

Gómez-Rey, A. & Vargas-Chaves, I., & Ibáñez-Elam, A. (2019) El caso de la naturaleza: los derechos sobre la mesa ¿decálogo o herramienta? En L. Estupiñan-Achury, C. Storini, R. Martínez-Dalmau & F. De Carvalho (Eds.). La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático (pp. 423-443). Bogotá: Universidad Libre de Colombia.

El caso de la Naturaleza: derechos sobre la mesa. ¿Decálogo o herramienta?

*Andrés Gómez-Rey**

*Iván Vargas-Chaves***

*Adolfo Ibáñez-Elam****

Resumen: Se lleva a cabo un planteamiento del estatus de la naturaleza en el ordenamiento jurídico como sujeto y objeto de derechos. Para lograr este objetivo, los autores se valen de una metodología inductiva a partir de un análisis descriptivo desde la doctrina, jurisprudencia y normas primarias. Con ello, se busca, en primer lugar, responder a la cuestión de si es posible o no que un ordenamiento jurídico contemple derechos de la naturaleza; en segundo lugar, se pretende evidenciar cómo el reconocimiento de derechos sobre la naturaleza por parte de la jurisprudencia en Colombia cuenta con presupuestos comunes pese a que aún no se contemplan reglas claras sobre la asignación de derechos a la naturaleza. Al final, se realiza un llamado de atención para comprender esta figura más como un instrumento que el Estado debe utilizar a favor de la naturaleza, que como un decálogo de derechos.

Palabras clave: Derechos de la naturaleza, derecho ambiental

* Magíster en Derecho Administrativo y estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad del Rosario. Profesor de la Universidad del Rosario. Contacto: andres.gomez@urosario.edu.co; ORCID: 0000-0001-5305-4860

** Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona. Dottore di Ricerca (Dott. Ric.) de la Università degli Studi di Palermo. ORCID: 0000-0001-6597-2335

*** Magíster en Derecho de los Recursos Naturales de la Universidad Externado de Colombia y estudiante de los cursos del Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. ORCID: 0000-0001-7197-2294

Abstract: This chapter presents the status of nature as subject and object of Rights. To achieve this objective, the authors apply an inductive methodology based on a descriptive analysis based on doctrine, jurisprudence and norms. Following a logical order, the chapter first tries to answer the question: is it possible or not that a legal system contemplates rights of nature? Secondly, the chapter examines how the recognition of rights of nature in Colombian jurisprudence has common budgets, even if there are no clear rules. In the end, the authors call attention to understand this figure more as an instrument than as a decalogue of rights.

Keywords: Rights of nature, environmental law

1. Introducción

El observador que mira por una ventana puede ver aquello que queda en su campo de visión y es consciente de que su elección de mirar por la ventana deja fuera un entorno al que no tiene acceso (Morales, 2014, p. 32.) y con ello construye una realidad.

Esta observación primaria¹, limitada y abstracta es una de las formas en las cuales nuestros *ius* publicistas han construido el imaginario del derecho, el cual, si bien se construye como un ideal del mismo, poco refleja o muestra sobre su real operatividad, fenomenología y la forma en la cual es conocido por quienes supuestamente están bajo su vigilancia y control: “los ciudadanos, o sus clientes”.

Por ello, cuando el derecho debe afrontar realidades para las cuales no fue en principio creado, es decir, cuando debe asumir todo aquello que el observador y diseñador jurídico (Escobar, 2016) dejó por fuera, desestabiliza su construcción epistemológica.

Un ejemplo de ello ocurre cuando se quebranta la tradición dogmática del derecho por cuenta de la protección del ambiente, que para algunos está

¹ Por observación primaria o del primer orden se partirá de la construcción de Forster, Heinz Von “Observing Systems, Seaside, Intersystems Publications, 1981, en donde se plantea que las acciones legales son operaciones simples que comprende el estudio de la dogmática o la teoría idea para buscar aplicarla a situaciones reales.

poniendo el mundo al revés, dada la creación de categorías jurídicas que: a) deben responder ante fenómenos para los cuales nuestro esquema de reglas y conceptos no está preparado, b) critican las antiguas tradiciones de la disciplina.

Cafferata (2004) afirma que esto obedece a que el derecho ambiental es una rama joven y especial, sin embargo, para otros como Rodríguez (2009) la revolución está basada en la necesidad de adaptar una realidad veloz, inestable, no jerarquizada y por fuera de las reglas de un “orden” preestablecido al derecho.

A manera de ejemplo, y desde el punto de vista netamente dogmático, vemos cómo el derecho ambiental transgrede las instituciones tradicionales como bien lo puede ser: a) contar con la posibilidad de modificar sin autorización del beneficiario actos administrativos de carácter particular como los permisos ambientales²; o b) que las entidades que conforman la administración pública ambiental puedan usurpar temporalmente competencias de otras entidades con fines sancionatorios³.

Tal vez, una de las construcciones más polémicas y recientes del derecho ambiental colombiano ha sido la manifestación de los jueces sobre la existencia de los derechos de la naturaleza, creando grandes debates sobre si esto es posible o no y despertando además una serie de teorías que intentan aproximarse a su concepto.

Este artículo, si bien puede presentarse como algo tecnócrata, desea dejar dos planteamientos: el primero, responder a si es posible o no que un ordenamiento jurídico contemple derechos de la naturaleza; el segundo, mostrar cómo el reconocimiento de derechos sobre la naturaleza por parte de los jueces colombianos si bien poseen presupuestos comunes, aún no contemplan un concepto claro que, en todo caso, debemos continuar construyendo, lo cual, sin embargo, puede ser un llamamiento para comprender esta figura más como una herramienta de acción para obligar al Estado a realizar acciones específicas que como un decálogo de derechos a la naturaleza.

² Violentando lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011.

³ Véase en este caso el artículo 2 de la Ley 1333 de 2009 que contiene una figura denominada “facultad a prevención”, y para ampliar su estudio consúltese a Gómez-Rey, Rodríguez y Vargas-Chaves (2015). “La facultad a prevención”. En *Perspectivas de responsabilidad por daños ambientales en Colombia*. Editorial de la Universidad del Rosario, Bogotá, p.143 - 162.

2. Estructura y metodología

Se ha planteado abordar la temática a través de tres partes: en la primera, veremos las razones para establecer la posibilidad que el derecho incluya derechos a la naturaleza desde tres visiones, el derecho como política, la necesidad de conocer una observación completa no antropocéntrica del derecho y la posición del positivismo clásico kelseniano. En la segunda parte, se presentarán algunas breves y descriptivas líneas sobre tres sentencias, el río Atrato, Amazonas y el páramo de Pisba, con el fin de mostrar que aún no se encuentra un contenido de los derechos de la naturaleza y, por ello, en la tercera parte, se hará una breve propuesta para su entendimiento como herramienta, y no como un reconocimiento que permite un decálogo de derechos precisos y exigibles.

Como metodología se propone igualmente tres aproximaciones, una teórica, que atiende a la descripción del derecho como política, al cambio del antropocentrismo al ecocentrismo y a la visión kelseniana sobre la posibilidad de asignar derechos a la naturaleza, otra que muestra al derecho como un campo de batalla⁴ que permite la construcción de categorías, justificaciones, conceptos e ideales inexistentes bajo una tradición racional rígida, y una última lógica empírica, que busca exponer los fenómenos del derecho producto de figuras “novedosas” como los derechos de la naturaleza.

3. Resultados

3.1 El diseño del derecho y algunos cuestionamientos sobre los derechos de la naturaleza

En este aparte se desean plantear algunas de las razones por las cuales el derecho comprende sin problema la posibilidad de incluir a la naturaleza como sujeto y actor del contenido de esta disciplina. Para ello, se presentarán tres visiones: la primera, que muestra al derecho como política y, por ello, el

⁴ Sobre este punto consúltese: Bourdieu, Pierre (2014). *Elementos para una Sociología del Campo Jurídico*, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar y Siglo del Hombre Editores, Bogotá; Alviar, Helena y Jaramillo, Isabel (2012). “Feminismo y crítica jurídica: el análisis distributivo como alternativa crítica al legalismo liberal”. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, y Jaramillo, I. (2013). *Derecho y familia en Colombia: historias de raza, género y propiedad (1540-1980)*. Bogotá: Ediciones Uniandes.

reconocimiento de los derechos de la naturaleza dependerá de la intención del operador con capacidad de incluir las prerrogativas de los “no humanos”; la segunda, que muestra cómo la división entre humano y no humano precisamente obedece a la construcción del derecho por parte de la visión limitada de un observador tradicional, y la tercera, cómo desde la escuela clásica del positivismo kelseniano fue una variable válida y contemplada.

Comenzando entonces con la primera, Bordieu (2014) nos cuenta cómo existen unos patrones o esquemas de creación sobre los cuales hemos aprehendido y percibido nuestra realidad y las formas bajo las cuales podemos desenvolvernos en ella (el *habitus*); estos esquemas son estructurados a través de la construcción social, las relaciones entre actores y otros, y a su vez estos esquemas estructuran por cuanto permiten y limitan el pensamiento, el imaginario y la realidad de las personas. Por ello, este mismo autor en otro texto habla de “estructuras estructurantes” (Bordieu, 1986) que mantienen el *habitus* que construye la realidad derivada de las prácticas sociales de determinado grupo y que es conocido a través de un proceso de familiarización que permite el diseño de directrices axiológicas.

Precisamente, una de las estructuras a las que se refiere Bordieu es el derecho, que como sistema de dominación (Weber, 1964) es una estructura estructurante que permite, habilita y limita las posibilidades comportamentales de las personas y mantiene el *habitus*. Por ello, y en palabras de Kennedy (1997), se trata de una estructura caprichosa en el sentido de buscar la hegemonía de una forma de pensamiento o de criterios representados por un sector poblacional; es decir, el derecho es política. Sin embargo, Kennedy también plantea que este derecho no es coherente ni ordenado ni perfecto por cuanto no refleja una voluntad coherente o perfecta de dominio. Por el contrario, es una estructura llena de ausencias y vacíos, lo cual permite que sea vista (al menos judicialmente) como un campo de batalla en donde los diferentes actores a veces ganan o pierden.

De lo anterior, pudiésemos comprender que el derecho es un aparato construido y en construcción, que, si bien atiende una racionalidad específica, su modificación no depende de verdades o realidades inmodificables, sino de seres humanos con la intención política de reestructurar la estructura estructurante.

Así las cosas, para el reconocimiento de derechos de la naturaleza no se requiere encontrar las razones justificadoras que permitan su aceptación por

parte del derecho, sino, por el contrario, simplemente la intención política de alguno de los operadores con el poder suficiente para hacerlo.

Por ello, las razones que se otorgan a esta nueva tendencia son simples precisiones persuasivas para que la nueva estructura se convierta en un *habitus* común, en otras palabras, que buscan cargar de correcto y de verdadero el argumento para así lograr su familiarización práctica por el grupo.

La segunda visión mencionada al comienzo se refiere a la estructuración del derecho excluyendo intencionalmente elementos que nos son comunes día a día, como nuestros entornos, nuestros sentimientos, los seres vivos no humanos, entre otros. Así, parece que el observador y constructor de la disciplina hubiese privilegiado “cuatro creencias, el individuo, la ciencia, la economía y lo real, que son parte de la configuración predeterminada de la teoría y la práctica” (Escobar, 2016, p.101)

Entre aquello que hace parte constante de nuestra vida y hemos elegido dejar por fuera del derecho encontramos a los seres vivos no humanos y los sentimientos. Sobre las emociones, podríamos decir que no tenerlas en cuenta es una pretensión sin sentido por cuanto la decisión de ser racional es precisamente una opción emocional; en palabras de Valera (1997, p.5): “hay un lado emocional en todas las formas de racionalidad puesto que cada dominio racional está basado en terrenos emocionales”.

Ahora, sobre nuestro punto de interés, la naturaleza, encontramos que “el mantenimiento del individuo como agente del diseño por excelencia empieza a perder fuera y las tendencias más recientes apuntan a encontrar un equilibrio entre la comprensión descontextualizada y descorporizada de la persona y las perspectivas relacionales” (Escobar, 2016, p.103), es decir, estamos avanzando a una ontología relacional que afirma que nada existe previamente a las relaciones que la constituyen.

En este punto, se quiere insistir en que la naturaleza siempre ha estado presente en el diseño, dadas las relaciones que crea. Véase a manera de ejemplo cómo la agricultura es una manifestación relacional entre los subproductos animales y vegetales y las personas, o como el agua permite la creación de tejidos sociales en donde se intercambian experiencias, conocimientos y recreación. No obstante, el derecho poco se acercó a la protección de dichas relaciones ya que en su momento la existencia de los seres no humanos y los elementos naturales era abundante.

Respecto a la concepción que se tiene de los derechos de la naturaleza también existe otra óptica que, impulsada desde la ética ambiental, propone un sistema de valores a partir del rol que tiene el ser humano en la naturaleza y del rol de esta respecto al ser humano; encontramos que el derecho empieza a generar espacios de debate y de construcción del conocimiento desde tres enfoques: antropocentrismo, biocentrismo y ecocentrismo.

El antropocentrismo es el enfoque que ubica al ser humano como el centro y dueño de todo, por ser el único ser racional y digno del planeta. Esto conllevó a un sinnúmero de factores de deterioro ambiental ocasionados desde la Revolución Industrial, los cuales fueron abordados por una naciente disciplina -el derecho ambiental- desde que algunos Estados mostraron su preocupación al respecto en el denominado Club de Roma, gracias al cual se dieron las condiciones para que en la Conferencia de Estocolmo se promulgara un primer instrumento que empezara a reorientar este primer enfoque.

Con todo, el antropocentrismo no fue ajeno a la protección del ambiente, aunque no en vano lo consideraba un instrumento para seguir impulsando el desarrollo. En últimas, se propendía por garantizar un ambiente sano controlando los factores de deterioro y contaminación y al mismo tiempo proteger los recursos naturales; todo ello para seguir satisfaciendo las necesidades del hombre (Corte Constitucional, Sentencia T 622 de 2016; Sentencia C 449 de 2015; Molina, 2014).

Luego nace otro enfoque denominado biocentrismo, que sitúa al ser humano como parte integrante de la naturaleza, donde ambos tienen el mismo valor por el hecho de ser seres vivos. Es así como se deja de percibir al hombre como razón única para proteger el ambiente, pues más allá de la posible extinción del ser humano por la destrucción de la naturaleza, esta última debe protegerse porque pertenece tanto a las generaciones que en ella habitan como a las venideras y a la humanidad en general, sobre todo porque los problemas ambientales de una nación pueden producir repercusiones en otras, asunto que consecuentemente exige que la actividad humana ocasione el menor impacto posible sobre la naturaleza, lo que se traduce al desarrollo sostenible (Corte Constitucional, Sentencia T 622 de 2016; Sentencia C 339 de 2002).

Finalmente, se llega al enfoque ecocéntrico, que plantea que la tierra no le pertenece al hombre, sino que, por el contrario, es él quien hace parte de ella como cualquier otra especie, pues el ser humano representa un evento más dentro del largo proceso de evolución de la tierra que ha tomado miles de

millones de años. En ese entendido, no puede ser dueño de las demás especies, ni de la naturaleza en sí misma y, por tanto, no puede decidir sobre el destino del planeta. Así las cosas, la naturaleza resulta ser un sujeto de derechos que deben ser reconocidos por el Estado y ejercidos por representantes legales (Corte Constitucional, Sentencia T 622 de 2016 y Sentencia C 449 de 2015; Toca, 2011).

En Colombia, los debates sobre estas tres visiones han llevado a que las altas cortes se pronuncien confiriendo una protección reforzada a la naturaleza a través de la asignación de derechos. Desde el río Atrato, pasando por el Páramo de Pisba y la Amazonía, la naturaleza poco a poco ha venido siendo reconocida como una entidad –o entidades– sujeto de derechos. Sobre este punto nos referiremos en el siguiente apartado.

La tercera y última visión anunciada al comienzo de este acápite se trata de la respuesta que el positivismo clásico kelseniano ha otorgado a la cuestión de si es posible o no la inclusión de derechos de la naturaleza en un ordenamiento jurídico. En la *Teoría Pura del Derecho* se discute en su parte dinámica aquello que otorga validez al ordenamiento jurídico planteando, entre otras, como fundamento del derecho, como una norma básica fundamental o que está recubierta de validez por ser la primera, la que representa o por ser producto de la imposición histórica. Para Hart (2012), la validez dependerá de la competencia o autoridad por contenido o habilitación de quien la emite.

Así pues, el ordenamiento puede incluir cualquier cuestión siempre y cuando recaiga sobre su sustento de validez, como cuando un juez con la competencia para hacerlo reconoce los derechos de la naturaleza. Lo cual sería un primer argumento a favor.

Pero también Kelsen (1986, p. 141) nos cuenta como:

La tesis de que los animales, plantas, objetos inanimados no son sujetos de los derechos reflejos, por no ser ‘personas’ es equivocada, puesto que ‘persona’ significa, como hemos de ver, sujeto de derechos; y si por sujeto de un derecho reflejo se entiende al hombre en cuyo respecto ha de cumplirse la conducta del individuo obligado a ello, entonces los animales, las plantas y los objetos inanimados, en cuyo respecto hay hombres obligados a comportarse de determinada manera, serían en el mismo sentido ‘sujetos’ de un derecho con relación a esas conductas, como el acreedor es sujeto del derecho consistente en la obligación que el deudor tiene en su respecto.

La cual expresa que el aspecto de correlación de un mandato puede recaer sobre cualquier objeto de protección o no legal. Si bien esta posición privilegia al ser humano como sujeto obligado a tener un comportamiento específico, y por ello no se trataría de una visión plenamente ecocéntrica del derecho, sí muestra cómo la discusión sobre la inclusión de derechos de la naturaleza debe superarse y aceptar que el cuerpo de reglas sin problema puede incluirlos.

Con estas tres posiciones es posible comprender que no existe restricción alguna para que un ordenamiento jurídico comprenda los derechos de la naturaleza. Sin embargo, incluir esta expresión “derechos de la naturaleza” en nuestro sistema de reglas debe tener algún sentido o contenido.

3.2 Los derechos de la naturaleza como un concepto que por ahora todo lo permite: su utilización por los jueces colombianos

En el acápite anterior vimos cómo el ordenamiento jurídico puede sin discusión abarcar la existencia de un derecho sobre la naturaleza, sin embargo, dadas las justificaciones tan variadas para su ocurrencia, el concepto “derechos de la naturaleza” aún sigue siendo algo en construcción. Por esta razón, a continuación, se presentará una sumaria descripción de cada uno de los casos, para luego realizar una propuesta de contenido que, aunque aún indeterminado, pudiese coadyuvar en su entendimiento.

A modo de introducción, es importante tener en cuenta que los casos que a continuación se describirán, si bien son aquellos que expresamente reconocen los derechos de la naturaleza, tienen como antecedente una historia que avaló dicha posibilidad. Como ejemplo encontramos la Sentencia T-411, en donde la Corte Constitucional (1992) afirma que:

La era pasada nos ha enseñado una muy buena lección: el hombre no puede mandar sobre el viento y la lluvia. El hombre no es el amo omnipotente del universo, con carta blanca para hacer impunemente lo que desee o lo que le convenga en un determinado momento. Y, como sostiene el humanista Vaclav Havel, el mundo en que vivimos está hecho de un tejido inmensamente complejo y misterioso sobre el cual sabemos muy poco y al cual debemos tratar con humildad.

Igualmente se pronunció en el 2011 sobre la visión antropocéntrica del Estado estableciendo que

[...] la protección de la naturaleza no solo debe hacerse en aras de proteger al ser humano. El medio ambiente no debe ser concebido solamente desde una perspectiva antropocéntrica, entendiendo que el único fin de preservación es que en un futuro la naturaleza tenga alguna utilidad para el ser humano y no sea aliciente en el progreso de la humanidad, sino que la postura frente a este bien debe ser de respeto y de cuidado. Teniendo en cuenta que debe haber un desarrollo armónico en donde el actuar de los seres humanos en relación al medio ambiente debe responder a la visión en donde los demás integrantes del medio ambiente son entes dignos que no se encuentran a disposición absoluta e ilimitada del ser humano. De tal forma que debe ser vista y entendida bajo el supuesto de que el ser humano es un elemento más de la naturaleza y no un superior que tiene a su disposición el medio ambiente (Corte Constitucional, 2011)

Entre muchas otras en donde comienza a ubicar al ambiente y su protección por fuera de una órbita utilitarista. Se observa entonces que ese reconocimiento sistemático y progresivo que ha tenido el Tribunal Constitucional con la naturaleza no ha sido producto del azar, por el contrario, es consecuencia de dos realidades: los recursos naturales son agotables y en la actualidad se necesita tomar medidas de protección y conservación debido al uso desproporcionado que el ser humano está tendiendo con los mismos. Un ejemplo de lo mencionado es que Colombia no es el único país encaminado a reconocer a la naturaleza como sujeto de derechos, Estados cercanos como el ecuatoriano y boliviano, preocupados por la situación actual, desde su ordenamiento jurídico ya han otorgado derechos a sus ecosistemas (Pinto, Carneiro de Freitas, Augusto da Silva, y Maluf, 2017)

Para contextualizar lo hasta ahora citado, a continuación, se estudiarán los más recientes fallos de la Corte Constitucional en los cuales funda la teoría del reconocimiento de la naturaleza como un sujeto de derecho:

3.2.1 El río Atrato

Para contextualizar un poco, en palabras de la Corte Constitucional (2016), la importancia del río Atrato radica en que es el tercero más navegable del país,

después del río Magdalena y del río Cauca, y a su vez es el más caudaloso de todo el territorio nacional. Asimismo, representa un espacio para reproducir la vida y recrear la cultura de las múltiples comunidades indígenas y afrodescendientes que existen a lo ancho de toda su extensión.

Bajo ese escenario, el uso excesivo e indiscriminado a gran escala de diversos métodos de extracción minera y de explotación forestal ilegales, originó que los representantes de los grupos étnicos interpusieran una acción de tutela⁵ con el fin de frenar tales sucesos que lo único que han generado es el detrimento de las cuencas, ciénagas, humedales y afluentes del río. En ese orden de ideas, la Corte en sentencia T-622 del 2016 reconoció al río Atrato como sujeto de derechos.

Este suceso resulta fundamental y a la vez esencial para el objeto de esta investigación, dado que fue la primera vez que este alto Tribunal Constitucional otorgó tal calificativo a la naturaleza. Recoge la jurisprudencia, “el medio ambiente y la biodiversidad han adquirido progresivamente valiosas connotaciones socio-jurídicas”, de ahí que, en la actualidad, nuestro texto constitucional ha sido denominado como una *Constitución ecológica* debido al gran contenido en materia de protección ambiental que tiene su articulado. Sin lugar a dudas, lo anterior refleja un enfoque ecocentrista de la decisión adoptada. A saber:

En resumen, se puede concluir que la premisa central sobre la cual se cimienta la concepción de la bioculturalidad y los derechos bioculturales es la relación de profunda unidad entre naturaleza y especie humana⁶

⁵ “Es así como en 2015 el *Centro de Estudios para la Justicia Social Tierra digna*, en representación de varios consejos comunitarios del Chocó, instauró una tutela contra la Presidencia de la República, siete ministerios, la Agencia Nacional de Minería y otras entidades del Gobierno para salvar el Atrato, que, a pesar de recibir más 15 ríos y 300 quebradas, ha sido envenenado sistemáticamente a lo largo de los años” (Banco de la República, 2018).

⁶ Continúa la sentencia: “Esta relación se expresa en otros elementos complementarios como: (i) los *múltiples modos de vida* expresados como diversidad cultural están íntimamente vinculados con la diversidad de ecosistemas y territorios; (ii) la riqueza expresada en la *diversidad de culturas, prácticas, creencias y lenguajes* es el producto de la interrelación coevolutiva de las comunidades humanas con sus ambientes y constituye una respuesta adaptativa a cambios ambientales; (iii) las relaciones de las diferentes culturas ancestrales con plantas, animales, microorganismos y el ambiente contribuyen activamente a la biodiversidad; (iv) *los significados espirituales y culturales* de los pueblos indígenas y de las comunidades locales sobre la naturaleza forman parte integral de la diversidad

En palabras de Tierra Digna⁷ (2017), otorgarle el calificativo de sujeto de derechos a este ecosistema significó que “el río es una entidad viviente que sostiene otras formas de vida y culturas y que a su vez no es solo un objeto de apropiación: es un sujeto de especial protección”. Sin embargo, en la actualidad, y desde la realidad fáctica del territorio, hacer plausible tal denominación o consagración no ha sido lo esperado, de hecho, aún persisten problemáticas socio-ambientales en la zona que no se han podido erradicar. Tal vez por falta de planeación o por voluntad gubernamental.

Por otro lado, la Corte Constitucional fundamentó su fallo dando aplicación a un criterio jurídico de discrecionalidad que poseen los jueces: el principio de precaución. De esta forma, prohíbe el uso de sustancias tóxicas como el mercurio en actividades de explotación minera (legales e ilegales), y como ya se hizo mención, declara que el río Atrato es un sujeto de derechos en virtud del cual el Gobierno Nacional debe adoptar medidas de protección, conservación, mantenimiento y, en el caso concreto, restauración.

En este caso, más que un reconocimiento que busca la creación de un decálogo de derechos para que el río a través de su representante reclamara y ejerciera, la asignación de derechos a la naturaleza se utilizó como una herramienta que permitió reestructurar las competencias de las entidades concernidas y el contenido obligacional de nuestras normas para intentar nuevas acciones antes no realizadas.

3.2.2 Amazonas

Otro caso emblemático y reciente es la asignación de derechos a la Amazonía colombiana (Corte Suprema de Justicia, 2018), en el cual se concede tutela a un grupo de 25 niños, niñas y jóvenes que exigen la defensa de derechos fundamentales de la generación futura a la vida digna (arts. 1 y 11, Constitución Política, en adelante CP), la salud (art.49, CP), a la alimentación (arts. 1 y 65, CP) y al agua (art. 95, CP), demostrando cómo la estrecha relación entre el

biocultural; y (v) la conservación de la diversidad cultural conduce a la conservación de la diversidad biológica, por lo que *el diseño de política, legislación y jurisprudencia debe enfocarse por la conservación de la bioculturalidad*”.

⁷ El Centro de Estudios para la Justicia Social “Tierra Digna” brindó apoyo al Foro Interétnico Solidaridad Chocó (FICH) y los Consejos Comunitarios Mayores de la Cuenca del Atrato a interponer la Acción de Tutela que dio como resultado la Sentencia T-622 del 2016.

cambio climático y la deforestación de la Amazonia ha vulnerado el derecho a gozar de un ambiente sano (art. 79, CP).

Esta tutela buscó específicamente exigirle al Gobierno Nacional que en un plazo de seis meses presente un plan de acción para reducir a cero la tasa de deforestación en la Amazonía colombiana para el año 2020. De igual manera, buscó la realización de un Acuerdo Intergeneracional con los demandantes, en el que se comprometían a tomar medidas eficaces y cuantificables para reducir las emisiones de gases efecto invernadero para que las generaciones futuras puedan satisfacer sus necesidades (Corte Suprema de Justicia, 2018).

Por lo anterior, los accionantes de la tutela comparten una realidad colectiva ya que viven en 17 ciudades y municipios vulnerables al cambio climático según el IDEAM: Arauca, Cali, Palmira, Buenaventura, Cartagena de Indias, Cubarral, Florencia, Floridablanca, Manizales, Envigado, Itagüí, Neiva, Quibdó, San Andrés y Providencia, Bogotá, La Calera y Leticia. Por lo tanto, son la generación que se enfrentará a las mayores consecuencias del cambio climático (Dejusticia, 2018).

Los fundamentos de la sentencia son diversos, sin embargo, se resalta que (según la Corte) pese a los múltiples compromisos internacionales y nacionales adquiridos por Colombia para reducir la deforestación, esta problemática continúa y no se ha logrado solucionar eficazmente la deforestación de la Amazonia por más que en la zona poseen jurisdicción tres Corporaciones Autónomas Regionales, Parques Nacionales Naturales, cuatro departamentos, más de 30 municipios, entre otros.

Esta situación ha tenido como consecuencia que en el 2016 la deforestación en el país aumentó un 44%: se deforestaron en total 178.597 hectáreas equivalentes casi al tamaño de un departamento como Quindío. El 95% de la deforestación en el país está concentrada en tan solo 30 municipios y el 60.2% corresponde a la región del Amazonas (Minambiente, 2017). Adicionalmente, y según el Instituto Humboldt a través de su Programa Evaluación y Monitoreo de la Biodiversidad en Colombia, hay cerca de 2.700 especies de flora y fauna amenazadas por la deforestación que está ocurriendo en los núcleos de deforestación en la Amazonía colombiana (Instituto Humboldt, 2017).

Por ello, la sentencia en cita reconoce a la Amazonia colombiana como entidad sujeto de derechos, titular de la protección, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las entidades territoriales que la integran, pero, al igual que

la anterior, no se trata en estricto sentido de una asignación de derechos a la naturaleza, sino de una herramienta que permite adoptar medidas no contempladas para buscar solucionar una situación específica.

3.2.3 *Páramo de Pisba*

En este caso, el Tribunal Administrativo de Boyacá⁸, en fallo de tutela de segunda instancia, estudió a través del derecho a la participación dos cuestiones específicas: la protección del ambiente y las tensiones que las medidas conservacionistas crearían entre los derechos de la población como seguridad alimentaria y otros.

En esta providencia se observa cómo el mecanismo de reconocer los derechos a la naturaleza tiene como fin la creación de una herramienta que permita resolver los conflictos entre la protección ambiental y otros derechos de los habitantes del páramo que soportan las restricciones ambientales. En ese sentido, este caso en particular fue más allá del simple reconocimiento a este ecosistema estratégico como sujeto de derechos, puesto que el operador jurídico tuvo que examinar, además de la preservación del ambiente *per se*, todos los derechos de las personas que han dependido económicamente del páramo.

De esta manera, para lograr la conservación de los recursos naturales del mencionado ecosistema, el Tribunal Administrativo de Boyacá ordenó como primera medida que al páramo de Pisba se le aplicaran todos los preceptos y prerrogativas relacionadas con el Convenio de Diversidad Biológica y, por consiguiente, fuera declarado como sujeto de derechos. Igualmente, dispuso que el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible debe delimitar el páramo bajo criterios meramente científicos y que las autoridades ambientales que confluyen en la zona tienen la obligación de abstenerse de expedir nuevos planes de manejo que tengan por objeto servir de requisito a la obtención de un título minero.

Ahora bien, frente al derecho que ostentan las comunidades que existen en el lugar, el órgano judicial exhortó⁹ a “compensar a las personas afectadas con la

⁸ Bajo el Exp: 1523833330022018 0001601. Fecha: 09-08-18.

⁹ Otras decisiones que se tomaron en el caso fue “2. De ser solicitado por: i) la sociedad civil ambientalista, ii) la comunidad que pretenda salvaguardar el ecosistema de páramo, o iii) los pequeños agricultores, ganaderos o mineros, brindar el acompañamiento de centros de educación superior o de las organizaciones sociales para construir una posición informa-

delimitación del Páramo de Pisba, atendiendo las medidas consideradas por la Corte Constitucional o las que resulten proporcionales a la afectación” (Secretaría Tribunal Administrativo de Boyacá, 2018).

Finalmente, en términos de los autores Ibáñez-Elam, Zambrano y Porras (2018), el estudio del páramo de Pisba, como muchos escenarios similares, resulta bastante complejo porque presenta dos disímiles llamados a entenderse, por un lado, se debe garantizar la protección a los recursos naturales, y por el otro, no se pueden menoscabar los derechos de los individuos que viven de ellos.

Por ello, si bien nuevamente se habla de derechos de la naturaleza, pareciera que esta consagración está lejos de ser lo que semánticamente refleja; más bien, se ha consolidado como una herramienta para resolver tensiones que el derecho no ha podido afrontar, como el equilibrio entre el crecimiento económico y la protección del ambiente.

3.3 Propuesta

De la brevísima descripción anterior, podemos observar cómo en la sentencia del río Atrato se buscó resolver una situación en donde las herramientas jurídicas tradicionales fracasaron. En ese caso, la contaminación, la pérdida de sustento alimenticio, la ausencia de sanidad, entre otros, mostraron que la institucionalidad estatal no alcanza a responder a problemas complejos como los socioambientales ni a estructurar medidas de urgencia.

da; instituciones que podrán intervenir en los espacios de participación. 3. Prevenir que la concertación conduzca a la renuncia de derechos del páramo de Pisba como sujeto de derechos y/o de los pobladores a recibir una compensación y/o reubicación que procure la satisfacción cabal del principio de dignidad humana. 4. No incurrir en ningún tipo de discriminación derivada del tipo de actividad que realicen las personas que ocupan el área que va a ser delimitada como páramo, asumiendo como criterio determinante el respeto del principio de dignidad humana y la satisfacción de los derechos humanos de las comunidades. 5. Priorizar en los planes de compensación a los sujetos reconocidos como beneficiarios de una especial protección constitucional. 6. Adelantar concertaciones inclusivas, con la intervención de la totalidad de entes territoriales cuyo territorio se encuentre dentro de la delimitación del páramo de Pisba, los representantes de los titulares mineros, los mineros tradicionales, los trabajadores mineros, los agricultores, los habitantes de las regiones ubicadas en las zonas objeto de delimitación, sin excluir a los pobladores que tengan vicios en la tradición de sus propiedades, bien sea por carencia de título o por cadenas de falsa tradición a las que le sean aplicables a efectos de la sentencia T-488 de 2014” (Secretaría Tribunal Administrativo de Boyacá, 2018).

En la sentencia del Páramo de Pisba, por el contrario, encontramos que el juez a través de la asignación de derechos a la naturaleza vio una forma de resolver las preocupaciones y limitaciones que los habitantes de dicho ecosistema deben soportar en pro de la conservación ambiental.

En el caso del Amazonas, se dio para resolver cuestiones de deforestación, reconocimiento del derecho de dominio y la instauración de políticas públicas que solucionaran la situación de dicha región.

Con esto, entonces, tenemos que más que un decálogo de derechos de la naturaleza, los jueces han avanzado en la creación de una medida de urgencia para a través de órdenes precisas buscar solucionarla.

En otras palabras, uno de los aportes más destacables que la jurisprudencia constitucional ha presentado al derecho contemporáneo es la figura del estado de cosas inconstitucional. La Corte ha utilizado esta figura para reparar la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afectan a un número significativo de personas, ocasionada por una omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones, y cuya reparación compromete la intervención de diversas entidades. Con su declaratoria se podrán adoptar medidas regulatorias, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos (Corte Constitucional, 2004; *Ámbito Jurídico*, 2016).

Así pues, se trata de una medida en la cual los derechos constitucionales se han vulnerado cuando no existe una eficacia instrumental (García, 2016) de las normas sustantivas o cuando se afectan derechos fundamentales. Sin embargo, es una medida que tiene diversas causas y efectos que son determinados por el operador judicial¹⁰, el cual además no contempla en su decisión el criterio de sostenibilidad fiscal.

Esta situación para su solución requiere de la intervención de varias entidades que adopten un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante.

¹⁰ Sobre este punto se han observado como causas: a) la presentación de una cantidad considerable de acciones de tutela que buscan la protección del derecho (como única posibilidad de garantía). La Corte sobre este particular ha manifestado que la presentación de simultáneas y excesivas acciones de tutela congestiona la Rama Judicial y por ello se deben adoptar medidas con el estado de cosas inconstitucionales; b) la ausencia de políticas o lineamientos jurídicos claros que permitan superar la situación; esto último observado a través de ausencia de directrices y reglas, la ausencia de la ejecución por parte de la Administración o la falta de voluntad del Gobierno.

Ahora bien, en temas ambientales, cuando se ha presentado una situación que reúne los anteriores elementos o presupuestos, la Corte Constitucional ha planteado una nueva figura (también indeterminada), la cual consiste en declarar a los elementos del ambiente como el río Atrato “(...) entidad[es] sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado (...)” (Corte Constitucional, 2016).

Esta figura ambiental, según la Corte, atiende al desafío de respeto a la naturaleza y a la relación que esta tiene con el ser humano. Dijo la Corte: “solo a partir de una actitud de profundo respeto y humildad con la naturaleza, sus integrantes y su cultura, es posible entrar a relacionarse con ellos en términos justos y equitativos, dejando de lado todo concepto que se limite a lo simplemente utilitario, económico o eficientista (...)” (Corte Constitucional, et. al).

En esta misma línea, los pronunciamientos judiciales han alcanzado un gran avance en lo que respecta a los derechos bioculturales, pues estos han sido concebidos como los derechos con que cuentan los grupos étnicos de administrar y ejercer tutela en sus territorios, limitando de esta manera la explotación indiscriminada de los recursos naturales que allí reposan (Corte Constitucional, Sentencia T 622 de 2016).

Bajo este entendido, se puede reconocer el importante papel que han jugado las cortes de cierre en el ordenamiento jurídico colombiano, pues, por medio de ellas se ha logrado establecer una doctrina del precedente que podrá ser adoptada por los jueces, la cual, fundada en el respeto por la naturaleza y por la dignidad humana, ha conseguido dar real cumplimiento de la consagración constitucional de gozar de un ambiente sano al reconocer a la naturaleza como un sujeto auténtico de derechos, lo que implica, a su vez, la protección y materialización de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, teniendo en cuenta que, de acuerdo a Rodríguez (2012), estos últimos requieren que se vele por la preservación de los recursos naturales, donde la explotación de los mismos no puede ocasionar daño a la integridad social, cultural y económica de estas comunidades.

4. Conclusiones

Se analizó a lo largo del capítulo la situación generada a partir del debate sobre el reconocimiento de los derechos de la naturaleza en el ordenamiento jurídico colombiano. En tal sentido, logramos evidenciar, por una parte, que los

jueces han tenido un rol preponderante y, por la otra, que los conjuntos de elementos circundantes a dicho reconocimiento configuraron una herramienta clave para la protección del ambiente al mismo tiempo que avanzaba el debate del antropocentrismo al biocentrismo y ecocentrismo.

Tras analizar las sentencias que han reconocido derechos a la naturaleza en Colombia, a saber, en los casos del río Atrato, la Amazonía y el páramo de Pisba, dentro del texto queda claro que, pese a que no existe aún un contenido delimitado sobre el alcance y la forma de proteger los intereses jurídicos tutelados reconocidos en los fallos, la asignación de estos derechos puede ser utilizada en casos en donde se presentan los presupuestos del estado de cosas inconstitucionales.

El planteamiento anterior surge en la medida que, al analizar la jurisprudencia pertinente para el asunto y evidenciar que no existe una reglamentación clara, directa y específica sobre este reconocimiento, creemos que es necesario instar al Legislativo para que cree un régimen general que forme una estructura legal e institucional que permita tener presupuesto para el gasto público que tal otorgamiento demanda. Es así como verdaderamente se puede dar origen a una política pública que conlleve a la conservación y protección de todos los ecosistemas de la nación.

Por último, preocupa que el panorama actual del país esté causando, por un lado, daños irreversibles a los recursos naturales, y por otro, reducciones en las condiciones de la vida digna de las personas. De esta manera, la idea de declarar el estado de cosas inconstitucional no podría ser descartada; por el contrario, debe ser tenida en cuenta como una tesis real en los futuros fallos de los altos tribunales en materia ambiental.

Referencias

Ámbito Jurídico (2016). “El estado de cosas inconstitucional y su verificación”.

Véase en: <https://www.ambitojuridico.com/constitucional-y-derechos-humanos/el-estado-de-cosas-inconstitucional-y-su-verificacion>

Banco de la República (04 de abril de 2018). Red Cultural del Banco de la República de Colombia. Obtenido de <http://proyectos.banrepcultural.org/proyecto-paz/blog/el-atrato-un-rio-con-derechos>

Bourdieu, Pierre (1986). The Force of Law. *Hastings Law Journal* 38: 814-853.

- Cafferatta, Néstor A (2004). *Introducción al derecho ambiental*, Instituto Nacional de Ecología, Ciudad de México.
- Corte Constitucional (1992). Sentencia T-411. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- _____. (2004). Sentencia T-025. MP.: Manuel José Cepeda Espinosa.
- _____. (2011). Sentencia T-608. MP.: Juan Carlos Henao Pérez.
- _____. (2015). Sentencia T-762. MP.: Gloria Stella Ortiz Delgado.
- _____. (2016). Sentencia T-622. MP.: Jorge Iván Palacio.
- _____. (2002). Sentencia C 339. MP.: Jaime Araujo Rentería.
- _____. (2015). Sentencia C-449. Magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Suprema de Justicia (2018). Sentencia STC. 4360-2018. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. Bogotá, D.C.
- Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad Dejusticia (2018). “Tutela de cambio climático y generaciones futuras”. Recuperado de: <https://www.dejusticia.org/nueve-puntos-clave-para-entender-la-tutela-de-cambio-climatico-y-generaciones-futuras/>
- Escobar, Arturo (2016). *Autonomía y Diseño. La realización de lo comunal*. Santiago de Cali: Editorial Universidad del Cauca.
- García Villegas, M. (2014). *La eficacia simbólica del derecho. Sociología política del campo jurídico en América Latina*. Bogotá D.C., Colombia: Penguin Random House Group Editorial.
- Gómez-Rey, Rodríguez y Vargas-Chaves (2015). *La facultad a prevención, en Perspectivas de responsabilidad por daños ambientales en Colombia*, Editorial de la Universidad del Rosario, Bogotá, pp. 143 - 162.
- Hart, Herbert L.A. (2012). *El concepto del Derecho*, 3ª ed. 2da. Reimp.- Buenos Aires, trad. Genaro R. Carrió.
- Ibáñez-Elam, A., Zambrano, M., & Porras, E. (2018). La explotación minera y la conservación del recurso hídrico; dos disímiles llamados a entenderse. Estudio del Páramo de Pisba. En PGN, *Recurso Hídrico y Responsabilidad por Daño Ambiental* (pp. 75-90). Bogotá: IEMP.
- Instituto Humboldt (2017). “Especies amenazadas en Colombia”. Tomado de <http://reporte.humboldt.org.co/biodiversidad/2016/cap2/204/index.html#seccion1>

- Ministerio de Ambiente. “Estrategia integral de control a la deforestación y gestión de los bosques”. Documento en Construcción. Disponible en http://www.minambiente.gov.co/images/EICDGB_1.0_AGOSTO_9_2017.pdf recuperado el 24 de agosto de 2017. 2017, p. 173.
- Kelsen, H. (1986). *Teoría pura del derecho* (2a ed.). (R. Vernego, Ed.) México: UNAM.
- Kennedy, Duncan (1997). *A Critique of Adjudication [fin de siècle]*. Harvard: Harvard University Press.
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. (2017). “Estrategia integral de control a la deforestación y gestión de los bosques”. Documento en Construcción. Disponible en http://www.minambiente.gov.co/images/EICDGB_1.0_AGOSTO_9_2017.pdf recuperado el 24 de agosto de 2017, p. 173.
- Molina-Roa, Javier Alfredo (2014). *Derechos de la Naturaleza: Historia y Tendencias Actuales*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.
- Morales Carlos (2014). Estudio preliminar en Bourdieu, Pierre y Teubner, Gunther, “La fuerza del Derecho” Ediciones Uniandes, Instituto Pensar y Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2014.
- Pinto, I., Carneiro de Freitas, P., Augusto da Silva, S., y Maluf, F. (2017). La naturaleza como sujeto de derechos: análisis bioético de las Constituciones de Ecuador y Bolivia. *Revista Latinoamericana de Bioética*, 18(1), 155-171. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/rlb/v18n1/1657-4702-rlb-18-01-00155.pdf>
- Rodríguez, G.A. (2009). La Licencia Ambiental, un acto administrativo especial y su proceso de flexibilización. En Restrepo Medina, M.A. (Ed.). *Retos y perspectivas del Derecho Administrativo, Segunda Parte* (pp.222-256). Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario.
- _____. (2012). La consagración de los derechos ambientales en las Constituciones Políticas de Colombia, Ecuador y Bolivia. En: G. A. Rodríguez y I. Páez (Eds.). *Temas de derecho ambiental: una mirada desde lo público* (pp. 1-54). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Secretaría Tribunal Administrativo de Boyacá (14 de agosto de 2018). Rama Judicial Obtenido de <https://www.ramajudicial.gov.co/web/secretaria-tribunal-administrativo-de-boyaca/-/tribunal-administrativo-de-boyaca-declaro-que-el-paramo-de-pisba-es-sujeto-de-derechos-y-senalo-unos-parametros-a-seguir-para-compensar-de-manera-conc>

Tierra Digna (noviembre de 2017). *Tierra Digna, somos guardianes del río Atrato*. Obtenido de <http://tierradigna.org/pdfs/SomosGuardianesDelAtrato.pdf>

Toca-Torres, Claudia (2010). Las versiones del desarrollo sostenible. Brasil. *Sociedade e Cultura* vol. 14, No. 1.

Weber, M. (1964). *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, trad. J. Medina Echavarría, ed. J. Winckelmann, FCE, México.