

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Naturaleza y Constitución
Nature and Constitution

Livio Perra

VOLUME 7 • Nº 1 • ABR • 2017

Sumário

ATIVISMO JUDICIAL E CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	14
Rodrigo Monteiro da Silva	
JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA NO CPC/2015 COMO MEIO DE RESOLUÇÃO DE ‘CONTROVÉRSIAS’ COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	29
Jefferson Carús Guedes	
A MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA COMO FERRAMENTA DE ACESSO A JUSTIÇA E DESENVOLVIMENTO NO ESPAÇO LOCAL	52
Daniela Arguilar Camargo	
LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA ATUAÇÃO INTERNACIONAL DOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS: UMA LEITURA À LUZ DA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE	65
Regina Claudia Laisner e Danilo Garnica Simini	
JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM PROL DOS ANIMAIS: UMA VISÃO DE SAÚDE ÚNICA	84
Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Clarice Gomes Marotta	
JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE, ATIVISMO JUDICIAL E O CONSEQUENTE DESEQUILÍBRIO DO ORÇAMENTO PÚBLICO	99
Juvêncio Borges Silva e João Paulo Jucatelli	
A (RE) ARTICULAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE GÊNERO NO BRASIL COM BASE NO PRINCÍPIO JURÍDICO DA SUBSIDIARIEDADE E DA DESCENTRALIZAÇÃO	117
Tamiris Alessandra Gervasoni e Marli Marlene Moraes da Costa	
DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, EDUCAÇÃO E DEMOCRACIA: O CASO “ESCOLA SEM PARTIDO”	134
Veyzon Campos Muniz	
POLÍTICAS DE ACESSO ABERTO PARA TRABALHOS CIENTÍFICOS: INTERESSE PÚBLICO E DIREITOS DE AUTOR	144
Eduardo Altomare Ariento	

FINANCIAMENTO CULTURAL NO BRASIL CONTEMPORÂNEO	172
Frederico Augusto Barbosa da Silva	
NATURALEZA Y CONSTITUCIÓN.....	193
Livio Perra	
REGULAÇÃO AMBIENTAL DA ATIVIDADE MINERÁRIA: UMA ANÁLISE ECONÔMICA DE COMPLIANCE	208
Lorena Machado Rogedo Bastianetto e Magno Federici Gomes	
O NEODESENVOLVIMENTISMO E A QUESTÃO AMBIENTAL: O PAPEL DA HIDROELETRICIDADE NO SISTEMA ENERGÉTICO BRASILEIRO.....	221
Andreza Aparecida Franco Câmara	
O COMPARTILHAMENTO DE DADOS E INFORMAÇÕES PESSOAIS DE CONSUMIDORES: O ABUSO DOS FORNECEDORES E AS PROPOSTAS APRESENTADAS NO PLS 181/2014.....	247
Héctor Valverde Santana e Rafael Souza Viana	
UTILIZAÇÃO DA COMPUTAÇÃO EM NUVEM NO PODER LEGISLATIVO: PERCEPÇÕES DOS GESTORES E ENTRAVES AO USO.....	265
Igor Vinicius de Lucena Diniz, Lucas dos Santos Costa e Marcos Fernando M. Medeiros	
O PROCESSO PENAL E A ENGENHARIA DE CONTROLE DA POLÍTICA CRIMINAL	287
Antonio Henrique Graciano Suxberger e José Wilson Ferreira Lima	
GESTÃO DE PRESÍDIOS POR PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: UMA ANÁLISE DAS ATIVIDADES PASSÍVEIS DE DELEGAÇÃO	305
Fernando Borges Mânica e Rafaella Brustolin	

Nature and Constitution

Livio Perra**

RESUMEN

El autor aborda la cuestión de cómo la ley puede proteger el medio ambiente y evalúa los pros y los contras de la afirmación en la Constitución de los derechos de la naturaleza. Para este propósito, se analiza la posible solución formulada por Ecuador y Bolivia. Estos recuperen sus tradiciones y basan en estos conocimientos ancestrales el marco normativo de los derechos de la Madre Tierra. La naturaleza es sujeto de derechos. Con el fin de verificar la aplicación práctica de la solución andina se examina la jurisprudencia anterior y la jurisprudencia producida después de las reformas constitucionales. Este trabajo, después de evaluar los pros y los contras, se llega a la conclusión original que la solución de dos Estados puede servir de inspiración a los legisladores de otros Países para la recuperación de sus propias tradiciones y valores culturales para establecer la protección del medio ambiente en sus ordenamientos jurídicos. Se llega a la conclusión que si un legislador quiere inspirarse en esta solución y afirmar los derechos de la naturaleza, tendrá que tener en cuenta la tradición de su País y hacer los ajustes apropiados.

Palabras clave: reformas en el derecho; reformas en las instituciones; Naturaleza; Buen Vivir; sujeto de derechos.

ABSTRACT

The author deals with the issue of how law can protect the environment and assesses the pros and cons of affirmation of the rights of nature in the Constitution. For this purpose, he analyses the possible solution formulated by Ecuador and Bolivia. These Countries retrieve their tradition and base the normative system of the rights of the Mother Earth on this ancient knowledge. Nature is subject of rights. In order to verify the practical application of the Andean solution, he examines the previous and post-constitutional case law. After assessing the pros and cons, he reaches the original conclusion that the solution of the two States can inspire the legislators of other Countries to retrieve their tradition and cultural values to establish the protection of the environment in their own legal system. Finally, he considers that if a legislator wants to draw inspiration from this solution and affirm the rights of nature, he will have to consider the tradition of his own Country and make appropriate adjustments.

Keywords: reforms in the law; reforms in the institutions; Nature; Buen Vivir; subject of rights.

* Recibido em 29/03/2017
Aprovado em 29/04/2017

** Professore a contratto, Diritto del Lavoro,
Università degli Studi di Sassari (Italia).

1. INTRODUCCIÓN

El nuevo constitucionalismo andino se ha enfrentado en los últimos años un gran reto: un contrato social entre las personas y la naturaleza. Según Serena Baldin se observa el nacimiento “de una nueva forma de Estado, así llamada el *caring state*, es decir, el Estado que tenga en cuenta las necesidades de los seres humanos de un modo holístico, incluyendo también los aspectos emocionales y culturales que surgen de las tradiciones indígenas, y rechaza el modelo neoliberal dominante”¹.

Todo ha surgido a partir de la cosmovisión andina² que ha asumido cada vez más voz y que ha influido en los legisladores de algunos Estados andinos. En particular, se ha visto el surgimiento de los conceptos de Buen Vivir o Vivir Bien³. Los Estados que han aceptado este gran desafío son Ecuador y Bolivia, donde la voz de los movimientos indígenas tiene influido en creer en este sueño de cambio. El presidente de Bolivia Juan Evo Morales Ayma trae estas instancias, también, al VII Foro Indígena de la ONU. Morales habla de la necesidad de “salvar el planeta”, y para eso hay que seguir 10 mandamientos⁴.

Morales sostiene que es necesario abandonar el modelo capitalista y pone en el décimo mandamiento que “queremos que todos puedan vivir bien, que no es vivir mejor a costa del otro. Debemos construir un socialismo comunitario y en armonía con la madre Tierra”⁵. La idea que lleva adelante el nuevo constitucionalismo andino es la que ve en el capitalismo y en la sobreexplotación de los recursos naturales las principales causas del cambio climático. El riesgo de estas distorsiones en el planeta Tierra se puede evitar, de acuerdo con este punto de vista, con la recuperación y la participación en la política y la economía de los valores tradicionales de respeto por la Naturaleza. Gaya Makaran observa la magnitud del fenómeno, que está lejos de ser sólo mero ecologismo: “en la última década América Latina, sobre todo la región andina, ha sido marcada por el deseo popular de un cambio de régimen político y económico que en términos coyunturales se oponga a las políticas neoliberales de los gobiernos, y en el contexto de larga distancia recurra a la necesidad de refundación del Estado-nación mismo”⁶.

Para comprender cómo la solución andina va a funcionar y si puede servir de inspiración a los demás Estados se debe en primero examinar lo que los dos Países han establecido en las reformas constitucionales y legislativas.

2. LA VOZ DE LA CULTURA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Los pueblos indígenas siempre han tratado de hacer oír su voz, para participar en el proceso democrático para el desarrollo de sus Países. Se han enfrentado a muchas dificultades para hacer valer sus derechos de los

1 BALDIN, Serena. I diritti della natura nelle costituzioni di Ecuador e Bolivia. En: *Visioni LatinoAmericane*, n. 10, 2014, p. 30: “*di una nuova forma di Stato, il c.d. caring state, ossia lo Stato che considera i bisogni degli esseri umani in modo olistico, includendo anche aspetti emozionali e culturali derivanti dalle tradizioni autoctone, e che rifiuta il modello neoliberale dominante*”.

2 HUANACUNI MAMANI, Fernando. *Buen Vivir / Vivir Bien*. Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas. Lima: Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas – CAO, 2010, p. 24, escribe: “todas las culturas tienen una forma de ver, sentir percibir y proyectar el mundo. Al conjunto de estas formas se conoce como Cosmovisión o Visión Cósmica. Los abuelos y abuelas de los pueblos ancestrales hicieron florecer la cultura de la vida inspirados en la expresión del multiverso, donde todo está conectado, interrelacionado, nada está fuera, sino por el contrario “todo es parte de...”; la armonía y equilibrio de uno y del todo es importante para la comunidad. Es así que en gran parte de los pueblos de la región andina de Colombia, Ecuador, Bolivia, Perú, Chile y Argentina, y en los pueblos ancestrales (primeras Naciones) de Norteamérica pervive la Cosmovisión Ancestral o Visión Cósmica, que es una forma de comprender, de percibir el mundo y expresarse en las relaciones de vida. Existen muchas naciones y culturas en el Abya Yala, cada una de ellas con sus propias identidades, pero con una esencia común: el paradigma comunitario basado en la vida en armonía y el equilibrio con el entorno”.

3 Buen Vivir y Vivir Bien son los correspondientes del *sumak kawsay* en quechua y *suma qamaña* en aymara.

4 Véanse MORALES AYMA, Juan Evo. *Los 10 mandamientos de Evo Morales para salvar al planeta*, Nueva York: PL y ABI, 2008. Disponible en: <<http://www.cadtm.org/los-10-mandamientos-de-evo-morales>>. Acceso en: 7 agosto 2016.

5 MORALES AYMA, Juan Evo. *Los 10 mandamientos de Evo Morales para salvar al planeta*, Nueva York: PL y ABI, 2008. Disponible en: <<http://www.cadtm.org/los-10-mandamientos-de-evo-morales>>. Acceso en: 7 agosto 2016.

6 MAKARAN, Gaya. Entre el Buen Vivir y el sobrevivir, modelos de desarrollo. En: *Cuadernos Americanos* 145, n. 3, 2013, p. 141.

individuos y las comunidades y los movimientos que exigen igualdad y el respeto de su cultura y tradición, como cada pueblo merece⁷, han traído sus instancias ante los Estados y ante los Organismos Internacionales.

A nivel internacional dos textos han intentado de dar voz a los pueblos indígenas: el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, 1989 (núm. 169) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007. Estos dos documentos hablan de la autodeterminación, la promoción, la preservación de la protección de las culturas indígenas.

La cultura es una fuerza que actúa como una herramienta para la transformación social. Las instancias de los pueblos indígenas, dirigidos al respeto de la naturaleza, son presentadas a los gobiernos de Ecuador y Bolivia, y se impregnaron en la técnica legislativa y han influido y apoyó el cambio fuerte a la que estos gobiernos han ido.

En concreto, se han penetrado en las ideas de la Naturaleza como sujeto de derechos y los conceptos de Buen Vivir y Vivir Bien.

Las cosmovisiones indígenas influyen en la nueva técnica legislativa el cambio de perspectiva. El mundo ya no se ve con los ojos antropocéntricos, sino biocéntricos.

Los ordenamientos jurídicos de Ecuador y Bolivia reconocen que la Naturaleza (Madre Tierra, Pachamama) es sujeto de derechos. Estas propuestas se derivan de las concepciones del Buen Vivir [*sumak kawsay*] y Vivir Bien [*suma qamaña*]⁸.

El Buen Vivir y Vivir Bien adquiere el significado de “*vida en plenitud*”⁹. Es un concepto todavía en construcción, todavía en formación, todavía no totalmente estructurado y fundado¹⁰.

¿Es correcto hablar de una verdadera revolución jurídica o contratendencia en la visión del derecho?

La configuración hija del positivismo jurídico, donde los valores morales y socioculturales no tienen gran peso, se dejó caer en este caso. En una visión del derecho como ésta de Kelsen¹¹ y después de Kelsen, donde en muchos Estados así la costumbre es relegada como fuente subsidiaria, a favor de la ley positiva (escrita), puede parecer extraña una fuerte influencia de la cultura en el derecho y en la producción de las normas jurídicas. Ahora la cultura pura y simple, por sí misma, no tiene la fuerza de hecho normativo [*fatto normativo*]¹² como es la costumbre, pero esta afecta a la producción de leyes.

Cabe señalar que para permitir que los valores indígenas para penetrar en el tejido social y en el derecho, preliminarmente ha hecho referencia completa al pluralismo, al concepto de Estado plurinacional, de sociedad multicultural y esto no puede dejar de pedir a la reforma del ordenamiento jurídico del Estado.

7 Este argumento se puede explicar usando las palabras del líder Cree MOSES, Ted. Ted Moses Speaks to the World Conference on Human Rights, Vienna Statement by Ambassador Ted Moses on behalf of the indigenous peoples of the North American Region to the World Conference on Human Rights, Vienna, June 14-25, 1993. Disponible en: <<http://www.gcc.ca/archive/article.php?id=69>>. Acceso en: 15 marzo 2017: “*All peoples have the right of self-determination. The States that object to the recognition of this right, seek to circumvent the application of international law to indigenous peoples in order to avoid the obvious and undeniable conclusions that flow from international standards. In order to avoid the implications of existing international law, they have hit upon a simple strategy: They have decided that our rights as peoples will not exist if they simply avoid referring to us as “peoples”. They have called us “populations”, “communities”, “groups”, “societies”, “persons”, “ethnic minorities”; now they have decided to call us “people”, in the singular. In short, they will use any name they can think of, as long as it is not “peoples” with an “s”. They are willing to turn universality on its head to avoid recognizing our right of self-determination*”.

8 Véanse BERROS, María Valeria. Ética animal en diálogo con recientes reformas en la legislación de países latinoamericanos. En: *Revista de Bioética y Derecho*, n. 33, 2015, p. 87, que rastrea las fuentes de este pensamiento están en el: “*sumak kawsay, buen vivir, suma qamaña, vivir bien*, en un ensayo por recuperar cosmovisiones indígenas”.

9 Véanse HUANACUNI MAMANI, Fernando. *Buen Vivir / Vivir Bien*. Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas. Lima: Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas – CAO I, 2010, p. 13.

10 Véanse BARIÉ, Cletus Gregor. Nuevas narrativas constitucionales en Bolivia y Ecuador: el buen vivir y los derechos de la naturaleza. En: *Latinoamérica. Revista de estudios Latinoamericanos*, n. 59, 2014, p. 14.

11 Véanse KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Wien: Deuticke, 1934.

12 El término “hecho normativo [*fatto normativo*]” se utiliza aquí en el sentido de Norberto Bobbio, es decir, la fuente-hecho, un hecho que produce las normas. Véanse BOBBIO, Norberto. *La consuetudine come fatto normativo*. Padova: Cedam, 1942.

Por lo tanto, en cierta medida se puede considerar el derecho como un producto de la cultura, mirando a la teoría de Gustav Radbruch¹³ como una clave de lectura, el derecho es “la realidad basada en el valor” [*wertbezogene “Wirklichkeit”*].

3. LA CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA Y LAS LEYES

La Constitución de la República del Ecuador en el *Preambulo* afirma que se está: “celebrando a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia”. La intención se manifiesta como la construcción de: “una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*”. En esta Constitución los derechos de los ciudadanos se entrelazan con las de la Naturaleza y hay una fuerte tensión al Buen Vivir. Al Buen Vivir debe corresponder siempre un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, y que garantice la sostenibilidad¹⁴.

La última parte del artículo 275 de la Constitución de Ecuador establece que “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”. El cuarto objetivo del artículo 276 contempla el “recuperar y conservar la naturaleza y mantener un ambiente sano y sustentable que garantice a las personas y colectividades el acceso equitativo, permanente y de calidad al agua, aire y suelo, y a los beneficios de los recursos del subsuelo y del patrimonio natural”.

Fernando Huanacuni Mamani subraya que: “la Constitución Política del Estado de Bolivia, promulgada el 7 de febrero del 2009, establece fines y funciones que orientan sus políticas públicas en el horizonte del vivir bien”¹⁵. En particular, este comienza con la formulación “cumpliendo con el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia”.

Las diferencias entre la Constitución ecuatoriana y la boliviana están subrayadas por Eduardo Gudynas. En el texto de Bolivia se dice que uno de los fines del Estado es la industrialización de los recursos naturales¹⁶. El artículo 355 de la Constitución de Bolivia destaca un importante equilibrio de intereses entre el crecimiento económico del Estado y la protección de la Naturaleza.

La Bolivia en la Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien (n. 300 del 15 de octubre 2012) al artículo 5 define el Vivir Bien [*Sumaj Kamaña, Sumaj Kausay, Yaiko Kavi Páve*] como: “el horizonte civilizatorio y cultural alternativo al capitalismo y a la modernidad que nace en las cosmovisiones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas, y es concebido en el contexto de la interculturalidad. Se alcanza de forma colectiva, complementaria y solidaria integrando en su realización práctica, entre otras dimensiones, las sociales, las culturales, las políticas, las económicas, las ecológicas, y las afectivas, para permitir el encuentro armonioso entre el conjunto de seres, componentes y recursos de la Madre Tierra. Significa vivir en complementariedad, en armonía y equilibrio

13 Véanse RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*. Heidelberg: CF Müller Juristischer Verlag GmbH, 1987, p. 74: “*Recht ist für ihn ja eine wertbezogene “Wirklichkeit”*”.

14 Véanse GUDYNAS, Eduardo, Desarrollo, derechos de la naturaleza y Buen vivir después de Montecristi. En: WEBER, G. (ed.) *Debates sobre cooperación y modelos de desarrollo*. Perspectivas desde la sociedad civil en el Ecuador. Quito: Centro de Investigaciones CIUDAD y Observatorio de la Cooperación al Desarrollo, 2011, p. 88.

15 HUANACUNI MAMANI, Fernando. *Buen Vivir / Vivir Bien*. Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas. Lima: Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas – CAO, 2010, p. 18.

16 Véanse GUDYNAS, Eduardo, Desarrollo, derechos de la naturaleza y Buen vivir después de Montecristi. En: WEBER, G. (ed.) *Debates sobre cooperación y modelos de desarrollo*. Perspectivas desde la sociedad civil en el Ecuador. Quito: Centro de Investigaciones CIUDAD y Observatorio de la Cooperación al Desarrollo, 2011, p. 88.

con la Madre Tierra y las sociedades, en equidad y solidaridad y eliminando las desigualdades y los mecanismos de dominación. Es Vivir Bien entre nosotros, Vivir Bien con lo que nos rodea y Vivir Bien consigo mismo”. El propósito de la Ley se encuentra en el artículo 1: debe establecer los principios de desarrollo que tienden a Vivir Bien y, sobre todo, siempre en armonía con la Madre Tierra. Se debe prestar atención a la regeneración de los componentes de esta última. Pero lo que más llama la atención es la aclaración de la recuperación y promoción del conocimiento antiguo y local en la previsión de los derechos, obligaciones y deberes.

A partir de esta exposición se reseñan los puntos clave de las ideas introducidas en las dos Constituciones.

En primer lugar, se mira el posicionamiento de los derechos de la naturaleza en la Constitución y se puede deducir de este marco que estos derechos en el sistema jurídico se consideran importantes. En particular, están en pie de igualdad de los derechos humanos y deben encontrar con ellos la consistencia adecuada.

En segundo lugar, los jueces serán llamados, caso por caso, a la ponderación de los intereses que se enfrentarán. Ellos tendrán que encontrar el equilibrio adecuado entre los derechos de la naturaleza, el Buen Vivir y los derechos humanos.

4. EL ROL DE LAS INSTITUCIONES

Las tutelas muy importantes de la Naturaleza, entendida como sujeto de derechos, traen alguna novedad entre las obligaciones de los dos Estados. De hecho, para garantizar el respeto de la Naturaleza sólo podía hacerse para una serie de obligaciones y comportamientos de los dos Estados.

En Ecuador las obligaciones del Estado están dentro del artículo 277. En concreto, el Estado debe garantizar los derechos de las personas, de las comunidades y la Naturaleza. El desarrollo debe planificarse y regularse, debe estimularse, en especial la de las actividades económicas, pero siempre respetando la Constitución y la ley. El Estado debe desarrollar e implementar políticas públicas adecuadas y sancionar la inobservancia. La ciencia, la tecnología, las artes, el conocimiento tradicional y las iniciativas comunitarias operacionales y privadas deben ser promovidos. El artículo 278 establece las obligaciones de los individuos. Estos son de dos tipos: participar, controlar las políticas públicas para el fin del Buen Vivir y producir, intercambiar y consumir bienes y servicios con conciencia social y ambiental. El artículo 279 regula las formas de participación en la planificación para el desarrollo a través de la descentralización.

El Estado de Bolivia, con el artículo 3 de la Ley n. 300, regula los fines y las formas. Se debe establecer las directrices de los principios para el acceso a las partes y a los sistemas de vida de la Madre Tierra. Es necesario establecer objetivos para el desarrollo general y para el Vivir Bien conciliable con el equilibrio de la Madre Tierra. Se requiere la coordinación de las leyes, políticas, normas, estrategias, planes, programas y proyectos estatales diseñados para Vivir Bien siempre en armonía con la Madre Tierra. El marco institucional que promueva el desarrollo armónico con la Madre Tierra debe estar bien definido.

El rol del Estado y de las instituciones significa no sólo un mero reconocimiento abstracto de los derechos de la naturaleza, pero se requiere un enfoque pragmático dirigido a la protección efectiva de estos derechos, además a través de las herramientas de participación adecuadas. Al derecho, que surge con su proclamación constitucional, se debe unir la posibilidad de ejercitar su tutela¹⁷. Es necesario establecer políticas públicas

17 En los ordenamientos jurídicos modernos, como ha señalado CAVALIERE, Stefania. *Questioni attuali in tema di “nuovi diritti”*. En: *Dirittifondamentali.it* (www.dirittifondamentali.it - Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale), n. 2, p. 1-43, 2015. Disponible en: <http://www.dirittifondamentali.it/media/1162/articolo_cavaliere_questioni-attuali-in-tema-di-nuovi-diritti.pdf>. Acceso en: 26 abril 2017, p. 10: “un derecho ya existe cuando es proclamado o atributo de forma explícita por el ordenamiento y precisamente como tal se acompaña de un poder general de acción de protección [un diritto esiste già nel momento in cui è proclamato o

apropiadas para explicar lo que la enunciación de estos derechos ofrece. En particular, se requiere una atención especial en la elaboración de instrumentos para sancionar violaciones y los daños causados a la naturaleza.

5. LOS DAÑOS A LA NATURALEZA

La cuestión de quién debe ser puesto en marcha por el Estado, se vuelve crucial en el caso de daños causados a la Naturaleza.

Se debe, en primer lugar, hacer una distinción entre el daño que ya se ha producido y el posible daño futuro.

Esperanza Martínez observa como muchos daños ambientales, ya ocurrieron, han quedado impunes. Estos daños implican acciones para la recuperación y restauración de los ecosistemas y requerirán acciones dirigidas a este fin.

Para los posibles daños futuros la pregunta que surge es si tales daños pueden evitarse con acciones y políticas de prevención.

La Constitución de la República del Ecuador en el artículo 396 establece que el Estado ponga políticas y herramientas adecuadas para evitar y prevenir daños a la naturaleza y establece que si se produce el daño surge “la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas”. La obligación de poner en marcha las herramientas para prevenir el daño incumbe a los actores de los procesos de producción, distribución, comercialización y uso de bienes o servicios. Este artículo establece que la acción legal para enjuiciar y sancionar a los daños al medio ambiente es imprescriptible. El artículo 397 establece que la legitimación activa es de cada persona física o jurídica, colectividad o grupo humano y que “la carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado”. El Estado en forma subsidiaria inmediatamente se debe tomar para asegurar la salud y restaurar los ecosistemas.

La Constitución boliviana establece en el artículo 347 que los delitos ambientales son imprescriptibles, y requiere que se ponga especial atención en todas las fases de producción para evitar daños al medio ambiente y la salud y en los casos que se producen que se tomen medidas para la reparación.

El Estado debe evitar acciones que causan daño en las aguas de los ríos y en las zonas intermedias, para preservar el estado natural (artículo 376). El artículo 389 establece que los actos de conversión de los suelos en las zonas no clasificadas para esos fines son delitos punibles y obligan a reparar los daños causados. El artículo 4, sobre los principios, de la Ley boliviana n. 300 prescribe que “el Estado Plurinacional de Bolivia y cualquier persona individual o colectiva se obliga a prevenir y/o evitar de manera oportuna eficaz y eficiente los daños a los componentes de la Madre Tierra” y en caso de daños al medio ambiente, es por estas personas una obligación integral y efectiva de restauración. En el artículo 15 se prevé que el Estado “impulsará de forma progresiva y de acuerdo a las circunstancias locales, la creación y fortalecimiento de patrones de producción más sustentables, limpios y que contribuyan a una mayor calidad ambiental”. El artículo 26 afirma la necesidad de tratar siempre de evitar el daño ambiental y social en las minas y en la actividad de extracción de hidrocarburos.

Consideraciones importantes derivan de estas disposiciones. En concreto, el resarcimiento del daño surge como una solución lista por los daños causados, pero no es sólo el remedio de lo que ya pasó. La importancia se centra asimismo en la necesidad de prevenir la ocurrencia de daños, proporcionando medios de prevención adecuados.

attribuito esplicitamente dall'ordinamento e proprio in quanto tale è accompagnato da un generale potere di azione a tutela”, a diferencia de lo que ocurrió en el derecho romano, donde existía el principio del *ubi remedium, ibi ius*, existía un derecho sólo porque estaba protegido.

6. LA EVOLUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA EN ECUADOR

La nueva visión constitucional ha influido profundamente también en los tribunales de Ecuador.

Los deberes de protección del medio ambiente fueron trasladados al derecho de los seres humanos a vivir en un medio ambiente sano y estaban protegidos como derechos colectivos y difusos. Cualquier persona natural, jurídica o grupo humano podrían ejercer las acciones para proteger el medio ambiente (legitimación genérica)¹⁸.

La configuración anterior, la tradicional, consideraba la naturaleza como un objeto y el hombre podía apropiarse de los recursos naturales. Las mismas Cortes hacen hincapié en la diferencia entre la vieja y la nueva forma de pensar acerca de la Pachamama, es decir el nuevo elemento que forma la concepción de la naturaleza como sujeto titular de sus derechos¹⁹, que el Estado está obligado a garantizar y proteger²⁰. En particular, la Corte Constitucional en un fallo en el que habla de la provincia de Galápagos, ya protegido por la legislación que en ese momento estaba en vigor²¹, mostró que “la actual Constitución tiene mayores estándares de protección ambiental (derechos de la naturaleza)”²².

La Corte Constitucional identifica dos categorías de derechos de la naturaleza previstos en la Constitución: el derecho a su existencia, para el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, y el derecho a su restauración en los casos de daños a la naturaleza²³. El Estado tiene el deber de proteger y garantizar el patrimonio natural y garantizar los derechos de las personas y la naturaleza²⁴.

Un aspecto que la jurisprudencia constitucional considera que es vital para la protección de la naturaleza es la prevención. En este sentido el Tribunal Constitucional en 2004 ha puesto el acento en el hecho de que si bien la lógica del derecho en general se basa en el castigo del hecho, “el derecho ambiental tiene por objeto evitar el acto in jurídico”²⁵. El principio de prevención se considera el factor de la certeza del daño²⁶.

18 En este sentido la Tercera Sala del Tribunal Constitucional dijo, en un fallo que se refería a los efectos causados al ambiente por emisiones de una refinera, la importancia de los derechos ambientales en la Constitución y sus naturaleza de derechos colectivos y difusos “sobre los cuales existe legitimación genérica”. Véanse ECUADOR. Tribunal Constitucional, Tercera Sala. Resolución N°. 0325-2003-RA. Registro Oficial N°. 195, 22 de octubre de 2003.

19 Véanse ECUADOR. Corte Constitucional Sentencia N°. 218-15-SEP-CC. Registro Oficial Suplemento N°. 629, 17 de noviembre de 2015; ECUADOR. Corte Constitucional Sentencia N°. 166-15-SEP-CC. Registro Oficial Suplemento N°. 575, 28 de agosto de 2015.

20 Véanse ECUADOR. Corte Constitucional para el período de transición. Sentencia N°. 017-12-SIN-CC. Registro Oficial Suplemento N° 743, 11 de julio de 2012.

21 Véanse ECUADOR. Tribunal Constitucional Resolución N°. 0025-2001-TC.

22 ECUADOR. Corte Constitucional para el período de transición. Sentencia N°. 017-12-SIN-CC. Registro Oficial Suplemento No 743, 11 de julio de 2012.

23 Según la ECUADOR. Corte Constitucional para el período de transición, Primera Sala. Resolución N°. 0567-08- RA. Registro Oficial Edición Especial N°. 23, 08 de diciembre de 2009, la restauración “debe ser de carácter integral, como un conjunto de medidas orientadas a recuperar de manera sistémica las condiciones, composición y estructura original (vegetación, flora, fauna, clima, agua, suelo y microorganismos) de un ecosistema o proceso natural afectado o degradado por una actividad antropóide”. Y, entonces, la ECUADOR. Corte Constitucional Sentencia N°. 166-15-SEP-CC. Registro Oficial Suplemento N°. 575, 28 de agosto de 2015, dice que la restauración “debe estar encaminada hacia el aseguramiento que el sistema natural vuelva a gozar de condiciones que permitan el correcto desenvolvimiento en relación a sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos”.

24 Véanse ECUADOR. Corte Constitucional para el período de transición, Primera Sala. Resolución N°. 0567-08-RA. Registro Oficial Edición Especial N°. 23, 08 de diciembre de 2009. En particular, en referencia a las Islas Galápagos, la ECUADOR. Corte Constitucional para el período de transición. Sentencia N°. 017-12-SIN. Registro Oficial Suplemento N°. 743, 11 de julio de 2012, habla de una doble responsabilidad del Estado que debe proteger la integridad y biodiversidad del ecosistema. Esta doble responsabilidad deriva, según el Tribunal, también del reconocimiento por la UNESCO en el año 1979 de las Islas Galápagos como Patrimonio Natural de la Humanidad.

25 ECUADOR. Tribunal Constitucional, Tercera Sala. Resolución N°. 0187-2004-RA. Registro Oficial N°. 357, 16 de junio de 2004.

26 Véanse ECUADOR. Tribunal Constitucional, Segunda Sala. Resolución N°. 594-2003-RA. Registro Oficial N°. 258, 23 de enero de 2004, con respecto a una acción relativa a una planta procesadora de asfalto ubicada en zona ecológica protegida. En este sentido, después, también se expresó la ECUADOR. Corte Constitucional para el período de transición, Segunda Sala. Resolución N°. 1369-07-RA. Registro Oficial Suplemento N°. 112, 27 de marzo de 2009, en una acción sula instalación de una fábrica de ensamblaje de ventanas de PVC en zona residencial en términos de “certeza científica respecto del deterioro o daño ambiental o de

El nuevo marco constitucional de la naturaleza como sujeto titular de derechos no se limita al mero reconocimiento, como señala la Corte Constitucional del Ecuador. Son, en realidad, derechos “cuyo respeto debe anteponerse a cualquier interés económico individual”²⁷. La jurisprudencia constitucional ha puesto su interés, también, sobre la obligación del Estado para asegurar la efectiva protección de los derechos de la naturaleza²⁸. Se extiende, es decir, la protección de los derechos de la naturaleza, como ocurrió en relación con la salud pública: la protección efectiva y rápida²⁹. Al hacerlo, la protección de los derechos de la naturaleza son deberes del Estado que realiza a través de la Función Judicial.

La jurisprudencia actual del Ecuador, como ya se ha observado a partir del análisis de las sentencias anteriores y posteriores a la introducción de los derechos de la naturaleza, es decir, de la concepción de la naturaleza como un sujeto de derechos, no se plantea como la ruptura total de diagramas lógicos que existía antes de este “revolución normativa”.

La jurisprudencia ha tomado nota de las nuevas formas que son útiles para proteger la naturaleza en todas sus formas y componentes y ha puesto los nuevos valores en el sistema. Los derechos de la naturaleza sin duda ofrecen una mayor protección que el sistema anterior, donde el ambiente estaba protegido sólo en lo que se refiere al derecho de los hombres a vivir en un medio ambiente saludable, pero los argumentos jurídicos trazan la idea que estos derechos están considerados, en este caso, superiores a los derechos individuales económicos. Los derechos de la naturaleza y los derechos económicos individuales, por lo tanto, deben encontrar el equilibrio adecuado y, en las resoluciones de jurisprudencia, se debe equilibrar en cada caso todos los intereses en juego. La protección debe ser eficaz, no sólo en el papel, y el Estado tiene el deber, través de la Función Judicial, de llevar rápida y adecuada protección, incluyendo formas de prevención, así como de represión, de la conducta humana que pueda perjudicar a la naturaleza y sus componentes.

Las Cortes del Ecuador están haciendo mucho para proteger los derechos de la naturaleza, pero sólo el futuro de la práctica jurídica ofrecerá nuevos elementos a observar y analizar la evolución de esta nueva ola de ideas en la aplicación práctica.

7. LA EVOLUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA EN BOLIVIA

La entrada de la cosmovisión andina en la Constitución y las leyes ordinarias de Bolivia hizo oír su voz aun en la jurisprudencia.

Antes de esta reforma, la protección del medio ambiente se ancló al valor de protección del medio ambiente sano como un derecho humano fundamental³⁰. En particular, la jurisprudencia consideraba los

la salud humana”.

27 ECUADOR. Corte Constitucional Sentencia N°. 218-15-SEP-CC. Registro Oficial Suplemento N°. 629, 17 de noviembre de 2015. En esta lógica ya el ECUADOR. Tribunal Constitucional Resolución N°. 0335-2004-RA. Registro Oficial N°. 432, 30 de septiembre de 2004, se refirió a la imposibilidad de libertad para el comercio y la empresa de menoscabar intereses supraindividuales.

28 Véanse ECUADOR. Corte Constitucional Sentencia N°. 218-15-SEP-CC. Registro Oficial Suplemento N°. 629, 17 de noviembre de 2015; ECUADOR. Corte Constitucional Sentencia N°. 166-15-SEP-CC. Registro Oficial Suplemento N°. 575, 28 de agosto de 2015.

29 Se piense en un caso relacionado con la presencia de arsénico en el agua cerca de la ciudad de Quito. El ECUADOR. Tribunal Constitucional, Tercera Sala. Resolución N°. 1175-2006-RA. Registro Oficial Suplemento N°. 53, 29 de marzo de 2007, ha dispuso la provisión de agua potable hasta que se encuentre una solución definitiva.

30 Véanse la BOLIVIA. Sentencia Constitucional N° 400/2006-R, 25 de abril de 2006, según la cual: “los derechos fundamentales son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos por su status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica, en ese entendido, una de las notas caracterizadoras de todo derecho fundamental es el de ser un derecho subjetivo, lo que implica que su titular tiene la facultad de exigir su respeto y observancia, pudiendo acudir al órgano jurisdiccional competente para reclamar, a través de los recursos que establece el respectivo orden jurídico, la protección de tales derechos y la reparación del menoscabo sufrido”.

derechos fundamentales “desde un punto de vista moral y político [...] básicos para la convivencia humana, creando a su fragua las condiciones necesarias para asegurar el desarrollo de la vida del hombre en libertad, en circunstancias compatibles con la dignidad humana, legitimando y limitando el poder estatal, creando así un marco de convivencia propicio para el desarrollo libre de la personalidad”³¹.

La jurisprudencia en varias ocasiones³² ha sostenido que la Constitución y los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos no sólo establecen los derechos de los seres humanos, sino también la capacidad del Estado para limitar el ejercicio, sin violar ellos, en el ejercicio de su Poder Público en casos especiales³³.

Otra cuestión a considerar es el reconocimiento del carácter normativo de la Constitución de Bolivia³⁴ y, por lo tanto, la aplicación directa de los preceptos contenidos en ella. Además, el artículo 35 de la Constitución política de 1967 con reformas de 1994 de la Bolivia afirmó que “las declaraciones, derechos y garantías que proclaman esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enunciados que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”. En 2003, el Tribunal Constitucional³⁵ dijo que esta “cláusula abierta” adujo que los tratados, convenciones y declaraciones internacionales sobre los derechos humanos son parte “del orden jurídico del sistema constitucional boliviano” y tienen aplicación directa (carácter normativo) y por lo tanto este tipo de protecciones son exigibles por cada persona.

En este marco de los derechos fundamentales, la protección del medio ambiente se colocó como un derecho de los hombres a vivir en un medio ambiente saludable, protegido por la Constitución, los tratados y los convenios internacionales.

Con la nueva Constitución se ha fortalecido la protección del medio ambiente. La introducción de los derechos de la Madre Tierra abre a una mayor protección de la naturaleza y sus componentes, que tiene lugar en Bolivia y con la aplicación directa de las disposiciones constitucionales, tanto con las leyes ordinarias. En particular, la jurisprudencia constitucional³⁶ enfatiza la interpretación intercultural de los derechos humanos y fundamentales y una gran atención a los derechos colectivos de las naciones y pueblos indígenas, recordando la búsqueda de diálogo entre las diferentes culturas que conforman el Estado y no el choque.

La jurisprudencia ha subrayado la importancia del paradigma del vivir bien³⁷. El vivir bien es la clave para la interpretación de los derechos fundamentales en el contexto intercultural, de los derechos individuales y colectivos en contextos inter y intraculturales, de acuerdo con la configuración del Estado caracterizado por el pluralismo y interculturalidad. El control constitucional garantiza el carácter concreto del vivir bien y de los valores que lo constituyen, como la complementariedad, equilibrio, dualidad y armonía, analizados en un contexto de diálogo intercultural.

El objetivo del Estado es construir una “justicia imparcial, transparente, equitativa, pronta, oportuna y sin dilaciones respetando los derechos fundamentales y las normas constitucionales consagradas en la Ley

31 BOLIVIA. Sentencia Constitucional N° 1082/2003-R, 30 de julio de 2003. Véanse BOLIVIA. Sentencia Constitucional N° 1127/2003-R, 12 de agosto de 2003. Véanse también BOLIVIA. Sentencia Constitucional N° 1181/2003-R; BOLIVIA. Sentencia Constitucional N° 1144/2003-R, 13 de agosto de 2003.

32 Véanse BOLIVIA. Sentencia Constitucional N.º 0061/2003, 1 de julio de 2003.

33 Este punto de vista, en cuanto a la posibilidad de que el Estado en casos particulares puede limitar el ejercicio de ciertos derechos, ha sobrevivido en resoluciones dictadas después de la nueva Constitución. Véanse BOLIVIA. Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0336/2012, 18 de junio de 2012.

34 Sobre el carácter normativo de la Constitución, se expresan en este sentido también las resoluciones dictadas después de la nueva Constitución. Véanse BOLIVIA. Sentencia Constitucional Plurinacional N° 1357/2013, 16 de agosto de 2013.

35 Véanse BOLIVIA. Sentencia Constitucional N° 1662/2003-R, 17 de noviembre de 2003.

36 Véanse BOLIVIA. Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0790/2012, 20 de agosto de 2012.

37 Véanse BOLIVIA. Sentencia Constitucional Plurinacional N° 1422/2012, 24 de septiembre de 2012; BOLIVIA. Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0778/2014, 21 de abril de 2014.

Fundamental³⁸ en la pluralidad jurídica. El vivir bien en la concepción de los pueblos indígenas asume una dimensión espiritual, afectiva y social, él “trata de una forma de vida natural, basada en la convivencialidad, complementariedad y relacionalidad de todo lo que compone la vida, con un enfoque integral y holístico de ésta, donde el ‘vivir bien’, no es el mundo depredador capitalista que lo destruye todo³⁹”.

La jurisprudencia de la Bolivia centra su atención en la naturaleza del Estado Plurinacional, en su interculturalidad. En vista de esto, se da importancia a la voz indígena que lleva en el ordenamiento jurídico la cosmovisión andina, según la cual cada componente natural tiene su propia vida y, por tanto, un derecho a la existencia y la recuperación en caso de que se haya causado el daño. La opción de Bolivia para asegurar y garantizar los derechos de la naturaleza abre nuevas áreas de mayor protección del medio ambiente. La jurisprudencia reconoce la coexistencia en armonía con la naturaleza, a la que los pueblos indígenas tienen por objeto como parte del buen vivir y no sólo como un derecho humano a vivir en un medio ambiente saludable, protegido cuando hay un riesgo de afectar negativamente al medio ambiente en el cual el ser humano vive.

La protección de la Madre Tierra se convierte en un estilo de vida, coexistir en un todo vivo sin poner en peligro la naturaleza, dispersar las especies o aprovechar sus recursos de manera indiscriminada. Las sentencias constitucionales están explicando los objetivos del legislador de Bolivia. Se pusieron de relieve los fines y colocan el énfasis sobre el buen vivir, según lo previsto en el ordenamiento jurídico y la cosmovisión de los pueblos indígenas que componen el País.

8. LA INSPIRACIÓN POSIBLE DE LA SOLUCIÓN ANDINA

Cuando se habla de la protección del medio ambiente, es imposible no pensar al cambio climático, a las consecuencias que el planeta sufre por la causa de la contaminación y la explotación de los recursos naturales sin ningún criterio.

Vivimos en la era del Antropoceno⁴⁰, es decir, en la época en que el medio ambiente terrestre está condicionado por efectos de las acciones humanas. Todos los Estados y las organizaciones internacionales están buscando cada vez más nuevas soluciones para detener, castigar y prevenir el daño ambiental. En algunos Países, la legislación está experimentando una rápida evolución hacia una mayor protección de la naturaleza, en otros todavía está luchando para anclar la protección a las normativas existentes sin tentar una innovación, otros miran a su alrededor en busca de soluciones.

Algunos Estados han encontrado una posible solución en la recuperación de las tradiciones ancestrales en la cosmovisión andina para una protección centrada en la armonía de todos los seres que componen la Tierra.

Se piense a otros Países, como Italia. Por la protección del medio ambiente no se encuentra en su legislación una protección completa para cada caso, aunque es sede de importantes tradiciones culturales, de Cerdña a Valle de Aosta, que se basan en el respeto por la naturaleza y la acción humana a conciencia y respetuosa de los ritmos naturales. El medio ambiente no está protegido directamente. La referencia es constante

38 BOLIVIA. Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0076/2013, 14 de enero de 2013.

39 BOLIVIA. Sentencia Constitucional Plurinacional N° 2056/2012, 16 de octubre de 2012. Esta Sentencia establece que: “dado que según la cosmovisión de los pueblos indígenas, éstos se conducen por la defensa de la vida, la cual está en peligro; para estos pueblos, la tierra no es un espacio sin vida, sino un territorio integral, con su propia estructura, pensamiento, espiritualidad, economía, cultura; ahí se vive y se convive con la naturaleza, se tiene organización con autoridad, idioma, cultura y conocimientos propios”.

40 Véanse CRUTZEN, Paul Jozef. The anthropocene. En: EHLERS, E. y KRAFFT, T. (eds.) *Earth system science in the anthropocene*. Berlin-Heidelberg: Springer, 2006, p. 13-18.

para la salud humana, es decir, la idea de medio ambiente sano⁴¹. Los animales son objetos, una mercancía, y esta identificación abre numerosas cuestiones, incluidas las dificultades para obtener el resarcimiento de los daños a los animales afectivos⁴². En comparación con el pasado, en el que sólo se vio compensada por la pérdida patrimonial, ha habido algunos avances. La jurisprudencia de hoy intenta resolver la situación, trayendo la pérdida del animal afectivo de una situación resarcible en virtud del artículo 2059 del Código Civil, levantando un buen número de preguntas⁴³: la interpretación judicial debe identificar la violación de un derecho inviolable de la persona para compensar el daño no patrimonial. En el sistema jurídico italiano no existe ninguna disposición constitucional que trata directamente la relación entre el hombre y el animal. La jurisprudencia, por lo tanto, debe en cada caso encontrar el derecho inviolable herido protegido por la Constitución. De esta manera, muchas hipótesis no están incluidas y la protección sigue siendo bastante limitada, como la misma jurisprudencia está viendo en los tribunales.

La solución andina, que consiste en una muy amplia legitimidad a la acción y en el reconocimiento de los derechos de la naturaleza, podría ser una buena fuente de inspiración y ofrecería mejores áreas de protección para incluir muchas situaciones que ocurren.

Las novedades andinas de la recuperación de los conocimientos y las ideas tradicionales de la coexistencia del hombre en armonía con la naturaleza y sus aportaciones en la Constitución pueden servir de inspiración para los legisladores de todo el mundo.

Todos los Países tienen tradiciones que respetan la naturaleza, sus componentes y sus ritmos, estos podrían ser recuperados después de un cuidadoso análisis, la selección y la homogeneización de los valores ya introducidos en los textos constitucionales y legislativos.

9. CONCLUSIONES: OBSERVACIONES CRÍTICAS DE LA SOLUCIÓN ANDINA

En este trabajo se ha analizado la respuesta andina para el problema de la protección del medio ambiente.

Muchos Estados tratan de proporcionar una protección adecuada del medio ambiente y la solución de Ecuador y Bolivia se erige como una de las posibles soluciones. No hay ninguna pretensión para identificar esta solución como opción generalizada o viable en todos los contextos.

En particular, entre las ventajas que ofrece esta solución es, sin duda, la protección directa del medio ambiente. Esta tutela directa supera las dificultades que surgen en busca de intereses o derechos humanos para proteger la naturaleza, donde no siempre se puede abarcar todas las hipótesis que pueden ocurrir. Si este *modus operandi* proporciona una ventaja en algunos aspectos, se debe tener en cuenta que en la práctica puede restringir los derechos de los seres humanos y convertirse en algunos casos también como una carga injustificada para la iniciativa económica. Ahora lejos de sentirse, como Francesco Viola escribe, que “los derechos de la naturaleza, de los animales y de los hombres ciertamente parecen irreconciliables”⁴⁴, también debe considerar las consecuencias más remotas a las que la afirmación de los derechos de la naturaleza podría conducir. No debe ejecutar, es decir, el riesgo pronosticado por Zaffaroni⁴⁵ que una sensibilidad hu-

41 Véanse VILLANACCI, Gerardo. L'opaco profilo del risarcimento civilistico nella complessa disciplina ambientale. En: *Contratto e impresa*, n. 3, p. 606-652, 2014.

42 Véanse PARINI, Giorgia Anna. Morte dell'animale di affezione e tutela risarcitoria: è ancora uno scontro tra diritto e sentimento? En: *Nuova giurisprudenza civile commentata*, II, n. 9, p. 603-615, 2012; TOMMASEO, Ferruccio. L'inferno e il suo cane: una singolare applicazione della cura della persona nell'amministrazione di sostegno. En: *Famiglia e diritto*, n. 4, p. 379-385, 2012.

43 El artículo 2059 del Código Civil italiano establece: “el daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos determinados por la ley”.

44 VIOLA, Francesco. Etica dei diritti. En: VIGNA, C. (ed.) *Introduzione all'etica*. Milano: Vita e Pensiero, 2001, p. 322: “i diritti della natura, quelli degli animali e quelli degli uomini sembrano proprio inconciliabili”.

45 Véanse ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La naturaleza como persona: de la Pachamama a la Gaia. En: ESPINOSA GALLE-

mana diferente de un individuo a otro puede conducir a actuar en juicio para la protección de la naturaleza para su simpatía hacia un animal en particular, una planta específica. Se comparte la idea de Viola, que cree que “la protección de la naturaleza y de las especies vivientes requiere una fuerte limitación de la libertad de elección de los individuos”⁴⁶, pero será el deber de los tribunales para determinar los límites y tener cuidado de no entrometerse en una lectura llevada al extremo de una visión ecológica que “esencialmente, no se fía de los derechos humanos y si no es anti-humanista”⁴⁷. Esto no es calificar ya que tanto el principal interés en absoluto, pero en cada caso, es necesario equilibrar todos los derechos y intereses. Obviamente, esto no afecta mucho a la solución jurídica, que se ideó por un Estado, pero siempre se debe tener cuidado cuando dentro de un sistema jurídico se introducen nuevos derechos. Cada nuevo derecho implica siempre sus respectivas obligaciones y si no es posible proceder a una armonización del sistema jurídico, en lugar de responder a una pregunta, se abren nuevas y diferentes cuestiones.

La solución andina proviene de la cosmovisión andina, como observado por las frecuentes referencias en la legislación y jurisprudencia. El hecho de tener en cuenta es que en la escena jurídica se han establecido nuevos derechos para sustraer el medio ambiente a las lagunas de la ley que permitieron la protección sólo de manera incidental. Es una solución que busca dar sustancia a la protección, la cual surge como una herramienta para frenar el daño ambiental producido y prevenir los futuros daños. Las ideas de las Constituciones de Ecuador y Bolivia se presentan como el camino a seguir para una protección más eficaz del medio ambiente, pero es sus camino. Un Estado que va a optar por seguir los mismos pasos también debe considerar sus visiones del mundo y valores culturales y tradicionales que lo caracterizan, porque podrían ser necesarias adaptaciones específicas.

No es cierto, entonces, que la solución andina es la única posible, otros Estados podrían ofrecer adecuadas herramientas eficaces para la protección del medio ambiente, sin necesidad de construir el complejo sistema de los derechos de la naturaleza. Es una opción, en esos dos Países se cree que es la mejor manera de proteger la naturaleza y se observa que la reciente legislación y la jurisprudencia están manteniendo, de forma coherente, las intenciones que los dos Países han establecido para la protección del medio ambiente.

Es una solución relativamente reciente y sigue siendo necesario ser operados pasos para alcanzar una cierta estabilidad de todo el sistema del derecho ambiental. Algunas cuestiones ya son concebibles, pero sólo el tiempo dirá si y qué otras cuestiones se derivarán de estas concepciones seguidas.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

ACOSTA, Alberto. Los Derechos de la Naturaleza. Una lectura sobre el derecho a la existencia. En: ACOSTA, A. y MARTÍNEZ, E. (eds.) *La naturaleza con derechos*. De la filosofía a la política. Quito: Abya-Yala, 2011, p. 317-362.

ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. El derecho de la naturaleza: fundamentos. En: ACOSTA, A. y MARTÍNEZ, E. (eds.) *La naturaleza con derechos*. De la filosofía a la política. Quito: Abya-Yala, 2011, p. 173-238.

ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012.

BALDIN, Serena. I diritti della natura nelle costituzioni di Ecuador e Bolivia. En: *Visioni LatinoAmericane*,

GOS-ANDA, C. y PÉREZ FERNÁNDEZ, C. (eds.) *Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011, p. 3-33.

46 VIOLA, Francesco. Etica dei diritti. En: VIGNA, C. (ed.) *Introduzione all'etica*. Milano: Vita e Pensiero, 2001, p. 321: “*la protezione della natura e delle specie viventi richiede una pesante limitazione della libertà di scelta degli individui?*”.

47 VIOLA, Francesco. Etica dei diritti. En: VIGNA, C. (ed.) *Introduzione all'etica*. Milano: Vita e Pensiero, 2001, p. 321: “*è tendenzialmente diffidente nei confronti dei diritti dell'uomo se non addirittura antiumanistica?*”.

n. 10, p. 25-39, 2014.

BARIÉ, Cletus Gregor. Nuevas narrativas constitucionales en Bolivia y Ecuador: el buen vivir y los derechos de la naturaleza. En: *Latinoamérica. Revista de estudios Latinoamericanos*, n. 59, p. 9-40, 2014.

BERROS, María Valeria. Ética animal en diálogo con recientes reformas en la legislación de países latinoamericanos. En: *Revista de Bioética y Derecho*, n. 33, p. 82-93, 2015.

BOBBIO, Norberto. *La consuetudine come fatto normativo*. Padova: Cedam, 1942.

CARTAY ANGULO, Belkis Josefina. La naturaleza: objeto o sujeto de derechos. En: ESPINOSA GALLEGOS-ANDA, C. y PÉREZ FERNÁNDEZ, C. (eds.) *Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011, p. 245-259.

CAVALIERE, Stefania. Questioni attuali in tema di “nuovi diritti”. En: *Dirittifondamentali.it (www.dirittifondamentali.it - Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale)*, n. 2, p. 1-43, 2015. Disponible en: <http://www.dirittifondamentali.it/media/1162/articolo_cavaliere_questioni-attuali-in-tema-di-nuovi-diritti.pdf>. Acceso en: 26 abril 2017.

CRUTZEN, Paul Jozef. The anthropocene. En: EHLERS, E. y KRAFFT, T. (eds.) *Earth system science in the anthropocene*. Berlin-Heidelberg: Springer, 2006, p. 13-18.

DEVALL, Bill y SESSIONS, George. *Deep ecology: living as if Nature mattered*. Salt Lake City: Gibbs M. Smith, Inc., Peregrine Smith Books, 1985.

ESPINOSA GALLEGOS-ANDA, Carlos y PÉREZ FERNÁNDEZ, Camilo. Prólogo. En: ESPINOSA GALLEGOS-ANDA, C. y PÉREZ FERNÁNDEZ, C. (eds.) *Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011, p. ix-xi.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*. Roma-Bari: Laterza, 2001.

GUDYNAS, Eduardo. Desarrollo, derechos de la naturaleza y Buen vivir después de Montecristi. En: WEBER, G. (ed.) *Debates sobre cooperación y modelos de desarrollo*. Perspectivas desde la sociedad civil en el Ecuador. Quito: Centro de Investigaciones CIUDAD y Observatorio de la Cooperación al Desarrollo, 2011, p. 83-102.

GUDYNAS, Eduardo. Los derechos de la Naturaleza en serio. Respuestas y aportes desde la ecología política. En: ACOSTA, A. y MARTÍNEZ, E. (eds.) *La naturaleza con derechos*. De la filosofía a la política. Quito: Abya-Yala, 2011, p. 239-286.

HUANACUNI MAMANI, Fernando. *Buen Vivir / Vivir Bien*. Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas. Lima: Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas – CAO, 2010.

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Wien: Deuticke, 1934.

LOVELOCK, James. *The Revenge of Gaia. Why the Earth is Fighting Back – and How We Can Still Save Humanity*. London: Penguin Books, 2006.

MAKARAN, Gaya. Entre el Buen Vivir y el sobrevivir, modelos de desarrollo. En: *Cuadernos Americanos* 145, n. 3, p. 141-156, 2013.

MARTÍNEZ, Esperanza. Prólogo. En: ACOSTA, A. y MARTÍNEZ, E. (eds.) *La naturaleza con derechos*. De la filosofía a la política. Quito: Abya-Yala, 2011, p. 7-23.

MORALES AYMA, Juan Evo. *Los 10 mandamientos de Evo Morales para salvar al planeta*, Nueva York: PL y ABI, 2008. Disponible en: <<http://www.cadtm.org/los-10-mandamientos-de-evo-morales>>. Acceso en: 7 agosto 2016.

MOSES, Ted. Ted Moses Speaks to the World Conference on Human Rights, Vienna Statement by Ambassador Ted Moses on behalf of the indigenous peoples of the North American Region to the World Conference on Human Rights, Vienna, June 14-25, 1993. Disponible en: <<http://www.gcc.ca/archive/article.php?id=69>> . Acceso en: 15 marzo 2017.

MURCIA RIAÑO, Diana Milena. El sujeto naturaleza: elementos para su comprensión. En: ACOSTA, A. y MARTÍNEZ, E. (eds.) *La naturaleza con derechos*. De la filosofía a la política. Quito: Abya-Yala, 2011, p. 287-316.

MURCIA RIAÑO, Diana Milena. *La naturaleza con derechos*. Un recorrido por el derecho internacional de los derechos humanos, del ambiente y del desarrollo. Quito: Aurora Donoso Game, 2012.

PARINI, Giorgia Anna. Morte dell'animale di affezione e tutela risarcitoria: è ancora uno scontro tra diritto e sentimento? En: *Nuova giurisprudenza civile commentata*, II, n. 9, p. 603-615, 2012.

PESÁNTEZ BENÍTEZ, Johana Farina. Presentación. En: ESPINOSA GALLEGOS-ANDA, C. y PÉREZ FERNÁNDEZ, C. (eds.) *Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011, p. vii- viii.

RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*. Heidelberg: CF Müller Juristischer Verlag GmbH, 1987.

TOMMASEO, Ferruccio. L'inferno e il suo cane: una singolare applicazione della cura della persona nell'amministrazione di sostegno. En: *Famiglia e diritto*, n. 4, p. 379-385, 2012.

VILLANACCI, Gerardo. L'opaco profilo del risarcimento civilistico nella complessa disciplina ambientale. En: *Contratto e impresa*, n. 3, p. 606-652, 2014.

VIOLA, Francesco. Etica dei diritti. En: VIGNA, C. (ed.) *Introduzione all'etica*. Milano: Vita e Pensiero, 2001, p. 319-338.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La naturaleza como persona: de la Pachamama a la Gaia. En: ESPINOSA GALLEGOS-ANDA, C. y PÉREZ FERNÁNDEZ, C. (eds.) *Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011, p. 3-33.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La Pachamama y el humano. En: ACOSTA, A. y MARTÍNEZ, E. (eds.) *La naturaleza con derechos*. De la filosofía a la política. Quito: Abya-Yala, 2011, p. 25-137.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.