

El Sujeto Naturaleza: Elementos para su comprensión

Diana Murcia

Junio de 2009

La Constitución del Ecuador de 2008 otorgó a la Naturaleza el estatus de sujeto de derechos, hecho que ha estado rodeado de las más diversas reacciones, las más de las cuáles apuntan a caracterizarlo como un imposible jurídico -dogmáticamente hablando-; como una amenaza a la satisfacción de derechos económicos, sociales y culturales -desde discursos políticos institucionales-; o como una invención simbólica del ecologismo ecuatoriano sin mayor aplicabilidad real.

En este ensayo que inicia una serie de escritos de reflexión sobre el tema el IEETM se propone explorar de manera preliminar el estado de cosas que nos ha llevado al reconocimiento del sujeto Naturaleza o Pachamama, su ubicación en el espectro de derechos desde una perspectiva constitucional comparada y del derecho internacional de los derechos humanos para finalmente mostrar los retos a los que se enfrenta en el terreno de su comprensión jurídica y política, y en el de la exigibilidad social.

En los próximos números de la serie profundizaremos en el contenido de los derechos de la naturaleza. Invitamos a todos los lectores a realizar las críticas y aportes que consideren necesarios para enriquecer la reflexión, pero ante todo, para avanzar en acciones de defensa de los derechos del sujeto Naturaleza.

CONTENIDO:

- I. Notas preliminares sobre la comprensión de los derechos
- II. Proceso de constitucionalización de los derechos de la naturaleza
- III. El sujeto naturaleza y sus derechos, los derechos de la Pachamama
- IV. Marco de interpretación constitucional de los derechos de la Pacha Mama
- V. Los retos para la satisfacción de los derechos del sujeto naturaleza.

I

Notas preliminares sobre la comprensión de los derechos

La construcción teórica de enseñanza de los derechos humanos tendió a establecer una lógica lineal - evolutiva de su comprensión a través de la categorización de grupos a los que llamó “generaciones de derechos¹”, que en la práctica consolidó los discursos de moratoria de la satisfacción de algunos de ellos exponiendo dos ideas falsas, la primera, que existe una prioridad en la garantía de ciertos derechos y la segunda, que aquellos que van apareciendo en la agenda nacional – internacional, son “nuevos” y por ello requieren de nuevos marcos jurídicos.

La falsa idea de que los derechos tienen una “jerarquía” fue superada en la Declaración y el Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, al establecerse que “5. *Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales*”.

Pero si bien en el terreno teórico la idea de unos derechos más urgentes que otros fue derrotada, en la práctica no. Existe una amplísima distancia entre el reconocimiento de los derechos y que tal reconocimiento influya eficientemente las políticas públicas, y una distancia aún mayor entre el reconocimiento y la justiciabilidad, es decir, la posibilidad de que las víctimas puedan acceder a los sistemas de justicia para que sus derechos sean, efectivamente, garantizados².

1 La primera generación correspondió a los derechos civiles y políticos, en los que primariamente la obligación del Estado era la de respeto, o “no hacer”, que para la realidad latinoamericana significaba contener las prácticas de Terrorismo de Estado y toda la gama de arbitrariedades, abusos y violencias ejercidas desde los Estados. La segunda generación correspondió a los derechos sociales, en los que las obligaciones de los Estados eran prestaciones: “de hacer”, esto es, proteger y garantizar tales derechos, integrando gradualmente el principio de progresividad o no regresividad de su satisfacción. Luego, la tercera generación integró básicamente los derechos relacionados con el ambiente sano, la paz y el desarrollo y se habla también de una cuarta generación en relación con las amenazas que las nuevas tecnologías -en la informática, manipulación genética, agrotecnología, etc- suponen para los derechos enmarcados en las anteriores generaciones.

Los derechos de primera y segunda generación, son derechos ampliamente reconocidos en el sistema internacional de los derechos humanos y tienen parámetros mayor o menormente sólidos para su exigibilidad y justiciabilidad. Los de la tercera y cuarta generación se discuten en la arena política, en algunos casos, se reconocen por retazos en una multiplicidad de instrumentos normativos nacionales o multilaterales, pero se caracterizan ya sea por no poder ser discutidos al interior de los sistemas judiciales de los países, o por ser debatidos allí sólo en tanto se demuestre su “conexidad” con otros ya reconocidos y en los que pueda establecerse un vínculo con los Estados.

Este último asunto cobra una importancia vital. Mientras los Estados son claramente responsables por garantizar los derechos de primera y segunda generación, los de tercera y cuarta involucran a Otros Sujetos insertos en la lógica de la empresa privada transnacional o de los organismos multilaterales de crédito que superan la clásica dimensión del Estado – Nación como sujeto obligado internacionalmente; al poseer regímenes de responsabilidad propios como los códigos de conducta voluntarios o de responsabilidad social empresarial o los tribunales arbitrales, se sustraen de la acción de los sistemas de justicia nacionales.

2 Los derechos sociales son justiciables en la mayoría de los sistemas nacionales, sólo en virtud de figuras como la conexidad en relación con derechos civiles y políticos; si se apela a mecanismos de protección como las acciones por incumplimiento (tanto de las leyes como de los fallos) o de desacato contra los funcionarios públicos; así como a la reiteración jurisprudencial llegando en contextos como el colombiano, al recurso extremo de declarar el “estado de cosas inconstitucional”, donde el protagonismo del juez constitucional es clave, pero insuficiente.

Por su parte, la idea de que los derechos o su reivindicación son nuevos y que por ello requieren de nuevos marcos jurídicos para encararlos, permanece sólidamente arraigada.

En sistemas jurídicos como el ecuatoriano la apelación discursiva a la falta de marcos normativos desplaza la adopción de medidas urgentes de protección y luego cuando éstos marcos jurídicos son creados, tras largas discusiones, el diseño institucional tarda aún más tiempo. Pero esta situación no es exclusiva en los regímenes jurídicos latinoamericanos, de hecho, es bien frecuente en los debates internacionales, basta ver el viacrucis que por veinte años tuvo la aprobación de la Declaración sobre los derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas o la discusión en relación con la responsabilidad internacional de empresas transnacionales, en especial las que se ocupan de prestar servicios de seguridad privada que aún no se ha resuelto.

Sin negar que existen grupos poblacionales emergentes que vienen integrando la agenda de reivindicación de derechos en relación con las apremiantes situaciones de vulnerabilidad en las que están inmersos; que se vienen desarrollando nuevas tecnologías capaces de comprometer seriamente la supervivencia de la humanidad en condiciones dignas; que efectivamente hay unos Otros Sujetos de carácter privado transnacional que influyen en la satisfacción de los derechos y son ajenos a los regímenes jurídicos nacionales; lo cierto es que muchos derechos no son nuevos, sino que han estado silenciados, invisibilizados y menospreciados en razón al legado colonial racista y que, de cualquier manera, las herramientas jurídicas disponibles en la actualidad permitirían hacerle frente a las violaciones y sólo para facilitar operativamente su satisfacción se requeriría de ciertos mandatos normativos.

Las cláusulas constitucionales de integración de mandatos internacionales en materia de derechos humanos en los ordenamientos internos -bloque de constitucionalidad-, la interpretación dinámica o evolutiva de los derechos que bien ha delineado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el principio de “diligencia debida” trabajado por la Relatora especial sobre la violencia contra la mujer, el principio de decisión judicial favorable a los derechos -in dubio pro derechos-, el principio de precaución en materia ambiental y muchos otros, son herramientas procedimentales a las cuales no recurren los jueces en su ejercicio, pues el peso de una acusación de prevaricato pesa más a la hora de administrar justicia.

La jerarquización de los derechos y la cultura de inflación normativa, son rezagos de la lógica positivista de las generaciones de derechos que impiden consolidar regímenes constitucionales garantistas. En buena hora las constituciones del Ecuador y Bolivia se edifican sobre una comprensión de derechos que supera dicha lógica³ y este es un primer elemento a la hora de abordar

3 La Constitución del Ecuador establece; “Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos. Art. 427.- Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional”
Por su parte, la Constitución de Bolivia es más detallada en este punto y enuncia: “Art. 13. I. Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos. II. Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados. III. La clasificación de los derechos establecida en esta Constitución no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros. IV Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y

los derechos de la naturaleza.

II

El proceso de constitucionalización de los derechos de la Naturaleza.

En este apartado sostenemos que la comprensión de los derechos de la Naturaleza no puede separarse de la lógica del Sumak Kawsay o Buen Vivir hoy constitucionalizada tanto en el Ecuador como en Bolivia y que la excentricidad de su reconocimiento es un mito que se desvanece con el avance y evolución del marco constitucional latinoamericano.

La noción de Sumak Kawsay o Suma Qamaña es ancestral. No es un invento para las constituciones ecuatoriana y boliviana y por el contrario, enmarca una cosmovisión de los pueblos indígenas andinos que no es posible encasillar en la noción occidental de tal o cual derecho, que no cabe en la limitada visión de generaciones de derechos, que no representa una evolución en la concepción de éstos -pues siempre ha estado presente en estos pueblos-, pero en cambio, si la revoluciona, pues se erige como el mayor de los retos de descolonialidad de nuestro pensamiento.

Este reto empieza por no hacer traducciones simultáneas al margen de la historia del legado colonial transversal a nuestra cotidianidad. Sumak Kawsay traduce Buen Vivir, pero no cualquier idea de lo que es vivir bien o gozar de cierto bien-estar.

El Presidente de la CONAIE, nos da buenas pistas sobre este punto: *“La lógica del Sumak Kawsay es la del “buen vivir”, la de vivir en un ambiente sano, comer bien, tener un espacio de vida, una educación acorde a nuestra realidad, salud... todo un conjunto de esquemas que el ser humano necesita para mantenerse y que genere la vida de las futuras generaciones. Del “buen vivir” han incluido el tema de la economía social, pero era muy difícil hacérselo entender a los asambleístas, para quienes vivir bien es tener un edificio de 50 pisos, 5 carros, viajes a Europa y Nueva York... es decir, el esquema occidental de “buen vivir”; al que no le importa el medio y el entorno, ni si la Naturaleza sigue existiendo o no. Por ello más o menos lo acoplaron en el modelo económico: compartir equitativamente, respetar a la Madre Tierra... De ahí nace la inclusión de la Madre Tierra como sujeto de derecho y un capítulo dedicado a los Derechos de la Naturaleza⁴”*.

Advirtiendo la obligación permanente de consultar a los pueblos indígenas sobre el contenido del Sumak Kawsay, tenemos, de manera preliminar, según el preámbulo de la Constitución ecuatoriana, que el Sumak Kawsay se concreta en:

- Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza
- Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades;
- Un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra; y,
- El ejercicio de la soberanía.

deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”.

4 Cosmovisión Indígena como alternativa al neoliberalismo. En:
http://www.pachakuti.org/textos/hemeroteca/2008_2/vida-plena.html

Resulta enormemente significativo que el primer elemento que integra el Sumak Kawsay se refiera a la naturaleza, a la obligación de una convivencia ciudadana en armonía con ella. Aquí se concreta nuestro primer punto de exposición: se requiere de los derechos de la naturaleza para alcanzar el Buen Vivir. El Sumak Kawsay es el eje referencial de los derechos de la naturaleza.

Este principio se repite en el articulado constitucional: *“El buen vivir requerirá que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos, y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades, y de la convivencia armónica con la naturaleza”* (art. 275); *“Para la consecución del buen vivir; serán deberes generales del Estado: 1. Garantizar los derechos de las personas, las colectividades y la naturaleza”* (art 277)

Un segundo elemento lo hallamos en las deficiencias del fragmentario sistema de protección internacional al medio ambiente para sustentar la convivencia ciudadana en armonía con la naturaleza.

El orden internacional ambiental se integra por piezas separadas de protección frente a determinados problemas de carácter ambiental. Existen grupos normativos diferenciados y especializados en espacios como el mar, la biósfera o el espacio ultraterrestre; otros que protegen las grandes reservas naturales, la capa de ozono, la biodiversidad o el patrimonio cultural y natural; otros que abordan los problemas ambientales derivados de los conflictos armados y el uso de armas nucleares, químicas o biológicas; otros que se centran en la propiedad intelectual o en el comercio de especies; más recientemente otros abarcan el cambio climático, vinculando las respuestas posibles a la crisis ambiental según modelos de “desarrollo sostenible”.

Tales grupos normativos proponen ya sea la conservación de áreas o especies, la restricción de ciertas actividades para menguar la depredación ambiental de la libre empresa, los mínimos procedimentales para la explotación de determinados recursos o para el desarrollo y aplicación de nuevas tecnologías, o la lucha para contener determinados tráficós. Pero tan diversos son sus objetivos, como unánime es su principal omisión: la de concebir un modelo económico diferente para satisfacción de las necesidades humanas.

De ese marco internacional se derivan marcos de protección nacionales que confían la contención de sus problemas ambientales al manejo de los impactos de las actividades autorizadas a través de las licencias ambientales o los planes de manejo ambiental y residualmente al sistema penal, que generalmente no procesa delitos ecológicos o si lo hace declara la cesación de los procedimientos al no encontrar prueba del nexo causal entre las actividades y las afectaciones a la salud o a los ecosistemas.

Los sistemas nacionales de protección ambiental están diseñados no con el objetivo de evitar la contaminación o de contaminar poco, sino de contaminar de a poco: se trata de extender tecnológicamente el modelo desarrollista y extractivista en el tiempo, no en contener sus efectos. Los exponentes de la iniciativa Yasuní – ITT para no explotar el crudo, han expuesto bien este punto: *“El pensamiento convencional se limita a hacer de los bienes y servicios elementos transables, a través de la dotación de derechos de propiedad, pero no incorpora esa noción de límites. Sin embargo, se ha acumulado mucha información acerca de las consecuencias del sobre uso de los recursos naturales y las capacidades de los ecosistemas y el planeta de amortiguar los impactos. Esta es una situación que se produce debido a la generalización de un comportamiento egoísta, incapaz de reconocer que un recurso tiene un límite o umbral antes de colapsar”*⁵

5 Alberto Acosta, Eduardo Gudynas, Esperanza Martínez y Joseph H. Vogel. Elementos para una propuesta política, económica y ecológica para la iniciativa de no explotación petrolera en la Amazonía de Ecuador. Julio 7 de 2009 .

El derecho al medio ambiente se entretiene con instrumentos que asumen el entorno natural del ser humano como eso: un entorno, algo externo de lo cual se sirve la humanidad para la satisfacción de sus necesidades, que no tiene valor en sí mismo sino que cobra relevancia en tanto los seres humanos le encuentren un uso y un beneficio, ya sea a través de su explotación, la conservación de paisajes o los servicios ambientales. Es esta visión imperante la responsable del estado de cosas catastrófico para la naturaleza y consecuentemente para ciertos grupos poblacionales.

El constitucionalismo latinoamericano entiende el entorno vital humano sano como un derecho de los ciudadanos, pero viene dando pasos importantes para el reconocimiento de que la situación debe corregirse y que otra racionalidad es necesaria.

El nivel más básico de inclusión de asuntos ambientales en las constituciones latinoamericanas está centrado en la idea del medio ambiente como objeto de protección susceptible de ser reparado. Según la Constitución colombiana de 1991 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. 79), para ello debe planificar “*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*” (art. 80).

Este primer nivel de valoración constitucional apunta a la conservación y confía en que el deterioro ambiental puede solventarse a través del control penal, disciplinario o administrativo y que de cualquier manera los recursos naturales son susceptibles de restaurarse o sustituirse. A pesar de que existen mecanismos de protección colectivos que son ampliamente utilizados en este país el panorama de devastación ambiental riñe en la práctica con el optimismo constitucional. La protección ambiental allí se supedita a otros factores, especialmente al de seguridad, por algo es Colombia el único país en el mundo que practica extensivamente la fumigación química de cultivos de uso ilícito.

Bolivia se inserta en este primer nivel de racionalización constitucional de la problemática ambiental. Confiando en la *fortaleza de la Pachamama*, parte de que los recursos naturales pueden ser objeto de un aprovechamiento responsable y planificado desde una perspectiva intergeneracional de carácter soberano y como cláusula de salvaguarda “*declara la responsabilidad por los daños ambientales históricos y la imprescriptibilidad de los delitos ambientales*” (art. 347).

Si bien esta cláusula fundamenta su protagonismo internacional en favor del reconocimiento de la deuda ecológica histórica, en lo interno no cambia el modelo relacional naturaleza – desarrollo. Debemos darle tiempo a la integración de políticas públicas bajo el principio de Suma Qamaña para comprobar el peso que tiene en el desenvolvimiento económico de este país.

Un segundo nivel establece la protección del ambiente en relación con la satisfacción de un nivel adecuado de vida de los ciudadanos, como en Panamá donde se impone el deber al Estado de “*garantizar que la población viva en un ambiente sano y libre de contaminación, en donde el aire, el agua y los alimentos satisfagan los requerimientos del desarrollo adecuado de la vida humana*” (art. 114). Sin embargo, el panorama ambiental y los índices de desarrollo humano de este país demuestran que no existe una correspondencia entre las medidas adoptadas para disminuir la contaminación y la satisfacción efectiva de los ciudadanos, especialmente, los más pobres.

Un tercer nivel se integra por aquellas constituciones que claman por una racionalización o

conciliación entre la vida humana, el desarrollo y el ambiente. Cuba reconoce la estrecha vinculación del medio ambiente “*con el desarrollo económico y social sostenible para hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras*” (art. 270). Paraguay, por su parte estatuye como “*objetivos prioritarios de interés social la preservación, la conservación, la recomposición y el mejoramiento del ambiente, así como su conciliación con el desarrollo humano integral*” (art. 7).

Cuba en medio de sus enormes dificultades ha logrado mantener una política pública con altos índices de cuidado en materia de saneamiento ambiental, y su legislación secundaria parte de la idea de minimización o eliminación de los problemas ambientales del país, es decir, va por buen camino. En el caso paraguayo, sin embargo, la conciliación del ambiente con el desarrollo humano tiende a disiparse principalmente por la inserción de su economía en la lógica de los agronegocios. El drama de la soya transgénica y sus abultados requerimientos de agrotóxicos ponen al país en un camino acelerado de destrucción forestal y de la soberanía alimentaria.

Brasil, es representativo de un cuarto nivel de racionalización constitucional del asunto, pues parte de una visión ecológica y no simplemente ambiental. En su constitución de 1988 impone al poder público el deber de “*preservar y restaurar los procesos ecológicos esenciales y procurar el tratamiento ecológico de las especies y ecosistemas*” (art. 225). En este nivel encontramos un elemento fundamental para la comprensión del sujeto naturaleza en el Ecuador, de una visión fragmentaria de la problemática ambiental pasa a una visión sistémica, interrelacionada.

Sin embargo, Brasil se distingue por padecer de los impresionantes impactos de su industrialización y por abanderar la producción de tecnologías de modificación genética que poco o nada tienen que ver con una visión ecológica de la solución al problema ambiental.

En este escenario de racionalización constitucional de los problemas del ambiente irrumpe la Constitución ecuatoriana reconociendo “*el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak Kawsay**” (art. 14), pero ante todo, reconociendo a la Pachamama como un sujeto, y como todo sujeto, le otorga derechos como condición esencial para alcanzar el Buen Vivir.

Si bien tal irrupción es radical, lo cierto es que proviene del agotamiento de disposiciones de derecho internacional incapaces de enfrentar la crisis ambiental en el grado y sabiduría que ésta requiere.

III

El sujeto naturaleza y sus derechos, los derechos de la Pachamama

En este apartado abordaremos los ejes del reconocimiento de los derechos de la naturaleza, el contenido de esos derechos y las obligaciones correlativas del Estado ecuatoriano siguiendo el modelo de clasificación de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos: respeto, protección y garantía.

El primer escenario de reconocimiento lo encontramos en el preámbulo de la Constitución en el que el pueblo ecuatoriano celebra “*a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia*” y por tanto, decide construir “*una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay**”.

¿Es relevante la lectura del preámbulo para fundamentar el reconocimiento del sujeto naturaleza?, la respuesta la podemos encontrar en la jurisprudencia comparada. En Alemania, desde la década de los 60 se reconoce que el preámbulo de la Constitución tiene un carácter vinculante y no meramente declarativo⁶ y valiéndonos de un caso más cercano a nuestra realidad, Colombia, tenemos que el valor vinculante del preámbulo ha sido establecido:

“El Preámbulo de la Constitución incorpora, mucho más allá de un simple mandato específico, los fines hacia los cuales tiende el ordenamiento jurídico; los principios que inspiraron al Constituyente para diseñar de una determinada manera la estructura fundamental del Estado; la motivación política de toda la normatividad; los valores que esa Constitución aspira a realizar y que trasciende la pura literalidad de sus artículos.

El Preámbulo da sentido a los preceptos constitucionales y señala al Estado las metas hacia las cuales debe orientar su acción; el rumbo de las instituciones jurídicas.

Lejos de ser ajeno a la Constitución, el Preámbulo hace parte integrante de ella. Las normas pertenecientes a las demás jerarquías del sistema jurídico están sujetas a toda la Constitución y, si no pueden contravenir los mandatos contenidos en su articulado, menos aún les está permitida la transgresión de las bases sobre las cuales se soportan y a cuyas finalidades apuntan.

Considera la Corte que la preceptiva constitucional ha sido enderezada por el propio Constituyente a la realización de unos fines, al logro de unos cometidos superiores ambicionados por la sociedad, que cabalmente son los que plasma el Preámbulo y que justifican la creación y vigencia de las instituciones. Quitar eficacia jurídica al Preámbulo, llamado a guiar e iluminar el entendimiento de los mandatos constitucionales para que coincida con la teleología que les da sentido y coherencia, equivale a convertir esos valores en letra muerta, en vano propósito del Constituyente, toda vez que al desaparecer los cimientos del orden constitucional se hace estéril la decisión política soberana a cuyo amparo se ha establecido la Constitución.

Juzga la Corte Constitucional que el Preámbulo goza de poder vinculante en cuanto sustento del orden que la Carta instauro y, por tanto, toda norma -sea de índole legislativa o de otro nivel- que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios⁷.

En el preámbulo de la constitución ecuatoriana se encuentra la base de reconocimiento del sujeto naturaleza, primeramente, con la ruptura del paradigma antropocéntrico -pues “de ella somos parte”-, y segundo, con el condicionamiento del logro del Buen Vivir a la efectividad del pacto de

6 “Apoyándose en esta jurisprudencia, una sentencia bien temprana del Tribunal Federal contencioso-administrativo de 30 de mayo de 1960 declaró que el preámbulo constitucional dispone de contenido jurídico y puede ser configurado como fuente de deberes cuyos destinatarios serían los órganos con capacidad de decisión política. Hoy es doctrina consolidada del Tribunal Constitucional alemán la vinculación jurídica del Preámbulo cuya redacción, por cierto, ha sido modificada tras la reunificación (...)”. Francisco Sosa Wagner, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de León. VALOR DE LOS PREÁMBULOS EN ALEMANIA. Marzo 9 de 2006. En: Diario del Derecho. Disponible en la dirección electrónica: http://www.iustel.com/v2/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1015576

7 Sentencia C-479 de 1992. Magistrados Ponentes: Doctores JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO y ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO. Agosto 13 de 1992. Negrillas dentro del texto.

convivencia armónica con la Pacha Mama.

Derivado de lo anterior, se realiza el reconocimiento de la naturaleza “o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida” (art. 71), como sujeto de derechos: “aquellos derechos que le reconozca la constitución” (art. 10), a saber,

- Derecho a que se respete integralmente su existencia (art 71)
- Derecho al mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos (art. 71)
- Derecho a que toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad pueda exigir a la autoridad pública el cumplimiento de sus derechos y a que el Estado incentive tales iniciativas (art. 71)
- Derecho a la restauración y que ésta sea independiente de la obligación que tiene el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados (art. 72)

Debe añadirse a esta gama de derechos, aquellos relacionados con el agua, pues la Constitución la reconoce como “un elemento vital para la naturaleza” (art. 318), particularmente el que establece su manejo con un *enfoque ecosistémico* (art. 412) y el que enfatiza que “la sustentabilidad de los ecosistemas y el consumo humano serán prioritarios en el uso y aprovechamiento del agua” (art. 411).

En contrapartida, la Constitución pone en cabeza del Estado obligaciones para con la Pacha Mama que bien podemos clasificar conforme a las obligaciones internacionales de los Estados frente a los derechos humanos, esto es, obligación de respeto (de no hacer), de protección (frente a la acción de terceros) y de garantía de sus derechos (adopción de medidas de prevención, investigar las violaciones, sancionar, reparar y restaurar), como se ve en el siguiente cuadro:

Obligaciones constitucionales del Estado respecto del sujeto Naturaleza:

Obligaciones de respeto	Obligaciones de protección	Obligaciones de Garantía
<p>- El Estado adoptará las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre de daño. En caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas (art. 396).</p> <p>- Prohibición de aplicación de biotecnologías riesgosas o experimentales (art. 401)</p> <p>- El Régimen de desarrollo tiene como objetivo recuperar y conservar la naturaleza (art. 276).</p>	<p>- Promoción de desarrollo y uso de prácticas y tecnologías ambientalmente limpias y sanas, así como de energías renovables, diversificadas, de bajo impacto y que no pongan en riesgo la soberanía alimentaria, el equilibrio ecológico de los ecosistemas ni el derecho al agua (art. 413)</p> <p>- Proteger a la naturaleza frente a los efectos negativos de los desastres de origen natural o antrópico mediante la prevención ante el riesgo, la mitigación de desastres, la recuperación y mejoramiento de las condiciones sociales, económicas y</p>	<p>- En caso de daños ambientales el Estado actuará de manera inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y la restauración de los ecosistemas (art. 397)</p> <p>- Establecer mecanismos efectivos de prevención y control de la contaminación ambiental, de recuperación de espacios naturales degradados y de manejo sustentable de los recursos naturales (art. 397-2).</p> <p>- Aplicar medidas de precaución y restricción de</p>

<p>- El sistema económico propende una relación dinámica, equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza (art. 283).</p> <p>- La política económica tiene como objetivo promocionar la incorporación del valor agregado con máxima eficiencia, dentro de los límites biofísicos de la naturaleza y el respeto a la vida y a las culturas (art. 284).</p> <p>- El Estado adoptará medidas adecuadas y transversales para la mitigación del cambio climático, mediante la limitación de las emisiones de gases de efecto invernadero, de la deforestación y de la contaminación atmosférica; tomará medidas para la conservación de los bosques y la vegetación, y protegerá a la población en riesgo (art. 414)</p> <p>- Se prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal. Excepcionalmente dichos recursos se podrán explotar a petición fundamentada de la Presidencia de la República y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional, que, de estimarlo conveniente, podrá convocar a consulta popular (art. 407).</p> <p>- Debe velar por que el endeudamiento público no afecte la soberanía, los derechos, el buen vivir y la preservación de la naturaleza (art. 290)</p> <p>- El Estado no se comprometerá en convenios o acuerdos de cooperación que incluyan cláusulas que menoscaben la conservación y el manejo sustentable de la biodiversidad, la salud humana y los derechos colectivos y de la naturaleza (art. 403).</p> <p>- La integración latinoamericana como deber estratégico del estado debe promover estrategias conjuntas de manejo sustentable del patrimonio natural, en especial la regulación de la actividad extractiva; la cooperación y complementación energética sustentable; la conservación de la biodiversidad, los ecosistemas y el agua; la investigación, el desarrollo científico y el intercambio de conocimiento y tecnología; y la implementación de estrategias coordinadas de soberanía alimentaria (art. 423-2).</p>	<p>ambientales, con el objetivo de minimizar la condición de vulnerabilidad (art. 389).</p> <p>- El estado propiciará las importaciones necesarias para los objetivos del desarrollo y desincentivará aquellas que afecten negativamente a la producción nacional, a la población y a la naturaleza (art. 306)</p> <p>- El Estado promoverá las formas de producción que aseguren el buen vivir y desincentivará aquellas que atenten contra sus derechos o los de la naturaleza (art. 319)</p> <p>- Regular la producción, importación, distribución, uso y disposición final de materiales tóxicos y peligrosos para las personas o el ambiente (art. 397 - 3)</p> <p>- Asegurar la intangibilidad de las áreas naturales protegidas, de tal forma que se garantice la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de las funciones ecológicas de los ecosistemas (art. 397 -4).</p> <p>- El Estado regulará la conservación, manejo y uso sustentable, recuperación, y limitaciones de dominio de los ecosistemas frágiles y amenazados; entre otros, los páramos, humedales, bosques nublados, bosques tropicales secos y húmedos y manglares, ecosistemas marinos y marinos-costeros (art. 406).</p> <p>- Es responsabilidad del Estado garantizar la libertad de creación e investigación en el marco del respeto a la ética, la naturaleza, el ambiente y el rescate de los conocimientos ancestrales (art. 387)</p> <p>- Ratificar tratados internacionales que comprometan el patrimonio natural y en especial el agua, la biodiversidad y su patrimonio genético sólo con la parobación previa de la Asamblea Nacional (art. 419-8)</p>	<p>actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o alteración permanente de los ciclos naturales (art. 72).</p> <p>- Adoptar las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas de la explotación de los recursos naturales no renovables (art. 72)</p> <p>- La responsabilidad por daños ambientales es objetiva. Todo daño al ambiente, además de las sanciones correspondientes, implicará también la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas (art. 396)</p> <p>- El Estado garantizará un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras (art. 395).</p> <p>- Establecer un sistema nacional de prevención, gestión de riesgos y desastres naturales, basado en los principios de inmediatez, eficiencia, precaución, responsabilidad y solidaridad (art. 397-5)</p> <p>- Las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores, y en consecuencia: Impulsa la creación, ratificación y vigencia de instrumentos internacionales para la conservación y regeneración de los ciclos vitales del planeta y la biosfera (art. 416 -13).</p>
---	---	---

IV

Marco de Interpretación de los derechos de la Pacha Mama

Tanto los derechos del sujeto naturaleza como las obligaciones correlativas del Estado tienen un marco estricto de interpretación que la misma Constitución reconoce:

1. Criterios de formación legislativa:

- 1.1 Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales (art. 11-4).
- 1.2 El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio (art. 11-8).
- 1.3 Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica (art. 424).
- 1.4 Cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto (art. 85-2).
- 1.5 En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución (art. 84)

2. Criterios de interpretación judicial y administrativa

- 2.1 En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia. (art. 11-5)
- 2.2 In dubio pro natura En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza (arts. 395-4) y principio de precaución (art. 395-5)
- 2.3 Los derechos y garantías establecidos en la Constitución serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte (art. 11-3).
- 2.4 Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía. (art. 11- 6)
- 2.5 Siguiendo la lógica anterior, la naturaleza cuando es víctima de infracción penal, como otros sujetos de derechos, goza de protección especial, y debe garantizarse su no revictimización. La reparación integral *“incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la*

verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición” (art. 78).

- 2.6 La carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado (art. 397-1).
- 2.7 Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho (art. 87).
- 2.8 Las políticas de gestión ambiental se aplicarán de manera transversal y serán de obligatorio cumplimiento por parte del Estado en todos sus niveles y por todas las personas naturales o jurídicas en el territorio nacional (art. 395-2).

3. Criterios de participación

- 3.1 El Estado garantizará la participación activa y permanente de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades afectadas, en la planificación, ejecución y control de toda actividad que genere impactos ambientales.
- 3.2 Permitir a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental, incluyendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental materia de litigio (art. 397)
- 3.3 Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta (art. 398).
- 3.4 La prevención del daño ambiental, la conservación del suelo y la conservación de la biodiversidad son asuntos de interés público (arts. 14, 409 y 401)

De lo expuesto arriba concluimos que los derechos del sujeto naturaleza no se limitan a su enunciación, sino que poseen un rico régimen interpretativo que restringe radicalmente la aplicación del modelo desarrollista y comprometen la creación legislativa, la actuación administrativa y la respuesta judicial y ponen a prueba el nuevo pacto de convivencia armonioso entre la sociedad y la Pacha Mama.

V

Los retos para la satisfacción de los derechos del sujeto naturaleza.

En este apartado sostenemos que los retos de los derechos de la naturaleza ya no reposan en el nivel de reconocimiento sino en el nivel de satisfacción: de materialización efectiva de sus postulados.

Tales retos no sólo se inscriben en la enorme distancia entre reconocimiento y satisfacción de los derechos en general sino en un verdadero cambio de pensamiento que supere los rezagos positivistas coloniales.

Un primer reto se encuentra a nivel de la formulación de las políticas públicas y supone abandonar la falsa dicotomía entre desarrollo o protección de la naturaleza. Alegar que la satisfacción de los derechos de la naturaleza al mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos constituyen una amenaza para la obtención de recursos que podrían destinarse a la satisfacción de los derechos sociales (construcción de escuelas, salud, vivienda, etc) constituye una falacia material.

Las experiencias de explotación de recursos nos dicen que las zonas de extracción son generalmente más pobres, carentes de recursos públicos, violentas y ambientalmente degradadas. Por otra parte las ganancias de la explotación son residuales para los Estados (la mayor tajada se la llevan las empresas que explotan) y la lógica presupuestal no es una traducción directa de ganancias de la explotación = inversión social. Recientemente se conoció que Ecuador es el tercer país en latinoamérica que más dinero destina al gasto militar, después de Colombia y Chile, y que en el último año aumentó en un 18% sus gastos⁸.

Adicionalmente, la industria de explotación no supone una apertura del Estado para resolver los impactos que la explotación tiene en los derechos de los ciudadanos. Las empresas como patrón generalizado no responden a las petición de información que hacen los afectados, los procesos judiciales no avanzan, la prueba de daño opera en favor de los demandados, el sistema de salud no tiene capacidad de respuesta frente a las enfermedades generadas por la extendida contaminación ambiental y los controles ambientales son limitados para formular efectivamente planes de prevención, mitigación y restauración.

El desarrollo supone el sacrificio de los derechos de ciertas comunidades y de ciertos entornos ecosistémicos para la obtención de limitados recursos que no resuelven los impactos generados por las actividades extractivas, la imposición de modelos agroindustriales, el vertimiento de tóxicos, etc. El Sumak Kawsay supone un modelo en el que la racionalización de los límites biofísicos de la naturaleza desplaza la tendencia martirizante de ciertos grupos poblacionales.

Un segundo reto se relaciona con justiciabilidad de los derechos y el mismo derecho de acceso a la justicia. En el Ecuador los discursos sobre la crisis en la administración de justicia no se traducen en la toma de medidas urgentes para resolverla. La sobresaturación de los discursos sobre la debilidad de la justicia, también tiene un papel de desincentivación para que los ciudadanos acudan a ella, una simple revisión de lo que se ventila en los medios, en relación con la legitimidad institucional, las decisiones judiciales y el sistema mismo, da cuenta del fenómeno:

“Un amplio poder del Ejecutivo en desmedro de las otras funciones del Estado es la principal característica del proceso de transición institucional que vive el país desde la aprobación de la nueva Constitución, de acuerdo con análisis que hacen entendidos en el área jurídica y constitucional. Luego de un año y medio de la entrada en vigencia de ese nuevo marco constitucional, apenas dos de los cinco poderes del Estado están conformados: el Ejecutivo y el Legislativo. En tanto, el Poder Judicial, el de Transparencia y Control Social y el Electoral aún están en proceso de formación, o con autoridades temporales⁹”.

“A grandes rasgos repasemos la historia: la crisis institucional empieza con el

8 Ecuador aumentó gasto militar en 18%. en: eltiempo.com.ec Publicado el 2 de junio de 2010

9 País no se institucionaliza por falta de 3 poderes del Estado. El Universo. Mayo 2 de 2010.

General Alfaro, que reorganizó la Corte Suprema para librarse de los magistrados conservadores. Desde 1906 hasta 2005 esa Corte sufrió 12 reorganizaciones. Febres Cordero no aceptó el nombramiento de los ministros por el Congreso y la cercó con tanques. Lucio Gutiérrez decapitó nuevamente a la Corte y vino la llamada “pichicorte” que duró seis meses. Después se dio un proceso de concurso y selección de magistrados, cuyos periodos tampoco fueron respetados, para entrar en el Gobierno de la revolución ciudadana. De acuerdo con el Régimen de Transición de la Constitución de Montecristi, a los 10 días de aprobado el referéndum cesaron en sus cargos los ministros de la Corte Suprema, disponiéndose que el Consejo Nacional Electoral organice un sorteo entre los 31 magistrados para escoger a 21 titulares. En primer término, ¿cómo podía sortearse entre jueces que por mandato constitucional habían dejado de serlo? En segundo lugar, los sorteados se negaron a aceptar los cargos, sin que el Régimen de Transición hubiere previsto una solución para este supuesto. El vacío jurídico que los asambleístas habían creado quedó formalmente resuelto por una consulta, que sin competencia, absolvió la Corte Constitucional, que se había proclamado asimismo como tal. Resolvió que el sorteo era válido y se sacó de la manga una fórmula mágica, por la cual la Corte Nacional se integró con los jueces que aceptaran el sorteo y por conjueces¹⁰”.

“¿Se incrementó el presupuesto de la Función Judicial para el presente año, considerando la necesidad de aplicar con eficiencia las nuevas disposiciones? La respuesta es no. Por el contrario, el presupuesto decreció. ¿Se incrementó el número de jueces para el presente año? La respuesta es no. ¿Cuántos abogados han sido formados en los últimos años para que puedan obrar como jueces? La respuesta es ninguno. Entonces, con estas profundas deficiencias, ¿cómo queremos tener una administración de Justicia ágil y diligente? Es indudable entonces que la desidia estatal es manifiesta. Los jueces y en general los funcionarios judiciales carecen de las herramientas para obrar en debida forma¹¹”.

Los fallos en la construcción y ejecución de las políticas públicas sólo encuentran tres medidas de reconfiguración: la exigibilidad política, la exigibilidad jurídica o la exigibilidad social. Si la primera forma de exigibilidad falla cuando los sistemas permanecen cerrados a ser influenciados por una activa participación ciudadana, sólo el escenario de la justicia es capaz de dirimir los conflictos entre derechos. Con una administración de justicia en crisis permanente, desprovista de credibilidad, debilitada y excluida del imaginario social como instancia, este segundo mecanismo, se frustra.

La idea de corruptibilidad de los sistemas opera en desmedro de la construcción de sistemas de justicia independientes, democráticos. El aforismo de la segunda ley de la corrupción, da cuenta de ello “*las expresiones oficiales “venga después...”, “a usted le falta...”, “tiene que...”, “aquí no es...” no son señales de indolencia: el cohecho vendrá enseguida¹²”.*

En contextos de exigibilidad jurídica “imposible”, las expresiones de exigibilidad social cobran dinamismo en forma de denuncia, protesta y movilización, pero la respuesta del sistema se vuelve entonces, policiva. Las amnistías otorgadas en 2008 por la Asamblea Constituyente y que beneficiaron a por lo menos quinientos defensores de causas ambientales y los recientes hechos de la movilización alrededor de la ley de aguas, dan cuenta precisamente de este punto. Los derechos

10 Crisis judicial. Federico Chiriboga. Columnista. El Comercio. Febero 3 de 2010

11 Vicios de la Función Judicial. Joffre campaña Mora. Columnista. El Universo. Mayo 21 de 2010

12 Aforismos burocráticos. Revista El Malpensante. Iceberg. Edición N. 106. Marzo de 2010

de la naturaleza, así como los de las y los ciudadanos requieren de manera urgente, que la justicia se haga presente.

Un tercer reto para la materialización de los derechos de la naturaleza se encuentra en su racionalización contextualizada. Este reto, se relaciona profundamente con nuestro pensamiento. Los críticos de los derechos de la naturaleza sostienen que se trata poco menos, de un esperpento jurídico. Se preguntan cómo es que un sujeto que no tiene deberes, puede tener derechos. Se preguntan si un árbol sería capaz de presentar un recurso de protección. Se dibuja en sus rostros una sonrisa socarrona ante la idea de que el río tenga derecho a fluir, el viento a soplar, o las plantas a florecer.

Pareciera generarse una mayor conmoción ante la idea de que la Pacha Mama, con nombre propio, pueda tener derechos que ante el estado de degradación ambiental planetario en el que estamos inmersos y que cobra diariamente la vida de especies, ecosistemas y consecuentemente vidas humanas.

La ridiculización del estatus de sujeto de la Pacha Mama y la consolidación de discursos que insisten en la inviabilidad jurídica de la materialización de sus derechos van más allá de disputas dogmáticas positivistas: son el estandarte de una visión que se aferra a la escisión hombre – naturaleza, al mantenimiento de un estado de cosas donde la balanza de la seguridad jurídica se inclina hacia los aventajados y, en suma, a una visión de exclusión claramente colonial.

El preámbulo de la Constitución de Bolivia nos muestra claramente de qué se trata: *“En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdes y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia”*.

El Buen Vivir supone empezar a descontar la deuda histórica con los pueblos originarios: pluralidad, multiculturalidad, plurinacionalidad, buena fe, justicia, participación e inclusión en armonía con la naturaleza. El reto se centra en la superación del racismo.