

RIVISTA QUADRIMESTRALE
DI
DIRITTO DELL' AMBIENTE

-

Quarterly Journal of Environmental Law

NUMERO 1 - 2017

M. VALERIA BERROS - RAFAEL COLOMBO

*Miradas emergentes sobre el estatuto jurídico de los ríos, cuencas y
glaciares*



G. Giappichelli editore

M. VALERIA BERROS - RAFAEL COLOMBO*

Miradas emergentes sobre el estatuto jurídico de los ríos, cuencas y glaciares

RESUMEN: 1. *Introducción*. – 2. *Acuerdos entre estados y pueblos indígenas en relación al estatuto legal de ríos*. – 3. *Una emergente [otra] mirada sobre los ríos, cuencas y glaciares*. – 3.1. *El río Vilcabamba en el sur de la República de Ecuador*. – 3.2. *El río Atrato en la República de Colombia*. – 3.3. *Ríos y glaciares en India*. – 4. *Hacia un reconocimiento del estatuto legal de los ríos en Argentina: una aproximación desde la noción de diversidad biológica y el derecho de los pueblos indígenas*. – 4.1. *Derecho constitucional y diversidad biológica*. – 4.2. *Derecho de los pueblos indígenas*. – 4.3. *Brevísimo excursus sobre una sentencia de la Corte Suprema de la Nación: “La Pampa, provincia de, c/ Mendoza, Provincia de s/ Uso de Aguas”*.

1. Introducción

En la actualidad, al interior del campo jurídico, existen debates y tensiones innegables y cada vez más visibles sobre el estatuto jurídico de lo no humano, discusión que reedita anteriores momentos como aquél en el que se disputaba la posibilidad de considerar como sujetos de derecho a las personas jurídicas o de existencia ideal.

Por una parte, y sobre todo en el seno del derecho privado, proliferan voces de alarma en relación a la expansión de derechos en curso que, en reiteradas ocasiones, suelen confundir el eje de la discusión, lo que ya ha sido observado por reconocidos juristas desde hace varias décadas. Por la otra, desde el campo del derecho animal y desde las miradas más eco-céntricas del derecho ambiental, se suelen sostener posiciones a favor de esta ampliación de derechos que, muchas veces, son atacadas por considerar que traducen una perspectiva ética que es tildada de minoritaria por quienes no comparten estas ideas ni, tampoco, pueden asumir que exista más de una manera de abordar la cuestión ecológica que se liga a las heterogéneas cosmovisiones existentes en nuestro planeta. Así, se torna complejo un diálogo posible dado que parecen posiciones inconmensurables y enfocadas en un aspecto de la cuestión: el ético.

Este rico debate ha dado lugar a una abundante cantidad de libros, artículos y argumentos que intentan iluminar cómo se traduce en el campo regulatorio una perspectiva que considera el valor intrínseco de la naturaleza y/o de algunos de sus elementos. En el caso de América Latina este tema no es menor dado que han sido países de Sudamérica los primeros en realizar este tipo de reconocimiento tanto a nivel constitucional como legal, resaltándose las experiencias de la República del Ecuador y el Estado Plurinacional de Bolivia¹.

Para el abordaje propuesto en este artículo, el enfoque se basa en otra perspectiva de análisis que se concentra en el carácter técnico que posee la noción de “sujeto de derecho” y, para ello, nos basamos en un texto clásico del reconocido jurista René Demogue que plantea que los debates sobre este tema son complejos por dos cuestiones. La primera, que la teoría del sujeto de derecho es una de las bases fundamentales de las construcciones jurídicas tradicionales. La segunda, que se ha creído que se trata de una pregunta simple (¿quiénes pueden ser sujetos de

* M. VALERIA BERROS (UNL-CONICET, v.berros@fcjs.unl.edu.ar) e RAFAEL COLOMBO (UNL) son parte de los encargados de confeccionar un *amicus curiae*, en el que se inspiran estas líneas, presentado en la causa “Fundación Banco de Bosques para el Manejo Sustentable de los Recursos Naturales c/ EN- PEN- M. Planificación Federal, Inversión P. y S. y otros s/ proceso de conocimiento” (Exp. 84273/2016) que comenzó a tramitar ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en el que se discute el proceso de instalación de represas sobre el río Santa Cruz en la Patagonia. Ambos forman parte del proyecto de investigación “Meulen. Renovación de aportes jurídicos sobre el problema ecológico” en desarrollo en el Centro de Investigaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Argentina.

¹ En algunos trabajos anteriores de integrantes del grupo de investigación que conformamos hemos estudiado estos procesos: HAIDAR, VICTORIA & BERROS, M. VALERIA: *Hacia un abordaje multidimensional y multiescalar de la cuestión ecológica: la perspectiva del buen vivir* en: Revista Crítica de Ciências Sociais Nº 108 de la Universidad de Coimbra, Coimbra, 2015. ISSN: 0254-1106. (111-134); HAIDAR, VICTORIA & BERROS, M. VALERIA: *Entre el sumak kawsay y la “vida en armonía con la naturaleza”: disputas en la circulación y traducción de perspectivas respecto de la regulación de la cuestión ecológica en el espacio global* en: Revista Theomai Estudios Críticos sobre Sociedad y Desarrollo, Año 15, Nº 32, Buenos Aires, 2015. ISSN: 15156443. (128-150); BERROS, M. VALERIA: *El estatuto jurídico de la naturaleza en debate (meulen en el mundo del derecho)* en: Revista de Derecho Ambiental Nº 36, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013. ISSN: 1851-1198. (133-151); BERROS, M. VALERIA: *The Constitution of the Republic of Ecuador: Pachamama Has Rights* en: Environment & Society Portal, Arcadia, Nº 11, München, 2015. ISSN: 2199-3408 ; BERROS, MARÍA VALERIA AND TABIOS HILLEBRECHT, ANNA LEAH (Eds). *Can Nature Have Rights? Legal and Political Insights*, RCC Perspectives: Transformations in Environment and Society 2017, no. 6; FRANCO, DABEL LEANDRO & BALAUDDO, CINTIA: *La emergencia del principio de desmercantilización en América Latina* en: Revista de Derecho Ambiental Nº 49, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017. ISSN: 1851-1198. (15-22).

derecho?) cuando en realidad el interrogante es bastante más difícil y ello queda demostrado en la variación de titulares de derechos a lo largo de la historia. Allí menciona, por ejemplo, que los esclavos no poseían dicha titularidad así como, más recientemente, no la poseían las personas jurídicas. Para Demogue el problema es que dentro del campo del derecho hemos tomado «el caso más simple que se nos ha presentado a nuestros espíritus: el hombre como sujeto de derecho, y hemos generalizado esta idea. Felizmente, hemos admitido que todo hombre posee dicha cualidad. Pero hemos también limitado esta teoría diciendo que el hombre viviente es el único sujeto de derechos. Hemos concluido, lógicamente, que los muertos no tienen ninguna cualidad jurídica, todo pertenece a la vida, y que, de otra parte, todas las generaciones que nos suceden y por las cuales nosotros sentimos el deber de trabajar, no tienen ellas mismas ninguna personalidad por el momento»².

Como puede observarse sin mayor esfuerzo lo que se plantea a inicios del siglo XX por parte de este jurista francés y que, en gran medida, resume un debate de esa época, hoy en día viabiliza cierta perplejidad. Es difícil pensar en este siglo que las generaciones futuras, por ejemplo, no sean titulares de derechos. Por el contrario, forman parte de numerosas constituciones, documentos internacionales y sub-nacionales y a nadie se le ocurriría hoy problematizar que tenemos un legado para con ellas que condiciona nuestra acción presente, aun cuando se trate de un sujeto colectivo, futuro, que físicamente aun no existe. Y este es el punto clave para poder ubicar la discusión en el plano de las categorías jurídicas: se trata de un problema de técnica jurídica. Incluso, si lo colocamos en relación con una perspectiva socio-legal, puede bien comprenderse cómo es que de ser titulares de derechos sólo parte de los humanos, hoy en día sería inadmisibles pensar no sólo en humanos que no sean titulares de derechos sino en generaciones futuras no consideradas como sujetos a los que les debemos legar un determinado tipo de ambiente.

En esta dirección inscribimos la pregunta acerca de quiénes pueden ser titulares de derechos. Interrogante que puede responderse considerando dos cuestiones. La primera que parte de las ideas que Demogue, entre otros juristas,

² Traducción propia. DEMOGUE, RENE, *Notions fondamentales de droit privé. Essai critique*, Librairie Nouvelle de Droit et Jurisprudence, Paris, 1911:323.

planteaban ya hace más de un siglo: la característica técnica de este concepto que ha permitido su ampliación a lo largo del tiempo. En este sentido, reconocer a la naturaleza en tanto sujeto de derechos sería un nuevo tránsito en esta dirección. Y la segunda, empezar a reconocer que existe más de una mirada posible sobre nuestro vínculo con la naturaleza y que, así como esta categoría legal ha ido modificando su contenido a lo largo de la historia también es cierto que esto puede ser observado como un proceso de traducción de luchas por los derechos: por los derechos de los esclavos, de los niños/as, de las mujeres, de la naturaleza, de los humedales, de los animales, de las montañas, de los ríos. En este sentido, los textos más actuales sobre este tema suelen seguir este lineamiento y aluden a cómo, a lo largo de la historia, se fue desarrollando un progresivo reconocimiento de derechos que, hoy, se amplía más allá del género humano. Es este el caso del reconocido artículo de Christopher Stone que, en 1972, se preguntaba si los árboles podrían tener legitimidad procesal, a lo que respondía de manera afirmativa³.

Un siglo más tarde, también en Francia, se retoma la perspectiva de Demogue que focaliza en el carácter técnico del concepto de sujeto de derecho. Es este el punto de partida de Marie-Angèle Hermitte para preguntarse si la naturaleza puede ser considerada como sujeto de derecho⁴. Así, afirma que lo que se remarcaba a inicios del siglo XX ha sido olvidado, a punto tal que cuando se estudia derecho directamente se alude a la clasificación de las personas en físicas y morales, sin atender a qué es lo que en común poseen ambas, es decir, sin atender con la profundidad que se merece al concepto - técnico - de sujeto de derecho. Señala, especialmente que «si queremos tener una visión acabada del sistema jurídico, debe estar representado en una primera posición el sujeto de derecho, incluyendo las personas físicas y jurídicas que no son sino modalidades de existencia situadas a un nivel lógico inferior. En el marco de esta concepción técnica, la cualidad de sujeto de derecho puede ser conferida en tanto que sea necesaria, particularmente a todo aquello que está vivo, portador de necesidades propias para asegurar la supervivencia

³ STONE, CHRISTOPHER, *¿Los árboles deberían tener legitimidad procesal? Hacia un reconocimiento de los derechos legales de los objetos naturales* en: Derecho ambiental y justicia social. Bogotá. Siglo del Hombre Editores. Universidad de los Andes. 2009.

⁴ HERMITTE, MARIE-ANGÈLE, *La nature, sujet de droit?*, Annales HSS, janvier-mars 2011, n° 1, p. 173-212.

del individuo, de la población o de la especie, lo que no implica satisfacer a todos (...)»⁵.

Este valioso texto no sólo ubica correctamente la discusión en el campo jurídico sino que, además, desarrolla como la naturaleza se ha ido personificando tanto sustancialmente (a partir del tratamiento, por ejemplo, del sufrimiento animal por parte del derecho, las afecciones recíprocas que se representan en el derecho de la responsabilidad civil cuando existen daños causados por animales, el reconocimiento de los animales en tanto seres sensibles y poseedores de un mundo mental) como procesalmente (a partir, verbigracia, de la partición de los territorios en humanos y no humanos, mediante la generación de áreas y hábitats que poseen un estatuto legal particular). Y este proceso desordenado, inacabado y fluctuante, se ha venido desarrollando aún antes de que la naturaleza, Pachamama, Madre Tierra, haya sido expresamente reconocida como sujeto de derecho en algunos sistemas legales contemporáneos.

Sobre la base de estas aclaraciones previas es que, en los párrafos que siguen, nos dedicamos a presentar un conjunto de acuerdos con estados así como de sentencias judiciales que, en los últimos años, han decidido sobre el destino de ríos, cuencas y glaciares a partir de argumentos que se apartan del antropocentrismo que impera en el campo del derecho.

El objetivo de este artículo consiste en efectuar una suerte de cartografía de este tipo de decisiones a los fines de comenzar a identificar y colocar en relación el conjunto de miradas emergentes que se van desmarcando de conceptos más arraigados en el campo jurídico como es la tutela de los recursos naturales o la defensa del derecho a un ambiente sano. En primer término, se presenta un acuerdo que redefine el estatuto legal de un río neozelandés para, luego, pasar a presentar un grupo de resoluciones judiciales de diferentes países: Ecuador, Colombia e India. Finalmente, se efectúan una serie de reflexiones relativas al campo jurídico argentino.

2. Acuerdos entre estados y pueblos indígenas en relación al estatuto legal de ríos

⁵ Traducción propia. HERMITTE, op.cit. 2011:175.

Yo soy el río y el río soy yo. Así resumen los Whanganui Iwi (una traducción cercana del maorí sería “pueblo Whanganui” o “gente Whanganui”) su relación con el río Whanganui.

La reciente firma del acuerdo entre los Whanganui Iwi y Nueva Zelanda es el resultado de 160 años de lucha para que la cuenca del Whanganui, el tercer río más grande de este territorio, sea reconocido como persona en el campo legal. Esta no es la primera vez que Nueva Zelanda realiza este tipo de reconocimientos: en 2013 lograron un acuerdo similar con otro pueblo maorí llamado Tuhoe para reconocer el estatuto legal de persona al Parque Nacional Te Urewera. Más recientemente, en diciembre de 2017, el Monte Taranaki compartió este mismo destino en el mencionado país, otorgándosele personalidad jurídica y un sistema de custodia compartida entre pueblos indígenas y el gobierno.

El acuerdo al que aquí referimos tuvo como primera instancia el diálogo iniciado con el gobierno neozelandés en 2014. Luego de tres años, en marzo del año 2017, el Parlamento aprobó la ley que refrenda el acuerdo. Este texto reconoce al río Whanganui la entidad de sujeto viviente y asigna una suma de US\$ 55 millones en compensación, US\$21 millones para el fondo para mejorar la salud del río y US\$700.000 para establecer su marco jurídico.

Sobre el reconocimiento legal como sujeto viviente el Ministro a cargo de las negociaciones, Chris Finlayson, afirmó en declaraciones para el New Zealand Herald: «Sé que algunas personas se inclinarán inicialmente a decir que es sumamente extraño dar a un recurso natural una personalidad jurídica (...) pero no es más extraño que un fideicomiso familiar, o una compañía o una sociedad incorporada»⁶, argumento que vuelve sobre lo que diferentes juristas sostuvieron en distintos momentos históricos como hemos relatado en la introducción a este trabajo.

El curso de agua Whanganui tiene una importancia significativa para Nueva Zelanda ya que es el río navegable más largo del país, con una extensión de 290

⁶ Así lo afirma la cadena de noticias BBC que toma las declaraciones del ministro para el diario nacional New Zealand Herald y que se pueden recuperar en: <http://www.bbc.com/mundo/noticias-39291759>.

km de largo desde el Monte Tongariro hasta el Mar de Tasmania. Como el propio tratado menciona, «el río es un escenario natural muy importante, con valores recreativos para el pueblo neozelandés, (siendo) (...) el hábitat de peces nativos y del Whio»⁷.

El Tratado de Waitangi fue pensado y votado por todos los integrantes de la comunidad Whanganui Iwi mayores de 18 años, en base a dos principios: *Te Awa Tupua mai i te Kāhui Maunga ki Tangaroa*, que da cuenta de que la visión de indivisibilidad que propone el Te Awa Tupua, «comprende el río Whanganui y sus elementos en conjunto, incluyendo aspectos biofísicos y metafísicos, desde las montañas hasta el mar»⁸. El segundo, *Ko au te awa, ko te awa ko au*, que explica que «la salud y el bienestar del río se encuentran intrínsecamente interconectados con la salud y el bienestar de las personas»⁹.

De manera consistente con los dos principios mencionados, el tratado suma dos elementos primarios: el primero, *Te Mana o Te Awa* que propone el reconocimiento, promoción y protección de la salud, así como el bienestar del río y su estatus como *Te Awa Tupua*; el segundo, *Te Mana o Te Iwi*, reconoce y provee el maná de los Whanganui Iwi y su relación con el río.

Dicha estructura se refleja en el acuerdo, que se divide en dos documentos que, en conjunto, forman el acta común. El primero de los documentos denominado *Ruku Whakaturua -Te Mana o Te Awa Tupua*, se dirige al establecimiento de un nuevo marco jurídico para el río Whanganui centrado en el reconocimiento legal como persona viviente con derechos y obligaciones siendo de entidad tanto física como espiritual, desde la montaña hasta el mar, incorporando sus afluentes y todo sus elementos físicos y metafísicos, como un todo indivisible y vivo.

Vale destacar que, de manera previa a su consagración como ser viviente, la regulación sobre el río se encontraba articulada por diferentes regulaciones: la Ley de Gestión de Recursos, la Ley Administración Local, la Ley de Pesca, la Ley de Conservación, la Ley de Transporte Marítimo y la Ley de la Marina Costera, todo

⁷ Traducción propia. Whanganui River Settlement, Ratification Booklet for Whanganui Iwi. Disponible en: http://www.wrmtb.co.nz/new_updates/Whanganui_River_Settlement_Ratification_2014_v2.pdf

⁸ Traducción propia. *Ibidem*.

⁹ Traducción propia. *Ibidem*.

bajo la jurisdicción del concejo regional, de tres autoridades locales y agencias de la corona. Por el contrario, el convenio Te Awa Tupua busca «un enfoque general para asegurar que toda la cuenca de agua que comprende el río Whanganui se gestione no aisladamente, sino tomando como referencia todo el río como un ecosistema interconectado. Esto tiene sentido no solo en términos ambientales, sino también culturales» y acepta que para el pueblo Whanganui Iwi, el río Whanganui es «un ser vivo (...) indivisible con todos sus componentes, tanto físicos como metafísicos, desde las montañas hasta el mar. La salud y el bienestar de cada uno de los elementos del río esta conectados con la salud y el bienestar de todo el río, los maoríes y su maná»¹⁰. Por último, reconoce la interconexión entre el río, el pueblo y sus elementos, incorporando la relación entre los Whanganui Iwi y el río, sustentado en el deseo de proteger, cuidar, gestionar y utilizar el río por todos los maoríes y sus descendientes.

Luego, el segundo documento denominado *Ruruku Whakatupua - Te Mana o Te Iwi o Whanganui*, se encuentra dirigido a la reparación cultural y financiera de los Whanganui Iwi y del río Whanganui. Allí, sobre la representación de la nueva persona, aclaran que se disuelven los distintos organismos que regían hasta ese momento, y crean el *Nga Tangaya Tiaki o Whanganui* para administrar el acuerdo sobre el río a favor de los Whanganui Iwi. Además, hacen especial hincapié en que el reconocimiento legal del curso de agua y, en definitiva, el acta de acuerdo en su conjunto que brinda el estatus de Te Awa Tupua y Tupua te Kawa, provocan un cambio legal y filosófico significativo que impacta en la manera de relacionarse con el río, «en la interacción de las personas y, particularmente de quienes toman las decisiones»¹¹.

Así como existe este tipo de acuerdo que coloca al río como un sujeto más que como un objeto de protección, también existen causas judiciales que han ido desplegando este tipo de argumentos ya sea por contar con bases normativas previas, como es el caso de Ecuador o bien por efectuar reinterpretaciones del derecho vigente considerando, además, algunos otros componentes como el carácter religioso.

¹⁰ Traducción propia. *Ibidem*.

¹¹ Traducción propia. *Ibidem*.

3. *Una emergente [otra] mirada sobre los ríos, cuencas y glaciares*

¿Cuál es el estatuto legal de los ríos? Esta pregunta podría ser respondida de diferentes formas considerando la heterogeneidad de traducciones legales que hoy existen en los distintos sistemas jurídicos. Así como Ecuador plantea que la naturaleza posee derechos, en otras latitudes se intenta reinterpretar el derecho vigente ligando el reconocimiento de nuevos sujetos de derecho a las necesidades actuales de las sociedades como sucede en el caso de India o Colombia. A continuación, en tres bloques, presentamos la jurisprudencia ordenada de esa manera. En primer término, la decisión ecuatoriana que se sustenta en el texto constitucional. En segundo lugar, la decisión colombiana que realiza un ejercicio de reinterpretación del derecho vigente y, por último, las decisiones de India que no sólo se abren hacia nuevos sujetos jurídicos sino que, también, efectúan una articulación con el carácter sagrado de estos cuerpos de agua.

3.1. *El río Vilcabamba en el sur de la República de Ecuador*¹²

El 31 de marzo de 2011 se dictó la primera sentencia en la que se reconoce el derecho del río a su propio cauce natural. Se trata del río Vilcabamba ubicado hacia el sur de Ecuador en una zona que posee un clima privilegiado y una variada y extraordinaria vegetación.

La localidad que lleva el mismo nombre - ubicada a 52 kilómetros de Loja y a 1.500 metros de altitud - es conocida como centro del “Valle de la Longevidad” así catalogado debido a la larga vida de sus habitantes. Esto genera que la ciudad sea conocida mundialmente por esa particularidad y, también, que personas del extranjero - o del propio Ecuador - se instalen allí a vivir su retiro. Así, Vilcabamba ha ido adquiriendo cada vez más visibilidad y, paulatinamente, se va modificando

¹² “Richard Fredrick Wheeler y Eleanor Geer Huddle en contra del Director de la Procuraduría General del Estado en Loja, Dr. Paulo Carrion, declarado parte por el Ing. Rubén Bustamante Prefecto Provincial, Ing. Carlos Espinosa Gonzalez, Director Regional de Loja el Oro y Zamora Chinchipe del Ministerio del Ambiente”. Juicio Nro 11121-2011-0010. Fecha: 31-03-2011. Disponible en: www.funcionjudicial-loja.gob.ec.

una forma de vida ancestral. En este contexto, las vías de acceso al sitio comenzaron a tener otra connotación y trascendencia y, poco tiempo antes de 2011, se implementa un proyecto de ensanche de la carretera Vilcabamba-Quinara. Este proyecto se realiza mediante el depósito de piedras y material de excavación en el lecho del río Vilcabamba, lo que disminuye el curso natural del río y genera que, ante lluvias importantes, el material allí depositado se desplace río abajo. De esta manera, el curso del río se ve alterado por la construcción de esta carretera que, además, no cuenta con la evaluación de impacto ambiental correspondiente.

Ante esta situación dos vecinos deciden presentar una acción de protección que llega a la segunda instancia judicial en la Sala Penal de la Corte Provincial de Loja¹³. En esta sentencia se desarrollan una serie de líneas argumentales entre las que se conjuga la protección constitucional ecuatoriana que reconoce a la naturaleza como sujeto de derecho con otros argumentos que aparecen también medulares como lo son el principio de precaución y la carencia de la evaluación de impacto ambiental.

Dentro de los considerandos la sentencia se afirma como primera línea argumental la protección constitucional reconocida a la Naturaleza: «Nuestra Constitución de la República, sin precedente en la historia de la humanidad, reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos. El artículo 71 manifiesta que 'La Naturaleza o Pachamama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se le respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos'». Luego, se alude a una de las intervenciones en la asamblea constituyente de 2008 de Alberto Acosta, quien fuera Presidente de la Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, citando el siguiente fragmento en el que se encuentran claras referencias a las perspectivas bio-céntrica y eco-céntrica: «Urge entender que el ser humano no puede sobrevivir

¹³ La acción de protección se encuentra regulada en la Constitución del Ecuador de 2008 en el artículo 88 que establece: «La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación».

al margen de la naturaleza que por cierto contiene cadenas alimentarias indispensables para la vida de la humanidad. El ser humano forma parte de ella, no la tienen ahí como si fuese una ceremonia en la que el ser humano resulta el espectador... Cualquier sistema legal apegado al sentido común, sensible a los desastres ambientales que hoy en día conocemos y aplicando el conocimiento científico moderno - o los conocimientos antiguos de las culturas originarias - sobre cómo funciona el universo tendría que prohibir a los humanos llevar a la extinción a otras especies o destruir a propósito, el funcionamiento de los ecosistemas naturales. Como declara la famosa ética de la tierra de Aldo Leopold 'una cosa es correcta cuando tiende a preservar la integridad, estabilidad y belleza de la comunidad biótica. Es incorrecta cuando hace lo contrario'. En esta línea de reflexión algunas premisas fundamentales para avanzar hacia lo que se denomina como 'la democracia de la tierra' son: a) Los derechos humanos individuales y colectivos deben estar en armonía con los derechos de otras comunidades naturales de la Tierra, b) Los ecosistemas tienen derecho a existir y seguir sus propios procesos vitales, c) La diversidad de la vida expresada en la Naturaleza es un valor en sí mismo, d) Los ecosistemas tienen valores propios que son independientes de la utilidad para el ser humano, e) El establecimiento de un sistema legal en el cual los ecosistemas y las comunidades naturales tengan un derecho inalienable de existir y prosperar situaría a la naturaleza en el nivel más alto de valores y de importancia. Sin duda eso tendrá como efecto directo prevenir los daños, repensar muchas actividades humanas cuyo costo ambiental es demasiado grande y aumentar la conciencia y respeto a los otros. Vendrá el día en que el derecho de la Naturaleza sea, por conciencia de todos y todas cumplido, respetado y exigido. Y ojala no sea tarde. Todavía estamos a tiempo para que nuestras leyes reconozcan el derecho de un río a fluir, prohíban los actos que desestabilicen el clima de la Tierra, e impongan el respeto al valor intrínseco de todo ser viviente. Es la hora de frenar la desbocada mercantilización de la naturaleza, como fuera otrora prohibir la compra-venta de seres humanos»¹⁴.

La extensión de los argumentos y remisiones realizada en torno a la naturaleza como sujeto de derecho introduce un eje argumental novedoso que

¹⁴ Fragmento sentencia.

asigna al derecho del río a su propio cauce un espacio medular. De este modo, no sólo se pone atención sobre los perjuicios causados por este proyecto sino también, y principalmente, sobre el menoscabo del derecho del río como componente de la naturaleza y su derecho a que se respete integralmente su existencia como prevé el art. 71 de la Constitución del Ecuador.

3.2. *El río Atrato en la República de Colombia*¹⁵

El 27 de enero del 2015, el Centro de Estudios para la Justicia Social “Tierra Digna”, en representación de varios consejos comunitarios del Chocó, en Colombia, instauraron una acción de tutela contra la Presidencia, siete ministerios, la Agencia Nacional de Minería y otras entidades del gobierno con el objeto de detener el uso intensivo y a gran escala de diversos métodos de extracción minera y de explotación forestal ilegales. Sostenían que estas formas de minería incluían maquinaria pesada y sustancias tóxicas como el mercurio, lo que afectaba gravemente al río Atrato, a sus cuencas, ciénagas y humedales, provocando consecuencias nocivas e irreversibles en el ambiente, y afectando con ello los derechos fundamentales de las comunidades étnicas y el equilibrio natural de los territorios que habitan. Denunciaban, asimismo, el abandono por parte del Estado colombiano de la infraestructura básica en la región y la omisión en el cumplimiento de sus obligaciones para que dichas actividades ilegales no se lleven a cabo.

En primera instancia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca resolvió no dar trámite a la acción. Posteriormente, en segunda instancia, el Consejo de Estado confirmó el fallo apelado concluyendo que no existía vulneración a los derechos colectivos alegados. Finalmente, la demanda llega a la Corte Constitucional la cual, el 10.11.2016, revoca la decisión y hace lugar a la medida

¹⁵ «Centro de Estudios para la Justicia Social “Tierra Digna” en representación del Consejo Comunitario Mayor de la Organización Popular Campesina del Alto Atrato (Cocomopoca), el Consejo Comunitario Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato (Cocomacia), la Asociación de Consejos Comunitarios del Bajo Atrato (Asocoba), el Foro Inter-étnico Solidaridad Chocó (FISCH) y otros, contra la Presidencia de la República, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y otros s/ acción de tutela», Corte Constitucional de Colombia, 10.11.2016.

solicitada por considerar que se habían vulnerado los derechos fundamentales a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio de las comunidades étnicas que habitan la cuenca del río Atrato y sus afluentes, imputable todo ello a las entidades del Estado colombiano accionadas en virtud de su conducta omisiva al no proveer una respuesta institucional idónea, articulada, coordinada y efectiva para enfrentar los múltiples problemas históricos, socioculturales, ambientales y humanitarios que aquejan a la región y que, en los últimos años, se han visto agravados por la realización de actividades intensivas de minería ilegal.

En su resolución la Corte adoptó distintas medidas propias de una sentencia exhortativa. En este sentido, ordenó al Gobierno la realización de tres planes de acción a los fines de: descontaminar la cuenca del río, recuperar los ecosistemas y evitar daños adicionales al ambiente de la región; neutralizar y erradicar la minería ilegal; y recuperar las formas tradicionales de subsistencia y alimentación. Por su parte, ordenó la realización de estudios toxicológicos y epidemiológicos del río Atrato, y la elaboración de una línea base de indicadores ambientales. Para asegurar la ejecución de su decisorio, diseñó una estructura de control y seguimiento: ordenó a la Procuraduría General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo y a la Contraloría General de la República a acompañar y seguir el cumplimiento de la sentencia; mandó a convocar a un Panel de Expertos; y ordenó la creación de una “Comisión Interinstitucional para el Chocó”, entre otras medidas de contralor.

En el texto de la sentencia se reconoce al río Atrato «como una entidad sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas». Para ello ordena al Gobierno nacional a que ejerza la tutoría y representación legal de los derechos del río, a través de la institución que el Presidente designe, en conjunto con las comunidades étnicas que habitan en la cuenca del río Atrato en Chocó, quienes estarán representados por un miembro de las comunidades accionantes y un delegado del Gobierno colombiano, y que serán los “guardianes del Río”.

Asimismo, para asegurar la recuperación, protección y debida conservación del río, la Corte dispuso que estos representantes legales deberán diseñar y conformar una “Comisión de Guardianes del río Atrato”, integrada por dos

guardianes designados y un *equipo asesor* invitando a la Fundación Humboldt y a World Wild Found Colombia. Finalmente, dispone que: «Dicho equipo asesor podrá estar conformado y recibir acompañamiento de todas las entidades públicas y privadas, universidades (regionales y nacionales), centros académicos y de investigación en recursos naturales y organizaciones ambientales (nacionales e internacionales), comunitarias y de la sociedad civil que deseen vincularse al proyecto de protección del río Atrato y su cuenca. Sin perjuicio de lo anterior, el panel de expertos que se encargará de verificar el cumplimiento de las órdenes de la presente providencia (orden décima) también podrá supervisar, acompañar y asesorar las labores de los guardianes del río Atrato»¹⁶.

Ahora bien, más allá de este novedoso y no menos importante diseño institucional, nos interesa resaltar los argumentos esgrimidos por la Corte a los fines de reconocer al río Atrato como sujeto de derechos. Uno de los fundamentos es la obligación tanto del Estado como de la comunidad de proteger el ambiente, procurando su conservación, restauración, y desarrollo sostenible, obligación que es espíritu de la Constitución de Colombia y que tiene como principal parámetro la vinculación entre el ser humano y su entorno. Otro de los argumentos centrales lo constituyen los “derechos bioculturales” que representan un nuevo “enfoque jurídico” cuya premisa central es la profunda relación de unidad e interdependencia entre la naturaleza y la especie humana, lo cual conlleva un nuevo entendimiento socio-jurídico en el que: «9.28 (...) la naturaleza y su entorno deben ser tomados en serio y con plenitud de derechos. Esto es sujetos de derechos».¹⁷

El Tribunal considera que esta interdependencia entre diversidad biológica y cultural implica un cambio en el sistema de pensamiento, fundamentado en una concepción eco-céntrica en la que el ser humano es parte integral y no dominador de la naturaleza, lo que permitiría un proceso de autorregulación de la especie humana y de su impacto sobre el ambiente al reconocer su papel dentro del círculo de la vida. Es decir, «se trata de entender esta nueva realidad sociopolítica con el objetivo de lograr una transformación respetuosa con el mundo natural y su

¹⁶ Fragmento de la sentencia.

¹⁷ *Ibidem*.

entorno»¹⁸.

Por todo ello, la Corte sostiene que: «9.27. Precisamente, el desafío más grande que tiene el constitucionalismo contemporáneo en materia ambiental, consiste en lograr la salvaguarda y protección efectiva de la naturaleza, las culturas y formas de vida asociadas a ella y la biodiversidad, no por la simple utilidad material, genética o productiva que estos puedan representar para el ser humano, sino porque al tratarse de una entidad viviente compuesta por otras múltiples formas de vida y representaciones culturales, son sujetos de derechos individualizables, lo que los convierte en un nuevo imperativo de protección integral y respeto por parte de los Estados y las sociedades. En síntesis, 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. En efecto, la naturaleza y el medio ambiente son un elemento transversal al ordenamiento constitucional colombiano. Su importancia recae por supuesto en atención a los seres humanos que la habitan y la necesidad de contar con un ambiente sano para llevar una vida digna y en condiciones de bienestar, pero también en relación a los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, entendidas como existencias merecedoras de protección en sí mismas. Se trata de ser conscientes de la interdependencia que nos conecta a todos los seres vivos de la tierra; esto es, reconocernos como partes integrantes del ecosistema global -biósfera-, antes que a partir de categorías normativas de dominación, simple explotación o utilidad. Postura que cobra especial relevancia en el constitucionalismo colombiano, teniendo en cuenta el principio de pluralismo cultural y étnico que lo soporta, al igual que los saberes, usos y costumbres ancestrales legados por los pueblos indígenas y tribales»¹⁹.

En base a estos argumentos la Corte no sólo consideró los derechos fundamentales de las personas afectadas por las actividades desarrolladas en torno al río Atrato sino que también evaluó su propia vida, no en términos de explotación económica sino en términos de su valor intrínseco.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

3.3. *Ríos y glaciares en India*²⁰

En el año 2014 un vecino de la ciudad sagrada de Haridwar, en el estado federal de Uttarakhand, instauró una demanda a través de su abogado M. C. Pant dirigida a la protección, preservación y conservación de los cursos de agua de los ríos Ganges y Yamuna, así como sus afluentes. Argumentaron que la preocupación que funda la acción legal se encontraba motivada por los niveles de contaminación elevados que sufren las cuencas de ambos ríos.

Respecto del Ganges, considerado el más sagrado de todos los ríos por los hindúes, explicaron que su nacimiento se encuentra en la Cordillera del Himalaya con una buena calidad en sus aguas, siendo una de las pocas cuencas de agua dulce del mundo que, a medida que se abre paso, atraviesa decenas de jurisdicciones federales subnacionales. Es así que la coordinación para el control de los estándares de calidad ambiental de las cuencas se convierte en un constante problema.

Precisamente, a medida que el Río Ganges se abre paso por las diferentes jurisdicciones indias, los niveles de contaminación del agua aumentan exponencialmente dado que a la vera del curso de agua, en las diferentes ciudades, se ubican un sinnúmero de industrias que vierten sus residuos con estándares sanitarios bajos o inexistentes. De hecho, «(...)a su paso por la ciudad sagrada de Benarés, uno de los centros del hinduismo, el nivel de bacterias fecales por cada 100 mililitros puede llegar a 31 millones pese a que lo máximo recomendable para el baño son 500 y para el consumo es cero. Según un estudio publicado en 2006 en la Revista Internacional de Salud Medioambiental, en las aguas de este río se puede contraer enfermedades como el cólera, hepatitis A, tífus, dolencias gastrointestinales o disentería»²¹.

²⁰ Mohd Salim vs. State of Uttarakhand & others, High Court of Uttarakhand at Nainital, 20.03.2017 y Lalit Miglani vs. State of Uttarakhand & others, High Court of Uttarakhand at Nainital, 20.03.2017.

²¹ Así lo afirma la Suprema Corte Justicia de México en su reporte de marzo del año 2017. Suprema Corte de la Nación, “*Reporte sobre la Magistratura en el Mundo*”, Año XIV, N° 2,998, 2017, p. 7. Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/reporte_magistratura_mundo/documento/2017-

Fruto de la acción interpuesta, el 20 de marzo de 2017 la Corte Suprema de Uttarakhand - uno de los 29 Estados que junto a los 7 territorios de la Unión componen el Estado Federal de India - dictaminó, por primera vez en ese país, que «los ríos Ganges y Yamuna, así como sus afluentes, arroyos y todas las aguas naturales que fluyen con circulación intermitente o continuo de estos ríos, son declarados personas jurídicas con el estatus legal de persona con todos sus derechos, deberes y obligaciones como una persona viva, en orden a preservar y conservar»²².

En este sentido, se explayan argumentando que el derecho, en ocasiones anteriores, ya asignó arbitrariamente personalidad jurídica a otras entidades distintas a los humanos por buenas y suficientes razones, como puede ser el desarrollo de la sociedad²³.

Para arribar a dicha decisión, el máximo tribunal estadual valoró que «la situación extraordinaria que estaba sucediendo respecto a los ríos Ganges y Yamuna ponía en peligro su existencia. Esa situación requiere medidas extraordinarias para lograr la preservación y conservación (...)»²⁴ de los flujos de agua. Asimismo, utilizó como fundamento la profunda relación espiritual que la población posee con ambos ríos ya que son adorados, reverenciados y considerados sagrados por todos los hindúes. Estimó también, que los ríos Ganges y Yamuna dan sustento espiritual y físico a la población desde tiempos inmemoriales, y por ello, desempeñan un papel central en la existencia, bienestar y salud de los hindúes.

Por otra parte, en cuanto a su representación, plantean que «las personas jurídicas, al igual que cualquier persona natural, tienen derechos y obligaciones sólo que actúan a través de una o más personas físicas designadas»²⁵. En este caso,

03/21%20DE%20MARZO%20DE%202017.pdf.

²² Traducción propia. Fragmento sentencia Mohd Salim vs. State of Uttarakhand & others, High Court of Uttarakhand at Nainital, 20.03.2017

²³ Textualmente, el tribunal afirma: «A juristic person can be any subject matter other than a human being to which the law attributes personality for good and sufficient reasons. Juristic persons being the arbitrary creations of law, as many kinds of juristic persons have been created by law as the society require for its development. (See Salmond on Jurisprudence 12 th Edition Pages 305 and 306)».

²⁴ Traducción propia. Fragmento sentencia Mohd Salim vs. State of Uttarakhand & others, High Court of Uttarakhand at Nainital, 20.03.2017.

²⁵ Traducción propia. *Ibidem*.

nombran como representante «al director del NAMAMI Gange, al Secretario del Estado de Uttarakhand y al Abogado del Estado de Uttarakhand, quienes son declarados personas in loco parentis (...) para proteger, conservar y preservar los ríos Ganges y Yamuna y sus afluentes. Estos funcionarios están obligados a defender el estatus de los ríos Ganges y Yamuna y también a promover la salud y bienestar de esos ríos»²⁶.

Así como estos dos ríos son declarados como sujetos titulares de derechos a los que se les nombra un representante, en la misma fecha, y en relación a la segunda sentencia citada, similar decisión recae sobre los glaciares Gantori (principal fuente del río Ganges) y Yamunotri (fuente del río Yamuna). Estos contarán con un representante para asegurar su salud y bienestar y titularizan derechos en articulación con los ríos sobre los que recae la primera decisión y enlazados con otros elementos que forman parte de sus ecosistemas y que, interrelacionados, poseen derecho a existir.

4. Hacia un reconocimiento del estatuto legal de los ríos en Argentina: una aproximación desde la noción de diversidad biológica y el derecho de los pueblos indígenas

Los casos analizados en el apartado anterior evidencian la progresiva expansión del reconocimiento de derechos de “lo no humano” en sus diferentes variantes y modalidades. En líneas generales, podemos agrupar una serie de puntos de convergencia entre los casos de Nueva Zelanda, Ecuador, Colombia e India:

a) Necesidad de nuevos diseños institucionales: en mayor o menor medida, los casos glosados advierten sobre la insuficiencia de los diseños institucionales de la modernidad, especialmente aquellos ligados a las mentalidades y prácticas políticas, jurídicas y sociales atravesadas por cierto “fetichismo antropocéntrico”. Claramente, la promesa de “dominación de la naturaleza” - enunciada desde el discurso científico y estético del pensamiento ilustrado, el cual consideraba a la misma y todos sus componentes, no solo como una fuente

²⁶ Traducción propia. *Ibidem*.

inagotable de “recursos”, sino también como un objeto exterior sin alma, espíritu o razón, relegado al estatus de un autómeta, cuyo único y excluyente destino era satisfacer necesidades humanas – se presenta como manifiestamente incompatible tanto con el destino vital de la humanidad, como con la emergencia de posturas éticas (y jurídicas) que le reconocen un valor intrínseco a la naturaleza. Es precisamente por ello que las viejas aunque presentes instituciones que fueron imaginadas y desarrolladas desde una epistemología antropocéntrica comienzan a ser desarmadas en favor de otros diseños institucionales que intentan tratar los gravísimos problemas ecológicos actuales, con toda la complejidad que ello representa, en especial ante la siempre incesante vocación transformadora de los seres humanos.

b) Necesidad de nuevas traducciones y regulaciones jurídicas: otro punto en común radica en reinventar y actualizar los diseños jurídicos de raigambre antropocéntrica. Desde hace algunas décadas, la cuestión ambiental comenzó a adquirir mayor centralidad en el campo jurídico occidental tanto desde el *hard law* como el *soft law*, produciéndose valiosas regulaciones que dan cuenta de la necesidad de robustecer el derecho a un ambiente sano, los recursos naturales, su utilización racional, la necesidad de reparar los daños a ríos, campos, bosques, pastizales, proteger a los animales, entre muchos otros aspectos. Sin embargo, la experiencia indica que estas regulaciones, gestadas en el contexto de la centralidad del “desarrollo sustentable”, no lograron desmarcarse del sesgo antropocéntrico moderno. Al mismo tiempo, se presentó como una promesa que no problematizó adecuadamente la racionalidad económico-productiva propia del sistema capitalista, que la modernidad trajo consigo y que es, en buena medida, una parte central de la crisis ecológica que se agrava década tras década. La apelación de las autoridades estatales en los casos tratados da cuenta precisamente de la necesidad de revisar los marcos regulatorios vigentes para imaginar regulaciones que no solo reconozcan la naturaleza como un “fin en sí mismo” o asignen nuevas prerrogativas a todo lo vivo “no humano”, sino que también consagren toda una serie de derechos, deberes y obligaciones planteando una nueva forma de relación, más respetuosa, armónica y equilibrada con la naturaleza.

c) Evitar las fragmentaciones y fortalecer las cosmovisiones

holísticas: otro común denominador de los casos trabajados es la recurrente idea de pensar a los seres humanos y la naturaleza como una gran unidad indivisible, cuyos destinos se encuentran ligados de manera tal que ya no es posible razonar ni política, ni jurídica ni institucionalmente bajo las miradas fragmentarias y dicotómicas del pensamiento moderno, con sus separaciones entre sujeto/objeto, estado/mercado, conocimiento científico/sentido común, ciencias naturales/ciencias sociales, civilizado/salvaje, naturaleza/cultura o naturaleza/sociedad. Se visualiza, por el contrario, una forma de razonamiento que, además, pretende recuperar elementos ligados a cosmovisiones ancestrales, perspectivas espirituales y religiosas, en especial, aquellas que provienen de los pueblos indígenas.

d) Democratización, participación y especial relevancia de la voz de comunidades fuertemente vinculadas a la Madre Tierra: estos casos expanden la teoría democrática más allá de los sesgos del sistema representativo, exigiendo mayores niveles de participación efectiva y vinculante de la sociedad en general y especialmente de comunidades que poseen una fuerte interacción física y espiritual como parte de la Madre Tierra. Para ello, postulan y exhortan a las autoridades a llevar a cabo nuevos mecanismos e instrumentos que permitan una co-gestión más democrática de los temas y problemas ecológicos, diluyendo con ello la dicotomía entre estado y sociedad.

En este contexto, los debates en torno a la posibilidad de pensar un derecho constitucional-ambiental por fuera de la postura antropocéntrica en la República Argentina, son posibles gracias a una serie de ejercicios hermenéuticos que se respaldan en buena parte de las reflexiones desarrolladas en los casos anteriormente abordados y sintetizadas en los agrupamientos ensayados, que de ninguna manera pretenden ser taxativos.

A su vez, una reinterpretación de algunas cláusulas constitucionales adquiere especial relevancia. A continuación, proponemos una interpretación alternativa del artículo 41 de la Constitución Nacional referido al *derecho a un ambiente sano*.

4.1. *Derecho constitucional y diversidad biológica*

En primer término recuperamos una expresión que presenta una “aparente irrelevancia”, en el sentido planteado por Carlos Nino que refiere a la supuesta superfluidad de la Constitución (y, en este caso, de un artículo en particular) «para el razonamiento práctico que pretenda justificar una acción o decisión»²⁷.

Nuestra propuesta sintetizada afirma que el derecho constitucional argentino posterior a 1994 introdujo una serie de derechos que nos permitirían ensayar una interpretación ecocéntrica del derecho constitucional ambiental a partir de la noción de diversidad biológica.

Concretamente, vamos a partir del segundo párrafo del artículo 41 que ordena a “las autoridades” de los tres poderes del estado la preservación de la diversidad biológica y del patrimonio natural como una estrategia que intentará equilibrar la perspectiva antropocéntrica que se desprende del primer párrafo del artículo citado, donde el derecho al ambiente está supeditado a las necesidades humanas²⁸.

La noción de diversidad biológica nos retrotrae al Convenio sobre Diversidad Biológica (en adelante CDB) que fue firmado en junio de 1992 en la ciudad de Río de Janeiro, Brasil, con entrada en vigor desde diciembre de 1993, sancionado por el Congreso de la Nación Argentina en septiembre de 1994 y promulgado por el Poder Ejecutivo de la Nación en octubre del mismo año como Ley N° 24.375. Curiosamente, la entrada en vigencia del CDB en nuestro ordenamiento jurídico nacional comienza apenas inmediatamente después de finalizados los debates de última reforma constitucional y su correspondiente sanción.

²⁷ NINO, CARLOS, *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2013: 14.

²⁸ Artículo 41 CN: «Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos».

A su vez, luego de la reforma de 1994, la redacción del artículo 75 inciso 22 produjo no solo una nueva configuración sobre el estatus de los tratados y concordatos internacionales que ha influido en forma decisiva sobre la jerarquía de los tratados de derechos humanos, sino que también fue el resultado de intensos intercambios en el seno de los debates constituyentes sobre temas como la relación entre el derecho interno y el derecho internacional.

El CDB no posee jerarquía constitucional al no ser considerado como tratado de derechos humanos puesto que su objeto de regulación es, precisamente, la diversidad biológica, siendo por tanto considerado como un convenio sobre “lo no humano”²⁹. Sin embargo, no caben dudas que posee jerarquía superior a las leyes, conforme lo establece la última parte del primer párrafo del artículo 75 inciso 22³⁰.

Ante esto cabe afirmar que el CDB, aunque sujeto al control de constitucionalidad propio del derecho interno (el cual, por otra parte, hasta el día de la fecha no ha sido seriamente cuestionado), está en diálogo directo con nuestra Constitución Nacional pues permite interpretar la noción de diversidad biológica establecida en el artículo 41 como parte del plexo normativo nacional e internacional.

Claramente, el CDB provee una línea directa de comunicación para nuestro sistema de derecho interno acerca del significado y alcance de la tutela de la diversidad biológica. No caben dudas, sin embargo, de que existen otras formas de entender este significado que pueden explorarse en los debates constituyentes, en los despachos de minoría, en los diccionarios académicos y científicos, es decir, en

²⁹ El denominado “ecocidio”, en tanto forma de equiparación con la noción de “genocidio” (y también de homicidio), propia de los crímenes contra la humanidad y entendido como aquellas acciones u omisiones que masivamente dañan, degradan, destruyen y/o contaminan el ecosistema, ha sido una de las formas elegidas para vincular el ambiente con los derechos humanos aunque desde una perspectiva antropocéntrica pues uno de los principales objetivos de la tipificación y sanción del ecocidio es la protección de los derechos humanos. Ver al respecto GUÉVEL, DIDIER, *Diversidad jurídica y diversidad biológica*, Revista de Derecho Ambiental Nro. 74, 2016: 12.

³⁰ Ver: GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. Buenos Aires. La Ley. Tomo II, 2012: 219-221, SAGUÉS, NÉSTOR PEDRO, *Manual de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2017: 136-145.

fuentes que podrían bien ser consideradas como *soft law*³¹.

La definición que provee el CDB es derecho vigente con naturaleza supra-legal e infra-constitucional. Sin ir más lejos, la Ley Nacional Nro. 25.675 sancionada y promulgada en noviembre de 2002, más conocida como “Ley General del Ambiente”, “Ley de Presupuestos Mínimos” o “LGA” continúa con la senda jurídica constitucional y convencional y se refiere expresamente a la diversidad biológica en sus artículos 1 y 2: «La presente ley establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable» (art.1), «La política ambiental nacional deberá cumplir los siguientes objetivos: (...) f) Asegurar la conservación de la diversidad biológica» (art. 2).

La “preservación”, “protección” y “conservación” de la diversidad biológica aparece como un dato insoslayable de la política ambiental argentina. Sin embargo, la LGA no señala qué debe entenderse por diversidad biológica como así tampoco precisa muchas otras palabras cuyo significado es objeto de reiteradas controversias interpretativas.

En consecuencia, de las tres clases de fuentes normativas referidas a la diversidad biológica, las cuales - de mayor a menor jerarquía - se estructuran desde la Constitución Nacional, el CDB y la LGA, solo una de ellas nos proporciona una definición que nos permite aproximarnos a su significado. Sin embargo, como veremos a continuación, la definición que proporciona el CDB no clausura un debate sino que, por el contrario, abre otros que, sin lugar a dudas, son esenciales para entender el estado de la cuestión sobre el estatuto jurídico de la naturaleza y la posibilidad cierta de interpretar desde el paradigma ecocéntrico el artículo 41 de la Constitución Nacional, en consonancia con los casos comparados presentados anteriormente.

Concretamente, el artículo 2 del CDB, que refiere a los términos utilizados en el texto convencional, afirma: «Por "diversidad biológica" se entiende la

³¹ Ver al respecto, MAZUELOS BELLIDOS, ÁNGELES, *Soft law: ¿mucho ruido y pocas nueces?* en: Revista Electrónica de Estudios Internacionales. 2004. Disponible en: http://www.reei.org/index.php/revista/num8/archivos/MazuelosBellido_reei8_.pdf.

variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas».

La definición es lo suficientemente amplia para comprender cualquier forma de vida no humana y humana. Como afirma Kemelmajer de Carlucci, refiriéndose al CDB, «el término biodiversidad recoge todos los tipos y variedades en que la vida se manifiesta, ordenándolos en tres niveles de organización: ecosistema, especies y genes. La diversidad biológica entonces, es la variedad de la vida en todas sus formas, niveles y combinaciones: plantas, animales, microorganismos, ecosistemas y procesos ecológicos de los que aquéllos forman parte»³².

Con la presente definición y su posterior interpretación por parte de la doctrina, se produce un equilibrio entre el primer y el segundo párrafo del artículo 41 de la Constitución Nacional. Como ya afirmamos, el primer párrafo posee el sesgo propio del antropocentrismo que fue la posición mayoritaria - aunque no excluyente - en los debates constituyentes de 1994. Sin embargo, las opiniones minoritarias que pensaban el derecho al ambiente más allá del límite y las necesidades humanas encuentran un correlato en el CDB que viene a expandir y pluralizar las formas de entender este derecho que es, al mismo tiempo, una forma alternativa de entender la relación naturaleza/sociedad gestada, como ya vimos, desde la filosofía moral, política y jurídica del iluminismo y el discurso científico moderno³³, que han viajado culturalmente hacia nuestros países a principios del siglo XIX y han influido en la redacción de nuestros diseños normativos en materia de derecho constitucional, civil, comercial, agrario, minero, que regularon de

³² KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, *Diversidad biológica y diversidad jurídica. Visión argentina* en: Revista de Derecho Ambiental Nro. 47, 2016: 21. Puede consultarse también: PEYRANO, JORGE, *La tutela procesal de la biodiversidad* en: Revista de Derecho Ambiental Nro. 47, 2016: 41-45; PARELLADA, CARLOS, *Responsabilidad civil y biodiversidad* en: Revista de Derecho Ambiental Nro. 47, 2016, 75-76; PUERTA DE CHACÓN, ALICIA, *Biodiversidad y propiedad*, en: Revista de Derecho Ambiental Nro. 47, 2016: 100-101; ROSATTI, HORACIO, *Tratado de derecho constitucional*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, T.1. 2010: 488.

³³ SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA: *Crítica de La razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*, Editorial Desclée de Brouwer, Bilbao, 2003: 59-74, 94-95.

manera directa e indirecta la cuestión ambiental hasta hace pocas décadas mientras el derecho ambiental consolidaba sus propias herramientas y principios.

Pero, antes de continuar con el análisis del artículo, nos interesa regresar sobre el preámbulo del CDB, que entendemos posee valor normativo y proyección hermenéutica sobre todo el Convenio³⁴. Allí, apenas se inicia su lectura, se identifican una serie de consideraciones relevantes, algunas de las cuales transcribimos seguidamente: «Las Partes Contratantes, (...) Conscientes del valor intrínseco de la diversidad biológica y de los valores ecológicos, genéticos, sociales, económicos, científicos, educativos, culturales, recreativos y estéticos de la diversidad biológica y sus componentes; (...) Afirmando que la conservación de la diversidad biológica es interés común de toda la humanidad, (...) Preocupadas por la considerable reducción de la diversidad biológica como consecuencia de determinadas actividades humanas (...)».

En primer lugar, reconocer el valor intrínseco de la diversidad biológica produce una ruptura con las formas de entender el ambiente, la naturaleza, los ecosistemas como un instrumento objetivado al servicio indiscriminado del desarrollo humano. El “valor intrínseco” o “inherente” de la diversidad biológica y, en particular, de todas las formas de vida y existencia no humanas adquiere de esta manera un reconocimiento similar al “imperativo categórico”³⁵ kantiano establecido

³⁴ Esta postura encuentra su fundamento en el texto de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que posee jerarquía superior a las leyes luego de su ratificación en 1972 por medio de la Ley N° 19.865, y que afirma en su artículo 31 que, a los fines de interpretar un tratado, se tendrá en cuenta - entre otros aspectos - su preámbulo. Ver al respecto: Corriente Córdoba, José: *Valoración jurídica de los preámbulos en los tratados internacionales*, Ediciones Universidad de Navarra SA, Pamplona. 1973. En el derecho argentino, sobre el valor jurídico del preámbulo de nuestra Constitución Nacional, ver ROSATTI: 2010, T.1, 135-136.

³⁵ Para entender esta expresión se torna necesario volver sobre la obra de Immanuel Kant “Fundamentación de la metafísica de las costumbres” publicada en 1785. Allí, Kant afirma que «El imperativo categórico sería el que representase una acción por sí misma, sin referencia a ningún otro fin, como objetivamente necesaria (...) La acción es representada como buena en sí, esto es, como necesaria en una voluntad conforme en sí con la razón, como un principio de tal voluntad...» KANT, IMMANUEL, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Ediciones de Pedro Rosario Barbosa. Puerto Rico, 2007:25. Para comprender esto es indispensable entender que la acción humana del imperativo categórico kantiano se justifica en sí misma independientemente del objetivo que persiga, más allá de las consecuencias que de ella se produzcan, sin condiciones, sin restricciones, sin especulaciones, «(...) no se refiere a la materia de la acción como la búsqueda de la felicidad en tanto

para los seres humanos y también para la noción de estado³⁶. De esta manera, la diversidad biológica es un *fin en sí mismo* no susceptible de objetivación, instrumentalización o mediatización alguna. La ética de la esencia y acción humana puede trasladarse, entonces, a una ética de la esencia y acción de la naturaleza.

Por otra parte, considerar la diversidad biológica como un interés común de la humanidad viene a ratificar el carácter difuso y colectivo - y al mismo tiempo solidario - de los derechos que la integran como así también del trabajo que deben llevar a cabo los Estados Partes, no solo al interior de sus propias jurisdicciones sino entre sí fortaleciendo lazos de cooperación, en razón de que el daño que se produce sobre la biodiversidad es un daño que afecta a toda la humanidad. Al mismo tiempo, da cuenta de cómo diseñar e implementar respuestas a fenómenos de escala e impacto global desde las esferas nacionales y locales.

La tercera parte del preámbulo transcrito expresa, ya en 1992, el daño estructural producido por los seres humanos sobre la naturaleza y la diversidad biológica. Sin ir más lejos, buena parte de los autores citados en este trabajo refieren a similares procesos recurriendo a la literatura científica o a los fundamentos de resoluciones, informes, cartas y demás documentos internacionales especializados³⁷, como así también textos que provienen de la biología de la conservación³⁸.

propósito de los imperativos “hipotéticos”; si a “...la forma y al principio de donde ella sucede, y lo esencialmente bueno de la acción consiste en el ánimo que a ella se lleva, sea el éxito el que fuere». Ello lo califica como «imperativo de la moralidad» KANT, op.cit, 2007: 31. La fórmula finalmente esbozada es la siguiente: «Obra de tal modo que la máxima de tu voluntad siempre pueda valer al mismo tiempo como principio de una legislación universal» Kant, op.cit, 2007: 35. Pocas páginas más adelante, enunciará otra máxima pero a modo de imperativo práctico: «Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio» KANT, op.cit, 2007. 42.

³⁶ El estado kantiano no aspira al bienestar o a la felicidad de sus ciudadanos «(...) sino que se entiende un estado de máxima concordancia entre la constitución y los principios jurídicos, estado al que la razón nos obliga a aspirar a través de un imperativo categórico» KANT, IMMANUEL, *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 1989: 149.

³⁷ Ver: GUÉVEL, op.cit., 2016: 9; KEMELMAJER: 2016, 22-23. op. cit.; PEYRANO: 2016, 44. op. cit.; ABREU, LUCIANA, *Propiedad comunitaria indígena y derechos bioculturales. Aproximaciones al Código Civil y Comercial* en: Revista de Derecho Ambiental. Buenos Aires. Abeledo Perrot. 2017. N° 49. Págs. 224-234.

³⁸ GALINDO LEAL, CARLOS, *Ciencia de la Conservación en América Latina* en: Revista Interciencia

4.2. *Derecho de los pueblos indígenas*

Otro aspecto central de la reforma constitucional de 1994 que nos interesa a los fines de la propuesta hermenéutica que formulamos, reside en la consolidación de los derechos de los pueblos indígenas.

En los últimos años, las luchas de los movimientos sociales campesinos e indígenas en relación a sus derechos fundamentales, íntimamente vinculados a sus territorios, comunidades, formas de organización social y relación con la naturaleza, ha comenzado a evidenciar una intersección que combina elementos tanto del derecho ambiental como del derecho de los pueblos indígenas. Esto se ha traducido no solo en el seno mismo de las protestas, movilizaciones y reclamos sino también en las instancias de interpelación política y jurídica hacia las autoridades estatales, en particular, el poder ejecutivo y el poder judicial. Allí precisamente, el armazón argumentativo se ha construido a partir de la intersección de argumentos constitucionales ambientales e indígenas que, en ocasiones, tuvo expresa receptividad jurisprudencial³⁹. Sin embargo, como advierte Silvina Ramírez «Si bien existe una conexión insoslayable entre Pueblos indígenas, medio ambiente y naturaleza, no siempre estas conexiones son realizadas armónicamente, ni por las autoridades políticas ni tampoco por los “ambientalistas” o aquellos que profundizan en la protección de los bienes comunes naturales»⁴⁰. Asumir que existe

Vol. 25. N° 3, Mayo-Junio 2000: 129-130; GIRAUDO, ALEJANDRO, *Defaunación como consecuencia de las actividades humanas en la llanera del chacho argentino* en: *El Chacho sin bosques: la pampa o el desierto del futuro* (MORELLO J. Y RODRIGUEZ A., editores), Orientación Gráfica Editora, Buenos Aires, 2009: 317-320, LAVILLA, ESTEBAN, *Economía, educación y conservación: el costo de nuestra ignorancia* en: *Revista Natura Neotropicalis*. Vol. 1. N° 33, 2002: 95-98.

³⁹ Ver ARANDA, DARÍO: *Tierra arrasada: Petróleo, pasteras, megaminería. Radiografía de la Argentina del Siglo XXI*, Editorial Sudamericana. Buenos Aires. 2015. Págs. 116-117. También: SVAMPA, MARISTELLA Y VIALE, ENRIQUE: *Maldesarrollo. La Argentina del extractivismo y el despojo*. Editorial Kats. Buenos Aires. 2014. Págs. 74-79.

⁴⁰ Profundiza la autora citada afirmando: «Los derechos de la naturaleza tienen una profunda vinculación con los derechos de los Pueblos indígenas, y de alguna manera se presentan como un lugar de encuentro en donde diferentes saberes se reúnen. En otras palabras, existen rispideces y tensiones también entre algunas posturas ambientalistas / conservacionistas, y aquellas posturas defendidas por algunos Pueblos originarios que sostienen la necesidad de aprovechar los recursos naturales para

una “conexión insoslayable” nos invita a realizar un esfuerzo intelectual en relación a como configurar una suerte de híbrido jurídico que fusione la cuestión ambiental e indígena guardando coherencia con sus promesas políticas más emancipatorias, asumiendo quizás uno de los aspectos más desafiantes para la teoría jurídica contemporánea, en cuanto a imaginar un *derecho intercultural en armonía con la naturaleza*. En este sendero por recorrer, las experiencias recientes (en especial aquellas que se sitúan en la profundidad de los territorios) no deben ser desperdiciadas ni mucho menos minimizadas, siendo ellas quizás el punto de partida para imaginar estas nuevas re-configuraciones teóricas. Es precisamente la práctica social la que nos está invitando a revisar el constitucionalismo civilizatorio liberal e incluso también aquel constitucionalismo progresista que colecciona y exhibe disrupciones jurídicas de papel.

Es para destacar que esta relación entre ambiente, diversidad biológica y pueblos indígenas (como así también el rol de las mujeres y su participación en las luchas ambientales) ha sido positivizada en el CDB, que comentamos en el apartado anterior. Ya desde el preámbulo se reconoce «...la estrecha y tradicional dependencia de muchas comunidades locales y poblaciones indígenas que tienen sistemas de vida tradicionales basados en los recursos biológicos, y la conveniencia de compartir equitativamente los beneficios que se derivan de la utilización de los conocimientos tradicionales, las innovaciones y las prácticas pertinentes para la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes» para, luego, en el artículo 8º, exhortar a los estados parte a respetar, mantener y preservar «(...) los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la

obtener recursos económicos (...). La idea misma de que la naturaleza tiene derechos no sólo interpela la clásica concepción antropocéntrica –como ya ha sido mencionado– sino que de ella se deriva la existencia de valores intrínsecos, idea perteneciente a los alineados en la “ecología profunda” (pero no sólo a ellos), que se ha expandido para sumar a aquellos que sostienen que no toda la naturaleza debe ser vista como la que sirve o sea útil o funcional al hombre». RAMÍREZ, SILVINA, *Derechos de los pueblos indígenas y derechos de la naturaleza: encuentros y desencuentros*, Revista Argentina de Teoría Jurídica. Volumen 12. Diciembre de 2011.

participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente». La relación entre “diversidad biológica” y “pueblos indígenas” es un dato del derecho convencional que abre nuevos horizontes interpretativos que desafían el fetichismo antropocéntrico del *derecho ambiental clásico*.

Por otra parte, más allá de la convergencia jurídica entre dos áreas del derecho que desde 1994 poseen jerarquía constitucional en Argentina, es necesario dejar en claro que desde el campo de los estudios interculturales de la sociología y la antropología (sobre los cuales, el derecho occidental moderno siempre se resistió a reconocer y juridizar fielmente) adquiere cada día más centralidad y difusión el hecho de asumir que existen otras formas de entender la relación naturaleza/sociedad, más allá de la cosmovisión occidental anclada en dicotomías tales como *moderno/primitivo* o *civilizado/salvaje*. Como afirma Bertonatti: «Existen muchas más deidades que las veneradas por los creyentes urbanos y rurales. Algunas moran en las montañas, llanuras, ríos, bosques, selvas, esteros y mares. Viven en ámbitos naturales y silvestres desde lo más añejo del poblamiento humano, acompañando mitos y leyendas ancestrales. Y existen desde el momento en que se las sigue nombrando y en quien las menciona o cree en ellas. Estos seres – que occidentalmente catalogamos como ‘sobrenaturales’ - son tan reales y naturales para las distintas culturas que los referencian como cualquiera de los distintos organismos (hongos, plantas, animales) para la ciencia»⁴¹.

Como veremos a continuación, el derecho de los pueblos indígenas incorporado en la reforma constitucional de 1994 viabiliza reactivar el debate sobre los estados interculturales y plurinacionales con los enormes desafíos que ello implica para la revisión integral de las instituciones gestadas desde el ideal civilizatorio del siglo XIX, atravesado por una ideología que favoreció la persecución, conversión compulsiva al catolicismo y exterminio de las comunidades indígenas. Como apunta Ramírez «La negación permanente del

⁴¹ BERTONATTI, CLAUDIO, *Los dioses viven y mueren con la naturaleza* en: DI PANGRACIO, ANA; NÁPOLI, ANDRÉS; GARRO VIDAL, MARIA EMILIA (Ed.): Informe Ambiental 2017, Fundación Ambiente y Recursos Naturales, Buenos Aires, 2017: 189-199.

mestizaje ha facilitado el desconocimiento de derechos de esos pueblos, derechos que se derivan de su pertenencia a una cultura diferente. Frente a su potencial vulneración, merecen una especial protección»⁴².

Previo a la reforma constitucional de 1994, algunas provincias argentinas comenzaron a dictar leyes en las que, en mayor o menor medida, se comenzó a revisar el tratamiento jurídico respecto a los pueblos indígenas: Formosa (1984), Salta (1986), Chaco (1987), Rio Negro (1988), Misiones (1989), Chubut (1991) y Santa Fe (1993) fueron las provincias que revisaron el estatuto de las comunidades indígenas con el objeto de revertir una estrategia institucional y jurídica con más de cien años de historia, basada en el exterminio, desintegración, integración y/o conversión religiosa compulsiva y aislamiento.

Previo también a la reforma constitucional, el Congreso Nacional sanciona entre 1985 y 1992 dos leyes que reconocen los derechos de los pueblos indígenas: por una parte, la ley Nro. 23.302 de Protección de Comunidades Aborígenes y, por la otra, la ley Nro. 24.071 que aprueba el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

A continuación, realizamos algunos aportes que nos parecen relevantes considerando la discusión constitucional sobre la redacción del artículo 75 inc. 17 y la estrecha vinculación entre ambiente, naturaleza y diversidad biológica y la noción de preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas⁴³.

⁴² RAMÍREZ, SILVINA, *Derecho de los pueblos indígenas: protección normativa, reconocimiento constitucional y decisiones judiciales* en: GARGARELLA, ROBERTO (Coord.): *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*. Abeledo Perrot. Tomo II. Buenos Aires. 2009: 911-932.

⁴³ Reveladora es la intervención del convencional por la provincia de Santa Fe, Carlos Alberto Lorenzo, quien resalta la íntima relación que existe entre los pueblos indígenas y la naturaleza con un nivel de actualidad que hasta hoy nos interpela, en particular en relación a las experiencias Constitucionales de Ecuador y Bolivia: «Todo aquello que proviene de nuestros antepasados aborígenes y todo lo colonial es nuestro, y quizá nuestra falla está en no sentirlo y vivirlo como tal. No tomamos real conciencia de los bienes culturales que poseemos, nos negamos a reivindicar a nuestro antepasados nativos, de la misma manera que aún hoy somos incapaces de elegir razonablemente los elementos que intentan apoderarse de nuestra herencia cultura y entre los factores que hoy sorprenden al hombre actual, sobresale la consustanciación espiritual del indio y la madre naturaleza, su respeto reverencial a la misma, sirva como ejemplo, el hecho de que ese respeto no se fundó en un sentimentalismo, sino que fue fruto de una razón más práctica, al considerar que su vida estaba ligada inexorablemente a la vida de las plantas y los animales, ya que sin ellos prácticamente imposible vivir (...) De todo esto, se desprende que, en definitiva es la tierra, el hábitat, el territorio como querramos

La Convención Constituyente de 1994 modifica el artículo 67 inciso 15 que asignaba al Congreso la responsabilidad de «Proveer a la seguridad de las fronteras, conservar el trato pacífico con los indios y promover la conversión de ellos al catolicismo». De acuerdo a Rosatti, «El indio era asumido como un habitante marginal, tanto desde el punto de vista geográfico -era el que disputaba el territorio al hombre blanco- cuanto cultural -su elevación a la categoría de hombre blanco provendría del contacto pacífico y de su conversión a la religión dominante»⁴⁴. La estrategia de la conversión compulsiva era evidente: «Si la intención del constituyente originario era lograr la integración compulsiva por la cultura en lugar de las armas, la realidad marcó el reduccionismo cuantitativo de las comunidades aborígenes por la acción armada del hombre blanco y la consecuencia desintegración del universo indígena con relación al resto de la comunidad nacional. La segregación y el aislacionismo indígena se completaron con la imposibilidad de su inserción en el sistema económico impulsado por la Argentina constitucional»⁴⁵.

En rigor, las posibles alternativas para la cuestión indígena en la reforma de 1994 eran las siguientes: a) Derogación de la cláusula constitucional originaria, en particular, aquella que consagraba la conversión compulsiva al catolicismo; b) Considerar a los pueblos indígenas como una minoría dentro de la comunidad nacional; c) Garantizar la participación igualitaria en la vida nacional.

Finalmente, reemplazando el viejo artículo 67 inc. 15, se redactó el nuevo -

llamarlo, lo que nos une e identifica como pueblo. Y es allí donde encontramos la hermandad de los aborígenes, pertenecientes a las distintas comunidades que nos precedieron en el uso y la propiedad de nuestros territorios. Esa hermandad que hoy nos parece algo natural y lógico, deviene de un desarrollo socio-cultural, que nos permita reconocer que son muchos más los elementos que unen culturalmente, que aquellos que hemos tratado de negar durante muchos años. Admitida la vinculación étnica, social, cultural y económica, resulta indispensable plasmarla en la Constitución Nacional (...)» (1994: 7160).

⁴⁴ ROSATTI, op. cit. 1994: 191. En este sentido, son muy significativas las palabras de Alberdi: «A no ser por Europa, hoy América estaría adorando al sol, a los árboles, a las bestias(...)». ALBERDI, JUAN BAUTISTA {1853}: *Bases y puntos de partida para la organización de la República Argentina*. Losada, Buenos Aires, 2007: 63.

⁴⁵ ROSATTI, op. cit. 1994: 194-195. Claramente, la conversión al catolicismo era «(...)incompatible con la intención del legislador pre-constituyente de garantizar la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, que tienen en su religión propia un elemento sustantivo». ROSATTI, op. cit., 1994: 200.

y actual- artículo 75 inciso 17, en el que se afirma que corresponde al Congreso: «Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones».

Comentando los entretelones del debate constitucional, Rosatti señala que «La reforma incorpora un criterio de integración participativa (no forzada ni coaccionada) de los indígenas a la vida nacional dentro de un marco de respeto de sus identidades étnicas y culturales, cuya preexistencia al Estado Nacional se admite explícitamente, constituyendo el fundamento socio-histórico-político del reconocimiento de ciertos derechos que, de otro modo, podrían considerarse como privilegios con relación al resto de la población nacional»⁴⁶.

A modo de síntesis, los derechos reconocidos en cuestión son los siguientes: a) Propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente habitan; b) Arraigo, garantizado por la inenajenabilidad, intransmisibilidad e inembargabilidad; c) Preservación de su identidad socio-cultural, que incluye el derecho a una educación bilingüe e intercultural y a la vigencia de sus instituciones en la medida en que no se contradigan con las instituciones del estado; d) Expectativa de acceder a otras tierras aptas y suficientes para su desarrollo; e) Participación en la gestión de los intereses que les afectan, incluido los referidos a sus recursos naturales; f) Reconocimiento de la personería jurídica de sus comunidades.

Sin perjuicio de todo lo anterior, debe destacarse – siguiendo a Ramírez – que la consagración Constitucional de los derechos de los pueblos indígenas forma parte de un proceso de luchas y reivindicaciones sociales en cabeza de familias, pueblos y comunidades⁴⁷. Como señalamos anteriormente, ha sido precisamente la

⁴⁶ ROSATTI: op. cit., 1994: 200.

⁴⁷ RAMIREZ, op.cit. 2009: 912.

práctica social la que ha motivado el reconocimiento de nuevos derechos, siendo ello no el final de un largo camino, sino el comienzo de uno nuevo, donde las nuevas promesas deben revolver viejos problemas y donde las constelaciones del derecho deben fusionarse en favor de la emancipación de los grupos más desaventajados.

Este artículo abre la puerta para pensar el derecho (y la política) en términos interculturales. El reconocimiento de esta noción de “prexistencia étnica y cultural” nos permite ensayar la posibilidad de incorporar las cosmovisiones de los pueblos indígenas, sus miradas, costumbres y hábitos ancestrales en relación a la Madre Tierra, a esa enorme mesa monopolizada por un entendimiento antropocéntrico⁴⁸.

Este texto constitucional, así como parte de los aportes que fueron realizando los convencionales constituyentes, permiten observar cómo se reconoce en nuestra Carta Magna la diversidad de cosmovisiones existentes en nuestro territorio lo que, llevado al plano del tema que nos ocupa, también permite robustecer los fundamentos por los cuales es fácilmente defendible la idea de que la naturaleza, así como en particular los ríos, cuencas y glaciares que la integran, puedan dejar de ser vistos sólo como “recursos” o “medios” a utilizar por parte del humano dado que existen otras maneras, traducidas constitucionalmente, de interpretar el vínculo entre naturaleza y sociedad.

4.3. *Brevísimo excursus sobre una sentencia de la Corte Suprema de la Nación: “La Pampa, provincia de, c/ Mendoza, Provincia d s/ Uso de Aguas”*

⁴⁸ ELISA CARRIÓ, convencional constituyente de 1994 por la provincia de Chaco, problematizó precisamente estos paradigmas al momento de debatirse los derechos de los pueblos indígenas: «Nunca se intentó descubrir la enorme riqueza humana y espiritual del pueblo indígena (...) Por otra parte el reconocimiento a su derecho a la tierra y a los recursos naturales que en ella existen respetando su modo de producción y explotación, responde a una comunicación característica de la cultura indígena que es su permanente relación con el mundo natural, su visión holística, es decir su íntima conexión con el mundo natural y su universo religioso. En efecto, los pueblos indígenas solo conciben su desarrollo desde sus parámetros étnicos, debiendo respetarse su territorialidad y el ordenamiento que las comunidades le han dado a las actividades productivas, de acuerdo a la forma armónica de relación con la naturaleza, un concepto que recién los occidentales comenzamos a advertir a fines del siglo XX con los conceptos de ecología y medio ambiente y calidad de vida»(1994: 7177).

Cabe señalar que este tipo de perspectivas que van desmarcándose del antropocentrismo se va expandiendo en Argentina tanto en los aportes del sector académico como en la jurisprudencia⁴⁹. En materia de ríos recientemente se ha hecho alusión a la perspectiva ecocéntrica desde la cual se debería decidir sobre conflictos llevados ante la justicia.

En este último sentido, se puede destacar la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina respecto de un conflicto entre las provincias de Mendoza y La Pampa por el uso de las aguas del río Atuel. Entre las consideraciones vertidas por esta instancia judicial, si bien no se reconoce explícitamente el carácter de sujeto de derecho, se afirmó: «La regulación jurídica del agua se ha basado en un modelo antropocéntrico, que ha sido puramente dominial al tener en cuenta la utilidad privada que una persona puede obtener de ella o bien en función de la utilidad pública identificada con el Estado. Esta visión, que en gran medida está presente en el conflicto resuelto mediante la sentencia de 1987, ha cambiado sustancialmente en los últimos años. El paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es eco-céntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estatales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la ley general del ambiente. El ambiente no es para la Constitución Nacional un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible, tal como aquello que responde a la voluntad de un sujeto que es su propietario. Ello surge de la Constitución Nacional (artículo 41), que al proteger al ambiente permite afirmar la

⁴⁹ Podrían también articularse aquí los diferentes habeas corpus que han sido presentados con el objeto de liberar grandes simios que habitan en zoológicos de Argentina, estrategia que replica la llevada a cabo en otros países. Si bien este tipo de presentaciones, ancladas fuertemente con ciertos postulados del derecho animal, parten de la idea de similitud con la especie humana – lo que posee un rasgo antropocéntrico bien marcado -, también es cierto que finalmente estos textos judiciales terminan por reconocer como sujeto de derecho a algunos de estos animales, por ejemplo, en las siguientes sentencias: Cámara Federal Casación Penal, Sala II, “Orangutana Sandra s/Hábeas Corpus”, 18/12/14; TERCER JUZGADO DE GARANTÍAS MENDOZA, “Chimpancé Sandra s/Hábeas Corpus”, 03.11.2016. En un anterior trabajo se efectuaron algunas reflexiones respecto del primero de los casos: BERROS, MARÍA VALERIA, *Breve contextualización de la reciente sentencia sobre el habeas corpus en favor de la orangutana Sandra: entre ética animal y derecho*, Revista de Derecho Ambiental N° 41, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015.

existencia de deberes positivos, es decir, hacer obras en defensa del ambiente. En el derecho infraconstitucional se desarrollan estos deberes en la Ley General del Ambiente y en el Código Civil y Comercial de la Nación de modo coherente, tanto en el ámbito público como privado» (Considerando Nro. 5). Más adelante continúa en la misma dirección afirmando: «Que en relación con el acceso al agua potable esta Corte ha dicho que ese derecho incide directamente sobre la vida y la salud de las personas, razón por la cual debe ser tutelado por los jueces y -en particular- en el campo de los derechos de incidencia colectiva, por lo que es fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad regenerativa y de resiliencia »(Considerando Nro. 11) ⁵⁰.

Palabras más, palabras menos, al cuestionar ideas como “utilidad privada”, “utilidad pública” y sus respectivos usos, o entender que el ambiente no puede ser considerado sólo como un objeto al servicio de las necesidades humanas; al reafirmar los “deberes positivos” constitucionales e infranconstitucionales para proteger el ambiente apelando incluso a los intereses “del mismo sistema”, como una entidad que poseer valor inherente, a la que debemos cuidar para que se preserve y regenere; y, por supuesto, al oponer una visión “antropocéntrica” privilegiando una visión “ecocéntrica”, la Corte ensaya preliminarmente una interpretación que imagina al ambiente, a la naturaleza - y en el caso, al agua y la Cuenca Hídrica del Rio Atuel - como un sistema integral con un valor propio desmarcándose así del antropocentrismo imperante.

Sin perjuicio de que la CSJN en este caso no hace referencias a la noción de diversidad biológica o a los derechos de los pueblos indígenas - este último por no ser parte en la litis trabada por las partes y luego relatada por la Corte -, entendemos que el precedente citado se aventura en la dirección propuesta en las páginas que anteceden, en favor de la ampliación del reconocimiento de derechos y de perspectivas de resolución de conflictos más allá de la posición antropocéntrica más extendida.

Los casos reseñados permiten observar con claridad que el estatuto legal de

⁵⁰ La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas, CSJN, 243/2014 (50-L) ICS1, 01.12.2017.

la naturaleza se encuentra bajo discusión y que ha habido importantes avances en la legislación y la jurisprudencia comparada no sólo sobre los derechos reconocidos a la naturaleza sino, también y en particular, en materia de estatuto legal de ríos, cuencas y glaciares.

Este tipo de cartografía permite identificar líneas argumentales que no sólo proliferan sino que circulan entre diferentes culturas jurídicas lo que, también, viabiliza expresar algunas ideas en relación a las rigideces de los operadores del campo jurídico para aproximarse - realmente - a los derechos de la naturaleza. O, dicho en otras palabras, a la dificultad existente para la comprensión del giro que va desmarcándose poco a poco del antropocentrismo que inspira buena parte de nuestras regulaciones.

En primer término, el arraigado monopolio de una determinada visión de mundo que es considerada universal por parte de gran cantidad de juristas, así como sus propias traducciones legales, parecieran redundar en que cualquier movimiento que se aleje o amenace esas categorías sea pasible de cierta desconfianza.

En segundo lugar, y de la mano de esta imposibilidad de abrirse a la diversidad de maneras otras de pensar el vínculo entre naturaleza y sociedad, incluso yendo más allá de esa dicotomía, pareciera generar *ab initio* cierto rechazo más o menos infundado. Así, se suele criticar este proceso por alinearlos sólo a cuestiones éticas o movimientos considerados minoritarios – como por ejemplo el veganismo que, por cierto, no necesariamente se encuentra permeando este tipo de argumentaciones emergentes - que han canalizado ciertas posiciones que podrían rebatirse fácilmente, como se ha efectuado en otros momentos históricos. De hecho, no es este un período de inicio sobre el debate sino, por el contrario, una reedición que permite tornar visible cierta carencia de atención sobre discusiones que, ya en el pasado, intentaban dar cuenta de la plasticidad de este tipo de herramientas del derecho. Hoy podríamos colocar esa plasticidad de la mano de la idea de diversidad de mundos, lo que permitiría pensar en una articulación de reconocimientos de derechos amplia, que no sólo traduzca una cosmovisión sino que se enriquezca de la heterogeneidad de maneras otras y experiencias otras de vivir en este planeta.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBERDI, JUAN BAUTISTA {1853}: *Bases y puntos de partida para la organización de la República Argentina*. Losada, Buenos Aires, 2007.
- AA.VV: *¿20 años no es nada? Un estudio de los debates constituyentes de 1994 sobre ambiente y patrimonio cultural* en: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Ediciones UNL, Santa Fe, 2014.
- ARANDA, DARÍO: *Tierra arrasada: Petróleo, pasteras, megaminería. Radiografía de la Argentina del Siglo XXI*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2015.
- BERROS, M. VALERIA: *El estatuto jurídico de la naturaleza en debate (meulen en el mundo del derecho)* en: Revista de Derecho Ambiental N° 36, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013. ISSN: 1851-1198. (133-151)
- BERROS, M. VALERIA: *The Constitution of the Republic of Ecuador: Pachamama Has Rights* en: Environment & Society Portal, Arcadia, N° 11, München, 2015. ISSN: 2199-3408.
- BERROS, MARÍA VALERIA AND TABIOS HILLEBRECHT, ANNA LEAH (Eds). *Can Nature Have Rights? Legal and Political Insights*, RCC Perspectives: Transformations in Environment and Society 2017, no. 6.
- BERROS, MARÍA VALERIA, *Breve contextualización de la reciente sentencia sobre el habeas corpus en favor de la orangutana Sandra: entre ética animal y derecho*, Revista de Derecho Ambiental N° 41, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015.
- BERTONATTI, CLAUDIO: *Los dioses viven y mueren con la naturaleza* en: DI PANGRACIO, ANA; NAPOLI, ANDRÉS; GARRO VIDAL, MARIA EMILIA (Ed.) *Informe Ambiental 2017*, Fundación Ambiente y Recursos Naturales, Buenos Aires, 2017.
- CORRIENTE CÓRDOBA, JOSÉ: *Valoración jurídica de los preámbulos en los tratados internacionales*, Ediciones Universidad de Navarra SA, Pamplona. 1973.
- DEMOGUE, RENE, *Notions fondamentales de droit privé. Essai critique*, Librairie Nouvelle de Droit et Jurisprudence, Paris, 1911:323.
- DI PANGRACIO, ANA; NAPOLI, ANDRÉS; GARRO VIDAL, MARIA EMILIA (Ed.) *Informe Ambiental 2017*, Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), Buenos Aires, 2017.
- FRANCO, DABEL LEANDRO & BALAUDDO, CINTIA: *La emergencia del principio de*

- desmercantilización en América Latina* en : Revista de Derecho Ambiental N° 49, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017. ISSN: 1851-1198. (15-22)
- GALINDO LEAL, CARLOS, *Ciencia de la Conservación en América Latina* en: Revista Interciencia Vol. 25. N° 3, Mayo-Junio 2000.
- GARGARELLA, ROBERTO (Coord.) *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, Abeledo Perrot, Tomo II, Buenos Aires, 2009.
- GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. Buenos Aires. La Ley. Tomo II. 2012.
- GIRAUDO, ALEJANDRO, *Defaunación como consecuencia de las actividades humanas en la llanera del chacho argentino* en: El Chacho sin bosques: la pampa o el desierto del futuro (MORELLO J. Y RODRIGUEZ A., editores), Orientación Gráfica Editora, Buenos Aires, 2009.
- GUÉVEL, DIDIER, *Diversidad jurídica y diversidad biológica*, Revista de Derecho Ambiental Nro. 74, 2016.
- Haidar, VICTORIA & BERROS, M. VALERIA: *Hacia un abordaje multidimensional y multiescalar de la cuestión ecológica: la perspectiva del buen vivir* en: Revista Crítica de Ciências Sociais N° 108 de la Universidad de Coimbra, Coimbra, 2015. ISSN: 0254-1106. (111-134)
- Haidar, VICTORIA & BERROS, M. VALERIA: *Entre el sumak kawsay y la “vida en armonía con la naturaleza”:* disputas en la circulación y traducción de perspectivas respecto de la regulación de la cuestión ecológica en el espacio global en: Revista Theomai Estudios Críticos sobre Sociedad y Desarrollo, Año 15, N° 32, Buenos Aires, 2015. ISSN: 15156443. (128-150)
- HERMITTE, MARIE- ANGÈLE, *La nature, sujet de droit?*, Annales HSS, janvier-mars 2011, n° 1, p. 173-212.
- KANT, IMMANUEL, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Ediciones de Pedro Rosario Barbosa. Puerto Rico, 2007
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, *Diversidad biológica y diversidad jurídica. Visión argentina* en: Revista de Derecho Ambiental Nro. 47, 2016.
- LAVILLA, ESTEBAN, *Economía, educación y conservación: el costo de nuestra ignorancia* en: Revista Natura Neotropicalis. Vol. 1. N° 33, 2002.
- MAZUELOS BELLIDOS, ÁNGELES, *Soft law: ¿mucho ruido y pocas nueces?* en:

- Revista Electrónica de Estudios Internacionales. 2004. Disponible en: http://www.reei.org/index.php/revista/num8/archivos/MazuelosBellido_reei8_.pdf
- NINO, CARLOS, *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2013.
- PARELLADA, CARLOS, *Responsabilidad civil y biodiversidad* en: Revista de Derecho Ambiental Nro. 47, 2016.
- PEYRANO, JORGE, *La tutela procesal de la biodiversidad* en: Revista de Derecho Ambiental Nro. 47, 2016.
- PUERTA DE CHACÓN, ALICIA, *Biodiversidad y propiedad*, en: Revista de Derecho Ambiental Nro. 47, 2016.
- RAMÍREZ, SILVINA: *Derechos de los pueblos indígenas y derechos de la naturaleza: encuentros y desencuentros* en: Revista Argentina de Teoría Jurídica. Volumen 12. Diciembre de 2011.
- RAMÍREZ, SILVINA: *Derecho de los pueblos indígenas: protección normativa, reconocimiento constitucional y decisiones judiciales* en: GARGARELLA, ROBERTO (Coord.): *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, Abeledo Perrot, Tomo II, Buenos Aires, 2009.
- ROSATTI, HORACIO, *Tratado de derecho constitucional*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, T.1. 2010.
- SAGUÉS, NÉSTOR PEDRO, *Manual de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2017.
- SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA: *Crítica de La razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*, Editorial Desclée de Brouwer, Bilbao, 2003.
- STONE, CHRISTOPHER, *¿Los árboles deberían tener legitimidad procesal? Hacia un reconocimiento de los derechos legales de los objetos naturales* en: *Derecho ambiental y justicia social*. Bogotá. Siglo del Hombre Editores. Universidad de los Andes. 2009.
- SVAMPA, MARISTELLA Y VIALE, ENRIQUE: *Maldesarrollo. La Argentina del extractivismo y el despojo*, Editorial Katz, Buenos Aires, 2014.

ABSTRACT

M. Valeria Berros - Rafael Colombo - *Miradas emergentes sobre el estatuto jurídico de los ríos, cuencas y glaciares*

El objetivo de este artículo consiste en efectuar una cartografía de decisiones y acuerdos en los que se reconoce como sujeto de derecho a los ríos, cuencas y glaciares. Así, se espera identificar el conjunto de miradas emergentes que se van desmarcando de conceptos más arraigados en el campo jurídico como es la tutela de los recursos naturales o la defensa del derecho a un ambiente sano. En estos casos es una idea central el reconocimiento de los derechos de la naturaleza. En la primera parte se presenta un acuerdo que redefine el estatuto legal de un río neozelandés y, luego, en la segunda parte, se presenta un grupo de resoluciones judiciales de diferentes países (Ecuador, Colombia e India) en los que judicialmente se reconoce una ampliación de la subjetividad jurídica. Finalmente, se efectúan una serie de reflexiones sobre el campo jurídico argentino en relación a esta temática.

PALABRAS CLAVE: *Los Ríos, Cuencas y Glaciares como sujeto de derecho; Tutela de los Recursos Naturales; Defensa del Derecho a un Ambiente Sano; Derechos de la Naturaleza; Perspectiva Ecocéntrica.*

M. Valeria Berros - Rafael Colombo - *Emerging views on the legal status of rivers, basins and glaciers*

This article aims at carry out a cartography of decisions and agreements in which rivers, basins and glaciers are recognized as legal entities. Thus, it is expected to identify the set of emerging views that are moving away from more entrenched concepts in the legal field such as the safeguard of natural resources or the protection of the right to a healthy environment. In these cases one main idea is the rights of nature recognition. In the first part, an agreement that

redefines the legal status of a New Zealand river is presented. In the second part the focus is on the analysis of a group of judicial resolutions from different countries (Ecuador, Colombia and India) in which the extension of legal subjectivity is recognized. Finally, a series of reflections on the Argentine legal field in relation to this subject is made.

KEYWORDS: *The Rivers, Watersheds and Glaciers as a subject of law; Protection of Natural Resources; Defense of the Right to a Healthy Environment; Rights of Nature; Ecocentric perspective.*