



Derecho PUCP

ISSN: 0251-3420

revistaderechopucp@pucp.edu.pe

Pontificia Universidad Católica del Perú

Perú

Foy Valencia, Pierre

Sistema jurídico y naturaleza. Consideraciones sobre el derecho y la naturaleza

Derecho PUCP, núm. 74, diciembre-junio, 2015, pp. 485-517

Pontificia Universidad Católica del Perú

Lima, Perú

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533656135019>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Sistema jurídico y naturaleza. Consideraciones sobre el derecho y la naturaleza

Legal system and nature. Considerations on Law and
nature

PIERRE FOY VALENCIA*

Resumen: A partir de unas reflexiones sobre la relación hombre (cultura) naturaleza, se arriba a un conjunto de consideraciones más específicas sobre el sistema jurídico y la naturaleza, las cuales permitirán sustentar algunas de sus expresiones jurídicas: recursos naturales patrimonio, *commons*, ecosistema entre otras. Finalmente se discute el tema de la naturaleza como sujeto, complementando la discusión con el asunto del sistema legal y los animales.

Palabras clave: sistema jurídico – ecosistema – recursos naturales – naturaleza – animales – derechos de la naturaleza – biodiversidad – animales – bioética

Abstract: From some reflections on the man (culture) nature relationship, the paper arrives at a set of more specific considerations about nature and the legal system. These will allow sustaining some of their legal expressions: natural resources heritage, *commons*, and ecosystem, among others. To conclude, the theme of nature as subject will be discussed, complementing the discussion with the topic of the legal system and animals.

Key words: legal system – ecosystem – resources natural – nature – animals – rights of nature – biodiversity – animals – bioethics

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN. DEL ENTORNO NATURAL DEL HOMBRE Y DE LA PERTENENCIA DE ESTE AL ENTORNO.– II. REENCUENTRO DE CONCEPCIONES Y REINTERPRETACIONES DE LA REALIDAD.– III. SOBRE EL DERECHO Y LA NATURALEZA.– IV. LA NATURALEZA COMO OBJETO.– IV.1. COMO DERECHO PARA SATISFACCIÓN DE NECESIDADES HUMANAS.– IV.2. COMO RECUSO NATURAL Y PATRIMONIO DE LA NACIÓN.– IV.3. COMO DIVERSIDAD BIOLÓGICA.– IV.4. COMO ECOSISTEMA.– IV.5. COMO DERECHO DE PROPIEDAD.– IV.6. PATRIMONIO COMÚN DE LA HUMANIDAD (*COMMONS*).– V. *SOFT LAW* Y NATURALEZA.– V.1. LA DECLARACIÓN DE ESTOCOLMO SOBRE MEDIO HUMANO (1972).– V.2. LA CARTA MUNDIAL DE LA NATURALEZA (1982).– V.3. DECLARACIÓN DE MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO (RÍO 1992).– V.4. LA CARTA DE

* Doctor en Derecho, máster en Derecho Ambiental, profesor asociado de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), docente en derecho ambiental y temas conexos en la PUCP, Universidad de Lima, Universidad Nacional Agraria, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Centro de Altos Estudios Nacionales, Academia de la Magistratura, entre otras instituciones. Asesor y consultor en derecho ambiental. Investigador del Instituto de Ciencias de la Naturaleza, Territorio y Energías Renovables (INTE-PUCP) y del Instituto de Investigación Científica (IDIC, Universidad de Lima). Gerente del Estudio Foy & Valdez Consorcio Derecho Ambiental. Correo electrónico: pfoy@pucp.edu.pe

I. INTRODUCCIÓN. DEL ENTORNO NATURAL DEL HOMBRE Y DE LA PERTENENCIA DE ESTE AL ENTORNO

Las inextricables relaciones entre sociedad (cultura) y naturaleza nos remiten a múltiples enfoques disciplinarios como los saberes naturales, culturales, éticos, filosóficos o jurídicos, por citar algunos. Lord Ashby, distinguido científico a nivel mundial, nos advierte que el hombre primitivo se identificó con el medio ambiente por la creencia en el animismo. Hoy en día, el hombre moderno vuelve a identificarse con él, pero ahora lo hace por la evidencia científica. Asbhy dirá que falta desarrollar tres reconciliaciones del hombre:

- solucionar la creciente escasez de recursos;
- moderar la demanda de recursos energéticos y materias primas; y
- la del hombre con los otros hombres¹.

El destacado pensador científico Jean Rostand, en el prólogo al libro de Bonnefous *¿El hombre o la naturaleza?*, dirá que una de las múltiples razones para defender la naturaleza es precisamente defender al hombre y satisfacer su instinto de conservación². Por cierto, el diálogo hombre-naturaleza no se interrumpió nunca del todo, aunque menor y secundario en algunas épocas, en otras se impone en primer plano³. En todo caso, si el hombre y la naturaleza están condenados a vivir juntos o perecer, debiera organizarse «una cruzada para lograr que los inicios del presente siglo [se refería al siglo XX] no sea un período de preparación de combates apocalípticos, sino de un renacimiento de la humanidad y de transformación de la civilización, pues la sola protección de la vida debería reunir a la humanidad en peligro»⁴. En ese sentido, a mayor atribución del papel de amos de la Tierra, más deberíamos preocuparnos por asumir obligaciones de un prudente fideicomiso⁵. De Jouvenal se preguntaba «si para corregir los errores en que incurrimos por nuestro

1 ASHBY, Eric. *Reconciliar al hombre con la naturaleza*. Barcelona: Blume, 1981, p. 65.

2 BONNEFOUS, Edouard. *¿El hombre o la naturaleza?*. México D.F.: FCE, 1970, p. 8.

3 Ibídem, pp. 256-257.

4 Ibídem, p. 359.

5 JOUVENAL, Bertrand de y otros. *El entorno del hombre*. Buenos Aires: Ediciones Marymar, 1971, pp. 95ss. Una forma de relacionarse con el medio sería aquella entre el hombre y la tierra, léase naturaleza (*El hombre y la tierra*. Navarra: Biblioteca General Salvat, 1971), para lo cual la geografía como ciencia ayuda a informar acerca del continuo progreso hacia la independencia del ambiente natural conseguida por la humanidad, en virtud de la conquista de la técnica y facilita datos para conocer el mundo en que se desarrolla la existencia del hombre.

modo de pensar, no deberíamos devolver a los ríos la jerarquía de personas que se les atribuía en los tiempos paganos»⁶.

En esa misma dirección, no han faltado reproches en contra de lo que se ha convenido en denominar progreso o avance evolutivo, considerándolo como hechos patológicos o desadaptativos desde la perspectiva del lugar que tiene el hombre en esos amplios sistemas que llamamos naturaleza⁷. Tal vez por ello, se afirma que «la integración de la lógica de la naturaleza en la regulación de las conductas humanas constituye para muchos espíritus sensibles de hoy más una creencia —desprovista de elementos metafísicos— que un imperativo racional; esta supuesta novedad se entronaría con antiguos valores, dogmas y mitos humanos»⁸. Por el contrario, los postulados de orden antropocéntrico que inspiran las tradiciones judeo cristianas más bien habrían contribuido al difundido pensamiento que tales religiones legitiman y dinamizan: la progresiva apropiación de la naturaleza por el hombre⁹.

SISTEMA JURÍDICO
Y NATURALEZA.
CONSIDERACIONES
SOBRE EL DERECHO
Y LA NATURALEZA
LEGAL SYSTEM
AND NATURE.
CONSIDERATIONS
ON LAW AND
NATURE

II. REENCUENTRO DE CONCEPCIONES Y REINTERPRETACIONES DE LA REALIDAD¹⁰

Desde una perspectiva histórica, la compleja relación hombre-ambiente se remonta a los orígenes de sociedades y culturas. Se trata, además, de una relación que se ha desarrollado de manera interactuante. De una parte, las actividades humanas permanentemente han estado condicionadas por el entorno natural y ecológico (esto es visible, por ejemplo, en los casos de las sociedades hidráulicas o culturas como la andina)¹¹. Por otra parte, dichos entornos han sido impactados de los modos más diversos, como en el caso de la creación de ciudades y, en general, de todo el proceso de avance de la «tecnósfera» (esfera creciente de intervención de la actividad humana expresada a través de la técnica) respecto a la biosfera.

En efecto, para algunos, la crisis ecológica contemporánea representa —entre otros aspectos— el proceso por el cual la biosfera (capa de organismos vivientes) se retrae ante el avance de la tecnósfera (una

⁶ Ibídem, p. 106.

⁷ RAPPAPORT, Roy. *Naturaleza, cultura y antropología ecológica*. En Harry Shapiro. *Hombre, cultura y sociedad* (pp. 261-290). México D.F.: FCE, 1985.

⁸ MARTÍN MATEO, Ramón. *El hombre: una especie en peligro*. Madrid: Campomanes Libros, 1993, p. 84.

⁹ Ibídem, p. 85.

¹⁰ Véase: FOY VALENCIA, Pierre. En busca del derecho ambiental. Pierre Foy Valencia (ed.). *Ambiente y derecho: aproximaciones y estimativas* (pp. 35-170). Lima: Fondo Editorial de la PUCP/IDEA-PUCP, 1997.

¹¹ Véase: GIGLIO, Nicolo & Jorge MORELLO. Notas sobre la historia ecológica de la América latina. En Osvaldo Sunkel (ed.). *Estilos de desarrollo y medio ambiente en América latina* (pp. 129-157). Tomo 1. México D.F.: FCE, 1980; VITALE, Luis. *Hacia una historia del medio ambiente en América Latina*. Caracas: Nueva Sociedad, 1983. Algunos enfoques tradicionales no pierden cierta actualidad o interés y resultan, por ello, un tanto pioneros, como serían las obras de LUDWIG, Emil. *El Mediterráneo, la leyenda de un mar*. Buenos Aires: Hemisferio, 1952; *El Nilo, biografía de un río*, Santiago de Chile: Ediciones Ercilla, 1942.

suerte de «nueva capa planetaria» creada por el hombre) a expensas de la primera. Esta tensión histórica no siempre es apreciada con la ponderación debida y no faltan ciertos radicalismos críticos o puristas que denostan acerca del rol del progreso y las ventajas del bienestar¹².

Ciertamente, no se trata de polarizar o satanizar determinadas respuestas tecnológicas *versus* naturismos a ultranza, sino más bien de limitar las conductas humanas para un adecuado manejo de la biosfera. Después de todo, en cierto modo, despilfarrar o hacer un mal uso de los recursos puede representar una forma belicosa¹³ de atentar contra la base ecosistémica sobre la cual se sostiene el valor vida.

Esta ruptura del vínculo hombre-medio expresa un estilo, una técnica, finalmente una visión, así como una forma de intervenir en el mundo (naturaleza y sociedad). Frente a ello, hoy se alude a una nueva concepción de la realidad, un enfoque interrelacionado, máxime considerando un entorno global e interconectado. En efecto, tras un largo período de extravío en el pensamiento oficial de Occidente, en los últimos tiempos resurge de modo progresivo el paradigma de lo comprensivo y el reconocimiento acerca de las interrelaciones entre seres vivos y su entorno, que nos conducen a un equilibrio dinámico entre sociedad y naturaleza. El pensamiento positivista y fragmentario (sectorializado) se encontraba muy limitado para esta labor de integración de saberes respecto a la unitariedad de la realidad¹⁴.

III. SOBRE EL DERECHO Y LA NATURALEZA

Podríamos afirmar que una de las conexiones o relaciones más intensas y antiguas de la humanidad es la que se ha establecido entre los sistemas jurídicos —cuálquiera que fuese su concepción— y la naturaleza. En ese sentido, desde la perspectiva de la teoría jurídica, la naturaleza se convierte en una fuente material del derecho, máxime a partir de su interrelación histórica con el hombre (relación naturaleza-*artificialeza*¹⁵).

12 Mostafá Tolba refiere que habría tres tipos de percepciones sobre el ambientalismo: a) la que insiste en la búsqueda de soluciones legales y técnicas y que por la vía de la convicción y participación puede reformar el sistema; b) la de quienes no creen que fuese tan sencilla la salida, generándose grupos de presión en la toma de decisiones; y c) la de los que critican la base tecnológica y energética de la sociedad actual reclamando tecnologías alternativas o «blandas» y el incremento de la autosuficiencia (TOLBA, Mostafá. *Salvemos el planeta: problemas y esperanzas*. Londres/Nueva York/Tokyo/Melbourne: Chapman & Hall, 1992, pp. 234-235).

13 Véase: SCHUMACHER, Ernst Friedrich. *Lo pequeño es hermoso*. Madrid: Blume, 1986, pp. 45ss. La concepción pacífica del budismo en relación con la naturaleza conduce a considerar como violento todo uso irracional de los recursos naturales y del entorno, conforme la economía a escala humana o tecnología intermedia que profesaba Schumacher.

14 CAPRA, Fritjof. Una nueva visión de la realidad. *Ecosofías*, 3, (1984), 39-48, véase: FERNÁNDEZ, Roberto. La problemática ambiental como nuevo paradigma del saber. *Formación Ambiental*, 6, 13 (1995), 13-16; FOY VALENCIA, Pierre. Consideraciones sobre el impacto de la crisis ambiental y de los nuevos paradigmas en los sistemas jurídicos contemporáneos. *Revista del Foro, CAL*, (1992), 151-160; BÜLLESBACH, Alfred. Enfoques de teoría de sistemas. En Arthur Kaufmann & Winfried Hassemer (eds.). *El pensamiento jurídico contemporáneo* (capítulo 10). Madrid: Debate, 1992.

15 Ver apartado anterior: II. Reencuentro de concepciones y reinterpretaciones de la realidad.

Es decir que las complejas dinámicas desarrolladas entre el hombre y la naturaleza a lo largo de la historia (perspectiva diacrónica) han servido de sustento para generar múltiples expresiones jurídicas (fuentes formales), tales como la regulación de las aguas y mares, bosques, vientos, animales, modernamente climas y ecosistemas, así como el espacio ultraterrestre, además de variadas conductas sociales, económicas, tecnológicas, políticas y humanas, en general, que impactan el ambiente. Al respecto, Kelsen al referirse a la naturaleza y la sociedad señalaba lo siguiente:

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. [...] La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece como un fenómeno natural. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos otro principio diferente al de la causalidad¹⁶.

En tanto que por oposición a este enfoque en relación con «la imputación en el pensamiento jurídico» señalaba que

[p]ara describir su objeto, la ciencia jurídica formula las llamadas reglas de derecho. En esta labor recurre a otro principio no causal. Una regla de derecho afirma: «Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado» [...] Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa y efecto, la causalidad no interviene en la regla de derecho. Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo con la relación causal. El efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado, el efecto se produce independientemente de toda norma¹⁷.

En buena cuenta, esta concepción kelseniana que busca descontaminar al derecho de todo influjo no jurídico, en realidad, resultaría más una consideración metodológica. En un plano más integrativo y sistemático deviene inescindible su articulación con las relaciones sociedad-naturaleza. Articulación de la cual el propio Kelsen, entendemos, era consciente.

Ahora bien, el sistema jurídico, a partir de sus múltiples componentes —mencionamos un listado no taxativo, sino enumerativo—, ha desarrollado toda una morfología y sistematización en torno a la siguiente matriz normativa:

16 KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1974, p. 16.

17 Ibídem, p. 17. Para un mayor desarrollo sobre las relaciones entre sociedad y naturaleza, véase: KELSEN, Hans. *Sociedad y naturaleza: una investigación sociológica*. Buenos Aires: Depalma, 1945.

Aspecto		Expresión jurídica
1.	Orgánico institucional	Ministerios sobre Recursos Naturales en general y, en específico, Ministerios del Ambiente, institutos especializados sobre el agua, diversidad biológica, direcciones sectoriales ambientales o de gestión ambiental, entre otras.
2.	Derechos	Constitución Ecuatoriana sobre los Derechos de la Pachamama, derechos ciudadanos al ambiente.
3.	Obligaciones	Responsabilidad ciudadana y de titulares de actividades en el uso sostenible de los recursos naturales y de los ecosistemas, deberes ciudadanos ambientales.
4.	Destinatarios	Titulares de actividades sostenibles, poblaciones indígenas, poblaciones urbanas.
5.	Sanciones	Delitos contra el ambiente y los recursos naturales, infracciones administrativas forestales, hídricas, mineras, energéticas pesqueras, indemnizaciones, reparaciones reposiciones ambientales, etcétera.
6.	Ética	La Carta de la Naturaleza, La Carta de la Tierra, la Declaración de Río de 1992, de Estocolmo de 1972, del Agua (1992), Declaración sobre los Derechos de los Animales, entre otras.

Desde otra perspectiva complementaria, cabría mencionar ciertas tendencias o caracterizaciones normativas en torno a la naturaleza, aunque debemos reconocer que esencialmente se encuentran más en función a un enfoque de recursos naturales antes que como naturaleza *per se*. Cada vez más, esta concepción utilitaria de la naturaleza como recurso natural se integra a la de ecosistemas, pese a que estos son concebidos como un componente de la diversidad biológica y esta, a su vez, como integrada a los recursos naturales¹⁸.

Tales tendencias podrían enumerativamente expresarse en procesos o tendencias jurídico normativos, tales como:

18 Así, por ejemplo, la ley 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales (26 de junio de 1997), prescribe lo siguiente: «Definición de recursos naturales. Artículo 3. Se consideran recursos naturales a todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial en el mercado, tales como: a. las aguas: superficiales y subterráneas; b. el suelo, subsuelo y las tierras por su capacidad de uso mayor: agrícolas, pecuarias, forestales y de protección; c. la diversidad biológica: como las especies de flora, de la fauna y de los microorganismos o protistas; los recursos genéticos, y los ecosistemas que dan soporte a la vida; d. Los recursos hidrocarburíferos, hidroenergéticos, eólicos, solares, geotérmicos y similares; e. La atmósfera y el espectro radioeléctrico; f. Los minerales; g. Los demás considerados como tales. El paisaje natural, en tanto sea objeto de aprovechamiento económico, es considerado recurso natural para efectos de la presente Ley».

	Aspecto	Expresión jurídica
1.	Constitucionalización	Constitución de Perú 1993 (artículo 66), Constitución de Ecuador (2008), Constitución Alemana y su reforma del 2002 sobre la «dignidad de la naturaleza».
2.	Administrativización	Regulaciones sectoriales sobre recursos naturales: forestales, hídricos, mineros, o sino sobre actividades y ámbitos tipo municipal, de vivienda y construcción, de salud, etcétera.
3.	Criminalización	Delitos contra el ambiente y los recursos naturales.
4.	Privatización	Derechos de propiedad sobre frutos y productos; sobre las tierras; sobre conocimientos ancestrales en torno a recursos naturales.
5.	Comercialización	Comercio ilegal de especies.
6.	Internacionalización	Convenios y tratados como la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas (RAMSAR), el Convenio de Bonn, de Diversidad Biológica, etcétera.
7.	Climatización	Protección del sistema climático (atmósfera, biosfera, hidrosfera, litósfera), capa de ozono.
8.	Financiación	Fondos de protección y promoción sobre diversidad biológica, áreas naturales protegidas, clima, pueblos indígenas, etcétera.
9.	Tributación	Regulación de tasas, contribuciones, entre otras.
10.	«Etnicización»	Reconocimiento de derechos consuetudinarios en torno a recursos y ecosistemas, como el Convenio 169 Organización Internacional del Trabajo.

No es propósito del presente —y de algún modo breve— artículo dar cuenta sistemática ni detallada de estas tendencias jurídicas en torno a la naturaleza, más sí mostrar los alcances de dicha dinámica. Sin embargo, el jurista y filósofo francés Ost nos brinda un enfoque analítico y sistemático sobre el derecho y la naturaleza desde una perspectiva crítica del derecho ambiental¹⁹. En realidad, se enfoca sobre la problemática ambiental y el papel que el derecho debe jugar ante la crisis ecológica desde el punto de vista ético y jurídico. Por ende, plantea

19 OST, François. *Naturaleza y derecho*. Bilbao: Ediciones Mensajero, 1996.

inevitablemente la cuestión axiológica: «¿Qué deberíamos hacer?»²⁰. Para ello, discute temas tales como *el artificio*, es decir, el modelo de un mundo nuevo, la cuestión de la apropiación de la naturaleza, así como su administración, para luego profundizar en temas fuertes tales como la naturaleza-sujeto y la naturaleza-proyecto. Por último, culmina con la polémica sobre el patrimonio como una noción compleja.

Un antecedente histórico contemporáneo de la juridificación de la naturaleza lo encontramos en la legislación nacionalsocialista, según analiza el politólogo francés Luc Ferry²¹. En el capítulo sobre «La ecología nazi: las legislaciones de noviembre de 1933, julio de 1934 y junio de 1935», de su reconocida obra de 1994, al referirse a la Ley sobre la Protección de la Naturaleza (*Reichsnaturschutzgesetz*) del 1 de julio de 1935, la tilda como «monumento de la ecología moderna» que se antecedió al movimiento de la ecología profunda²².

En 1972, el juez estadounidense Christopher Stone sustenta su propuesta del derecho de los árboles a acceder a los tribunales en un ensayo titulado «Should Trees have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects (¿Deben los árboles tener acceso a los tribunales? Hacia los derechos legales de los objetos naturales?)». El planteamiento fue elaborado a raíz de la famosa jurisprudencia ambiental norteamericana (Caso Sierra Club versus Morton), por la que la organización ecologista Sierra Club se opuso a la construcción de un parque de diversiones Disney al interior del Mineral King Valley, reconocido por sus antiquísimos árboles secuoyas.

Igualmente, en tiempos recientes, desde la Constitución de Alemania (1949) y sus modificatorias, incluida la reforma del año 2002, se difundió la protección de los fundamentos de la vida animal, afirmándose la concepción acerca de la constitucionalización de la dignidad de los animales. Ya desde 1992 se habían incorporado los fundamentos de la vida, pero dicha incorporación no permitía expresar de modo más directo o específico a los animales propiamente como tales, sino como parte de un conjunto de seres vivos. Veamos:

20 Ibídem, p. 10.

21 Autor profundamente antinazi, sin embargo, no deja de reconocer el aporte conceptual a esta idea de protección de la naturaleza (FERRY, Luc. *El nuevo orden ecológico. El árbol, el animal y el hombre*. Barcelona: Tusquets, 1994).

22 La noción de *ecología profunda* en perspectiva teórica fue acuñada por Arne Naess, pero luego se transformó en un movimiento que integra a la humanidad como parte del entorno, para lo cual se propondrán cambios culturales, políticos, sociales y económicos orientados a una convivencia armónica entre el hombre y los demás seres vivientes. En consecuencia, los seres humanos no tendrían derecho a pasar o extralimitarse por encima de la diversidad, con el objeto de satisfacer sus necesidades vitales. Según Naess, son puntos centrales para dicho enfoque los siguientes: a) el ser humano en armonía con el medio, no por encima, sobre o fuera de este; b) la igualdad biocéntrica: todas las cosas naturales, los ecosistemas, la vida, etcétera, tienen derecho a existir, independiente de su grado de autodeterminación; c) el derecho a la diversidad cultural.

Artículo 20a [protección de los fundamentos naturales de la vida y de los animales].

El Estado protegerá, teniendo en cuenta también su responsabilidad con las generaciones futuras, dentro del marco del orden constitucional, los *fundamentos naturales de la vida y los animales* a través de la legislación y, de acuerdo con la ley y el derecho, por medio de los poderes ejecutivo y judicial.

Artículo 72 [Legislación concurrente de la Federación, concepto]

(3) Si la Federación ha hecho uso de su competencia legislativa, los Länder pueden adoptar por ley regulaciones sobre:

1. la *caza* (con exclusión del derecho de la autorización de cazar);
2. la protección de la naturaleza y el cuidado del paisaje (con exclusión de los principios generales de la protección de la naturaleza, de la *protección de las especies* o de la protección de la naturaleza del mar);

Desde nuestras coordinadas y trópicos, y en el marco del denominado neoconstitucionalismo latinoamericano²³ (Zaffaroni, 2011), se advierte el reconocimiento de los derechos de la naturaleza tanto en las Constituciones del Ecuador (2008) como de Bolivia (2009). La siguiente tabla recoge los pasajes más relevantes a este respecto:

Constitución de la República del Ecuador de 2008	
Preámbulo	«Celebrando a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia». Después, señala que decide construir «Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el <i>Sumak Kawsay</i> ».
Capítulo VII	«Derechos de la naturaleza», es decir como titular de derechos.
Artículo 71	«La naturaleza o Pachamama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos». «Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda». «El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema».

²³ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *La Pachamama y el humano*. Prólogo por Oswaldo Bayer. Buenos Aires: Madres de Plaza de Mayo, 2012.

Constitución Política del Estado Boliviano de 2009

Preámbulo	«Cumpliendo con el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia».
Artículo 33	«Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente».
Artículo 34	«Cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad, está facultada para ejercer las acciones legales en defensa del medio ambiente, sin perjuicio de la obligación de las instituciones públicas de actuar de oficio frente a los atentados contra el medio ambiente».

Más allá de nuestras objeciones o apreciaciones críticas al contexto socio político de los regímenes al calor de los cuales se constitucionalizaron estas alcances jurídicos sobre la naturaleza, consideramos que en esos procesos se expresa una suerte de enfoque contemporáneo de reivindicación y retorno a la naturaleza. El cual tiene como base bioética saberes de la denominada posmodernidad integrada a los conocimiento premodernos.

Al respecto, Serrano nos brinda una conveniente reflexión cuando postula que nos encontramos ante un nuevo objeto de estudio: el ecosistema. Ciertamente, se refiere a las conductas humanas que inciden en ese orden ecosistémico, toda vez que los sistemas naturales obedecen a sus propias leyes de autorregulación, aunque cada vez más impactadas por la acción antrópica²⁴.

Si bien Serrano articula un discurso sobre las relaciones del sistema jurídico con los ecosistemas y la naturaleza, es claro al precisar que:

El Derecho ambiental no regula los sistemas ambientales. Primero, porque el medio ambiental no es un sistema, sino un entorno. Y segundo, porque —aun admitiendo, lo cual no es lo mismo, que sí hay sistemas ecológicos o ecosistemas en el entorno de los sistemas sociales— lo que regula el Derecho no es el transcurso de un río, ni los movimientos migratorios de las aves —todo eso se [sic] solo—, sino las conductas individuales, las prácticas sociales y las intervenciones

24 Véase: SERRANO MORENO, José Luis. *Ecología y derecho: Principios de derecho ambiental y ecología jurídica*. Granada: Comares, 1992.

públicas relevantes para el transcurso de los ríos o los movimientos de las aves²⁵.

A su turno, Michel Decleris, a partir del enfoque del derecho del desarrollo sostenible elabora una diversidad de diagramas y flujos mediante los cuales procura interrelacionar la lógica del sistema jurídico con las de los diversos sistemas de la naturaleza (energéticos, suelos, clima etcétera). De este modo, nos brinda creativos modelos cuasi cibernéticos para comprender el derecho y sus interrelaciones con los ecosistemas²⁶.

IV. LA NATURALEZA COMO OBJETO

IV.1. Como derecho para satisfacción de necesidades humanas (antropocentrismo débil)²⁷

Desde una perspectiva más integral y no solo como recurso natural²⁸, la naturaleza representa un valor intrínseco a la condición humana y, por ello, se postula que es una dimensión fenomenológica que permite satisfacer las múltiples necesidades humanas y no solo las económicas. Esto se inscribe en la concepción antropocéntrica débil del hombre en donde se considera al entorno y al universo como fuente de satisfacción de las necesidades humanas. Sin embargo, se postula un nuevo patrón ético, en el sentido en que no se debe ser irresponsable en la relación hombre-naturaleza, pues una exacerbación en tales potestades puede afectar dicho entorno con efectos contrarios a las propias necesidades humanas. Sería el caso de posturas confesionales como las del cristianismo y el rol que asigna al hombre en relación con las demás criaturas del universo.

25 SERRANO MORENO, José Luis. Concepto, formación y autonomía del derecho ambiental. *Revista Jurídica del Perú*, 46, 8 (1996). Añade Serrano en una nota lo siguiente: «De pasada, ya que requeriría un estudio más profundo, hago constar que al hablar de conductas individuales, prácticas socioeconómicas e intervenciones públicas aludo a los individuos, la sociedad, el mercado y el Estado. Con estas cuatro cosas me libero de la alusión al Hombre —con mayúscula— en la definición. El problema del concepto de Hombre en la ciencia jurídica ambiental no viene tanto de los indicios de antropocentrismo, como de la sobrecarga ideológica que produce polisemia y deviene un obstáculo epistemológico: porque ¿qué quiere decir ?, ¿la especie humana de la biología?, ¿los sistemas psíquicos de la psicología?, ¿los seres dotados de alma inmortal de la teología?, ¿los cuerpos humanos de la medicina? ¿Es entonces la biología una rama de las humanidades? ¿Las actividades del mercado son humanas? ¿El Estado es solo un conjunto de Hombres o con relación a él somos los humanos entorno problemático?».

26 DECLERIS, Michel. *The Law of Sustainable Development. General Principles*. Informe de la Comisión Europea. Bruselas: Unión Europea, 2000.

27 El *antropocentrismo débil* admite valor a ciertas entidades no humanas, siempre que comparten ciertas características con los humanos. El hombre es capaz de transformar la naturaleza y también la naturaleza tiene el poder demiúrgico de modificar la existencia humana. Cabe pues argumentar razonablemente la defensa de la naturaleza en función de otros valores centrados en el ser humano, de suerte que los animales no humanos y la naturaleza tienen un valor utilitario económico, terapéutico, científico, recreativo o cultural (véase «El hombre en el centro del mundo: el Antropocentrismo Moral», en el sitio Web *Ecosofía*, http://ecosofia.org/2006/11/el_hombre_en_el_centro_del_mundo_el_antropocentrismo_moral.html).

28 Como se suele enfocar desde la lógica economicista, cual valor contable, cuantificable y traducible en un precio.

SISTEMA JURÍDICO
Y NATURALEZA.
CONSIDERACIONES
SOBRE EL DERECHO
Y LA NATURALEZA

LEGAL SYSTEM
AND NATURE.
CONSIDERATIONS
ON LAW AND
NATURE

IV.2. Como recurso natural y patrimonio de la Nación (antropocentrismo fuerte)²⁹

La concepción utilitarista del recurso natural al servicio de las necesidades humanas se expresa en casi todos los sistemas jurídicos contemporáneos. En el caso del Perú, esto se advierte como «todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial en el mercado», previsto en el artículo 3 de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales (LOASRN) del año 1997, ley 26821.

En efecto, el desarrollo normativo constitucional del artículo 66 de la Carta Política de 1993³⁰, referido a los recursos naturales y su relación con los derechos de propiedad, se encuentra legislado en la referida LOASRN. Cabe advertir que esta interpretación o enfoque no se encuentra propiamente consensuado en la doctrina nacional. Las ideas matrices en relación con el tema son, en buena cuenta, las siguientes:

- Los recursos naturales son patrimonio de la Nación, no supone propiedad del Estado, sino que este los administra en representación de la Nación³¹, para su otorgamiento a los particulares, sean nacionales o extranjeros. El Estado ejerce un dominio eminent³² sobre los recursos naturales³³.

29 *El antropocentrismo fuerte*: solo importa el hombre, los animales y la naturaleza están a su servicio, son simplemente medios para sus fines. Cualquier objetivo y método humano siempre será preponderante sobre el resto de la naturaleza, pues carece de intereses y no constituye sino un *stock* más de insumos al servicio de la necesidades (¿necesidades?) humanas.

30 Artículo 66: «Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal».

31 Tribunal Constitucional. Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC. Resolución del 1 de abril de 2005. José Miguel Morales Dasso, en representación de cinco mil ciudadanos (demandante) contra el Congreso de la República (demandado): «Considerando 29. El artículo 66 de la Constitución señala que los recursos naturales, *in totum*, son patrimonio de la Nación. Ello implica que su explotación no puede ser separada del interés nacional, por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de todas las generaciones. Los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la Nación en su conjunto; por ende, se proscribe su exclusivo y particular goce. / En ese sentido, los recursos naturales —como expresión de la heredad nacional— reposan jurídicamente en el dominio del Estado. El Estado, como la expresión jurídico-política de la Nación, es soberano en su aprovechamiento. Es bajo su imperio que se establece su uso y goce. / El dominio estatal sobre dichos recursos es eminent, es decir, el cuerpo político tiene la capacidad jurisdiccional para legislar, administrar y resolver las controversias que se susciten en torno a su mejor aprovechamiento» (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.html>).

32 Según el artículo 3 del decreto legislativo 1079, por el cual se establecen medidas que garanticen el patrimonio de las áreas naturales protegidas, entre los principios que garantizan dicho patrimonio se cuenta con el «2. *Principio del dominio eminent*.—Los derechos para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales renovables se otorgan a los particulares mediante las modalidades que establecen las leyes especiales para cada uno de ellos. En cualquiera de los casos, el Estado conserva el dominio sobre estos, así como sobre los frutos, productos y subproductos, en tanto ellos no hayan sido obtenidos acorde con el título por los cuales fueron otorgados».

33 Según Carolina Gamarra Barrantes, «La doctrina denomina sistema o régimen dominialista, el cual consiste que es el Estado el titular de los recursos naturales en general, ejerciendo su soberanía sin que signifique propiamente un derecho patrimonial. El sistema de dominio del Estado es aquel que atribuye el dominio originario de los recursos naturales al Estado, con lo cual participa de las características del llamado sistema regalista (7), pero a diferencia de este, el dominio del Estado no

- Dicho otorgamiento opera bajo la denominación genérica de *derecho de aprovechamiento sostenible* que se canaliza mediante un mecanismo igualmente genérico denominado *concesión* y que adquirirá denominaciones específicas según la normativa especial de cada recurso conforme las necesidades de su gestión y aprovechamiento.
- La propiedad se entiende referida a los frutos y productos que se obtengan como consecuencia del título para dicho aprovechamiento, es decir, como consecuencia del uso y disfrute de la concesión.
- En el caso de la tierra a la que expresamente la Constitución reconoce el derecho de propiedad, sea individual o colectiva, no obstante ser recurso natural, estaríamos ante una situación excepcional respecto del resto de los recursos naturales, sobre los cuales no habría derechos de propiedad, sino más bien derecho de aprovechamiento sostenible. La LOASRN reconoce como recursos naturales «al suelo, subsuelo y las tierras por su capacidad de uso mayor: agrícolas, pecuarias, forestales y de protección»³⁴.

Para Pulgar Vidal, una respuesta enmarcada en el objetivo de gobernanza de los recursos naturales debe prestar atención a los siguientes factores³⁵:

- el dominio del Estado sobre los recursos naturales;
- propiedad privada y titulación;
- el dilema del suelo y subsuelo;
- tierra y territorio;
- superposición de derechos y títulos habilitantes;
- renta y distribución de beneficios por el aprovechamiento de los recursos naturales;
- descentralización y marco institucional;
- asistencia técnica en la promoción de las inversiones;
- Amazonía;
- instrumentos de gestión ambiental;
- los recursos naturales frente a los nuevos retos³⁶.

es un dominio completo, sino un dominio eminente, virtual o también llamado radical, es decir, una emanación de la soberanía, careciendo el Estado de las facultades de usar y gozar de los recursos de manera directa» (GAMARRA BARRANTES, Carolina. La regulación de los recursos naturales. *Actualidad doctrinaria*, p. 275; <http://blog.pucp.edu.pe/media/1329/20080214-Carolina%20Gamarra.pdf>).

³⁴ Para una extensión del tema, véase: PULGAR VIDAL, Manuel. Los recursos naturales, el derecho y la visión de desarrollo. *Ius et Veritas*, 36 (2008),398-409.

³⁵ PULGAR VIDAL, Manuel. *Promoviendo la gobernanza en el acceso y aprovechamiento de los recursos naturales*. Lima: CIES/USMP/SPDA, 2011, pp. 12-14.

³⁶ «La propuesta es que la opción de política sea una e integral, y a su vez capaz de establecer pasos ordenados que definan un proceso para alcanzar la consolidación del objetivo, que es la gobernanza en el acceso y aprovechamiento de los mismos: "Promover la gobernanza en el acceso y aprovechamiento de los recursos naturales, renovables y no renovables, con el objeto

Resulta interesante anotar cómo es que bajo la noción de patrimonio, por ejemplo en relación con las Áreas Naturales Protegidas (ANP), se comprende componentes tales como a) los ecosistemas que las conforman; b) la fauna silvestre, sus productos y subproductos; c) la flora silvestre, sus productos y subproductos; d) los ecosistemas marinos, incluyendo los espacios continentales y costeros que los componen; e) las cuencas hidrográficas; f) la diversidad biológica y sus componentes constituyentes; g) el suelo; h) los recursos hidrobiológicos; i) los recursos genéticos; j) el paisaje natural, en tanto recurso natural; k) los recursos culturales cuya gestión se regula por la normatividad de la materia; y l) los bienes inmuebles y muebles que son utilizados en la gestión de las ANP a cargo de la administración del SERNANP (Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado)³⁷. Aunque esta consideración incluye otros valores como bienes muebles e inmuebles, en general, nos permite apreciar las tendencias normativas en cuanto a la integración de los recursos naturales como enfoque ecosistémico.

IV.3. Como diversidad biológica

Según nuestra normativa nacional, la diversidad biológica (ergo los tres componentes que la conforman: genes, especies y ecosistemas) constituye parte de los recursos naturales. En efecto, conforme al artículo 3 de la LOASRN, se consideran recursos naturales a «c. la diversidad biológica: como las especies de flora, de la fauna y de los microorganismos o protistas; los recursos genéticos, y los ecosistemas que dan soporte a la vida».

Sin embargo, el preámbulo del Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992)³⁸, a nuestro entender, le confiere una comprensión más amplia que el de meramente recurso natural, al menos entendida en términos economicistas. Esto se expresa en el primer considerando: «Conscientes del valor intrínseco de la diversidad biológica y de los valores ecológicos, genéticos, sociales, económicos, científicos, educativos, culturales, creativos y estéticos de la diversidad biológica y sus componentes». Es decir, estamos ante una lectura multivalorativa y plurifuncional de la diversidad biológica, lo cual epistemológicamente excede los límites restrictivos del enfoque recursivo o economicista.

de lograr la equidad, eliminar prácticas de exclusión y promover el bienestar ciudadano, mediante la adopción de acciones que fortalezcan el rol del Estado en su administración, reconociendo su naturaleza de patrimonio de la Nación y el carácter pluricultural de esta; de los operadores privados en el cumplimiento de condiciones socio ambientales; de los distintos niveles de gobierno en su gestión sustentada en el principio de subsidiariedad; y de los ciudadanos a través de la participación real y efectiva para la definición de orientaciones de desarrollo consensuadas; compatibilizando el potencial de recursos que existe en el territorio y definiendo reglas que prevean, minimicen, canalicen y contribuyan a resolver los conflictos»» (ibidem).

³⁷ Según el artículo 3, Patrimonio de las Áreas Naturales Protegidas (ANP), del reglamento del decreto legislativo 1079 sobre el patrimonio al interior de las ANP.

³⁸ Ratificado mediante resolución legislativa 261181 de fecha 30 de abril de 1993.

IV.4. Como ecosistema³⁹

Cabe destacar que la cuestión de los ecosistemas tiene como una de sus manifestaciones más resaltantes lo referido al proceso de «La Evaluación de los Ecosistemas del Milenio» (2005), que constituyó una síntesis internacional del estado de los ecosistemas de la Tierra. En él que se concluye que la actividad humana viene impactando significativa y crecientemente la biodiversidad de los ecosistemas mundiales, reduciendo tanto su resiliencia (capacidad de recuperación) como su biocapacidad. El Convenio sobre Diversidad Biológica (1992)⁴⁰ ya había entendido por ecosistema al: «complejo dinámico de comunidades vegetales, animales y de microorganismos y su medio no viviente que interactúan como una unidad funcional».

A su turno, la Ley General del Ambiente, ley 26821 de 2005, asume el enfoque ecosistémico en su artículo 93:

La conservación y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales deberá enfocarse de manera integral, evaluando científicamente el uso y protección de los recursos naturales e identificando cómo afectan la capacidad de los ecosistemas para mantenerse y sostenerse en el tiempo, tanto en lo que respecta a los seres humanos y organismos vivos, como a los sistemas naturales existentes.

En este contexto, se desarrolla normativamente la cuestión, cada vez más relevante, sobre la retribución por servicios ecosistémicos⁴¹. En efecto la Ley de Mecanismos de Retribución por Servicios Ecosistémicos, ley 30215, promueve, regula y supervisa tales mecanismos que se derivan de acuerdos voluntarios que establecen acciones de conservación, recuperación y uso sostenible para asegurar la permanencia de los ecosistemas, en donde se afirma que los servicios ecosistémicos son patrimonio de la Nación. En consecuencia, la naturaleza es reinterpretada como un Ecosistema, es decir, como

un sistema natural de organismos vivos que interactúan entre sí y con su entorno físico como una unidad ecológica. Los ecosistemas son la fuente de los servicios ecosistémicos. También es considerado como ecosistema generador de dichos servicios aquel recuperado o establecido

SISTEMA JURÍDICO
Y NATURALEZA.
CONSIDERACIONES
SOBRE EL DERECHO
Y LA NATURALEZA

LEGAL SYSTEM
AND NATURE.
CONSIDERATIONS
ON LAW AND
NATURE

39 Ver GREIBER, Thomas (editor). *Pagos por servicios ambientales. Marcos jurídicos e institucionales*. Gland: IUCN Environmental Law Centre (ELC), 2010.

40 Por «diversidad biológica» se entiende la 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.

41 Para esta ley, según el artículo 2, «b) Servicios ecosistémicos. Son aquellos beneficios económicos, sociales y ambientales, directos e indirectos, que las personas obtienen del buen funcionamiento de los ecosistemas, tales como la regulación hidrálica en cuencas, el mantenimiento de la biodiversidad, el secuestro de carbono, la belleza paisajística, la formación de suelos y la provisión de recursos genéticos, entre otros, señalados en el reglamento de la presente Ley».

por intervención humana, de conformidad con las disposiciones establecidas en la presente Ley y su reglamento⁴².

IV.5. Como derecho de propiedad

a. *Tragedia de los comunes o buen gobierno de los bienes comunes*

La crítica ecológica al derecho de propiedad tiene diversas y variadas concepciones, tantas como teorías o escuelas ecológicas existen⁴³. Sin embargo, habría un elemento convergente en común referido a la crítica a este proceso expansivo de la Modernidad por querer *apropiarse de la naturaleza* mediante los recursos jurídicos que provee la cosmovisión del mercado. En realidad, hay toda una ecología de mercado que la sustenta⁴⁴.

El debate, en buena cuenta, radicaría en definir el alcance de esta expansión del sistema de derechos de propiedad *urbi et orbi*. Desde algunas posiciones de mercado *in extremis*, se ha postulado que nada debiera escapar a este modelo, sobre todo a partir de la famosa crítica establecida por Hardin acerca de la (supuesta) tragedia de los comunes⁴⁵. No obstante, la extinta premio Nobel de Economía 2009, Elinor Ostrom, ha demostrado la validez de la propiedad común y de su buen manejo posible y que, por el contrario, el sistema de derecho de propiedad puede conducir a inequidades⁴⁶. En todo caso, de la polémica se desprende que no hay una fórmula excluyente sobre estos enfoques, por más que desde el AED (Análisis Económico del Derecho) se pretenda o pudiera desprenderse un cierto desmerecimiento al enfoque de los bienes comunes⁴⁷.

Ahora bien, desde el plano más doctrinal y normativo, cabe señalar que la función ecológica de la propiedad en nuestra región fue reconocida inicialmente por el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente de Colombia (1974)⁴⁸ y, en buena cuenta, posteriormente «constitucionalizada»⁴⁹ en el año

42 Ley de Mecanismos de Retribución por Servicios Ecosistémicos. Artículo 3. Definiciones.

43 OST, François. Ob. cit.

44 FERRY, Luc. Ob. cit.

45 Estudio publicado originalmente bajo el título «The Tragedy of the Commons»: HARDIN, Garrett. *The Tragedy of the Commons. Science*, 162 (1968), 1243-1248. La traducción al español por Horacio Bonfil Sánchez apareció en *Gaceta Ecológica*, 37 (1995), (<http://www.eumed.net/cusecon/textos/hardin-tragedia.htm>).

46 OSTROM, Elinor. *El gobierno de los bienes comunes: La evolución de las instituciones de acción colectiva*. México D.F.: FCE, 2000 (publicada originalmente en inglés en el año 1990, bajo el título *Governing the commons: the evolution of institutions for collective action*); CHASE SMITH, Richard & Danny PINEDO. *El cuidado de los bienes comunes. Gobierno y manejo de los lagos y bosques en la Amazonía*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2002.

47 GUZMÁN Napurí, Christian. Una introducción a las justificaciones económicas del Derecho Ambiental. Lima: Rhodas, 2011, pp. 207-213.

48 Artículo 43: «El derecho de propiedad privada sobre recursos naturales renovables deberá ejercerse como función social, en los términos establecidos por la Constitución nacional y sujeto a las limitaciones y demás disposiciones establecidas en este código y otras leyes pertinentes».

49 En realidad fue declarada *exequible* por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-126-98 del 1 de abril de 1998 en el entendido que, conforme al artículo 58 de la Constitución, la propiedad

1991⁵⁰. En la experiencia colombiana se asume que fue la «respuesta del constituyente para enfrentar el uso indiscriminado de los bienes y derechos particulares en contra de la preservación del medio ambiente sano, considerado como un derecho y bien colectivo en cuya protección debe estar comprometida la sociedad entera»⁵¹.

Puede decirse que en el proceso normativo comparado, por correlacionar propiedad y su función social y ecológica, se ha llegado a una cierta relativización de la propiedad, haciéndose prevalecer el interés general. Una verificación de ello se aprecia en el cuadro adjunto sobre la experiencia colombiana acerca de cómo se ha enfocado esta función ecológica⁵² de la propiedad a partir del interés social⁵³, el cual se diferencia según su carácter individual o colectivo.

Función ecológica de la propiedad: alcances de la legislación y jurisprudencia colombiana⁵⁴

En la propiedad individual	En la propiedad colectiva
a) Propietario de terreno no puede abusar de su explotación, en contra de la preservación del medio ambiente.	a) Los resguardos indígenas están sujetos al cumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad, conforme a los usos, costumbres y cultura de la comunidad, por ende, están sometidos a las disposiciones sobre protección de los recursos renovables y del ambiente.
b) Es causal de extinción de dominio la explotación de un predio que atente contra los recursos naturales y el medio ambiente.	b) En el territorio colectivo de las comunidades negras o afro colombianas, la propiedad colectiva sobre estas tierras y bosques debe ser ejercida conforme a su función social y ecológica; en este

privada sobre los recursos naturales renovables está sujeta a todas las limitaciones y restricciones que derivan de la función ecológica de la propiedad.

50 Artículo 58: «Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. *La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica. [...]*».

51 Corte Constitucional. Sentencia T-760 del 25 de setiembre de 2007.

52 La función ecológica, hace referencia, entre tanto, a la preservación y conservación del medio ambiente y de los recursos renovables sobre la base del desarrollo sostenible y con la finalidad de garantizar a las generaciones actuales y a las futuras el goce de un ambiente sano. En desarrollo de una y otra función, los propietarios individuales y colectivos deben asumir deberes frente al Estado y a la sociedad.

53 Las obligaciones que se imponen al propietario están ligadas a la protección de los intereses del colectivo social actual y hacen referencia también a la protección de determinadas formas de propiedad, como las asociativas y las solidarias.

54 GUÍO CAMARGO, Rosa Elizabeth. Función social y ecológica de la propiedad. Características y alcances. *Estudios en Derecho y Gobierno*, 2, 1 (2009), 51-62 (http://portalweb.ucatolica.edu.co/easyWeb2/files/54_2631_ed-q-y2-n1-reguio-funcion-social-v1.pdf).

- c) Las reservas naturales de la sociedad civil (porciones de ecosistemas dentro del área de un inmueble) deben manejarse según principios de sustentabilidad en el uso de los recursos naturales; por ende, el Estado no puede realizar inversiones que afecten una o varias de tales reservas, sin el consentimiento previo del titular de ellas.
- d) En la adjudicación de terrenos a personas desplazadas por la violencia, el Instituto Colombiano de Desarrollo territorial debe velar por la utilización racional y la protección de los recursos naturales renovables y del ambiente.

entendido, los titulares del derecho deben conservar, mantener o propiciar la regeneración de la vegetación protectora de las aguas y garantizar, mediante el uso adecuado, la persistencia de los ecosistemas especialmente frágiles, como es el caso de los manglares y humedales; de la misma forma, deben conservar las especies de fauna y flora silvestres amenazadas o en peligro de extinción.

Para simplificar la discusión entre lo que se ha denominado la «tragedia de los comunes»⁵⁵ y el «gobierno de los bienes comunes»⁵⁶, las siguientes premisas comparativas nos permiten dar cuenta de ambos enfoques, los cuales ciertamente son de alta e inagotable confrontación⁵⁷:

Garrett Hardin (Tragedia de los bienes comunes)	Elinor Ostrom (Gobierno de los bienes comunes)
En 1968 Garrett Hardin publicó <i>La tragedia de los bienes comunes</i> , donde afirmaba que si todos tenemos acceso a un pastizal común, cada uno intentará llevar el mayor número de animales posible. La maximización del beneficio de cada individuo era para Hardin la tragedia del pastizal. Decía que si todos hacemos lo mismo, todos perdemos, nadie gana. La propiedad privada era, según Hardin, la solución al abandono y la falta de gestión del bien común. La tesis se repitió hasta el cansancio sin una sólida controversia hasta 1990.	En 1990 Elinor Ostrom publicó <i>El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva</i> . Ostrom evidenció que hay una ruta diferente relacionada con la administración. Mostró que muchas veces los individuos usan colectivamente normas sociales e instituciones, incluso informales, para gestionar recursos comunes con mejores resultados; sugirió que en condiciones de escasez las estructuras colaborativas pueden ser más eficientes que el individualismo propietario.

55 HARDIN, Garrett. Ob. cit.

56 OSTROM, Elinor. Ob. cit.

57 Véase: BOTERO, Carolina. Bienes comunes: Ostrom. *El Espectador*, 14 de junio de 2012 (<http://www.elspectador.com/opinion/bienes-comunes-ostrom-columna-353226>). La literatura al respecto es profusa y compleja. Para facilitar la panorámica hemos extractado esta información a modo de difusión, pero que ayuda a simplificar la cuestión.

b. *Cosificación como objeto*

Históricamente la naturaleza y los ecosistemas han estado sometidos a procesos de cosificación y modernamente de mercantilización. En consecuencia, el reconocimiento o valor inherente de aquella ha quedado relegado, no se le admite valor en sí misma, sino en la medida en que tiene una utilidad y deviene en apropiable mediante sistemas legales de propiedad, de mercado o de aprovechamiento. La realidad ecosistémica ha sido desmembrada en una fragmentación de derechos ya sea sobre el bosque, el agua, la mina, etcétera, o en todo caso como proveedor de servicios ecosistémicos. Al respecto, tanto los sistemas legales administrativos como los civiles comerciales se han encargado de refrendar esto a partir de sus respectivas bases constitucionales y sus derivados normativos infraconstitucionales.

Sin embargo, en relación con el derecho de propiedad, de Trazegnies nos brinda una lectura precursora sobre la disolución del concepto clásico de la «cosa» (para comprender objetos tan diferentes que se presentan en condiciones absolutamente diversas, el concepto de propiedad ha tenido que adelgazarse hasta casi no decir nada) y el «sujeto» (la despersonalización y la desindividualización) respecto este *ius in re*⁵⁸. Clarinada de alerta en ese entonces y que hoy, superada la primera década del siglo XXI, se convierte en un vaticinio casi obsoleto, frente a la irrupción de nuevos paradigmas que remecen o refundan la noción jurídica y económica de la propiedad, como la propiedad intelectual, la multipropiedad, el patrimonio común de la humanidad, las condicionalidades modernas de orden cultural-patrimonial, ambiental, sanitaria, seguridad integral, desastres, entre otros desarrollos en tiempos de la posmodernidad. En este contexto de desafíos, el derecho de propiedad, conforme a la interpretación del Tribunal Constitucional, es entendido como:

[...] el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y sus productos, y darle destino y condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley; e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno. Constitucionalmente, el derecho a la propiedad se encuentra reconocido no solo como un derecho subjetivo, conforme a los incisos 8) y 16) del artículo 2, sino también como una garantía institucional, conforme lo dispone el artículo 70, según el cual el Estado garantiza su inviolabilidad⁵⁹.

SISTEMA JURÍDICO
Y NATURALEZA.
CONSIDERACIONES
SOBRE EL DERECHO
Y LA NATURALEZA

LEGAL SYSTEM
AND NATURE.
CONSIDERATIONS
ON LAW AND
NATURE

58 DE TRAZEGNIES, Fernando. La transformación del derecho de propiedad. *Derecho PUCP*, 33 (1978), 75-104.

59 Tribunal Constitucional. Pleno Jurisdiccional 005-2006-PI/TC. Resolución del 26 de marzo de 2007.

Frente a estos escenarios, el camino de deconstrucción del derecho de propiedad y de la decosificación de la naturaleza frente a los paradigmas viejos (Pachamama) y nuevos (Gaia: Lovelock) deviene en una tarea de larga duración como diría el célebre historiador Braudel.

c. *Sobre conocimientos en torno a la naturaleza y los recursos naturales*

En cuanto a este aspecto, preferimos en este trabajo solo dejar constancia de la pertinencia temática de la cuestión en el marco de la sistemática de nuestro estudio, sin embargo, no sería consistente pretender abordar en este apartado —y en esta ocasión— las múltiples aristas jurídicas y epistemológicas que se ciernen en torno a la cuestión de los derechos de propiedad y los conocimientos referidos a la naturaleza y la diversidad biológica (genes, especies, ecosistemas)⁶⁰. Se sugiere revisar el artículo de Rodrigues Bertoldi, «Propiedad intelectual, biodiversidad y conocimientos tradicionales: interacciones y/o inconexiones»⁶¹.

IV.6. Patrimonio común de la humanidad (*commons*)⁶²

Se considera el patrimonio natural como herencia común de la humanidad, de suerte que se debe asegurar el núcleo vital del capital natural⁶³. Siendo importante y de enorme trascendencia, sin embargo, hay que acondicionarlo a partir de ciertos criterios jurídicos, pues tampoco se trata de postular irresponsablemente una concepción de patrimonio común de la humanidad *in extremis* en el que no opere el principio de la soberanía para el conjunto de la naturaleza o entorno del hombre. Ello pondría en inseguridad las capacidades de países megadiversos como el Perú frente a otras potencias (bio)tecnológicas en que, al amparo de un régimen de patrimonio común de la humanidad,

60 Por ejemplo, Ley General del Ambiente (artículo 71, De los conocimientos colectivos): «El Estado reconoce, respeta, registra, protege y contribuye a aplicar más ampliamente los conocimientos colectivos, innovaciones y prácticas de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas, en tanto ellos constituyen una manifestación de sus estilos de vida tradicionales y son consistentes con la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de los recursos naturales. El Estado promueve su participación, justa y equitativa, en los beneficios derivados de dichos conocimientos y fomenta su participación en la conservación y la gestión del ambiente y los ecosistemas».

61 RODRIGUES BERTOLDI, Márcia. Propiedad intelectual, biodiversidad y conocimientos tradicionales: interacciones y/o inconexiones. *Medio Ambiente & Derecho*, 22 (2011). A continuación citamos el resumen del artículo: «Los componentes de la biodiversidad y los conocimientos tradicionales asociados de las comunidades indígenas y locales, en su mayoría encontrados en los países del Sur, son potenciales materias primas para la progresiva industria del siglo XXI: industria de la biotecnología. Las innovaciones o invenciones producidas con estos componentes pueden ser protegidas por derechos de propiedad intelectual. La necesaria correlación entre los regímenes jurídicos de la biodiversidad y de la propiedad intelectual es el objeto del presente estudio que pretende contribuir al debate sobre las relaciones entre los instrumentos jurídicos internacionales que tratan de las materias: el Convenio sobre la diversidad biológica y el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio».

62 ALTEMIR, Blanc. *El patrimonio común de la humanidad. Hacia un régimen jurídico internacional para su gestión*. Barcelona: Bosch, 1992; PUREZA, José Manuel. *El patrimonio común de la humanidad*. Madrid: Trotta, 2002.

63 Se suele comprender bajo este concepto a los fondos marinos, la Antártida, el espacio ultraterrestre y algunos incluyen a las aves migratorias transfronterizas.

ejercerían mayores ventajas. En consecuencia, es correcto admitir que el patrimonio natural es «de interés común de la humanidad»⁶⁴, lo cual no acarrea régimen legal alguno que limita el derecho soberano —pero responsable y sostenible— sobre las riquezas de nuestro país.

En materia de fondos marinos el Perú no ha suscrito la denominada CONVEMAR (Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar), de modo que no goza de los beneficios que esta confiere a sus miembros. Respecto a otros *commons*, el Perú tiene un marco legal relativo a la Antártida, habiendo suscrito el respectivo Tratado de 1959 y el Protocolo de Madrid sobre Protección Ambiental. Es de anotar que la constitución política reconoce que el Perú es un país antártico. Finalmente, es parte contratante del Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre incluso la Luna y otros cuerpos celestes, mediante el decreto ley 22419 de 1979. Esta exacerbada consideración antropocéntrica de la humanidad por autoerigirse como titular —inclusive del espacio ultraterrestre— nos trae una remembranza de cuando se consideraba que la tierra —ergo la humanidad— era el centro del universo⁶⁵.

V. SOFT LAW Y NATURALEZA

El denominado *soft law* («derecho suave») para el derecho internacional ambiental representa un instrumento o recurso que permite proyectar principios y criterios jurídicos ambientales que sin ser aún vinculantes u obligatorios, sin embargo, marcan el derrotero a futuro de las normativas, sean internacionales, comunitarias o nacionales⁶⁶. Por ello, incluso se lo denomina «pre derecho». En realidad, el *soft law* se inscribe en el marco de las denominadas fuentes no tradicionales (*non traditional source*)⁶⁷ del derecho internacional ambiental. Sin embargo, no se trata de una acepción o concepto unívoco, puesto que se discuten aspectos tales como la autoridad de la cual emanan estos instrumentos, los límites respecto de otros instrumentos internacionales, acaso más asimilables a la doctrina como fuente, como sería el caso del Informe Brundtland o de la Agenda 21, entre otros alcances no menos relevantes.

SISTEMA JURÍDICO
Y NATURALEZA.
CONSIDERACIONES
SOBRE EL DERECHO
Y LA NATURALEZA
LEGAL SYSTEM
AND NATURE.
CONSIDERATIONS
ON LAW AND
NATURE

64 El Convenio sobre Diversidad Biológica sostiene en el cuarto considerando de su Preámbulo lo siguiente: «Afirmando que la conservación de la diversidad biológica es interés común de toda la humanidad».

65 Es tal el sarcasmo a que conlleva esta soberbia epistemológica del antropocentrismo que se ha llegado a ironizar en el siguiente sentido: «*si bien es cierto que cada niño que bien al mundo no trae necesariamente un pan bajo el brazo, al menos viene con su galaxia bajo el brazo*».

66 Consideramos que el escenario jurídico entre bloques comunitarios o supranacionales, en pureza técnica, no debería denominarse derecho internacional sino «derecho intersupranacional».

67 Véase: BIRNIE, Patricia & Alan BOYLE. *International Law & The Environment*. Segunda edición. Oxford: Oxford University Press, 2002, especialmente pp. 24-27.

V.1. La Declaración de Estocolmo sobre Medio Humano (1972)⁶⁸

Entre el 5 y 6 de junio de 1972 se llevó a cabo en Estocolmo (Suecia) la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano. Uno de los mayores logros de dicho encuentro lo constituye la creación del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA). Esta Declaración contiene 26 principios y su marco teórico viene premunido del estudio efectuado por René Dubós, cuya redacción a modo de informe, fue realizado por Bárbara Ward Jackson y denominado «Una sola Tierra: el cuidado y conservación de un pequeño planeta».

Antes de los 26 principios se formula una proclama en siete aspectos, de los cuales importa resaltar (a) el referido a la inextricable relación histórica entre el hombre y la naturaleza y de cómo lo natural y artificial representan las caras de la misma moneda, desde una perspectiva humana; (b) la advertencia acerca del peligro que representa el enorme poder transformador del hombre en relación con su entorno y la calidad de vida de las persona y sociedades.

En lo que concierne a los principios, destacan a efectos de los fines del presente estudio los siguientes:

- Principio 4. El hombre tiene la responsabilidad especial de preservar y administrar juiciosamente el patrimonio de la flora y fauna silvestres y su hábitat, que se encuentran actualmente en grave peligro por una combinación de factores adversos. En consecuencia, al planificar el desarrollo económico debe atribuirse importancia a la conservación de la naturaleza, incluidas la flora y fauna silvestres.
- Principio 5. Los recursos no renovables de la Tierra deben emplearse de forma que se evite el peligro de su futuro agotamiento y se asegure que toda la humanidad comparte los beneficios de tal empleo.

V.2. La Carta Mundial de la Naturaleza (1982)

La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Carta Mundial de la Naturaleza en su sesión del 28 de octubre de 1982, mediante la cual los Estados adoptan principios de respeto a la naturaleza, pese a no tratarse de un instrumento jurídicamente vinculante. Recoge la obligación moral asumida por 118 Estados —entre los cuales no estaba el Perú— que votaron a su favor. Sus orígenes se remontan a la *Estrategia Mundial de Conservación* (publicada en 1980 por PNUMA, la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) y el World

⁶⁸ Una perspectiva de proceso se puede revisar en el trabajo del Diplomático Germán Vera Esquivel (*La Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible de Johannesburgo. Una visión jurídico-política de tres décadas en la historia del derecho internacional ambiental*. Lima: Instituto de Estudios Social Cristianos, 2004).

Wide Fund for Nature (WWF)). Tiene más un valor moral que jurídico por no ser vinculante.

El preámbulo señala que la Asamblea General «asume una serie de convicciones generales acerca del valor intrínseco de todos los seres vivos, cualquiera que sea la utilidad de los mismos para el hombre». Da cuenta del «deterioro de los sistemas naturales que dimanan del consumo excesivo y del abuso de los recurso naturales y la falta de un orden económico adecuado».

En resumen, el texto propiamente dicho consta de 24 artículos entre los cuales destacan tres componentes o agrupamientos:

- *Principios generales de carácter filosófico y ético de conservación*: por ejemplo, los de respetar todas las especies, silvestres y domésticas y los *hábitats* necesarios para este; conservar los ecosistemas y los organismos, así como los recursos terrestres, marinos y atmosféricos; proteger la naturaleza de la destrucción que causan las guerras.
- *Funciones de la ONU*: la necesidad de considerar la capacidad a largo plazo de los sistemas naturales en la planificación económica, el crecimiento de la población y mejoramiento de los niveles de vida; considerar la diversidad biológica y la belleza natural de las zonas correspondientes, asimismo la agricultura, ganadería, silvicultura y pesca se adaptarán a las características y posibilidades naturales de las diversas zonas.
- *Aplicación de los principios*: entre otras aplicaciones, los principios de la carta se incorporarán, según corresponde al derecho, a la práctica de cada Estado y se adoptarán también en el ámbito internacional. Los conocimientos relativos a la naturaleza se difundirán a través de los sistemas de educación y de los medios de comunicación. Se debe evitar actividades militares que perjudiquen a la naturaleza, debiendo establecerse normas relativas a los productos que puedan dañar el ambiente. Por último, la carta señala que todas las personas tendrán derecho a participar en las decisiones que se adopten sobre temas relativos a la naturaleza y cuando este haya sido objeto de daño, se podrá ejercer los recursos necesarios para obtener indemnización.

V.3. Declaración de Medio Ambiente y Desarrollo (Río 1992)⁶⁹

Esta Declaración fue promulgada en la Conferencia Mundial sobre Desarrollo y Medio Ambiente, llevada a cabo en la ciudad de Río

⁶⁹ GLENDER, Alberto & Victor LICHTINGER (comps.). *La diplomacia ambiental. México y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo*. México D.F.: FCE, 1994.

de Janeiro (Brasil) en junio del año 1992. Dicho encuentro también es conocido como ECO'92. La referida Declaración representa el acuerdo asumido por la gran mayoría de países del mundo, por el cual reconocen el concepto ecuménico y fundante del desarrollo sostenible («El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras», dirá el principio 3).

El marco teórico y doctrinal de esta Declaración, en lo fundamental, se encuentra en el informe elaborado por la Comisión Mundial sobre Desarrollo y Medio Ambiente de las Naciones Unidas en el año 1987, «Nuestro Futuro Común», más conocido como *Informe Brundtland*, en reconocimiento a quien presidió dicha Comisión, la representante de Noruega, Gro Brundtland. Se complementa con el citado estudio del PNUMA/UICN/WWF, «Cuidar la Tierra» (1991), así como con la Agenda 21 y diversos convenios.

Importa advertir que esta Declaración reafirma, y se basa en, los principios establecidos por la denominada Declaración de Estocolmo (1972). Puede considerarse tributaria de aquellas concepciones antropocéntricas que inscriben al ser humano como centro del universo. Lo cual de modo alguno significa una desestimación del valor que, como tal, se le asigna a la naturaleza o, como decíamos líneas arriba, expresaría lo que hemos mencionado como antropocentrismo débil.

De manera expresa alude a la naturaleza en (a) el preámbulo: «Reconociendo la naturaleza integral e interdependiente de la Tierra, nuestro hogar»; (b) el principio 1: «Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza»; y (c) el principio 23: «Deben protegerse el medio ambiente y los recursos naturales de los pueblos sometidos a opresión, dominación y ocupación».

V.4. La carta de la tierra (2000)

La Carta de la Tierra es una declaración de principios éticos fundamentales, a la par que una guía práctica y de sentido ecuménico y duradero para ser compartida por todos los pueblos del mundo. Representa a la vez una alerta para la acción que suma nuevas y significativas dimensiones a lo expresado en anteriores acuerdos y declaraciones sobre el ambiente y el desarrollo. Su texto se encuentra estructurado en torno a 4 principios básicos o angulares, los cuales se despliegan en 16 principios generales, desarrollados y complementados a su vez en 61 principios de detalle o

de apoyo. Todos ellos van precedidos de un preámbulo⁷⁰ y finalizan con un texto de conclusión (El camino hacia adelante).

I. Respeto y cuidado de la vida

1. Respetar la Tierra y la vida en toda su diversidad.
2. Cuidar la comunidad de la vida con entendimiento, compasión y amor.
3. Construir sociedades democráticas que sean justas, participativas, sostenibles y pacíficas.
4. Asegurar que los frutos y la belleza de la Tierra se preserven para las generaciones presentes y futuras.

II. Integridad ecológica

5. Proteger y restaurar la integridad de los sistemas ecológicos de la Tierra, con especial preocupación por la diversidad biológica y los procesos naturales que sustentan la vida.
6. Evitar dañar como el mejor método de protección ambiental y, cuando el conocimiento sea limitado, proceder con precaución.
7. Adoptar patrones de producción, consumo y reproducción que salvaguarden las capacidades regenerativas de la Tierra, los derechos humanos y el bienestar comunitario.
8. Impulsar el estudio de la sostenibilidad ecológica y promover el intercambio abierto y la extensa aplicación del conocimiento adquirido.

III. Justicia social y económica

9. Erradicar la pobreza como un imperativo ético, social y ambiental.
10. Asegurar que las actividades e instituciones económicas, a todo nivel, promuevan el desarrollo humano de forma equitativa y sostenible.
11. Afirmar la igualdad y equidad de género como prerrequisitos para el desarrollo sostenible y asegurar el acceso universal a la educación, el cuidado de la salud y la oportunidad económica.
12. Defender el derecho de todos, sin discriminación, a un entorno natural y social que apoye la dignidad humana, la salud física y el bienestar espiritual, con especial atención a los derechos de los pueblos indígenas y las minorías.

IV. Democracia, no violencia y paz

13. Fortalecer las instituciones democráticas en todos los niveles y brindar transparencia y rendimiento de cuentas en la gobernabilidad, participación inclusiva en la toma de decisiones y acceso a la justicia.
14. Integrar en la educación formal y en el aprendizaje a lo largo de la vida, las habilidades, el conocimiento y los valores necesarios para un modo de vida sostenible.
15. Tratar a todos los seres vivientes con respeto y consideración.
16. Promover una cultura de tolerancia, no violencia y paz.

SISTEMA JURÍDICO
Y NATURALEZA.
CONSIDERACIONES
SOBRE EL DERECHO
Y LA NATURALEZA

LEGAL SYSTEM
AND NATURE.
CONSIDERATIONS
ON LAW AND
NATURE

70 «La protección de la vitalidad, la diversidad y la belleza de la Tierra es un deber sagrado» (Preámbulo de la Carta).

Cómo se colige de estos textos principales acerca del *soft law* referidos a la naturaleza y los recursos naturales, las exigencias en torno a la naturaleza han surgido muchas veces a partir de compromisos estatales no vinculantes que luego van inspirando a las normas positivas (*hard law*), tanto internacionales como nacionales.

VI. LA NATURALEZA COMO SUJETO: DERECHOS DE LA NATURALEZA⁷¹

Según el enfoque clásico, la naturaleza constituye una cosa, por lo que las personas la pueden ocupar (los sujetos tienen derechos, los objetos no). El ser sujeto de derechos es una categoría jurídica que se diferencia del concepto de sujeto en los pueblos indígenas⁷². Por ejemplo, para Carlos Lenkersdorf⁷³, citando a Martínez:

Fuera del contexto lingüístico, el término sujeto correspondería en lengua Tojolabal a «corazón». Para los indígenas no hay la fractura entre los seres humanos y la naturaleza pues «no hay nada que no tenga corazón». En la naturaleza están incluidos animales de la casa y del monte, la milpa, las flores y los árboles, piedras, cerros y el agua y las nubes, la multitud de cosas que llenan la naturaleza están incluidas en el nosotros.

Para los pueblos indígenas la naturaleza —Pachamama— es y ha sido siempre un sujeto, alguien con quien las sociedades intercambian y dialogan, y en ese diálogo establecen rituales de celebración y restricciones⁷⁴.

Refiere Gudynas que, frente a la crisis o colapso ambiental, incluso las posturas clásicas antropocéntricas buscan respuestas. Así, por ejemplo, buena parte de la economía ambiental se orienta hacia la valoración de los recursos naturales o de la diversidad biológica, para poder expresarlas en el mercado. Estaríamos frente a un ambientalismo del libre mercado —según el autor uruguayo— que propugna mercantilizar todos los recursos naturales y las principales especies⁷⁵. Casos representativos serían el PNUMA, Río 2012 o la Economía Verde, por citar algunos. Para ello sistematiza algunas respuestas que se han venido ensayando que buscan contestar las insuficiencias a este enfoque de mercado:

71 O como refiere Acosta, «Los Derechos de la Naturaleza o el derecho a la existencia» (véase prólogo a GUDYNAS, Eduardo. *Derechos de la naturaleza: ética biocéntrica y políticas ambientales*. Lima: Programa Democracia y Transformación Social, 2014).

72 MARTÍNEZ YÁNEZ, Esperanza. *La naturaleza con derechos. La naturaleza entre la cultura, la biología y el derecho*. Quito: Instituto de Estudios Ecologistas del Tercer Mundo/Abya-Yala, 2014, p. 16.

73 Antropólogo que trabajó toda su vida con y sobre la cultura Tojolabal, en Chiapas, México.

74 Ibídem, p. 16.

75 GUDYNAS, Eduardo. Ob. cit., pp. 31-33.

Postura de contestación o crítica	
1.	Se debe reconocer los derechos de las futuras generaciones.
2.	Se debe reconocer el valor ecológico y los roles específicos que cumplen diversos componentes de la naturaleza en el gran entramado de la vida.
3.	La naturaleza es más que un agregado de posibles mercancías valoradas económicamente. Se advierten valores más allá de lo económico, excluidos por el mercado, como los religiosos o espirituales.
4.	La naturaleza posee valores inherentes o propios, intrínsecos. Se rompe con el antropocentrismo y se afirma y reconoce que hay valores en el ambiente independientemente de los intereses o seres humanos.

SISTEMA JURÍDICO
Y NATURALEZA.
CONSIDERACIONES
SOBRE EL DERECHO
Y LA NATURALEZA
LEGAL SYSTEM
AND NATURE.
CONSIDERATIONS
ON LAW AND
NATURE

Tomamos todas estas postulaciones de este autor a modo de ejemplo, pero podríamos acotar muchas otras dentro de la variadísima gama de autores y enfoques controversiales sobre la materia. En todo caso, nos advierte de la riquísima base o fuente material y conceptual que permite sustentar la polémica en torno a los denominados derechos de la naturaleza y sus múltiples aristas ideológicas y conceptuales para su consecuente «traducción jurídica», sea de *lege lata* o de *lege ferenda*.

A partir del reconocimiento constitucional ecuatoriano y boliviano de los derechos de la naturaleza —mencionado anteriormente— se plantea Zaffaroni que no serán pocos los conflictos judiciales en que habrá de definirse y delimitarse estos derechos de la naturaleza ante situaciones concretas: «*¿Tienen los ríos el derecho a conservar sus cauces naturales o pueden ser desviados? ¿Tienen las montañas el derecho a preservar sus laderas o pueden ser lesionadas con extracciones ilimitadas o rasuradas extinguiendo la vegetación natural? ¿Hasta qué límite se las puede horadar?*»⁷⁶.

Uno de los autores latinoamericanos que más se ha ocupado de la cuestión de los derechos de la naturaleza desde hace lustros es Eduardo Gudynas, aunque con un enfoque extremo y un tanto fundamentalista, de igual modo elabora determinadas premisas que ilustran las ideas fuerza de esta preocupación⁷⁷. Hace años ya se preguntaba acerca de los límites del mercado en la gestión ambiental y *¿cuánto vale la naturaleza?*⁷⁸. Posteriormente aludirá a dos perspectivas éticas: (a) la que insiste en que solamente los seres humanos son capaces de otorgar valores, y por ende lo no-humano siempre será, y solo podrá ser, sujeto de valor (una forma de antropocentrismo); (b) la que reconoce los valores intrínsecos,

76 ZAFFARONI, Raúl Eugenio. Ob. cit., pp. 71-72.

77 GUDYNAS, Eduardo. Ob. cit.

78 Véase: PNUMA. *Formación ambiental. Órgano informativo de la Red de Formación ambiental para América Latina y el Caribe*, 7, 15 (1996).

donde estos son independientes y permanecen más allá de las personas. Se trata de un biocentrismo, pues enfatiza todas las formas de vida.

En tiempos recientes ha consolidado su enfoque en la obra *Derechos de la naturaleza: ética biocéntrica y políticas ambientales*. Para este autor «El reconocimiento de los derechos de la naturaleza es mucho más que una novedad sudamericana. Expresa un cambio sustancial en las formas de valorar y entender a la naturaleza». Se plantea el «retorno de la biología de la conservación a su compromiso inicial con la protección de la Naturaleza», cuestionándose la pretensión de reducir los valores de la naturaleza a las dimensiones mercantiles. De otra parte, se critica que las compensaciones económicas puedan constituir un sucedáneo para la conservación y la restauración ambiental. Abogará por un biocentrismo en que «no obstante postular los derechos de la naturaleza, no reniega de las ciencias contemporáneas sino que las contextualiza y en donde la mejor opción para ubicar los derechos de la naturaleza sería a nivel de especies para asegurar la continuidad de los procesos evolutivos»⁷⁹.

En cuanto a los fundamentos e interpretación sobre la constitucionalización de la Pachamama en el Ecuador, quien más ha desarrollado sus alcances es el exconstituyente ecuatoriano Acosta⁸⁰. A partir de la obra colectiva de Acosta y Martínez sobre este asunto constitucional, se derivarían algunos conflictos y acaso paradojas⁸¹. No será que hablar de «derechos de la naturaleza» conlleve a lo siguiente:

[...] cuando ya casi se ha logrado construir un marco de garantías normativas fundamentales y universales que protegen al ser humano, que le dignifican y que obligan a la humanidad a su respeto, de pronto hacemos nacer una nueva doctrina de derechos que se oponen al antropocentrismo tradicional, creando un biocentrismo que nos propone un nuevo punto de referencia —que ya no es el ser humano— desde donde observar y construir la relación entre el hombre y su entorno natural [...]. Muchos temen que este cambio contribuya —y por ello la paradoja— a debilitar la valoración de la dignidad humana que solo ha sido operacionalizada jurídicamente a partir de la segunda mitad del siglo pasado⁸².

79 GUDYNAS, Eduardo. Ob. cit., p. 204.

80 A modo de comentario crítico sobre dicho autor, creemos que Acosta insiste y reafirma una postura un tanto sobre ideologizada y acaso sesgada, sesgando a su vez el debate y los enfoques, pues dualiza acaso maniqueamente en que nos encontramos ante dos modelos o cosmovisiones. De una parte el del Buen Vivir, diferente al occidental y que se recusa al denominado desarrollo moderno y ancla en raíces no capitalistas, biocentristas, de la otra, el modelo antropocéntrico y capitalista. Es tal la exacerbación ideológica del autor que llega a cuestionar el enfoque convencional de ciudadanía y postular el de *la florestanía* para diferenciar a los habitantes de la selva, que no viven en las ciudades.

81 ACOSTA, Alberto & Esperanza MARTÍNEZ (comps.). *La naturaleza con derechos: de la filosofía a la política*. Quito: Abya-Yala, 2011.

82 THEZA MANRIQUEZ, Marcel André. Alberto Acosta y Esperanza Martínez (compiladores), *La naturaleza con derechos: de la filosofía a la política*, Ediciones Abya-Yala, Quito, 2011, 376 pp. (reseña). *Polis*, 29 (2011): <http://polis.revues.org/2110>.

En buena cuenta, si se postula una ética ambiental, ello conduce a una revisión crítica de la concepción tradicional en la que se sustenta el paradigma de un entorno que acusa un valor secundario en relación con el ser humano, el cual, según dicha tradición, se sitúa en la cúspide de la evolución biológica. Para tratar de integrar estas paradojas, cabría prestar atención a la siguiente reflexión de Cartay:

[...] como bien dice Ted Perry, inspirado en el Jefe Seattle, «todo está conectado como la sangre que une a una familia... El hombre no tejió la trama de la vida; es una mera hebra de la misma. Lo que le haga a la trama, se lo hace a sí mismo». La trama de la vida, como señala Capra, es una red flexible en continua fluctuación. [...] El cuestionamiento del modelo que separa al hombre de la naturaleza, así como del modelo de identificación entre ambos, exige adoptar una epistemología de la complejidad, lo que ha llevado a algunos a pensar en la necesidad de una lógica de lo aleatorio y de lo incierto para pensar los sistemas abiertos y complejos. [...] Los sistemas (el hombre, los ecosistemas, la biosfera) abiertos y cerrados, autónomos y dependientes, disponen de un plus de información y características que les permiten adaptarse a nuevas coyunturas, actualizar ciertas posibilidades y potencializar otras⁸³.

Para Cartay⁸⁴, la preocupación por el reconocimiento de nuevos derechos tiene una secuela no reciente para la cual citará a Leopold, Serres, Leimbacher, Hermitte, Bosselman y Stone⁸⁵, así como algunos documentos ecuménicos como la Carta de la Tierra entre otros.

Colofón

Somos conscientes de que de por medio hay todo un marco complejo de discusión bioético, así como *ius* filosófico, que debe atender la discusión acerca de la teoría del sujeto del derecho desprovisto de ropajes antropocentristas y de saberes hegemónicos no plurales. Si autonomizamos mentalmente los procesos políticos de Bolivia y Ecuador y nos atenemos al «enfoque *per se*» acerca de los derechos de la naturaleza, podremos advertir que estamos ante la presencia de nuevos paradigmas, como lo fueron en su momento los derechos humanos en sus «diversas fases o generaciones» y que, por último, dichas posturas son parte de

83 CARTAY, Belkis. La naturaleza: objeto o sujeto de derechos. José Gilberto Garza Grimaldo & Roberto Rodríguez Saldaña (coords.). *Los derechos de la naturaleza (Un mundo sin insectos)* (pp. 21-38). México D.F.: Universidad Autónoma de Guerrero, 2012, p. 36.

84 Véase a continuación el resumen del trabajo de Cartay: «La relación del hombre con la naturaleza plantea problemas éticos y jurídicos cuya relevancia no puede ignorarse en el presente siglo; por el contrario, se trata de problemas filosóficos de envergadura. En este sentido, a partir de diversas posiciones, se pretende estimular un debate sobre la naturaleza como sujeto de derechos y como objeto directo de deberes humanos, enarbolando como bandera teórica los derechos de los animales. Tal reivindicación implica, entre otras cosas, la necesidad de revisar el concepto de comunidad moral a la luz del valor inherente a la vida misma y el concepto de sujeto de derecho y/o de persona jurídica» (ibidem, p. 21).

85 Ibídem, pp. 25-28.

un largo proceso de revisión de las premisas de la Modernidad, pero también de reencuentro con saberes ancestrales que se «dan la mano»: la Pachamama y la hipótesis Gaia (Lovelock), como refiere Zaffaroni⁸⁶.

VII. SISTEMA JURÍDICO, ANIMALES Y NATURALEZA⁸⁷

Bajo las premisas expuestas acerca de los enfoques sistémicos, traemos a colación la polémica acerca de cómo valorar, en términos éticos, la relación hombre-animal, conforme a esas nuevas percepciones y concepciones, teniendo en cuenta que:

El viejo paradigma cosificador del animal se ha derruido largamente, sobre todo a partir del influjo darwiniano —independientemente de la validez última de sus tesis— en tanto permitió poner en la palestra del debate científico y del conocimiento la cuestión de la condición biológica del hombre en su interrelación con los otros animales, ciertamente coadyuvado posteriormente con los desarrollos epistémicos y experimentales del saber ecológico contemporáneo⁸⁸.

Para un enfoque más amplio, retomamos lo que Carmen Velayos Castelo denomina «La dimensión moral del ambiente natural y la necesidad de una nueva ética»⁸⁹, cuyas conclusiones preliminares se refieren a lo siguiente:

- La extensión de la consideración moral directa a la naturaleza no humana constituye la nota distintiva de un proyecto de ética aplicada al ambiente (*environmental ethics*), por oposición a otras opciones ético-ecológicas que prescinden de dicha extensión.
- Lo que caracteriza a esta rama de la ética aplicada frente a la ética humana es que hay una demanda normativa en relación con esta ampliación de la relevancia moral de la naturaleza no humana o personal.
- La ética ambiental opta por la argumentación valorativa, es decir, parte de delimitar y defender un ámbito concreto de aplicación moral: el grupo de seres naturales que merecen consideración moral en que se atribuye valores intrínsecos e inherentes a tales seres.

86 Véase: ZAFFARONI, Raúl Eugenio. Ob. cit.

87 En el presente apartado hemos retomado pasajes de dos trabajos de nuestra autoría: FOY VALENCIA, Pierre. Impacto de los nuevos saberes ético científicos acerca de los animales en los sistemas jurídicos (una aproximación). *Cuaderno de trabajo del Departamento de Derecho PUCP* (2011); La constitución y el animal: aproximación a un estudio comparado. *Foro Jurídico*, 11, 13 (2013).

88 FOY VALENCIA, Pierre. Impacto de los nuevos saberes ético científicos acerca de los animales en los sistemas jurídicos (una aproximación). p. 44.

89 VELAYOS CASTELO, Carmen. *Dimensión moral del ambiente natural. ¿Necesitamos una nueva ética?* Granada: Ecorama, 1996, pp. 60-61; me he referido también a esta obra en FOY VALENCIA, Pierre. Impacto de los nuevos saberes ético científicos acerca de los animales en los sistemas jurídicos (una aproximación), p. 45.

- La ética ambiental se proclama como nueva frente al proyecto de la Modernidad.

En consonancia con este enfoque, y como hemos referido ya antes en otra ocasión citando a García Gómez-Heras:

una vez aceptado que la *eticidad* constituye un fenómeno exclusivamente humano, es decir perteneciente al ámbito de la cultura, plantea «la expansión del mundo moral integrando en él como “objeto” con relevancia ética y cultural a todos los seres vivos ya los espacios naturales en cuanto que para sus valores biológicos, estéticos, pedagógicos, profilácticos [...] poseen dignidad propia y exigen respeto por parte del hombre»⁹⁰.

Puestos ante este dilema, lo aconsejable y conveniente sería optar por una vía intermedia entre el denominado *antropocentrismo* y el *fisiocentrismo* (biocentrismo, ecocentrismo o naturocentrismo). Esto conduciría a una profunda reconversión de las relaciones entre el hombre y la naturaleza, que conllevaría a que la Modernidad, manteniéndose como tal, debiera reorientarse en función de la dignidad y los valores de la naturaleza. De este modo, purgaría su unilateridad antropocéntrica procurando superar las categorías con las que la ética ha estado interpretando científicamente el mundo moral, es decir: deber, norma, imperativo, felicidad, solidaridad, justicia, conciencia⁹¹.

A mayor abundamiento se sostendrá que:

La expansión del campo moral según la cual también tienen relevancia ética los seres vivos, no humanos, las plantas y los espacios naturales, exige una correspondiente expansión de los valores «solidaridad» y «justicia» también a la naturaleza. Expansión que genera tanto mayor deber y obligación, cuanto que aquí están en juego aquellos elementos naturales, que son imprescindibles para el equilibrio del planeta Tierra «y para la vida que en él se ha desarrollado, sino también los derechos de las generaciones futuras del género humano, la cuales reivindican desde el porvenir, la posibilidad de vivir una vida [...]»⁹².

Velayos, retomando estos postulados intergeneracionales y prospectivos propugnará por una justicia interespecífica, que implica una proyección y extensión de la consideración moral hacia la naturaleza y los ecosistemas, pero siempre que se advierta un reconocimiento generalizado de

SISTEMA JURÍDICO
Y NATURALEZA.
CONSIDERACIONES
SOBRE EL DERECHO
Y LA NATURALEZA

LEGAL SYSTEM
AND NATURE.
CONSIDERATIONS
ON LAW AND
NATURE

⁹⁰ FOY VALENCIA, Pierre. Impacto de los nuevos saberes ético científicos acerca de los animales en los sistemas jurídicos (una aproximación), p. 45.

⁹¹ GARCÍA GÓMEZ-HERAS, José María. Introducción. *Dignidad de la naturaleza y ética medio ambiental*. En José María García Gómez-Heras (coord.). *La dignidad de la naturaleza. Ensayos sobre ética y filosofía del medio ambiente* (pp. 1-20). Granada: Ecorama, 2000, pp. 17-18.

⁹² Ibídem, p. 20.

su relevancia e importancia a partir de los sujetos que componen la comunidad moral humana⁹³.

En conclusión, consideramos que la reflexión sobre los nuevos paradigmas que recusan al enfoque antropocéntrico del derecho se hace extensiva a la discusión sobre el sistema jurídico y los animales⁹⁴. En ese sentido, refiere Gudynas —siguiendo a Riechmann— que «los derechos de los animales pueden ser interpretados como un subconjunto de los derechos de la naturaleza»⁹⁵.

VIII. CONSIDERACIONES FINALES A MODO DE CONCLUSIONES

El propósito del presente estudio ha sido elaborar una especie de «tour d'horizon» bastante básico que procure dar cuenta de la relación entre el sistema jurídico y la naturaleza —término tan polisémico y pluridimensional desde la teoría del conocimiento—. Acaso señalar enumerativamente las principales ideas en torno a la incidencia o impacto de la cuestión de la naturaleza en el sistema jurídico (léase derecho).

Somos conscientes de la inacabable —quién sabe, inagotable— sistemática para abordar tamaña empresa («noodisea»), en todo caso tégase como una primera aproximación o línea base para correlacionar naturaleza y sistema legal. Admitimos notables ausencias o insuficiencias, por ejemplo, una metodología que permita ordenar mejor estos abordajes teóricos, hay temas ausentes como las catástrofes naturales, el sistema de derechos en torno a los conocimientos sobre la naturaleza, las cuentas nacionales jurídicamente y cómo recogen el valor de la naturaleza, además de la cuantificación de la misma ante los daños en sus diversas manifestaciones legales, los aspectos consuetudinarios de la naturaleza, las dimensiones internacionales de comercio y la naturaleza, la expansión de los sistemas legales hacia el cosmos (derecho cósmico), las nuevas dimensiones de la exopolítica, entre otras. Y podríamos pasar revista a muchos temas y subtemas pertinentes. Sin embargo, nos damos por satisfechos, pues consideramos que se trata de una aproximación iniciática y precursora que modestamente pretende sentar las bases —la programación preliminar— para un trabajo de ulterior envergadura y, qué duda cabe, de preferencia de orden corporativo o colectivo, si fuera el caso.

93 VELAYOS CASTELO, Carmen. Ob. cit., p. 281.

94 Véase: FOY VALENCIA, Pierre. Consideraciones interdisciplinarias para identificar la relación sistemas jurídicos/animales. En *Sistema jurídico y animales*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP (en prensa).

95 GUDYNAS, Eduardo. Ob. cit., p. 142.

Si se quisiera expresar una conclusión que englobe todo nuestro estudio, diríamos, que los sistemas legales reciben múltiples componentes de la compleja realidad y los juridifican para cumplir con los objetivos políticos, axiológicos y prescriptivos propios de un sistema jurídico. En el caso de la naturaleza, desde tiempos ancestrales se han desplegado y desagregado múltiples mecanismos, llamémoslos jurídicos o de control social, basados en las diversas cosmovisiones y modelos de necesidad emergentes desde la pluralidad social y cultural de la humanidad.

Recibido: 4/03/2015

Aprobado: 2/04/2015

SISTEMA JURÍDICO
Y NATURALEZA.
CONSIDERACIONES
SOBRE EL DERECHO
Y LA NATURALEZA

LEGAL SYSTEM
AND NATURE.
CONSIDERATIONS
ON LAW AND
NATURE