretação constitucional, as práticas argumentativas, a teoria do direito e o comportamento judicial, Anais do I Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política, Belo Horizonte, 2015, DOI: 10.17931/dcfp_v2_art16.

26 P. Magalhães, *Common Home of Humanity. Our Common Home as a legal construction based on science*, in S. Bagni (a cura di), *Come governare l'ecosistema?*, cit., 121.

27 *Ibidem*, 122.